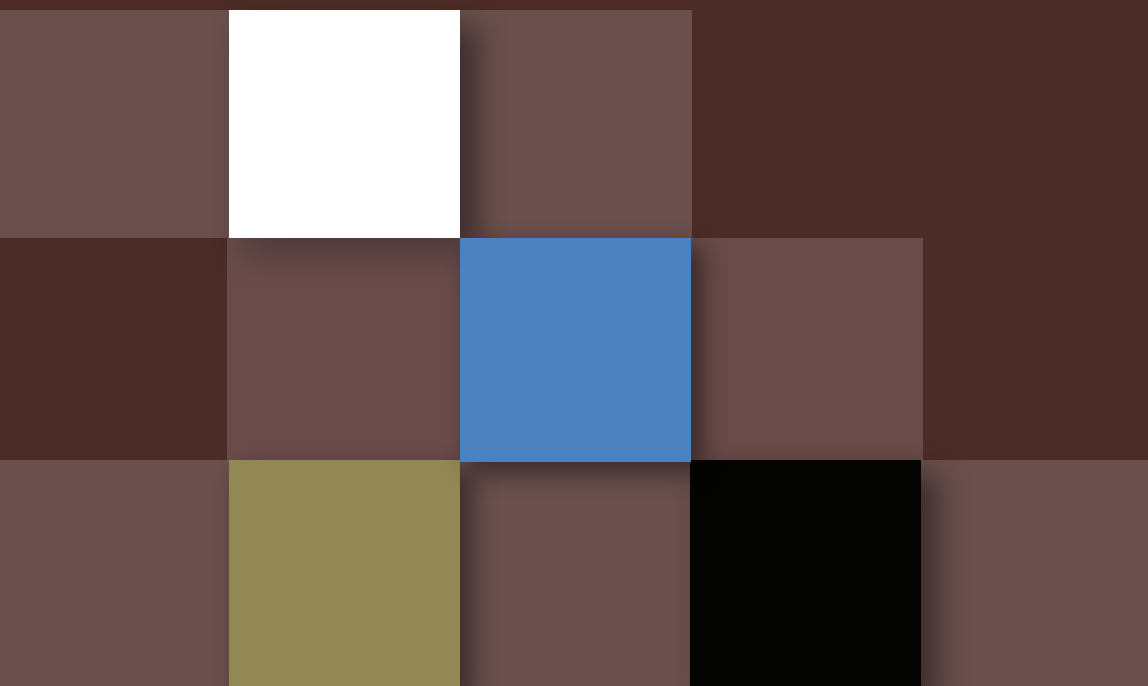


# Двојба во корист на обвинетиот, виновен надвор од разумно двоумење

Компаративно истражување



## Doubt in Favour of the Defendant, Guilty Beyond Reasonable Doubt

Comparative study



# ДВОЈБА ВО КОРИСТ НА ОБВИНЕТИОТ, ВИНОВЕН НАДВОР ОД РАЗУМНО ДВОУМЕЊЕ

Компаративно истражување



Организација за безбедност и  
соработка во Европа  
Мисија во Скопје

Здружение за кривично право  
и криминологија на Македонија



Авторски права Мисија на ОБСЕ во Скопје 2016

Оваа публикација е достапна во pdf формат на веб страната на Мисијата на ОБСЕ во Скопје

**ISBN**

**Издадено од**

Мисија на ОБСЕ во Скопје

Булевар 8-ми септември, 1000 Скопје

[www.osce.org/skopje](http://www.osce.org/skopje)

Автори: Зоран Димитриевски, Радмила Драгичевиќ - Дичиќ, Џанфранко Гало, Мајкл Г. Карнаvas, Ружица Николоvsка, Гордан Калајџиев, Денис Пајиќ

**Уредил:** Љубица Мишевска, Мисија на ОБСЕ во Скопје

**Печати:** Полиестердеј

Содржината на ова издание не секогаш ги одразува погледите или ставовите на Мисијата на ОБСЕ во Скопје. Мисијата се придржува до Одлуката РС.ДЕС/81 на Постојаниот совет на ОБСЕ.

Ова истражување се надоврзува на напорите на Мисијата на ОБСЕ во Скопје за поддршка на преминот кон примена на новиот контрадикторен модел на кривична постапка во земјава, а кој во голема мера се темели на слични законодавни премини во земјите низ Европа.



## \* Забелешка на уредникот

Начелото *in dubio pro reo* е воведено во домашното кривично процесно законодавство во 1997 година. Новиот странечки Закон за кривична постапка од 2010 година (во натамошниот текст: домашниот ЗКП)<sup>1</sup> продолжува да го регулира ова начело во членот 4 кој гласи “За сомневањето во однос на постојењето или непостојењето на фактиите што го чинаат обележјето на кривичното дело или од кои зависи примената на некоја одредба од Кривичниот законик, судот ќе одлучи на начин поволен за обвинетиот”. Домашниот ЗКП оди и еден чекор понатаму па во членот 403 за прв пат го воведува и стандардот на докажување на вина од страна на обвинителот “наговор од разумно сомневање”, без дополнително дефинирање на истиот.

Со цел разграничување помеѓу сомневањето дека едно лице извршило кривично дело (кое е сомневање во негативна смисла на зборот за обвинетиот и е секогаш во корист на обвинението) и сомневањето дали навистина тоа лице го извршило кривичното дело, односно сомневањето во корист на невиноста на лицето (позитивно сомневање кое е секогаш во корист на обвинетиот и е отсликано во начелото *in dubio pro reo* и во стандардот на докажување на вина од страна на обвинителот наговор од разумно сомневање) земјите од англо-саксонскиот свет, но исто така и Италија, користат две различни терминологи. Имено, терминот сомневање (на англиски јазик: suspicion) се користи во негативна смисла на зборот на штета на обвинетиот, а во корист на обвинението, додека пак терминот двојба, двоумење, несигурност (на англиски јазик: doubt) се користи секогаш во корист на обвинетиот при дефинирање на начелото *in dubio pro reo* како и на стандардот на докажување на вина од страна на обвинителот наговор од разумно сомневање.

За жал домашниот ЗКП не нуди различни терминологи за овие два вида на сомневање. Имено, Законот го користи терминот „сомневање“ (suspicion) и кога тоа се однесува на потребното ниво на сомневање дека едно лице извршило кривично дело (за да може против него да се превземат одредени мерки на истрага, ограничувања и обвинувања), како и кога тоа се однесува на примената на начелото *in dubio pro reo* и на стандардот на докажување на вина наговор од разумно сомневање. За целите на ова истражување, сепак, се направени одредени напори кон термилошко разграничување помеѓу двата вида на сомневање и покрај тоа што таквото термилошко разграничување не соодветствува на постојната законска терминологија, а со цел појасно отсликување на суштината на проблематиката за која овде станува збор.

<sup>1</sup> Закон за кривична постапка, Службен весник 150/10, 200/12, 142/16 и Одлука на Уставен Суд бр.2/2016, Службен весник 193/16.





## ПРЕДГОВОР

„Ако сакаш да бидеш висџински иџраѓач иџо висџинаиџа, иџо иџребно е барем еднаш во живо иџо иџ, во најголема можна мера, да се двоумиш за сѐ“ (Рене Декарт)

Што е двојба и какво е чувството на двоумење? Зарем судијата како независен арбитер не би требало да биде во двојба во текот на поголемиот дел од судењето? Сепак, зарем не треба судијата да донесе одлука на крај? Но како може судијата да одлучи ако се двоуми и дали може судијата и покрај сѐ да остане во состојба на двојба?

Кривично процесното начело *in dubio pro reo* - кога постои двојба да се одлучи во корист на обвинетиот - и стандардот вината да биде докажана *надвор од разумно двоумење*, се осврнуваат на двојбата и затоа нивната суштина и употреба веројатно можат да фрлат повеќе светлина врз погорните прашања.

Додека начелото *in dubio pro reo* се сретнува во повеќето земји со континентално право, стандардот надвор од разумно двоумење е развиен во земјите со англо-саксонско право, но тој од 'неодамна' е воведен и на континентот. Двете може да имаат многу сличен ако не и идентичен ефект во денешно време, а таков ефект веројатно можеле да имаат и во различни фази од минатото. Тоа не значи дека потеклото и констелација во која се појавиле и се развиле биле исти. Сепак, повеќето изучувачи веројатно ќе се согласат дека денес тие ја одразуваат реалната тенденција на секој совесен човек и на едно добро општество како целина да се заштити од неправда, бидејќи целта на целокупната кривична правда да го казни виновникот во исто време има и друга страна, невиниот да биде ослободен.

При нивно споредување може да се забележи дека за разлика од стандардот вината да се докаже од страна на обвинителството *надвор од разумно двоумење*, кој се применува на крајот од судењето кога судот ги слушал и видел сите докази и кога треба да одлучи за вината на обвинетиот, начелото *in dubio pro reo* во дословна смисла на зборот не го ограничува моментот на негова примена. Затоа, некои можат да тврдат дека начелото *in dubio pro reo* има поширока примена и може да се користи во сите фази од кривичната постапка, како на пример кога судот одлучува дали да изрече мерка притвор или кога го одобрува или одбива обвинителниот акт и сл. Но со оглед на тоа дека е возможно кај судијата да постои двојба во текот на судењето, а дотолку повеќе и пред судењето, се поставува прашањето дали судијата ќе треба да го примени начелото *in dubio pro reo* секогаш и да одлучи во корист на обвинетиот со запирање на кривичната постапка? Сигурно не. Наместо тоа судијата ќе одлучи дали обвинителството ги

достигнало останатите стандарди кои се потребни за да се превземат одредени мерки на истрага, ограничувања и обвинувања, како на пример стандардот на основано сомневање дека обвинетиот го сторил кривичното дело. Дотолку повеќе, домашниот ЗКП бара судот да го примени начелото *in dubio pro reo* само при одлучување за тоа дали фактите постојат или не постојат, за кои судот одлучува на крајот од судењето. Тоа всушност значи дека примената на *in dubio pro reo* е исто така, повеќе или помалку, фокусирано на крајното прашање за вината на обвинетиот. Имено, доколку судијата, откако ги разгледал сите докази, *се двоуми за постојењето на фактите кои претставуваат обележје на кривичното дело*, судијата во основа се двоуми во вината на обвинетиот, па со примена на начелото *in dubio pro reo* ќе одлучи дека тие факти не постојат (не биле докажани надвор од двоумење) и ќе донесе ослободителна пресуда.

Уште една навидум очигледна разлика помеѓу овие две начела/принципи е нивото на двоумење. Стандардот *надвор од разумно двоумење* бара да се земе предвид само ‘разумното’ двоумење, додека пак начелото *in dubio pro reo* не го бара тоа изречно. Бидејќи начелото *in dubio pro reo* не го степенува двоумењето, оставено е на судијата да го стори истото (да утврди дали се наоѓа во двојба или не). Иако двоумењето е една внатрешна состојба на умот и има врска со процесот на размислување и свеста на лицето, тоа не може да се одвои од самото општество како и од целокупното ниво на свесност на општеството во одреден временски период. Со други зборови, поединецот не може многу да отстапува од она што би предизвикало двојба во одредено општество во одреден временски период. На пример, еден судија не може да се двоуми за тоа дали обвинетиот го сторил кривичното дело само заради тоа што обвинетиот можеби има брат близнак, за кој никој не знае па ниту судијата, а кој можеби го сторил кривичното дело наместо него. Па дури и судијата да се двоуми заради такво нешто, тоа нема да биде разумно двоумење за поголемиот дел од луѓето околу него. Но што ако има докази кои можат да ја поддржат ваквата теорија? Што ако на пример одбраната приложи докази кои укажуваат на тоа дека навистина постои брат близнак и дека тој не е во добри односи со обвинетиот, и дека братот близнак сака да го “намести” обвинетиот? Тогаш судијата може да има добра основа за разумно двоумење во случајот на обвинителството и во вината на обвинетиот. Така, иако не е посебно наведено, начелото *in dubio pro reo* сепак се однесува на разумното двоумење, бидејќи било какво неразумно двоумење е само претпоставка и може да доведе до корсокак со постојани нови двојби, двојби во сè и сешто со единствено ограничување во личната фантазија.

Наредно прашање би било дали двојбата секогаш постои? Веројатно да. Несомнено е дека двојбата е неизбежен дел од процесот на

размислување и дека судијата би требало да се двоуми во текот на судењето. Важно и здраво е да постои двоумење. Но дали разумно двоумење секогаш постои? Веројатно не. Доколку случајот е јасен (доколку обвинителот успее да ги негира наводите на одбраната во врска со братот близнак надвор од разумно двоумење) тогаш нема да постои разумно двоумење.

Кога еден човек разумно се двоуми за нешто не е веројатно да остане во состојба на двојба предолго. Не е природно да остане во состојба на чисто двоумење. Кога еден човек разумно се двоуми за нешто што има своја спротивност природно е да се наклони кон спротивното. На пример, ако човекот разумно се двоуми дека едно уметничко дело е оригинал, всушност се наклонува кон мислењето дека уметничкото дело е фалсификат. Постојат одредени ситуации кога не постои само една спротивност, туку има повеќе спротивности. Во таков случај малку е веројатно дека човекот ќе верува во сите нешта што се спротивни на она во кое веќе има разумна двојба, освен ако не постои некој доказ кој ќе го наведе да биде наклонет кон таа конкретна спротивност. Но едно е сигурно, дека тој/таа ќе се држи на растојание или целосно ќе се откаже од она во кое разумно се двоуми.

Стандардот дека *винайџа* треба да се докаже *надвор од разумно двоумење* веќе го поставува двоумењето во корист на невиноста на обвинетиот, бидејќи двоумењето е во вината. Тоа значи дека ако кај судијата постои разумно двоумење во вината на обвинетиот, природно е тој/таа да се наклони кон спротивното, а тоа е дека обвинетиот е невин. Сепак, како што е кажано и погоре, начелото *in dubio pro reo* исто така може да се примени на вината. Имено, ако судијата на крајот на судењето, откако ги оценил сите докази, се двоуми во постоењето на фактите кои претставуваат обележје на кривичното дело, тогаш судијата всушност се двоуми во вината на обвинетиот. Па така, иако начелото *in dubio pro reo* не бара само по себе ослободителна пресуда, туку бара одлука која е поповолна за обвинетиот, ако судијата разумно се двоуми во вината тогаш логично е да се наклони кон спротивното, а тоа е невиноста.

Но до неодамна низ поголемиот дел на Европа истражниот судија бил оној кој ја водел истрагата и во потрага по материјалната вистина собирал и изведувал докази како против така и во корист на обвинетиот. Тие докази потоа биле изведувани пред судечкиот судија кој исто така бил во потрага по материјалната вистина и бил овластен да предлага докази со цел да се открие таа вистина. Па така, судијата кој имал овластување и обврска да ги предлага сите можни докази со цел да се открие вистината, одеднаш морал, “само” поради двоумење, да одлучи во корист на обвинетиот. Овие две нешта не одат заедно. Не толку поради обврската на судот да ја бара вистината (затоа што вистината во некоја смисла на зборот може да се изедначи со сигурност, односно

со доказ кој нема да остави простор за разумно двоумење) туку поради овластувањето на судот да предлага докази со цел да дојде до таа вистина. Ова овластување и обврска веројатно не му давале доволно простор на судијата за двоумење, што значи дека го ограничувало судијата во својата обврска да одлучи *во корист на обвинетиот*. Ако судијата би признаел дека се двоуми, тоа би значело дека тој не ја барал вистината на вистинското место (не ги предложил потребните докази). Бескорисно е да се спомне можното чувство на вина кај судијата за ослободување на наводниот злосторник само поради тоа што судијата имал (некакво) двоумење. И како што е претходно речено, не е природно да се остане во состојба на двојба, лицето или ќе се приклони кон спротивното или ќе смета дека двојбата е неразумна и ќе го прифати за вистина она во кое првично се двоумел. Можеби нема да смета дека тоа е конечната вистина, но ќе смета дека е поголема вистина од другата вистина. Така, бидејќи судијата бил оној кој ја барал вистината, тој/таа одлучувал/а каде истата да ја бара.

Денес, при контрадикторна постапка, судијата е генерално ослободен од товарот на трагање по конечната вистина и што е уште поважно, е ослободен од товарот да предлага докази во потрага по таа вистина. Странките се тие кои ги предлагаат доказите за да ги докажат фактите, а судијата одлучува дали тие факти се докажани или не. Сепак, судијата е оној кој одлучува и кои докази ќе се изведат. Па така, ако судијата не го прифати предлогот на одбраната на судењето да се изведат доказите за братот близнак на обвинетиот, тогаш судијата нема да има можност тој доказ да го земе в предвид при одлучување за фактите, односно нема да има можност да го темели разумното двоумење во вината на обвинетиот на тој доказ. Во таква ситуација може да дојде под знак прашалник правичноста на постапката, како едно од основните права на обвинетиот. Исто така треба да се нагласи дека дури и ако разумното двоумење не произлезе од доказите на одбраната, тоа може да произлезе од недостатокот на докази понудени од страна на обвинителството.

Па така и стандардот *надвор од разумно двоумење* и начелото *in dubio pro reo*, во еден контрадикторен амбиент и странечка постапка, каде еднаквоста на оружјата, презумпцијата на невиност, обвинителскиот товарот на докажување и правото на одбрана се почитуваат, може да има ист ефект и може да служи за иста цел кога станува збор за крајното прашање, за вината на обвинетиот.

Од уредникот,

## СОДРЖИНА

Вовед .....	13
<b>ИСТОРИСКИ ОСВРТ КОН НАЧЕЛОТО <i>IN DUBIO PRO REO</i> И СТАНДАРДОТ НА ДОКАЖУВАЊЕ НАДВОР ОД РАЗУМНО ДВОУМЕЊЕ .....</b>	<b>15</b>
КЛАСИЧЕН АНТИЧКИ ПЕРИОД .....	15
ДОЦЕН АНТИЧКИ ПЕРИОД И РАН СРЕДЕН ВЕК .....	18
ПОЈАВА НА СУДЕЊАТА ПРЕД ПОРОТА ВО АНГЛИЈА .....	23
РИМО-КАНОНСКА ИНКВИЗИЦИЈА ВО КОНТИНЕНТАЛНА ЕВРОПА .....	25
РАН СОВРЕМЕН ПЕРИОД И ПРОСВЕТИТЕЛСТВО .....	29
ПОНАТАМОШЕН РАЗВОЈ НА СУДЕЊАТА ПРЕД ПОРОТА И НА СТАНДАРДОТ НАДВОР ОД РАЗУМНО ДВОУМЕЊЕ ВО АНГЛО- САКСОНСКИОТ СВЕТ .....	34
Државни судења за велепредавство .....	42
Судењата на Бостонскиот масакр од 1770 во американските колонии .....	45
Случаите од Олд Бејли .....	48
Разумното двоумење во правните трудови .....	51
НАПОЛЕОНОВ ПЕРИОД .....	54
<b>СОВРЕМЕНА ПРИМЕНА НА НАЧЕЛОТО <i>IN DUBIO PRO REO</i> И НА СТАНДАРДОТ НА ДОКАЖУВАЊЕ НАДВОР ОД РАЗУМНО ДВОУМЕЊЕ .....</b>	<b>57</b>
МОРАЛНИ ВРЕДНОСТИ КОИ ЛЕЖАТ ВО ОСНОВА НА СОВРЕМЕНАТА КРИВИЧНА ПОСТАПКА .....	57
Презумпција на невиност .....	60
Товар на докажување .....	63
Стандард на докажување .....	67
Две значења на товарот на докажување во системите со обичајно право .....	72
<i>In dubio pro reo</i> .....	77
Нумеричко прикажување на стандардот на докажување .....	80
ФАКТИ ПОВРЗАНИ СО ПРИМЕНА НА НАЧЕЛОТО <i>IN DUBIO PRO REO</i> .....	82
Опсег и време на делување .....	82
Внатрешна и надворешна двојба .....	85
Степен на двојба .....	87

Начелото на слободна оценка на доказите и <i>in dubio pro reo</i> .....	89
Судско образложение на пресудата .....	92
<i>In dubio pro reo</i> при вештачење .....	94
Повреда на начелото <i>in dubio pro reo</i> како основ за жалба .....	97

**ФАКТИ ПОВРЗАНИ СО ПРИМЕНАТА НА СТАНДАРДОТ  
НАДВОР ОД РАЗУМНО ДВОУМЕЊЕ ВО**

<b>АНГЛО-САКСОНСКИОТ СВЕТ .....</b>	<b>100</b>
-------------------------------------	------------

Комонвелтот против Харман (1846) и Комонвелтот против Рајдер (1905) .....	102
Џајлс против Џорџија (1849) .....	103
Комонвелтот против Вебстер (1850) .....	105
Мајлс против САД (1881) .....	107
Хопт против Јута (1887) .....	108
Холанд против САД (1954) .....	110
Случајот Виншип (1970) .....	110
Кејд против Луизијана (1990) .....	114
Саливан против Луизијана (1993) .....	114
Виктор против Небраска (1994) .....	116
Судска пракса по случајот Виктор на Окружните апелациони судови на САД .....	121
Неколку примери на толкување на стандардот на докажување надвор од разумно двоумење од страна на адвокати .....	126
Обединетото Кралство (Англија и Велс) .....	131
Канада .....	136

<b>СУДСКА ПРАКСА НА ЕСЧП .....</b>	<b>139</b>
------------------------------------	------------

<b>СТАНДАРДОТ НА ДОКАЖУВАЊЕ КОЈ ГО ПРИМЕНУВА ЕСЧП ...</b>	<b>139</b>
---	------------

<b>ПРАВОТО НА ПРАВИЧНА ПОСТАПКА ОД ПРАКСАТА НА ЕСЧП .....</b>	<b>144</b>
---	------------

## ВОВЕД

Нема сомнение дека најтешката и најодговорна задача на судијата во кривичната постапка е одлучувањето за фактите. За да биде во можност да донесе пресуда во однос на кривичната одговорност на обвинетиот и евентуално да одреди соодветна казна, судијата мора да одлучи за фактите кои се случиле во минатото. Фактичката состојба врз основа на која судот ја темели својата одлука, или со други зборови, фактите што судот ги користи за да одговори на прашањето дали е сторено кривично дело, кој е сторителот и дали треба да се применат соодветните казнени одредби од материјалниот кривичен закон, мораат да бидат докажани точно и целосно.

Сепак, како резултат на ограничените човекови познавања и несовршеноста на изворите на информации, судијата има навистина тешка задача при одлучување за фактите. Често, и покрај севкупната детална анализа и оценка на резултатите од доказната постапка, судијата и понатаму може да остане нецелосно убеден во постоењето на одреден факт и не може да одлучи дали одреден факт треба да се смета за докажан или не. Имајќи ги предвид овие околности, кривичната теорија и пракса имаат изнајдено решение за ваквата состојба – начелото на *in dubio pro reo* и стандардот на докажување на вина од страна на обвинителот *нагвор од разумно двоумење*. Ова начело и овој стандард се водилка за судијата на тешкиот и одговорен пат на одлучување за фактите. Тие му го покажуваат на судијата патот во кој нема да има двојба и му помагаат да не навлегува во сфери што се вон дофат за да не се обидува да го дефинира непознатото по секоја цена и непознатото насила да го претвора во познато. На тој начин се штити судијата од евентуални грешки, произволности и самоволие.

Начелото *in dubio pro reo* и стандардот на докажување на вина од страна на обвинителот *нагвор од разумно двоумење* еволуирале низ вековите и се генерално прифатени во современото кривично процесно право и пракса. На прв поглед тие воопшто не делуваат спорно. Сепак, подлабока анализа на значењето и нивниот опфат посочува на неколку прашања кои и понатаму остануваат отворени, или прашања за кои сè уште не е постигната целосна согласност во правната теорија и пракса. Нивната историја е сложена и контроверзна, како што е и нивното дефинирање кое и понатаму продолжува, во најмала мера речено, да ги збунува правниците, адвокатите и академците. Објаснувањата дадени во продолжение ќе покажат дека постојат многу нешта кои сè уште не ни се познати во однос на ова навидум едноставно начело и стандард.





# ИСТОРИСКИ ОСВРТ КОН НАЧЕЛОТО *IN DUBIO PRO REO* И СТАНДАРДОТ НА ДОКАЖУВАЊЕ НАДВОР ОД РАЗУМНО ДВОУМЕЊЕ

## КЛАСИЧЕН АНТИЧКИ ПЕРИОД

Начелото *in dubio pro reo* може да се проследи наназад до делото *Problemata*, кое се смета дека го напишал Аристотел (384 - 322 п.н.е.).<sup>2</sup> Во поглавјето на ова дело насловено со „Проблеми поврзани со правдата и неправдата“ пишува:

Понатаму, во случај на пример еден човек да е обвинет за ропство или за убиство, секој од нас би претпочитал да се донесе пресуда со која се ослободува злосторникот отколку да се осуди некој за виновен, а всушност да е невин. Затоа ние треба да претпочитаеме да ослободиме едно такво лице, иако обвиненијата покренати против него од страна на неговиот обвинител биле вистина, наместо да го осудиме, ако тие биле неистина; *кога ѝосѝои било какво двоумење, ѝреба да се ѝреѝѝочѝѝа ѝомалаѝѝа сериозна ѝрешка*; Да се ослободи еден роб е сериозна работа, но многу посериозно е да се осуди еден слободен човек на ропство.<sup>3</sup>

Според голем број на истражувачи првичната формална дефиниција на начелото *in dubio pro reo* од Римскиот период, иако истото не било

<sup>2</sup> Daniel Epps, The Consequences of Error in Criminal Justice (Последиците од грешка во кривичната правда), 128(4) Harv. L. Rev. 1065, 1077 (2015). Авторството на *Problemata* е спорно; временската рамка во која е веројатно напишана се движи од третиот век пред наша ера до шестиот век од наша ера. Види Ann Blair, Authorship in the Popular “*Problemata Aristotelis*”, 4(3) Early Science and Medicine 189-227 (Авторството на популарната „*Problemata Aristotelis*“, Рана Наука и Медицина) (1999).

<sup>3</sup> Aristotle, *Problemata*, Bk. XXIX (нагласено од авторот); преведено во E.S. Forster, *The Works of Aristotle* (Делата на аристотел) Vol. VII *Problemata* 951b (J.A. Smith and W.D. Ross eds., Clarendon Press 1927).

познато под тоа име<sup>4</sup>, може да се најде во еден одговор (рескрипт) на императорот Трајан (98-117 н.е.) до лицето Адсидиус Северус<sup>5</sup>.

Рескрипт претставува документ издаден од страна на римскиот империјален суд како одговор (латинскиот збор *rescriptum* буквално значи „одговор“) на конкретно барање поднесено од гувернери и други функционери на империјата. Во цитатот стои: „*Sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus Traianus Adsidio Severo rescripsit: satius enim esse impunitum delinqui facinus nocentis quam innocentem condemnari*“ (во случај кога постои само сомнеж подобро е виновен да помине неказнето отколку невин да биде осуден).<sup>6</sup>

Врз ваквиот одговор на императорот најверојатно влијаеле хуманитарните концепти пропагирани од страна на философијата на Стоицизмот, која претставувала доминантна мисла во златното време на династијата на Антонините (98– 180 н.е.) кога Римската империја го достигнала зенитот на својата моќ и цивилизација благодарение на осумдесет години непрекинато просветлено владеење. Сепак, според тоа како е формулиран рескриптот, начелото востановено од императорот се сметало за применливо само во случај на постоење на обичен сомнеж против обвинетиот, што укажува на фактот дека во тоа време опсегот на негова примена бил прилично ограничен. Причина за тоа е фактот што во рамки на римското право постоел еден посебен вид на таканаречена *non liquet* (нејасна) пресуда, која се носела секогаш кога кривично-правниот настан не можел сосема да се расчисти и кога не постоеле доволно докази за осудителна пресуда или пак за ослободување на обвинетиот.<sup>7</sup> Последица од истата било повторување на доказната постапка или пак менување на истата, со можност за изведување нови докази, па така овој вид пресуда можела да се носи и по неколку пати во текот на една иста судска постапка. Таквата пресуда не дозволувала примена на *in dubio pro reo* затоа што судовите во сите спорни ситуации не давале предност на обвинетиот, ниту пак имале наклоност да носат пресуда во негова полза. Пресудите од типот *non liquet* единствено посочувале дека вината или невиноста

<sup>4</sup> Во теоријата постојат различни мислења: „Сè уште е нејасно колку време веќе се користи начелото *in dubio pro reo*. Во најновите стручни трудови сè повеќе се оспорува убедувањето дека ова начело било присутно и во римското кривично право и кривична постапка“. [Керн, Е (Kern, E.) и Роксин, Ц (Roxin, C.), Закон за кривична постапка (Strafverfahrensrecht), 14-то Издание, издавач Ц.Х. Бек (C.H. Beck), Минхен, 1976, стр. 71).

<sup>5</sup> L. FERRAIOLI, Diritto e ragione: teoria del garantismo penale, Roma-Bari, 1997, стр. 643, фуснота 12 и стр. 92, фуснота 25; M.A. DE DOMINICIS, Ancora sulla -formula dubitativa||, in Archivio Penale, 1965, I, стр. 535-536; Одговорот на императорот бил пренесен од страна на Улпијан, еден од најпознатите правници од периодот на Римската империја, кој живеел меѓу II и III век од нашата ера. Цитатот е содржан во делото Дигести, познато и под името Пандекти (од старогрчкиот збор *pandektes* што значи сеопфатен) - зборник од трудови и мислења на највлијателните римски правници поделен по теми и изготвен по наредба на византискиот император Јустинијан Први во VI век од нашата ера и дел од *Corpus Juris Civilis*.

<sup>6</sup> Bissacco Cristina, Il canone *In dubio pro reo*: tra concezione classica e moderna della prova, Padova, 2008, стр.11 *циџурпјку* Dig. 48, 12, § 5, Libro septimo de officio proconsulis (Дигести).

<sup>7</sup> Zlatarić, B., Damaška, M., *Rečnik krivičnog prava i postupka*, Zagreb, 1966, стр. 188.

на обвинетото лице е ‘нејасна’ и дека доказната постапка мора да се повтори, што во суштина на ниту еден начин не му одело во полза на обвинетиот.

Меѓутоа, и покрај тоа што начелото *in dubio pro reo* било сè уште во фаза на зачеток, идеите врз кои почива погореспомнатиот рескрипт не биле изолирани. Напротив, постојат неколку цитати во зборникот Дигести<sup>8</sup> кои го одразуваат во помала или поголема мера истото начело. Па така правникот Јувентиј Целсиј изнел слично мислење кое е запишано во следниов цитат од зборникот Дигести „*Benignius leges interpretandae sunt*“ – гласи изјавата на овој правник, која предлага толкување на законот во побенигна смисла.

Гај, повторно правник, го афирмирал истиот концепт и го сметал за применлив кај сите сомнителни случаи, со што фактички го сметал за општо начело: „*Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*“ (во случај на двојба треба да се претпочита побенигното решение). И повторно Гај е тој кој во еден друг цитат од зборникот Дигести изјавил: „*Favorabiliores rei potius quam actores habentur*“ (треба да се фаворизира состојбата на обвинетиот, а не таа на тужителот).<sup>9</sup> Еден друг цитат во зборникот Дигести го пренел мислењето за темава и на самиот Улпијан: „*In ambiguiis rebus humaniorem sententiam sequi oportet*“ (во случај на амбигуитет/непријатност, подобро е да се оди со похуманото решение). Правникот Улпиј Марцелиј, современик на Улпијан, го кажува помалку или повеќе истото во еден цитат во Дигести: „*In re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justus sed est quam tutius*“ (не само што е поправедно туку е и побезбедно да се избере поблагото решение во случај кога постои двојба).<sup>10</sup>

Ваквата линија на размислување продолжила и низ целиот III век од нашата ера, кој е век на кризи. Правникот Аурелиус Хермогениано, од времето на императорот Диоклецијан, напишал: „*Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae*“, изнесувајќи мислење дека толкувањето на законите и казните мора истите да ги направи помекки наместо покрути.<sup>11</sup> Понатаму, и латинскиот историчар Амианиј раскажал една анегдота која покажува колку длабоко во римското право е вкоренето ова начело. Имено, Нумериј, гувернерот на провинцијата *Нарбоненсис* во склоп на огромната Римска империја, бил суден пред императорот и спротивно на вообичаената пракса во

<sup>8</sup> *Види* фуснота 5.

<sup>9</sup> Bissacco Cristina, *Il canone In dubio pro reo: tra concezione classica e moderna della prova*, Padova, 2008, стр. 12 *цитирајќи* Celsus, 29 digestorum, D. 1.3.18 (Дигести).

<sup>10</sup> Paolo Moro, *Il diritto come Processo*, 2012, стр. 204 *цитирајќи* Dig., 34,5,10,1, Ulpianus (Дигести). *Види исто така* Sič, M., *Trajne vrednosti Rimskog prava* (Трајни вредности на Римското право), *Зборник на илудови при правнои факултети во Силии*, 1943, бр. 3-4/2006, стр. 391; Bayer, V., *Jugoslovensko krivično procesno pravo* (Југословенското кривично процесно право), Второ издание, *Pravo o cinjenicama i njihovim uturdivanju u krivičnom postupku* (Закон за фактите и нивно утврдување во кривичната постапка), Второ Издание, Информатор Загреб 1978, стр.37.

<sup>11</sup> Bissacco Cristina, *Il canone In dubio pro reo: tra concezione classica e moderna della prova*, Padova, 2008, стр. 12, *цитирајќи* Hermogenianus, 1 ad *epitomarum*, D. 48.19.42 (Дигести).

кривичната материја - судењето било јавно. Нумериј се бранел така што негирал дека е виновен со оглед дека немало доволно докази против него, па неговиот противник Делфидиј, согледувајќи дека неуспехот на обвинението е неизбежен, не можејќи да се воздржи, извикал: „О ѿи славен Цезаре! Ако е доволно само да се неѓира винаѿа шѿо ќе биде оѿсеѓа наѿаму со виновнициѿе?“. На тоа прашање следел славниот одговор на императорот Јулијан: „Ако е доволно само да се обвину шѿо ќе биде со невиниѿе?“. <sup>12</sup>

## ДОЦЕН АНТИЧКИ ПЕРИОД И РАН СРЕДЕН ВЕК

Начелото *in dubio pro reo* почнало уште посилно да се развива во посткласичната ера (IV и V век од н.е.) заради влијанието што христијанското начело „*favor miserorum*“ (благонаклоност кон сиромашните) и хуманизмот го имале врз римското право. По суровите прогони на христијаните кои биле најжестоки во време на владеењето на Диоклецијан, во Едиктот од Никомедија (311 година од н.е.), императорите Галериј, Константин и Лициниј им дале на христијаните слобода на вероисповест. По само 70 години, во 380 година од н.е, императорот Теодосиј го прогласил христијанството за официјална религија на империјата.

Во IV век христијанската црква започнала да навлегува во животот и во социо-политичкото организирање на државата со значителни последици и по правото. Цитат за оваа еволуција може да се најде во Алариковиот законик (*Breviarium Alaricianum* или *Lex Romana Visigothorum*)<sup>13</sup>. Во него постои одредба за ослободување на робовите: „*Communem servum unus ex sociis vincendo futurae libertati non nocerit; inter pares enim sententia clementior severiori praefertur: prope et innocentes dicere, quos absolute nocentes pronuntiare non possunt*“. Овде се работи за следново: еден од двата ко-сопственици го ставил во окови заедничкиот слуга, додека другиот одлучил да го ослободи. Во извадокот се нагласува предноста на волјата на ко-сопственикот кој сака да го ослободи слугата. Ова покажува дека во Алариковиот законик римското право очигледно трпи промени под влијание на новите начела што ги проповеда христијанството, преиначувајќи го правилото од класичното римско право според кое за ослободување на роб неопходна била заедничка волја на сите негови сопственици. Оваа одредба од Алариковиот законик претставува основа за две други основни начела што се од суштествена важност во современите

<sup>12</sup> Ammianus Marcellinus, *Rerum Gestarum*, L. XVIII, c. 1.

<sup>13</sup> Renzo Lambertini, *I caratteri del Breviarum Alaricianum*, предавање одржано во Неапол на 29.4.2008, стр.1. Алариковиот законик претставува збирка на римско право сочинета по наредба на Аларик II, крал на Визиготите. Оваа збирка содржи и совети од неговите епископи и благородници, а била прогласена на 2 февруари 506 година од н.е..

правни системи: начелото *favor rei* (благонаклоност за виновникот) и начелото на презумпција на невиност.<sup>14</sup>

Во 476 година варварскиот крал Флавиј Одоакар го поставил крајот на Западното римско царство. Западниот дел од Европа бил окупиран од варварски народи кои ги наметнале своите обичаи и навики, додека моќта на Римската империја се преориентирала кон исток владеејќи под името Византија во наредните 1000 години.

Сепак, римското право во западна Европа не доживеало пад со падот на Западното римско царство. На териториите кои потпаднале под власт на варварските народи начелото за персонализација на правото било во сила што значи дека законот што се применувал се одредувал не врз основа на територијата, туку врз основа на популацијата на која ѝ припаѓале лицата кои се спореле околу нешто. Така, правото кое важело за поранешните поданици на Римската империја сè уште било римското право, додека варварските народи, кои станале доминантно население, го користеле својот правен систем кој во најголема мера претставувал обичајно право.

Некаде околу VI век, со зацврстувањето на владеењето на варварите и со сè поинтензивните контакти помеѓу победниците и поразените, варварското право започнало да влијае врз римските закони во западна Европа и да ги модифицира. Полека но сигурно во судовите на поранешното Западно римско царство се усвојувала структурата на варварска судска постапка која била целосно поразлична од римската. Судињето се сведувало на доказна постапка каде имало два вида докази: божји суд и прочистувачки суд или *purgatio*. Божјиот суд, наречен *ordal* (измачување), можел да биде во вид на целосно потопување на телото во студена вода или одредено време држење на усвитено железо во рака. За да се положи испитот не било доволно само да се издржи болката, туку морало и раните да заздрават во одреден рок. Очигледно е дека зад ваквите тестови, односно проверки, стоела претпоставката за невидливото присуство на Господ Бог за време на судењето, кој никако не би дозволил некој невин да падне на испитот.<sup>15</sup> Изгорената дланка се преврзувала и по три дена се проверувала, ако дланката била излекувана тоа се сметало за знак дека лицето е невино и било ослободувано. Измачувањето со ладна вода пак се вршело на тој начин што обвинетиот бил фрлан во вода, оние кои потонувале се сметале за невини и биле ослободувани, а оние кои не потонувале, односно останувале да лебдат, се сметале за виновни и биле казнувани. Овие измачувања барале учество на свештенството. Свештено лице било

<sup>14</sup> Bissacco Cristina, *Il canone In dubio pro reo: tra concezione classica e moderna della prova*, Padova, 2008, стр.; Polara Giovanni *Lex Romana Visigothorum*, CUEM, 2005 e Fabio Zunica *LE REGULAE IURIS NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA*, Università Federico II, 2011, стр.101.

<sup>15</sup> citing *Brev. Pauli Sententiarum IV*, 12, § 5 (*which is later reported in Lex Romana Visigothorum*).

<sup>15</sup> Bissacco Cristina, *Il canone In dubio pro reo: tra concezione classica e moderna della prova*, Padova, 2008, стр. 17.





со теолошкото толкување на Витман дека разумното двоумење се појавило во Средниот век, туку сметаат дека разумното двоумење е „концепт роден од секуларното просветителството и хуманистичка филозофија на XVIII век“. Ова особено е така бидејќи, според нив, измачувањата обезбедувале надприродна вистина која по дефиниција е неспорна, па случајот тешко дека можел да се смета за двосмислен.<sup>21</sup> За да се заштитат судиите истовремено се пропагирало дека законот е тој што ја пролева крвта на осудениот криминалец, а не судијата.

Според еден ранохристијански теолог Свети Јероним (347 – 420 н.е.): „Да се казнат убијците и оние што вршат сквернавење и труење, не значи да се пролева крв. За тоа служат законите“.<sup>22</sup>

Латинскиот филозоф и теолог Свети Августин Хипонски (354 – 430 н.е.), навел нешто слично: „Кога еден човек е праведно убиен, законот е тој што го убива, а не вие“. Со пренесување на обврската за одземање на животот или осакатување на телото на криминалецоот врз законот, судиите имале само улога на посредници „придонесувале во убивањето на криминалците, без самите да ја изгубат можноста за вечен живот како убијци“.<sup>23</sup>

По неколку века папите Климент III (1187 – 1191) и Инокентиј III (1198-1216) ги поттикнувале свештениците да ја избегнат дамката на крвопролевање со тоа што ќе го следат *inobezbedenioui iaii*: во случај на двојба/двоумие, „*in dubii*“, треба да се однесуваат на начин што ќе ја минимизира можноста од валкање.<sup>24</sup> Со други зборови за да казни некој, судијата требало да биде уверен во неговата вина, инаку самиот би бил казнет од Бог.

Изјавите на папите се паралелни со повторното разоткривање на *Corpus Iuris Civilis* во XII век, вклучувајќи го и *Digesta*.<sup>25</sup> Па така Канонските правници на XII век ги применувале идеите на античките црковни отци во кампањата против судските измачувања, а Канонскиот закон, законот на христијанската црква, одиграл фундаментална улога во нивното укинување.<sup>26</sup>

Како резултат на тоа во 1215 година, по неколку децении на пропагирање од страна на реформаторите на црквата, Католичката

<sup>21</sup> Miller W. Shealy Jr., A Reasonable Doubt About “Reasonable Doubt” (Разумно двоумење за „Разумното двоумење“), 65 Okla. L. Rev. 225, 229 (2012-2013) (понатаму во текстот Shealy).

<sup>22</sup> Whitman, стр. 39, фуснота 36, *циџирајки* Commentaria In Hieremiam IV, 35. In S. Hieronymi Opera, pt. I, 3, Corpus Christianorum Series Latina, vol. 74 (Turnholt: Brepols 1960), 201: “Homicidas enim et sacrilegos en venenarios punier, non est effusion sanguinis, se legume ministerium.”

<sup>23</sup> Whitman, стр. 40.

<sup>24</sup> Папата Клеменс III, Patrologia Latina vol. 204 [col. 1485D]. Папата Инокентиј III, папата-адвокат, кој претседал со Четвртиот латеранскиот собор, ја измислил класичната формулација: „*In dubiis via eligenda est tutior*“, односно „Кога постои двојба треба да се избере побезбедниот пат“. *Циџирано* во Whitman, стр. 117.

<sup>25</sup> James Gordley & Arthur Taylor Von Mehren, An Introduction To The Comparative Study Of Private Law – Readings, Cases, Materials 33 (Вовед во компаративната студија на приватно право - толкувања, случаи, материјали) (Cambridge University Press 2006).

<sup>26</sup> Whitman, стр. 55.

црква (преку Четвртиот латеранскиот собор)<sup>27</sup> им забранила на свештениците да учествуваат во измачувањата. Со ова всушност се укинале измачувањата, освен во случаи на лица обвинети за магии.<sup>28</sup>

Идеите на црковните отци биле прифатени и елаборирани од страна на канонските правници на XII век (и подоцна), кои во голема мера биле одговорни за создавање на современиот закон, а изучувачите сметаат дека укинувањето на измачувањата означуваат почетокот на западните правни традиции.<sup>29</sup>

Укинувањето на измачувањата е предмет на различни толкувања. Шапиро тврди дека судското измачување имало за цел да се добијат докази за фактите и дека неговото укинување повлекло промена во начинот на докажување на фактите.<sup>30</sup> Витман не се согласува со овој правец на толкување. Витман вели дека „доказите за фактите воопшто не биле доведени во прашање.... Пред сè во прашање била моралната одговорност за пресудата“.<sup>31</sup> Според него, измачувањата биле укинати „токму поради тоа што ги правеле оние кои учествувале во нив учесници во крвопролевање“.<sup>32</sup> И Шапиро и Витман се согласуваат дека резултатот од укинувањето на измачувањата предизвикале генерална криза во пресудувањето што влијаело врз правилата на постапката.<sup>33</sup>

Во континентална Европа и во Англија имало два различни одговори на оваа криза со кои се објаснува одвојувањето на правните системи на континентално и обичајно право. На Континентот, каде што инквизиторната постапка била во развој во текот на XII век, измачувањата биле заменети со Римо-канонската инквизиторна постапка. Во Англија пак, каде што ран облик на порота била воведена кон крајот на XII век, измачувањата биле заменети со судење пред порота.

<sup>27</sup> Латеранските собори биле синоди на Католичката црква кои се одржувале во Рим во Латеранската палата од дванаесеттиот до шеснаесеттиот век. Целта на Латеранските собори била да ги разгледуваат различните проблеми на Католичката црква, црковниот имот, патријархалните предност, судските и црковните реформи, како и други прашања. *Vugu Whitman*, стр. 53-54.

<sup>28</sup> *Whitman*, стр. 49, 55, *циџаџ* од Канон 18 од Четвртиот латерански собор.

<sup>29</sup> *Vugu ģeneralno Shapiro*, Двоумење, стр. 3, каде што се објаснува дека во XII век, „ирационалните докази“, како што било судењето со измачување биле заменети со Римско-канонската инквизиторна постапка на континентот, а во Англија со судење пред порота; *Morano*, стр. 509, наведува дека судењето пред порота е развиено како замена за старите методи, како што било судењето со измачување; *Vaker* исто така зборува за подемот на судењето пред порота и го опишува укинувањето на измачувањето кое било истакнат настан во кривичната постапка.

<sup>30</sup> *Shapiro*, Двоумење, стр. 3-4.

<sup>31</sup> *Whitman*, стр. 56.

<sup>32</sup> *Whitman*, стр. 56.

<sup>33</sup> *Shapiro*, Двоумење, стр. 4, *Whitman*, стр. 56.



## ПОЈАВА НА СУДЕЊАТА ПРЕД ПОРОТА ВО АНГЛИЈА

Практиката на заколнување која се бара кога некој човек треба да обезбеди точни информации има античко потекло, со корени во Скандинавија и старата Каролиншка империја.<sup>34</sup> Во Англија, ран облик на судење пред порота бил користен кон крајот на XI и XII век.<sup>35</sup>

Во текот на норманската инвазија<sup>36</sup> во XI век, Норманите донеле со нив други облици на докази и судење, како што се измачувањата, законот на кладба<sup>37</sup> или судења со борба<sup>38</sup>. Во Норманскиот период честа појава била „обвинувачката порота“.<sup>39</sup> Оваа „обвинувачка порота“ положувала свечена заклетва дека ќе даде точен одговор, наречен *veredictum*, што е латински збор за „пресуда“.<sup>40</sup> Откако „обвинувачката порота“ ќе ги именувала осомничените криминалци, обвинетите биле испраќани на измачување.<sup>41</sup> Пресудите кои биле резултат од овие постапки во суштина биле извештаи за карактерот на обвинетиот, а не за неговата вина или невиност.<sup>42</sup>

Пресвртна точка на сето ова била забраната за учество на свештенството во измачувањата, која била издадена во 1215 година, што резултирало во ефикасно укинување на измачувањата. Иако постарите методи на докажување се уште биле дел од постапките што се користеле во најраната фаза пред судовите во Англија, користењето на порота се покажало како подобра алтернатива и постарите методи постепено биле исфрлени од употреба.<sup>43</sup>

<sup>34</sup> Baker, стр. 72. Каролиншката империја (800-924) бил историски период во средновековна Франција и Германија, управуван од страна на Франко-каролиншката династија. За повеќе информации, види John W. Burgess, *Sanctity of Law: In What Does It Consist? The Story of Man's Attainment of Law and Order from Roman Times to the Present* (Свештостта на законот: од што се состои? Приказна за човечкото стекнување на право и ред од римски времиња до денес) (1928), *The Carolingian Empire and its Dependence of the Pope's Authority* (1928), поглавје 5.

<sup>35</sup> Baker, стр. 72-73.

<sup>36</sup> Норманската инвазија на Англија била окупацијата на Англија која се случила во единаесеттиот век од страна на војската на Норман, Бретон и француски војници предводени од војводата Вилјам I од Нормандија, подоцна наречен Вилјам Освојувачот. Види Norman Davies, Европа: Историја 336-339 (Europe: a history 336-339) (Harper Perennial 1998); види исто така Edward E. Freeman, *The History of the Norman Conquest of England, Its Causes and Its Results, Volume 5, The Effects of the Norman Conquest* (Историјата на Норманската инвазија на Англија, причините и последиците, том 5, Резултатите на Норманското освојување), (Cambridge Univ. Press 2011) (првпат издадено во 1876).

<sup>37</sup> Закон за кладба била средновековна одбрана која се користела кога обвинетиот можел да ја докаже својата невиност со полагање на заклетва и изнаоѓање на потребниот број на лица, обично дванаесет, кои се заколнувале дека веруваат во заклетвата на обвинетиот. Види Baker, стр. 73.

<sup>38</sup> Судење со борба (или кладба на битка) е метод што се користел за да се решат обвинувањата кога немало доволно сведоци или признанија, во која двете страни во спорот се бореле еден против друг. Победникот бил прогласуван дека е во право. Во суштина тоа било судски санкциониран двобој. Судењата со борба се употребувале во текот на средниот век и постепено исчезнале во текот на XVI век. Види Baker, стр. 73.

<sup>39</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 5; Baker, стр. 73.

<sup>40</sup> Baker, стр. 73.

<sup>41</sup> Baker, стр. 73.

<sup>42</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 3; Baker, стр. 73.

<sup>43</sup> Baker, стр. 72-73.

Бејкер укажува на тоа дека „кралските судии не започнале во XII век со инспирирана визија за нештата кои треба да дојдат; тие едноставно го презеле и го продолжиле она што постоело, што и всушност е природен ред на нештата“.<sup>44</sup>

Во XIII век, судската пракса користела луѓе кои живееле во близина на местото каде што се случило кривичното дело за да дадат изјава под заклетва - *juratores* (што е латински израз за лица кои биле *јог заклейва*) - за невиноста или вината на обвинетиот. Оваа постапка станала позната како судење пред порота.

На поротниците се гледало како претставници на мислењето на заедницата.<sup>45</sup> За разлика од нив англиските судии поретко биле жители на локацијата. Тие престојувале во Вестминстер и патувале низ земјата, а кога имале потреба од локално познавање, тие зависеле од поротниците.<sup>46</sup>

На почетокот постоело преклопување на судиската функција на поротниците и нивната улога како сведоци.<sup>47</sup> Поротниците ја носеле пресудата врз основа на она што тие самите го знаеле или на темел на она што ќе го собереле во процесот на независна истрага.<sup>48</sup> Со други зборови, тие не биле непристрасни одлучувачи за факти или судии за фактите.

Според Витман, во средниот век на поротниците: (а) им било дозволено да донесат „посебна“ пресуда, при што ги наведувале „единствено фактите кои ги нашле за утврдени, додека во исто време го принудувале судијата да ја сноси крајната одговорност преку донесување на ризична пресуда во врска со крајната одговорност“;<sup>49</sup> (б) биле имуни од казна со која им се одземале граѓанските права - постапка за казнување на поротниците кои учествувале во граѓанска постапка за вршење на кривоклетство, бидејќи лажното сведочење во тоа време сеуште не било кривично дело;<sup>50</sup> и (в) „ во некои случаи можеле да го избегнат исходот на крвна казна, овозможувајќи му на обвинетиот да извлече корист од свештенството“, со што обвинетиот можел да тврди дека е надвор од надлежноста на секуларните судови и да бара да биде суден со помош на канонскиот закон, кој не вклучувал порота.<sup>51</sup> Овие фактори ги заштитувале поротниците во кривичните постапки од морален притисок.<sup>52</sup>

<sup>44</sup> Baker, стр. 72, *виги* погоре фуснота 34.

<sup>45</sup> Morano, стр. 509. *Виги истио така* Frederick Pollock & Frederic W. Maitland, The History of English Law (Историјата на Англиското право) 622-26 (Cambridge University Press 1898) (понатаму во текстот Pollock).

<sup>46</sup> Whitman, стр. 147, ns. 81-82.

<sup>47</sup> Baker вели дека понекогаш судиите ги испитувале поротниците еден по еден за да ги оценат нивните одговори, па дури и го задржувале правото на одлука за вината или невиноста за себе. *Виги* Baker, стр. 75.

<sup>48</sup> Morano, стр. 509.

<sup>49</sup> Whitman, стр. 154.

<sup>50</sup> Whitman, стр. 154.

<sup>51</sup> Whitman, стр. 156.

<sup>52</sup> Whitman, стр. 157.

## РИМО-КАНОНСКА ИНКВИЗИЦИЈА ВО КОНТИНЕНТАЛНА ЕВРОПА

Додека во Англија се развиле судења пред порота на Континентот владеела инквизиторната постапка. Постапката позната како постапка *per inquisitionem* (латински збор за „со помош на истрага“) добила официјално признание од страна на Четвртиот латерански собор, со што се вовеле високо рационализирани чекори за утврдување на вината или невиноста на свештеници осомничени за кривични дела против Католичката црква.<sup>53</sup> Во текот на XIII век оваа постапка се проширила и во кривичното право.<sup>54</sup> Системот бил уреден така што барал „целосен доказ“, односно барал цврсти стандарди во однос на квалитетот и квантитетот на доказите потребни за осуда, верувајќи дека така може да се обезбеди објективност од страна на судијата.<sup>55</sup> Како што наведува Шапиро, судијата во Римо-канонската инквизиторна постапка бил „во суштина сметководител кој ги собирал доказните елементи“.<sup>56</sup>

Со тоа што ги следеле точните постапки судиите избегнувале да се извалкаат со дамката на судско крвопролевање, а Канонските теолози и правници се справиле со моралната опасност со тоа што ја издвоиле улогата на судијата како „слуга на законот“.<sup>57</sup> На пример, христијанскиот теолог Рејмонд де Пенафорд (Raymond de Peñafort) (околу 1175 – 1275), објаснил дека судијата не греша ако злосторникот е „праведно осуден“, што вклучува, меѓу другото, судијата „да ги почитува законските постапки“.<sup>58</sup>

Средновековното канонско право го развивало начелото дека „судиите судат според изнесените докази, а не според нивната ‚совест‘“.<sup>59</sup>

<sup>53</sup> Whitman, стр. 99, *црпџај* и Mathias Schmoeckel, *Humanität und Staatsraison 187-294* (Böhlau 2000) (понатаму во текстот Schmoeckel).

<sup>54</sup> Whitman, стр. 99. *Вуги исџо џака* Brundage, стр. 147.

<sup>55</sup> Whitman, стр. 115. *Вуги исџо џака* Shapiro, Двоумење, стр. 3; Bayer, V., *Казнено џроцесно џправо – избрани џоѓлавја. Книжа II. Исџориски развој на казненоџо џроцесно џправо*. Крапац, Д. (Ed.), Загреб, 1995, стр. 95, 114.; Шкулик, М., *Кривично џроцесно џправо. Вџоро ревидирано и надоџолнеџо издание*, Правен факултет при Универзитетот во Белград, Белград, 2010, стр. 12. Постоеле исклучоци во однос на правната оценка на доказите како што бил институтот на испраќање на списите на случајот со цел да се добијат совети до одредена група образовани и искусни правници и адвокати, како што тоа било пропишано во *Constitutio Criminalis Carolina* (Constitutio Criminalis Carolina во XVI век е првиот облик на германскиот кривичен закон кој има за цел да го обедини правниот систем на „Светата Римска Империја“ во Западна Европа, со што поставил основа за судењата и признанијата добиени со тортура). *Вуги* Bayer, V, *Jugoslovensko krivično procesno pravo*, второ издание, *Pravo o cinjenicama i njihovim utvrdzivanju u krivичnom postupku*, второ издание, Inforator Zagreb 1978, стр. 105.

<sup>56</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 3.

<sup>57</sup> Whitman, стр. 105.

<sup>58</sup> Knut W. Nörr, *Zur Stellung des Richters im Gelehrten Prozess der Frühzeit: Iudex Secundum Allegata non Secundum Cinscientum Iudicat* 66 (C. H. Beck 1967) (понатаму во текстот Nörr), *црпџај* и Raymond de Peñafort, *Summa de poenitentia*, (ed. Xaverio Ochoa and Aloisio Diaz), (Rome: Institutum iuridicum Claretianum, 1976).

<sup>59</sup> Whitman, стр. 105, *црпџај* и Nörr, стр. 13. Види исто така Jacques Delanglade, *Le Juge, Serviteur de la Loi ou Gardien de la Justice selon la Tradition Theologique*, 10 Rev. de Droit Canonique 141, 151-53 (1960).

Зборот „совест“ во овој контекст, укажувал на моралните убедувања на судиите, како и на нивното знаење на одредени факти. Витман објаснува дека забраната да го користат „приватното знаење“ била за нив морална утеха, начин на кој професионалните судии се уверувале себеси дека се држат на безбедно растојание од крвавите последици на случајот кој тие го судеа.<sup>60</sup> Судиите на Континентот, кои најчесто биле свештеници, често слушале исповеди во врска со случаите за кои одлучувале.

Како последица на тоа тие како судии имале „приватно знаење“ за фактите на случајот. Но, тајноста на исповедта не смеела да биде прекршена, па така, со тоа што одбивале да го користат нивното приватно знаење, судиите можеле да избегнат лична морална одговорност за учество во пресудата.<sup>61</sup>

Кога станува збор за доказите, или сведоштво на двајца добри сведоци (сигурни очевидци чие сведоштво не може да се побие), или признание, се сметало дека имаат доволно висока доказна вредност за да претставуваат „целосен доказ“.<sup>62</sup> Бидејќи сведоштвото од страна на двајца сведоци било ретко достапно, континенталното право трагало по признанието како алтернативен начин за добивање на „целосен доказ“.<sup>63</sup> Па така, признанието на делото од страна на обвинетиот станало „кралица“ на сите докази (на латински *regina probationem*).

Но, за да дојдат до признание судиите можеле да наложат да се изврши и мачење. Мачењето и признанието се користеле и затоа што, од одредена христијанска перспектива, имале катарзична функција бидејќи преку нив виновникот, т.е. грешникот, требало да се искупи за своите гревови. Дури и сведок можел да биде подложен на мачење доколку инквизиторот сметал дека сведокот лаже или си противречи самиот на себе. Оваа опција станала дури и задолжителна во постапките за кривично дело предавство или ерес без оглед на тоа што сведоците не биле ниту лажни ниту недисциплинирани.

Меѓутоа, на судиите им било забрането да наложат мачење доколку немало „*semiplena probatio*“ или „половичен доказ“.<sup>64</sup> Витман објаснува дека за да одлучат дали постои „половичен доказ“, судиите требало да следат строго утврдени правила за одмерување на доказите. Технички израз за таков доказ е „*indicium*“ што значело „доказ“. Па така, мачењето се применувало како последна мерка, откако веќе биле искористени сите други начини за да се дојде до вистината. Тоа можело да се повтори два или три пати, но не во ист ден. Се составувал обвинителен записник што ги содржел: прашањата на судијата, одговорите на обвинетиот,

<sup>60</sup> Whitman, стр. 110 (нагласено од авторот).

<sup>61</sup> Whitman, стр. 110.

<sup>62</sup> Whitman, стр. 115. *Vugu us̄io ūaka* Shapiro, Двоумење, стр. 3.

<sup>63</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 3.

<sup>64</sup> Лицата со висок социјален статус (членови на благородништвото и слично) воопшто не можеле да бидат изложени на мачење. *Vugu* Whitman, стр. 115, со осврт на Schmoedel, стр. 212-213, 219-228, 286-287.

врескањата, офкањата, должината и времето на вршење на мачење, квалитетот и степенот на мачење, причините за неговата примена, како и состојбата во која се наоѓал обвинетиот пред и по мачењето. Сето ова имало за цел да се оправда легитимноста на одлуката за примена на мачење земајќи ги притоа предвид и видот на стореното кривично дело и сериозноста на индициите. Покрај ова, секогаш имало и лекар кој ја проверувал состојбата на обвинетиот и му пружал медицинска помош според потребите. Исто така била востановена и праксата дека изјава дадена во услови на мачење мора да биде проверена за да може да се смета за валидна, а проверката не смеела да биде направена во присуство на инструменти за мачење, а морало да помине и одредено време од давањето на изјавата за истата да се провери.

Обвинетиот, подложен на мачење и како последица на тоа, со ослабени дух и тело, бил приморан да избере помеѓу признание, со што би им ставил крај на своите маки, или продолжување на отпорот, со што би му се пролонгирала агонијата. Штом обвинетиот признаел постапката завршувала и следувала, повеќе од јасно, осудителна пресуда. Ако обвинетиот ги издржел сите мачења и не дал признание, можен исход, иако во ретки случаи, било неговото ослободување. Но треба да се напомене дека осомничениот кој издржувал мачење без да признае останувал во притвор подолго време се со цел судијата да може да дојде до можни нови докази. Дотолку повеќе што Судот можел да донесе и специјална пресуда со која „му простува“ на обвинетиот (на латински *absolutio ab instantia*).<sup>65</sup> На обвинетиот му се простуvalo поради недостаток на докази, меѓутоа, постапката против него/неа можела да продолжи понатаму во било кој момент.

Витман тврди дека иако континенталната кривична постапка била „мошне врзана за правила“, сепак обезбедувала значителна дискреција која била доволна да создаде дилеми кај судиите, како што било упатството да се најдат „*indicia indubitata*“, односно „докази кои не дозволувале никаква двојба“.<sup>66</sup>

Имено, „Ако измачувањето им се заканувало на свештениците да ги вклучи во крвопролевање, инквизиторното судење му го правело истото на судијата“.<sup>67</sup> Па така, употребата на крвни казни „можеле да се применат само доколку имало совршена увереност во вината на обвинетиот: како што се изразиле канонските правници, не смее да се користи крвна казна, освен ако постојат докази...кои се појасни од светлината на пладневното сонце“.<sup>68</sup> Според Албертус Гандиус

<sup>65</sup> Sijerčić-Čolić, H., *Krivično procesno pravo*. Книга I. *Krivičnoprocesni subjekti i krivičnoprocesne radnje*. Трето ревидирано и дополнето издание, Правен факултет при Универзитетот во Сараево, Сараево, 2012, стр. 66.

<sup>66</sup> Whitman, стр. 115.

<sup>67</sup> Whitman, стр. 105.

<sup>68</sup> Whitman, стр. 100, *циџаџи og Giorgia Alessi Palazzolo*, Provo Legale e Pena. La Crisi del Sistema Tra Evo Medio et Modern 3-5 (Naples 1979).

(Albertus Gandius), правник од XIII век, „ако има двоумие и докажете се неизвесни, тогаш е подобро да се остави делото на злосторникот неказнето, отколку да се осуди невино лице, бидејќи ако постои двоумие, подобро е казната да биде поблага, а не построга“.<sup>69</sup> Еден друг пример е и канонскиот адвокат Хугуџио (Huguccio) кој живеел кон крајот на XII век (починал во 1210 година) и ги анализираше проблемите на кривичната постапка, па навел: „двосмислена работа‘ е таа што не е докажана со помош на сведоци, документи или пак со докази како што е признанието“.<sup>70</sup>

Јоханес Монахус, француски експерт по канонско право кој умрел во 1313 година, при толкувањето на еден декрет на Папата Бонифацие VIII, коментирал околу правата на обвинетиот. Најпрво го поставил следново прашање: *Дали Папата би можел, врз основа на овој декрет, да зајочне судски процес против некој ако не го повика против него да се јави на суд?*<sup>71</sup> Правникот Монахус заклучил дека Папата навистина е над позитивното право, но не и над природното право и со оглед дека поканите биле воспоставени со природното право, Папата не би можел истите да ги прескокне. Монахус понатаму напишал дека ниту еден судија, па дури ни Папата, не би можел да дојде до правична одлука без да го повика обвинетиот да се појави на судење. И покрај тоа што кривичното дело можело да биде сосема очигледно, судијата можел да дејствува по скратена постапка во одредени делови од судскиот процес, но порано или подоцна морало да бидат испратени покани па дури потоа да биде донесена пресуда. Монахус објаснува дека поканата за доаѓање на суд и пресудата се наметнати од страна на природното право согласно со она што е напишано во Библијата, поточно во Битие 3:9-12: со оглед дека Господ чувствувал обврска да го повика Адама, судиите во секој случај морале да го прават истото. Тогаш Монахус вака го формулирал правото на обвинетиот на судење и на почитување на неговите законски права: *item quilibet presumitur innocens nisi probetur nocens* (Секој мора да се смета за невин ако не биде докажано дека е виновен).

Сличен пример е исто така и следново судење: во 1398 година, Соломон и неговиот син Мојсеј - Евреи кои живееле во Римини - биле обвинети од неколку христијански жени за наводни сексуални односи со нив. Случајот потпаднал под надлежност на Инквизицијата затоа што во пријавата стоело дека Соломон и Мојсеј користеле еретички аргументи за заведување на жените. Задолжен да го реши овој случај бил францисканскиот инквизитор Јоханес де Поцали. Де Поцали повикал сведоци, ги испитал и ги натерал да се заколнат дека ќе ја

<sup>69</sup> Peter Holtappels, Die Entwicklung des Grundsatzes 'in dubio pro reo' (Cram de Gruyter 1965), цитирано во Whitman, фуснота 172.

<sup>70</sup> Whitman, стр. 119.

<sup>71</sup> Kenneth Pennington, Innocent Until Proven Guilty: The Origins of a Legal Maxim (Невин додека не се докаже дека е виновен: Потеклото на правната максима), The Jurist, 2004, стр. 115

зборуваат вистината и на крајот утврдил дека обвинувањата против Соломон и Мојсеј не се докажани. Во средниот век судиите ретко ги образложувале своите одлуки, но Јоханес де Поцали го сторил тоа. Тој ги испитал фактите и заклучил дека е „*подобро да се остави некое кривично дело неказниво ојколку да се осуди невино лице*“. Овие зборови се претходница на нешто што по три и пол века било изговорено од англискиот правник Вилијам Блекстоун, кој е автор на реченицата што станала позната во правната филозофија на обичајното право под називот формулацијата на Блекстоун: „*Законови смета дека е подобро десет виновни да и избегаат на правдава ојколку еден невин да наспрага*“.<sup>72</sup>

## РАН СОВРЕМЕН ПЕРИОД И ПРОСВЕТИТЕЛСТВО

Филозофите на раниот современ период и просветителството (околу 1500 – 1800 година) ја афирмирале важноста на разумот и науката и нивната надмоќ над суеверието и религијата. Мислителите на просветителството се придржувале до доктрината на природното право според која секое човечко суштество поседува одредени права кои се сметаат за неотуѓиви затоа што истите постоеле и пред постоењето на државата и претставуваат наследство кое му припаѓа на секој поединец.

Прецизниот израз *“in dubio pro reo”* исто така за прв пат се појавил во овој период, во 1566 година, во расправа за доктрината на кривичното право од Егидио Боси.<sup>73</sup> Тој напишал: „*Quod in dubio pro reo iudicandum est*“,<sup>74</sup> односно „*при двојба мора да се пресуди во корист на обвинетиот*“.<sup>75</sup> Помалку од еден век подоцна, во 1631 година, Фридрих Спи вон Лагенфелд (1591– 1635) го напишал *Cautio Criminalis*,<sup>76</sup> во кое дело главно го критикувал судењето на вештерки што довело до нивно пошироко укинување.<sup>77</sup> Спи бил језуитски свештеник и универзитетски професор кој тврдел дека мачењето (инструмент кој се користел за да се добијат признанија при судењата на вештерки) не ја даваат вистината.<sup>78</sup> Во овој контекст, Спи постојано се осврнувал на можните осудувања на невини луѓе.

<sup>72</sup> Kenneth Pennington, *Innocent Until Proven Guilty: The Origins of a Legal Maxim* (Невин додека не се докаже дека е виновен: Потеклото на правната максима), *The Jurist*, 2004, стр. 117.

<sup>73</sup> Egidio Bossi & Francesco Bossi, *Tractatus Varii, Qui Omnem Fere Criminalem Materiam Excellentis Doctrina Complectuntur*...458 (Apud Haeredes Jacobi Iunctae 1566) (понатаму во текстот Bossi).

<sup>74</sup> Bossi, стр. 458.

<sup>75</sup> Неофицијален превод направен од авторот.

<sup>76</sup> Friedrich Spee von Langenfeld, *Cautio Criminalis Seu De Processibus Contra Sagas Liber* (Petrus Lucius Typog. Acad. 1631) (понатаму во текстот Spee).

<sup>77</sup> Gottfried Wilhelm Freiherr von Leibniz et al., *Herrn Gottfried Wilhelms Freyherrn von Leibniz Theodicee*... 256 (Nicol. Försters und Sohns Erben 1744).

<sup>78</sup> Wolfgang Sellert, *Friedrich Spee von Langenfeld – Ein Streiter wider Hexenprozess und Folter*, NJW 1222, 1224-26 (1986).



Јан Зофс ги наведува сите такви пасуси во неговиот придонес кон *Spee-Jahrbuch* во 2009.<sup>79</sup> Еве некои од нив:

Само некои луѓе можат да станат судии и инквизитори, кои ... доколку имаат двојба во некои случаи, имаат склоност да бидат понаклонети кон обвинетиот наместо поненаклонети.<sup>80</sup>

Еден мора да оди на побезбедниот пат и да ослободи десетмина виновни наместо себеси да се изложи на опасност да казни дури и само еден невин човек.<sup>81</sup>

Законот бара, во случаи на двојба, да се биде понаклонет кон обвинетиот наместо кон обвинителот.<sup>82</sup>

Понатаму, Чезаре Бекариа, автор на добро познатиот трактат *Dei delitti e delle pene* (За злосторствата и казните), изјавил дека никој не треба да биде сметан за одговорен пред судијата да донесе одлука за тоа. Логична последица на ваквата изјава е тоа што за време на постапката обвинетиот не можело да биде третиран како некој кој е одговорен за стореното кривично дело и затоа мерката притвор морала да се користи само во случаи на крајна нужуда; понатаму, доколку кривичната одговорност не е со сигурност утврдена, обвинетиот морало да биде ослободен, спротивно на она што се случувало во ерата на апсолутизмот: „Или е виновен или не е. Ако е виновен тиогаши треба да ја тири само казнаиа предвидена во закономии, а мачењето сианува нейоиребно, како шиио и неговото признание е нейоиребно. Ако не е виновен, ти измачуваш невин, бидејќи во очиие на законии секој чиј криминал не бил докажан е невин.“ Според Бекариа, еден сведок не е доволен за да се донесе осудителна пресуда затоа што, доколку обвинетиот го негира она што го тврди само едно лице вистината е неизвесна и во таков случај правото на секој еден да биде сметан за невин е она што прави вагата да натежне на страната што е во негова полза: „Еден сведок не е доволен; бидејќи додека обвинетиоии го побива она шиио сведокоии го тврди, висииинаиа осиианува насиирана, иа правоиио шиио секој го има да се верува дека е невин го врши балансоии во негова корисии.“<sup>83</sup>

<sup>79</sup> Jan Zopfs, *Unschuldvermutung und "in dubio pro reo"* in der *Cautio Criminalis*, in *Spee -Jahrbuch* 2009 79, 86-88 (Arbeitsgemeinschaft der Friedrich-Spi-Gesellschaften Düsseldorf und Trier ed. 2009).

<sup>80</sup> "[Dass] nur solche Männer Richter und Inquisitoren werden, die ... in zweifelhaften Fällen dem Angeklagten eher günstig als ungünstig gesonnen sind." *Spee*, стр. 52 (неофицијален превод направен од авторот).

<sup>81</sup> "[W]eil man den sichreren Weg gehen und lieber zehn Schuldige loslassen musste, als sich der Gefahr auszusetzen, auch nur einen Unschuldigen zu bestrafen." *Spee*, стр. 193 (неофицијален превод од авторот).

<sup>82</sup> "Das Recht verlangt, dass man in zweifelhaften Fällen eher dem Angeklagten als dem Ankläger geneigt sein soll." *Spee*, стр. 276 (неофицијален превод направен од авторот).

<sup>83</sup> Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (Of crimes and punishments), Тоскана 1764, Chapter 13, Of the credibility of witnesses, Chapter 16 of Torture, (За злосторствата и казните", поглавје 13, За кредибилитетот на сведоците, поглавје 16, За мачење), <http://www.thefederalistpapers.org/wp-content/uploads/2013/01/Cesare-Beccaria-On-Crimes-and-Punishment.pdf> (последен пат пристапено на 07 ноември 2016).



Слично, англискиот филозоф и правник Џереми Бентам (1748-1832,) во Начелата на судската постапка отворено признава дека се поголеми негативните ефекти кога е осуден невин човек, но предупредува дека со тоа не треба да се претерува:

Во таков случај, иако судијата има своја внатрешна претпоставка во однос на обвинетиот, не треба да се двоуми да дејствува според презумпцијата на невиност, а во несигурни случаи да земе во предвид дека погрешното ослободување на обвинетиот е пооправдано и помалку штетно за доброто на општеството отколку неправедното осудување. Слушајќи го гласот на хуманоста само ќе го следи гласот на разумот.

Сепак, мора да бидеме претпазливи во однос на оние сентиментални претерувања кои се готови да заборават на престапот, под изговор дека е најважно да се гарантира невиноста на обвинетиот. Јавниот аплауз како да е на аукција. Првин се велеше дека е подобро да се ослободат неколку виновници отколку да се осуди макар еден невин човек; други, за да ја направат максимата повпечатлива, го избраа бројот десет; трети го зголемија на сто, а четврти на илјада. Сите овие кандидати за наградата за хуманост се надминати од не знам колку автори кои тврдат дека обвинетиот не смее да се осуди во ниеден случај доколку доказите не се математички или апсолутно сигурни. Според ова гледиште никој не смее да биде казнет од страв да не се казни некој невин човек.<sup>84</sup>

И Витман исто така забележува дека правниците кои го обликувале начелото *in dubio pro reo* го разбрале конфликтот помеѓу правилото кое советувало на благост од една страна и јавниот интерес злосторствата да не останат неказнети од друга. Овој конфликт помеѓу судската дискреција и улогата на судијата како „јавна личност“ ќе се води постојано во подоцнежните векови.<sup>85</sup>

Од филозофите на периодот на разумот произлегуваат и новите идеи за сигурност и веројатност.<sup>86</sup> Па така, систематизирајќи ги степените на веројатност, англискиот филозоф Џон Лок (1632 - 1704) резонирал на следниов начин:

Првиот, според тоа и највисок степен на веројатност е кога општата согласност на сите луѓе, од сите возрасти, колку што може да е позната, се согласува со постојаното и непогрешливото искуство на човекот во слични ситуации, да ја потврди вистината за било кое прашање преку фер сведоци: како кога се работи за веќе познатите делови од телото, или пак

<sup>84</sup> *Begu* J. Bentham, *A Treatise on Evidence* (Расправа за доказите) () (M. Dumont Ed.) Лондон, 1825, стр.198.

<sup>85</sup> *Begu* Richard M. Fraher, *Conviction According to Conscience: The Medieval Jurists' Debate Concerning Judicial Discretion and the Law of Proof* (Осуда според совеста: Дебата на средновековните правници во однос на судската дискреција и Законот за докази), 7 *Law & Hist. Rev.* 23, 88 (1989).

<sup>86</sup> Shapiro, *Двоумење*, стр. 2, 6-7.

редовната причинско-последична врска во вообичаениот тек на природните нешта .... Овие веројатности се приближуваат скоро до степен на сигурност и на тој начин тие ги водат нашите мисли како апсолутни ... и најизразени претстави .... Ние правиме мала или никаква разлика помеѓу нив и сигурните знаења ....

Следниот степен на веројатност е кога ќе го земам во предвид своето искуство, а и искуството на сите други кои за истото се изјасниле, дека работите се такви какви што се, во најголем дел, и дека конкретно се потврдени од страна на многу доверливи сведоци: на пример историјата ни кажува за луѓе од сите возрасти, а и од мое искуство колку што имав можност да забележам тоа се потврдува, дека повеќето ги претпочитаат своите приватни интереси пред јавните: ако сите историчари кои пишуваат за Тибериј велат дека Тибериј го направил тоа, тогаш е многу веројатно дека е така. И во овој случај, нашата согласност има доволна основа да се издигне до степен во кој ние можеме да положиме верба ....<sup>87</sup>

Според Лок, највисокото ниво на веројатност е „многу блиску до сигурноста“ и бара универзална согласност. Пониските нивоа на веројатност се „доверба“, „уверливо верување“ и „мислење“.<sup>88</sup> Нивото на одобрување треба да се утврди според „различните докази и веројатноста: што може да се зголемува и намалува, според овие два темела на кредибилитет, имено, заедничко набљудување во слични ситуации и сведоштва за тој конкретен пример кои одат во прилог или се контрадикторни“.<sup>89</sup> Систематизација на Лок станала толку влијателна така што првите акти за законитоста на доказите се надоврзувале на неговите идеи.<sup>90</sup>

Друг влијателен филозоф од Просветителството, кои ги класифицирал нивоата на сигурност бил епископот Џон Вилкинс (1614 - 1672). Во неговата расправа *За начелата и обврските на природната религија* (1675), Вилкинс прави разлика помеѓу „знаење или сигурност“ и „мислење или веројатност“.<sup>91</sup> „Знаењето или сигурност“ е „тој вид на одобрување кое ќе произлезе од едноставен и јасен доказ што не остава

<sup>87</sup> John Locke, Of the Degrees of Assent in *An Essay Concerning Human Understanding* (Степени на согласност во есеј за човековото разбирање), Bk. IV, Ch. XVI, section 6, 7(II) (1690) (понатаму во текстот Locke), *госпајно* на <http://enlightenment.supersaturated.com/johnЛок/BOOKIVChapterXVI.html> (последен пат пристапено на 14 април 2016).

<sup>88</sup> Locke, делови 6, 7(II), 9.

<sup>89</sup> Locke, дел 9.

<sup>90</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 8, укажува на тоа дека највисоко ниво на веројатност според Locke било она што другите подоцна го нарекле „морална сигурност“, а која била утврдена преку одмерување на доказите. *Види подолу подготвочка Разумнојто двоумење во правнијте иррודови.*

<sup>91</sup> John Wilkins, Of the Principles and Duties of Natural Religion (За Начелата и обврските на природната религија) 5 (London: J. Walthoe, J. Knapton 1734) (понатаму во текстот Wilkins) (нагласено во оригинал). *госпајно* на <https://archive.org/details/ofprinciplesduti00wilk> (последен пат пристапено на 14 април 2016). Првото издание било објавено во 1675 година по смртта на авторот.

разумна причина за двојба“.<sup>92</sup> Според Вилкинс, постојат три видови на сигурност: физичка, математичка и морална.<sup>93</sup> Физичкото знаење или сигурност зависи од „сејшилени доказ“, што е прв и најголем вид на доказ за кој природата на човекот е способна“.<sup>94</sup> Математичка сигурност може да се утврди со логички модел, како што се геометриските докази.<sup>95</sup> Моралната сигурност:

За свој предмет има такво постоење што е помалку едноставно, а повеќе зависи од мноштво околности. (Околности) кои иако не се способни да обезбедат ист вид на доказ ... за да добијат одобрување од секој човек кој не би имал толку многу предрасуди против нив; сепак се толку едноставни што секој човек чиј суд е ослободен од предрасуди ќе се согласи со нив. И покрај тоа што не е нужно работите да бидат такви какви што се, а не поинакви, без да предизвикуваат противречност; сепак тие се толку сигурни што не дозволат разумно двоумење во врска со нив.<sup>96</sup>

Стив Шепард ја толкува класификација на сигурност на Вилкинс на следниов начин „кога доказите се за еден чекор поназад од оние кои би довеле до одобрување од страна на секој непристрасен човек, станува збор, како што изјавил, за разумно двоумење“.<sup>97</sup> Така, моралната сигурност зависи од мноштво околности и докази кои се толку сигурни што не можело да се има разумно двоумење во истите.

Грациан (Gratian), канонски адвокат од Болоња, во неговиот *Decretum* ја претставил доктрината за „двојба“ во канонскиот кривичен закон:

C.LXXIV. Една одлука која што се смета за сигурна не решава прашање за кое постои двојба. Сериозно е и несоодветно да се пресуди во случаи каде има двојба.

C.LXXV. На работи кои не се докажани преку некој доказ не треба да им се верува. ... Иако некои работи може да бидат вистинити сепак судијата не треба да им верува, освен ако не се докажани со одредени докази.<sup>98</sup>

<sup>92</sup> Wilkins, стр. 5 (нагласено во оригиналот).

<sup>93</sup> Wilkins, стр. 5 (нагласено во оригиналот).

<sup>94</sup> Wilkins, стр. 5 (нагласено во оригиналот).

<sup>95</sup> Wilkins, стр. 6.

<sup>96</sup> Wilkins, стр. 7.

<sup>97</sup> Stephen M. Sheppard, *The Metamorphosis of Reasonable Doubt: How Changes in the Burden of Proof Have Weakened the Presumption of Innocence* (Математичката на разумно двоумење: Како промените на товарот на докажување ја ослабнаа презумпцијата на невиносии), 78 Notre Dame L. Rev. 1165 (2003) (понатаму во текстот Sheppard), стр. 1180.

<sup>98</sup> *Decreti Pars Secunda*, C.11, q. 3 c. 74, *госпојино* на [http://geschichte.digitale-sammlungen.de/decretum-gratiani/kapitel/dc\\_chapter\\_1\\_1077](http://geschichte.digitale-sammlungen.de/decretum-gratiani/kapitel/dc_chapter_1_1077) (последен пат пристапено на 14 април 2016), цитирано и преведено во Whitman, стр. 118.

## ПОНАТАМОШЕН РАЗВОЈ НА СУДЕЊАТА ПРЕД ПОРОТА И НА СТАНДАРДОТ НАДВОР ОД РАЗУМНО ДВОУМЕЊЕ ВО АНГЛО-САКСОНСКИОТ СВЕТ

Развојот и зголемувањето на мобилноста на општеството го изменил карактерот на судењето пред порота, па во XVI и XVII век се интензивирал притисокот врз поротата. Нејзината улога постепено била сведена на разгледување на доказите дадени под заклетва во судот.<sup>99</sup> Поротниците повеќе не се само-информирале, туку слушале и ги оценувале доказите презентирани од странките во случајот.<sup>100</sup> Барањата поврзани со местото на живеење станале помалку важни и изборот на поротата се базирале повеќе на статусот и на административно искуство, а не на географската локација.<sup>101</sup>

Во XVI век се направила јасна разлика помеѓу поротниците и сведоците. Во средината на XVI век законодавството предвидувало начини како да се принудат сведоците да сведочат и ги сметало за одговорни за лажно сведочење.<sup>102</sup> Сведоците почнале да добиват поважна улога, а во правната литература се појавиле дискусии за кредибилитетот на сведоците и за процесот на нивна оценка, нешто што продолжило и во текот на следните векови. Поротниците постепено станале „трета страна која сега морала да проценува и анализира факти и настани на кои лично не била сведок ниту пак и биле претходно познати....“<sup>103</sup>

Во доцниот XVI и во XVII век, монарсите Тудор и Стјуарт користеле дисциплински мерки, како што се парични казни и затвор до исплата, за казнување на поротата која одбивала да донесе осудителни пресуди во

<sup>99</sup> Бејкер, стр. 75. *Vugu usiō ūaka* Shapiro, Двоумење, стр. 5, *циџаџи* og Kevin M. Teeven, *Seventeenth-Century Evidentiary Concerns and the Statute of Frauds* (Проблеми со докази во XVII век и *Сџаџиџиџиџи* на измами), 9 *Adelaide L. Rev.* 225 (1983).

<sup>100</sup> Baker, стр. 75-76, *циџаџи* og *Анонимен случај* (1577) Окружни белешки на Dyer, 110 SS 410, pl. 37, *Грејвс џроџив Шорџи* (Graves v. Short) (1598) Cro. Eliz. 616. *Vugu usiō ūaka* Shapiro, Двоумење, стр. 5-6, 72, *циџаџи* og John M. Mitnick, *From Neighbor Witness to Judge of Proofs: The Transformation of the English Civil Juror* (Og *coceg* - *свегок до сугија на докази: Трансформација на Англискиоџи џраџански џорџиџиџи*), 32 *Am. J. Legal Hist.* 203, 204 (1988); Thomas A. Green, *Verdict According to Conscience: Perspectives on the English Criminal Trial Jury*, (Одлука според совест: Перспектива на Англиската кривично судење пред порота), 1200-1800 (University of Chicago Press 1988) (понатаму во текстот Green); *Guide to English Juries, Setting Forth Their Antiquity, Power, and Duty* (Водич до Англиските пороти, поставување на нивната антика, моќ и обврска), from the *Common-Law and Statutes. By a Person of Quality*, 71, 73, 76 (Лондон 1682).

<sup>101</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 5, 52, 71. *Vugu usiō ūaka* P. G. Lawson, *Lawless Juries? The Composition and Behavior of Hertfordshire Juries* (Пороти без закон? *Сџавоџи* и *огнесувањеџи* на *џорџиџиџи* og *Херџффордџиџи*), 1573-1624, во *Twelve Good Men and True* 117 (Дванаесет добри и вистинити лица) 117, 123-24 (, 123-24) (Cockburn & Грин eds., 1988); Baron John Somers, *The Security of Englishmen's Lives or the Trust, Power, and Duty of the Grand Juries of England, Explained According to the Fundamentals of the English Government, and the Declarations of the Same Made in Parliament by Many Statutes* (Безбедноста на животот на англичаните или доверба, моќ и должност на големата порота на англија, објаснета на темел на основите на англиската влада, и изјавите за истата во собранието од страна на многу закони), 82, 119, 122, 145, 147-148, 151 (W. Dyde 1798).

<sup>102</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 6.

<sup>103</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 6.

кривични дела извршени од религиозни и политички побуни.<sup>104</sup> Од 1516 година па се до наредниот век и четврт, поротата која учествувала во кривично судење била подложна на казнување од страна на Свездениот судски совет,<sup>105</sup> а судиите од Англиските Судови на Обичајното Право им изрекувале парични казни и казна затвор.<sup>106</sup>

Пресвртна точка во статусот на поротата се случила во средината на XVII век и е поврзана со гонењето на Квекерите (членови на протестантско религиозно движење, познати меѓу другото и по нивниот пацифизам).<sup>107</sup> По револуција во 1660 година, со која бил отфрлен кралот Чарлс I Стјуарт, Законот за собири од 1664 година<sup>108</sup> забранувал собири кои би можеле да поттикнат политички или верски бунтови, поради што следувало казна затвор, парични казни или транспортација<sup>109</sup>. Квекерите се спротивставиле на оваа забрана и продолжиле да се собираат што довело до нивен прогон. Кога поротниците не носеле осудителна пресуда и покрај инкриминирачките докази се истакнало прашањето дали судиите имале дисциплински овластувања да казнат и да затворат порота што одбивала да изрече пресуда како што ѝ било наложено.<sup>110</sup>

<sup>104</sup> Whitman, стр. 162.

<sup>105</sup> Кога прв пат е воведен во четиринаесеттиот век Свездениот судски совет бил Совет на кралот кој се состанувал за да се справи со државните работи и правните претставки. По 1540 година од Свездениот судски совет се одвоил помал орган наречен Таен совет, кој станал таен состанок на кој се разговарало за владината политика и администрација, додека формалната надлежност на Свездениот судски совет се проширила на државните и кривичните предмети, како што биле немири, незаконски собирања, кривоклетство и фалсификување. Во XVII век, во времето на Стјуарт, кривичната надлежност на Свездениот судски совет се зголемила бидејќи правните службеници на Круната почнале да го користат Свездениот судски совет за да поднесат обвиненија. Предноста на таквите обвинувања било тоа што случаите биле судени по кратка постапка без порота. Таквите судски процеси биле погодни за гонење на случаи поврзани со бунтови и други кривични дела кои го поткопувале авторитетот на државата, каде што постоела опасност дека поротата нема да соработува. Исто така Свездениот судски совет ја дисциплинирал поротата што одбивала да донесе осудителни пресуди. Свездениот судски совет се стекнал со срамна репутација поради понижувачките казни и неправилните методи на испитување и постапување. Тој бил укинат од страна на Британскиот парламент во 1641 година. Види Бејкер, стр. 118-119. *Bugu isido iaka Edward P. Cheyney, The Court of Star Chamber (Cugoi na Svezdenioi sudski совети)*, 18 Am. Hist. Rev. 727-50 (1913), каде што се наведува деталната историја на Свездениот судски совет и се објаснува како тој станал синоним за тајност, суровост и неправда.

<sup>106</sup> Постоеле три вида англиски судови на обичајното право: Суд за приватни граѓански спорови (кои се занимавале со граѓанските прашања), Суд за финансии (кои се занимавал со пари и административни прашања) и Кралскиот судски совет (кој бил со кривична надлежност). Во XV век бил основан Судот на канцеларот со надлежност врз прашања поврзани со капиталот, вклучувајќи фондови, закон за земјиште, и администрирање на одредени видови на објекти. *Bugu Jim Corkery, The English Courts and the Rise of Equity (Англиските cугови и uогемои на iравичноста)*, 7(2) Nat'l Legal Eagle Art. 6, (2001), *госiаино на* <http://epublications.bond.edu.au/nle/vol7/iss2/6> (последен пат пристапено на 14 април 2016).

<sup>107</sup> Whitman, стр. 173, *циiаиi og* Грин, стр. 200-264.

<sup>108</sup> Whitman, стр. 173, *циiаиi og* Stat. 16 Chas. 2, с.4 (1664), *госiаино на инiшернеи* на <http://www.british-history.ac.uk/statutes-realm/vol5/pp648-651> (последен пат пристапено на 14 април 2016). Законот за собири бил закон на Парламентот на Англија со наслов „Закон за спречување и сузбивање на собири кои поттикнувале на бунт“. Законот изрекувал парична казна за секој кој присуствувал на собир (собир од било која религиозна група, освен од Англиканската црква) во износ од пет шилинзи за прв прекршок и десет шилинзи за втор прекршок. Секој проповедник или лице кое дозволувало неговата куќа да се користи за вакви собири можел да биде казнет со парична казна од 20 шилинзи и 40 шилинзи за втор прекршок.

<sup>109</sup> Изразот „транспортирација“ се однесува на депортирање.

<sup>110</sup> Whitman, стр. 173.

Случајот *Кралојџ Ыројџив Ваџстаф и друџи* (1664) ја решил оваа дилема, барем привремено. Кралскиот суд одлучил дека веќе постои воспоставено овластување кое овозможувало да се казнат поротниците кои одбивале да донесат осудителни пресуди, како што им било наложено.

Вагстаф и други граѓани на Лондон имале дадено заклетва како поротници во Олд Бејли.<sup>111</sup> Кога Квекерите биле изведени на суд за да бидат обвинети во согласност со Статутот на сообразност (дел од Законот за собираи)<sup>112</sup> Вагстаф и другите поротници одбиле да ги прогласат обвинетите за виновни и покрај мислењето на судијата дека ослободителна пресуда е спротивна на доказите.<sup>113</sup> Поротниците биле казнувани и ставани во затвор сè до исплата на паричната казна. Вагстаф и другите поротници поднеле писмен акт *habeas corpus* (тврдење дека притворот е незаконски).<sup>114</sup> Кралскиот суд ја отфрлил петицијата и ги вратил во затвор. Кралскиот суд оценил дека „поротниците не се судии на фактите за да дејствуваат спротивно на нив“.<sup>115</sup> Исто така, Кралскиот суд објаснил дека „и во граѓанските спорови ако поротата не се однесува соодветно може да биде казнета ... ако судот не може да казни, тогаш законот би бил многу неисправен“.<sup>116</sup> Со својата одлука Кралскиот суд потврдил дека ако поротниците одбијат да изречат обвинителна пресуда како што им е наложено, судиите можат да ги казнат и затворат сè додека не ја исплатат паричната казна.

Како одговор на овој случај, Метју Хејл (1609 - 1679), влијателен англиски адвокат и познат критичар на практиката на парично казнување и затворање на поротниците, ги изнел своите ставови за моралната одговорност на судиите во своето дело *Историјата на приговори до Круната* (1736).<sup>117</sup> Потпирајќи се на континенталниот закон на совеста на доктрината на побезбеден пат „кога сте во дилема, не дејствувајте, особено во случаи кога животот е во прашање“,<sup>118</sup> Хејл истакнал:

Поротниците се судии и за кредибилитетот на сведоците, како што се и за вистината околу фактите, бидејќи можно е да имаат свое знаење дека она што е кажано под заклетва е неточно, или можеби тие знаат дека сведоците се лица на кои не може да им се верува, а на совеста на поротата останува да го прогласи обвинетиот за виновен или невин.<sup>119</sup>

<sup>111</sup> Централниот кривичен суд на Англија и Велс во Лондон.

<sup>112</sup> *Кралојџ Ыројџив Ваџстаф и друџи* (*The King v. Wagstaffe and Others*), (1664) 83 E.R. 1328 (понатаму во текстот *Ваџстаф*).

<sup>113</sup> *Ваџстаф*, 1328.

<sup>114</sup> *Ваџстаф*, 1331.

<sup>115</sup> *Ваџстаф*, 1331.

<sup>116</sup> *Ваџстаф*, 1331.

<sup>117</sup> Matthew Hale, George Wilson, Thomas Dogherty Payne, *Историјата на приговори до Круната*, во два тома (the History of the Pleas of the Crown, in two volumes), (1800) (понатаму во текстот Hale). *Види* *Иодолу* подточка *Разумнојто двоумење во црвниите шрудови*.

<sup>118</sup> Whitman, стр. 174, фуснота 9,10, *циџаџи* *ог* Хејл, 1 P.C. 300.

<sup>119</sup> Whitman, стр. 174, фуснота 14, *циџаџи* *ог* Хејл, 2 P.C. 313.



Спротивставувањето на праксата на присилување на поротниците сè повеќе се зголемувало, па кон крајот на XVII и XVIII век политиката на англиската влада се сменила.

Во 1670 година *случајот Бушел* го основал начелото на независност на поротата со кое се воспоставило дека поротникот не може да биде казнет со парична казна или со казна затвор поради пресуда која е изречена според неговата совест.<sup>120</sup> Претседателот на Врховниот суд Џон Ваун образложил:

Судијата не може да го знае фактот освен доказите кои се изнесени пред поротата и тој не може да ги знае сите нивни докази бидејќи тие може да имаат и други докази освен оние кои се изнесени пред судот; бидејќи тие може да имаат докази од нивното лично знаење, кои може да бидат директно спротивни на изложените докази; тие исто така може да знаат дека сведоците не се на добар глас; а може да се појават и други докази кои на нив им се достапни; во сите овие случаи поротата не може да биде присилно насочена од страна на судот.<sup>121</sup>

Подржувајќи го ставот дека поротниците не може да бидат казнети за пресуда која ја донеле според својата совест, Кралскиот суд потврдил дека поротниците би можеле да го користат своето лично знаење за случајот при донесување на пресуда.

Витман го толкува *случајот Бушел* како голема пресвртница во независноста на поротата<sup>122</sup>, со која поротата добила заштита од влијанието на судијата и монархот.<sup>123</sup> Спротивно на него, Лангбејн тврди дека *случајот Бушел* немал вистинско значење сè до еден век подоцна.<sup>124</sup> Без оглед на тоа дали *случајот Бушел* имал непосредно влијание врз судската кривична пракса тој сепак го отворил патот за независност на поротата и пресудата на поротата била одраз на совеста на секој поединец од поротата.<sup>125</sup>

Откако станало јасно дека пресудата зависела од совеста на поротникот се поставило прашањето: *што треба да го води процесот на донесување на одлуки од страна на поротниците?*

<sup>120</sup> *Bushel's case*, on Habeas Corpus, (1670) 84 E.R. 1123 (понатаму во текстот *Случајот Бушел*). Виду исто така Whitman, стр. 179.

<sup>121</sup> *Случајот Бушел*, 1125.

<sup>122</sup> Whitman, стр. 178.

<sup>123</sup> Whitman, стр. 173.

<sup>124</sup> John H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial* (Корените на акузаторно кривично судење) 33 (Oxford University Press 2003) (понатаму во текстот Langbein, *Акузаторно кривично судење*), стр. 324, фуснога 429, цитирано од *Зайиси на сесии на Олд Бејли* (мај 1680), 1-2.

<sup>125</sup> Сепак треба да се има во предвид дека кривичниот прогон во Англија останал „приватен“ долго време во смисла дека странките биле одговорни за истрага пред судење. Во повеќето кривични предмети (со исклучок на оние од национален интерес, како на пример велепредавство) жртвата или нејзините роднини го иницирале гонењето, изнајмувале приватен адвокат, носеле звездоци и сл. Јавно обвинителство се појавува дури во 18 век, а официјален обвинителски орган не постоел се до 19 век.

Не е јасно дали упатствата за поротата во случаите кои преживеале го изразуваат стандардот на докажување.<sup>126</sup> Во случаите од 1660-тите ваквите упатства содржат фрази како: „ако верувате“, „ако сте задоволни со доказите“,<sup>127</sup> „верување“ и „задоволена совест“.<sup>128</sup>

Некои изучувачи, како што се Морано и Шапиро, се осврнуваат на стандардот на докажување од тоа време како на стандард на *задоволена совест*.<sup>129</sup> Изучувачите (Морано, Лангбејн, Шапиро и Шепард) изнесуваат различни гледишта за тоа дали на почетокот стандардот на докажување бил повисок или понизок во споредба со подоцнежниот стандард на разумно двоумење.

Морано тврди дека кога степенот на докажување бил зависен од совеста на поротникот, поротата го „контролирала видот, квалитетот и квантитетот на докази кои се потребни за да се задоволи со своето вршење на должноста...“.<sup>130</sup> Тој објаснува дека пресудувањата на поротата биле под влијание на христијанските верски убедувања.<sup>131</sup> На пример, поротниците кои учествувале во кривични случаи му се заколнувале на Бог дека ќе ја утврдат вистината за случајот. Морано се осврнува на *Бриџон*, француско резиме на законот на Англија од XIII век (наводно напишано по заповед на кралот Едвард I), во кој е наведено дека поротниците морале да донесат ослободителна пресуда ако имале некакво двоумење бидејќи дале заклетва.<sup>132</sup> Морано тврди дека *Бриџон* е одраз на висок товар на докажување, кој е блиску до апсолутната увереност: поротниците морале да донесат ослободителна пресуда ако имале „било каква двојба“.<sup>133</sup> Тој понатаму претпоставува дека бидејќи *Бриџон* јасно не го дефинирал стандардот на уверување, поротата можела да донесе ослободителна пресуда врз основа на ирационални или несериозни двојби.<sup>134</sup>

До XVII век, според Морано, англиската кривична постапка и средствата на докажување постепено еволуирале до точка каде што од поротниците било барано да ги донесат своите пресуди врз основа на

<sup>126</sup> Langbein, Акузаторно кривично судење, стр. 264.

<sup>127</sup> 6 *Државни судења*, 67, 82; 6 *Државни судења*, 530, 559.

<sup>128</sup> 6 *Државни судења*, 566, 614, 615.

<sup>129</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 14; Morano, стр. 511; Whitman, стр. 166. Whitman тврди дека Shapiro ги прочитал случаите на ограничен начин, фокусирајќи се на епистемологијата и докажувањето како закон на *задоволена совест*, а точниот пристап би бил да се фокусира на моралната одговорност на судија и законот на *безбедна совест*. *Вугејше истио џака* Langbein, Акузаторно кривично судење, стр. 264, фуснота 52, каде што се осврнува на Shapiro за да докаже дека раните упатства на поротата барале од поротниците да постигнат *задоволена совест* а не апсолутна увереност.

<sup>130</sup> Morano, стр. 510, цитат од William S. Holdsworth, *A History of English Law* (Историјата на Англискиот закон) 317-18, 341 (Methuen & Co. Ltd. 1956) (понатаму во текстот Holdsworth); Theodore F. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law* (Концизна историја на обичајното право) 125 (Little, Brown and Co. 1956); Pollock, стр. 657.

<sup>131</sup> Morano, стр. 510.

<sup>132</sup> Morano, стр. 510, цитат од Francis M. Nichols, *Britton – an English translation and Notes* 26-27 (John Byrne & Co. 1901).

<sup>133</sup> Morano, стр. 511.

<sup>134</sup> Morano, стр. 511.



доказите презентирани пред судот.<sup>135</sup> Судовите барале од поротниците кои имале лично познавање за фактите поврзани со наводни кривични дела да го изнесат своето знаење како сведоци под заклетва и да го ограничат нивното разгледување само на доказите изнесени пред судот.<sup>136</sup> Морано тврди дека овие ограничувања го забрзале развојот кон „поуниформиран стандард на убедување“ – стандардот на *задоволена совесѝ*.<sup>137</sup>

Стандардот на *задоволена совесѝ*, според Морано, се појавува најчесто во документираните упатства дадени на поротниците во XVII век.<sup>138</sup> Според овој тест „поротниците биле поучувани дека треба да го осудат обвинетиот само ако нивната совест била задоволена дека тој е виновен“.<sup>139</sup> Морано укажува на тоа дека овој тест подразбирал дека „ако поротниците не биле морално уверени во исправноста на пресудата, тие би ја прекршиле својата заклетва доколку не донеселе ослободителна пресуда“.<sup>140</sup> Тој заклучува дека стандардот на *задоволена совесѝ* во XVII век го потврдил стандардот на *било какво двоумење* кој се појавил во *Бриѝон* во XIII век.<sup>141</sup>

Морано објаснува дека записите на Сер Едвард Коук<sup>142</sup> го поддржуваат објаснувањето за стандардот, а тоа е *било какво двоумење*. Поточно, тој се осврнува на изјавата на Коук „дека обвинетиот бил соодветно заштитен бидејќи доказите на обвинителството требало да бидат толку убедливи што не можело да има одбрана против таквите докази“.<sup>143</sup> Морано ја толкува оваа изјава како показател на стандард на убедување кој се приближува до апсолутна сигурност.<sup>144</sup> Тој забележува дека иако упатствата дадени на поротата во XVIII век не биле унифицирани, најчесто користениот стандард барал од поротата да донесе ослободителна пресуда ако постоело *било какво двоумење*.

<sup>135</sup> Morano, стр. 511, *циѝаѝ og Holdsworth*, стр. 334-36; James B. Thayer, A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law (Прелиминарна расправа за докази во обичајното право) 166-70 (Little, Brown and Co. 1898) (понатаму во текстот Thayer).

<sup>136</sup> Morano, стр. 511, *циѝаѝ og Thayer*, стр. 173-74.

<sup>137</sup> Morano, стр. 511, *ѝоѝѝѝѝѝѝѝ се* на Brommich's Case, 7 How. St. Tr. 715, 726 (1679); Wakeman's Case, 7 How. St. Tr. 591, 682 (1679); Green's Case, 7 How. St. Tr. 159, 220 (1679); Ireland's Case, 7 How. St. Tr. 79, 135(1678); Dover's Case, 6 How. St. Tr. 539, 559 (1663); Moder's Case, 6 How. St. Tr. 274, 282 (1663); James' Case, 6 How. St. Tr. 67, 82-84 (1661).

<sup>138</sup> Morano, стр. 511.

<sup>139</sup> Morano, стр. 511-12.

<sup>140</sup> Morano, стр. 512.

<sup>141</sup> Morano, стр. 512.

<sup>142</sup> Sir Edward Coke (1552-1624) бил англиски адвокат, судија и политичар и се смета за еден од најистакнатите личности во XVII век. Видете исто така William L. Snyder, Great Opinions by Great Judges. A Collection of Important Judicial Opinions by Eminent Judges with an Introduction, Notes, Analyses, etc (Влијателни мислења од влијателни судии. Колекција на важни судски мислења од истакнати судии, вклучувајќи ги воведите, забелешките, анализите итн.). (New York: Бејкер, Voorhis 1883).

<sup>143</sup> Morano, стр. 512, осврнувајќи се на Edward Coke, The Third Part of the Institutes of the Laws of England (Третиот дел од правните институти на Англија), 29, 137 (E. & R. Brooke 1797), за објаснување на правилото кое им забранувало на обвинетите за кривични дела да повикуваат сведоци во своја одбрана.

<sup>144</sup> Morano, стр. 512.

На пример, во *случајот на Маха Раџа Нундокомар* на поротниците им било кажано да донесат ослободителна пресуда „освен ако вашата совест е целосно задоволена надвор од секое двоумење дека тој е виновен“.<sup>145</sup> Интересно е што овој стандардна докажување е неверојатно сличен со суштината на концептот на *внaйрешно уверување*<sup>146</sup> во континенталното право.

Меѓутоа, Лангбејн не е уверен дека стандардот на докажување пред XVIII век може да се одреди од случаите на Олд Бејли во периодот на 1680-тите и 1720-тите.<sup>147</sup> Тој не се согласува со толкувањето на Морано дека почетниот степен на докажување е утврден со стандардот на *било какво двоумење* и приближна апсолутна сигурност.<sup>148</sup> Имено, Лангбејн забележува дека некои пресуди на Олд Бејли изгледа „невозможно да се поврзат со висок стандард на докажување“.<sup>149</sup> Тој тврди дека „еден случај што во подоцнежните времиња би бил отфрлен после изнесувањето на доказите на обвинителството резултирал со осудителна пресуда очигледно на сметка на карактерните докази кои во подоцнежное време инаку би биле исклучени ... и поради тоа што обвинетиот погрешно ја водел својата одбрана“.<sup>150</sup>

Лангбејн тврди дека „поротничкиот стандардот на докажување направил да биде непотребно да се собираат опширни и рафинирани докази. Англиската порота можела на темел на било кои докази да осуди, всушност можела да осуди дури и на темел на помалку докази отколку што биле потребни како предуслов за спроведување на истрага со измачување на Континентот“.<sup>151</sup> Тој заклучува дека поротниците во XVII век донесувале осудителна пресуда кога обвинителството ќе ги убедило дека обвинетиот е виновен, а прашањето за кое тие одлучувале било „дали обвинетиот дал соодветно објаснување за доказите“.<sup>152</sup>

<sup>145</sup> *Bugi Morano*, стр. 512, *циџирајќи љо случајот на Maha Rajah Nundocomar's Case*, 20 How. St. Tr. 923 (India 1775).

<sup>146</sup> Францускиот закон за кривична постапка (со измените од 2005 година), чл. 427: „Освен каде што законот не предвидува поинаку, делата може да се докажат со било кој вид на докази, а судијата одлучува во согласност со своето најдлабоко убедување“. Неофицијален превод на англиски јазик е достапен на <https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations> (последен пат пристапено на 14 април 2016 година); Германскиот закон за кривична постапка (со измените од 2014 година) Дел 261: „Судот одлучува за резултатот на доказите во согласност со неговото слободно убедување добиено од расправата во целина“. Официјален превод на англиски јазик е *госџајен* на [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stpo/englisch\\_stpo.html#p1737](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html#p1737) (последен пат пристапено на 14 април 2016 година); Холандскиот закон за кривична постапка (со измените од 2012 година), Дел 338: „Судот може да осуди само кога во текот на сослушувањето судот се убедил ... од правните доказни средства“ Неофицијален превод на англиски јазик; [http://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/2014%20seminars/Omsenie/WetboekvanStrafvordering\\_ENG\\_PV.pdf](http://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/2014%20seminars/Omsenie/WetboekvanStrafvordering_ENG_PV.pdf) (последен пат пристапено на 14 април 2016 година).

<sup>147</sup> Langbein, Акузаторно кривично судење, стр. 262-63.

<sup>148</sup> Langbein, Акузаторно кривично судење, стр. 264, фуснота 52.

<sup>149</sup> Langbein, Акузаторно кривично судење, стр. 262.

<sup>150</sup> Langbein, Акузаторно кривично судење, стр. 263.

<sup>151</sup> Langbein, *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime* (тортура и право на докажување: Европа и Англија во Античкиот режим) 138 (University of Chicago Press 1976).

<sup>152</sup> Langbein, Акузаторно кривично судење, стр. 14.

Шапиро исто така не се согласува со Морано дека на почетокот стандардот на докажување бил стандардот на *било какво* двоумење и дека овој стандард се приближувал до апсолутната сигурност.<sup>153</sup> Таа забележува дека во 1660-тите пресудите на поротата биле носени врз основа на *верување* и *задоволена совест* и се донесувале откако биле оценети доказите.<sup>154</sup> Според неа стандардот на *задоволена совест* бил под влијание на новите методи на оценување на фактите што „постепено станале синоним за рационалното верување, односно верување надвор од разумно двоумење“.<sup>155</sup> Таа објаснува дека овие нови стандарди се позајмени од верските и филозофски темели кои опфаќале идеи за морална увереност и четири степени на веројатност. Па така, еволуцијата на формулирање на стандардот на докажување зависела и ги одразувала современите епистемолошки формулации.<sup>156</sup>

Шапиро го анализира начинот на кои се изразени упатствата до поротата во почетокот на XVIII век. Таа забележува дека начинот на кои се изразени упатствата до поротата останува доследен, иако зборот „совест“ бил помалку користен. Наместо тоа, упатствата укажуваат на „умот“ и „просудувањето“.<sup>157</sup> Изразите „задоволување“ и „верување“, кои се користеле во упатствата за оценување на доказите биле честа појава во овој период.<sup>158</sup> Според Шапиро, во текот на втората половина на XVIII век во упатствата до поротата изразот „ако *мисли*е дека доказите“ постепено се заменува со изразот „ако *верува*е дека доказите“.<sup>159</sup>

Шапиро заклучува дека кон крајот на XVIII век, кога концептите за веројатност, степен на увереност и морална сигурност, биле раширени во моралната и филозофска литература истите „се вметнале во старите формулации, така што на крајот на векот се појавиле како секуларен морален стандард на „надвор од разумно двоумење““.<sup>160</sup> Шапиро заклучува дека разумното двоумење било „едноставно подобро објаснување на стандардот на задоволена совест, што произлегол од зголеменото користење на концептот „морална увереност““.<sup>161</sup>

Слично, Шепард исто така го поврзува раниот стандард за осудување со сигурност, наместо со убедување. Тој тврди дека „обврската на поротникот да даде заклетва пред Бог укажува на тоа дека поротниците верувале во независна осуда за вината на обвинетиот. Оваа обврска помалку е веројатно да биде исполнета со помош на убедување како помал степен отколку со сигурност“.<sup>162</sup>

<sup>153</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 23.

<sup>154</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 14, *циџаџи* од Државни судења после 1668.

<sup>155</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 13.

<sup>156</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 13.

<sup>157</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 20.

<sup>158</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 20.

<sup>159</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 19-20 (нагласено од авторот).

<sup>160</sup> Shapiro, Морална сигурност, стр. 171.

<sup>161</sup> Shapiro, Морална сигурност, стр. 171.

<sup>162</sup> Sheppard, стр. 1174.

Шепард објаснува дека од XVII до XIX век европските филозофски дебати се осврнале на идеите за знаењето, разбирањето на веројатноста и нивоата на сигурност. Тој заклучува дека како што овие поделби помеѓу различните степени на сигурност - вклучувајќи ја и моралната сигурност - станале широко прифатени, истите биле применети и во обичајното право.<sup>163</sup> Шепард заклучува дека „моралниот елемент“ на сигурност може да се смета и како „неутрален концепт поврзан со практично делување“ и како „етички концепт поврзан со судовите за тоа што е добро, а што лошо“.<sup>164</sup> Тој вели дека „не постојат докази дека барањата на морална сигурност имале за цел да го променат начинот на кој поротниците ги постигнувале своите верувања“.<sup>165</sup> Наместо тоа, моралната сигурност била „само дополнување од страна на образованите во нивниот опис за тоа што поротниците треба да прават, а што всушност веќе и го правеле“.<sup>166</sup>

Не преживеале сите записи на англиските судски случаи пред XVII и почетокот на XVIII век, а бидејќи само малку други записи содржат упатства за порота, изучувачите најчесто се потпираат на *Државниите судења*<sup>167</sup> и *Зайисиие на судењата на Кривичниот суд во Лондон Олд Бејли*.<sup>168</sup> *Државниите судења* се случаи кои биле судени според англискиот закон за прекршоци против државата. *Зайисиие на судењата на Олд Бејли* се записи од обични кривични судски постапки кои се воделе во кривичниот суд Олд Бејли во Лондон.<sup>169</sup>

### Државни судења за велепредавство

Во последните децении на XVII век јавниот интерес за т.н. „судења за предавство“ (кривични постапки за дела против државните интереси) се зголемил. Во брошурки или летоци често биле печатени извештаи од овие судења и биле дискутирани од страна на јавноста.<sup>170</sup> Пред избивањето на револуцијата од 1688 година<sup>171</sup> се случиле неколку такви големи судења кои придонеле да се појави мислење дека невини луѓе биле осудувани во политичките прогони.<sup>172</sup>

<sup>163</sup> Sheppard, стр. 1177-78.

<sup>164</sup> Sheppard, стр. 1180.

<sup>165</sup> Sheppard, стр. 1181.

<sup>166</sup> Sheppard, стр. 1181.

<sup>167</sup> William Cobbett, Thomas Bayly Howell & Thomas Jones Howell, Cobbett's Complete Collection of State Trials and Proceedings for High Treason and Other Crimes and Misdemeanors From the Earliest Period to the Present time (Комплетна колекција на Кобет на државни судења и кривични постапки за велепредавство и други кривични дела и прекршоци од најраниот период до денес) (T.C. Hansard & R. Bagshaw 1816) (понатаму во текстот *Државни судења*), *досгипајно* на <https://archive.org/details/acompletcollec03cobbgoog> (последен пат пристапено на 14 април 2016).

<sup>168</sup> Green, стр. 251-52. Shapiro, Двоумење, стр. 22.

<sup>169</sup> Преписите и резимеата на случаите се *досгипајни* на <http://www.oldbaileyonline.org>.

<sup>170</sup> Shapiro, стр. 19. Види исто така Langbein, Акүзаторно кривично судење, стр. 69-73.

<sup>171</sup> Револуцијата од 1688 година вклучувала соборувањето на кралот Џејмс II од Англија од страна на Унијата на англиски парламентарци кои дејствувале заедно со холандскиот stadtholder (шеф на државата) Вилијам III од Оринџ-Насау (Вилијам од Оринџ). *Vuigi* Langbein, Акүзаторно кривично судење, стр. 69.

<sup>172</sup> Langbein, Акүзаторно кривично судење, стр. 69.

Судењата за предавство покренале многу прашања, како на пример, кредибилитет на сведоците и стандардите за осуда.<sup>173</sup> Судењата за предавство биле поврзани со политичката нестабилност во Англија во 1670-тите и 1680-тите години, кога монархијата била повторно обновена по еден период на интеррегнум (1649 - 1660). Интеррегнумот бил период помеѓу погубувањето на кралот Чарлс I и реставрацијата со поставување на кралот Чарлс II на власт, период кога на власт биле републиканците, односно кога владата била контролирана од Комонвелтот и Протекторатот на Оливер Кромвел.<sup>174</sup> Англиканската црква била загрижена дека кралот Чарлс II ќе биде наследен од неговиот римокатолички брат Џејмс, војводата од Јорк.<sup>175</sup>

Оваа политичка ситуација довела до верски прогони, најистакнат пример за што бил Папскиот заговор од 1678 година.<sup>176</sup> Имало голем број случаи поврзани со Папскиот заговор. Судењето на Вилијам Стафорд Виконт за велепредавство дава општ преглед за тоа на каков доказ е темелено кривичното дело заговор.<sup>177</sup>

Во ноември 1680 година, Долниот дом му претставил на Домот на лордовите импичмент (обвинителен акт) за велепредавство. Како благородник, Стафорд се повикал на правото да му биде судено од страна на Домот на лордовите (благородници).<sup>178</sup> Со судењето претседавал Шефот на кралското домаќинство (високата лордовска титула Стјуард) Лордот Финч (1621 – 1682).<sup>179</sup>

<sup>173</sup> Shapiro, стр. 19-20.

<sup>174</sup> Langbein, Акuzаторно кривично судење, стр. 69.

<sup>175</sup> Langbein, Акuzаторно кривично судење, стр. 69.

<sup>176</sup> Папскиот заговор бил наводен заговор измислен од страна Titus Oates дека постои голем католички заговор за атентат врз кралот Чарлс II. Обвинувања на Oates довеле до егзекутирање на најмалку 22 луѓе. На крајот мрежата на обвинувања на Oates се разоткрила, што довело до негово апсење и осуда за лажно сведочење. Други поголеми обвиненија се поврзани со Заговорот Рај Хаус (1683) и Бунтот од Монмаут (1685). Заговорот Рај Хаус тврдел дека опозицијата на Виговците заговарале атентат или монтирање на бунт против кралот Чарлс II од Англија поради неговата про-римокатоличка политика. Вооружениот бунт на Војводата од Монмаут бил обид за соборување на Џејмс II, кој станал крал по смртта на неговиот постар брат кралот Чарлс II на 6 февруари 1685. Види Langbein, Акuzаторно кривично судење, пара. 69-77. Види исто така John Pollock, *The Popish Plot: A Study in the History in the Reign of Charles II* (Папскиот заговор: Истражување на историјата на владеењето на Чарлс II) 3 (Duckworth and Co. 1903), *госџајно* на <https://archive.org/stream/popishplotstudyi00poll#page/n13/mode/2up> (последен пат пристапено на 14 април 2016).

<sup>177</sup> John Bill, Thomas Newcomb, & Henry Hills, *The Trial of William Viscount Stafford for High Treason* (Судењето на Вилијам Стафорд Виконт за велепредавство) (Jos. Ray 1680) (понатаму во текстот Bill), *госџајно* на <http://quod.lib.umich.edu/e/eebo/A63208.0001.001?rgn=main;view=fulltext> (последен пат пристапено на 14 април 2016).

<sup>178</sup> Британскиот Парламент е составен од Долниот дом и Домот на лордовите. Членовите на Долниот дом се избрани со гласање од јавноста, а членовите на Домот на лордовите го наследуваат нивниот статус. За повеќе информации за историјата на Парламентот види *The History of Parliament* (Исџорјајаа на Парламентџоџ), *госџајно* на <http://www.parliament.uk/education/about-your-parliament/history-of-parliament/> (последен пат пристапено на 14 април 2016).

<sup>179</sup> Bill, стр. 6. Лорд Финч бил Шеф на кралското домаќинство на Англија, висок функционер во владата со судски функции. *Vigi исџо џака* J.P. Kenyon, *The Popish Plot* (Папскиот Заговор) 86 (Phoenix Press Reissue 2000).

Стафорд бил обвинет од страна на Тит Оутс, кој изјавил дека видел документ каде што бил именуван Стафорд како заговорник против кралот Чарлс II.<sup>180</sup> Двајца други сведоци сведочеле дека Стафорд се обидел да ги убеди и да ги поткупи да го убијат кралот.<sup>181</sup>

Обраќајќи им се на Лордовите, кои имале улога на порота во постапката, обвинителството навело:

Ова се навистина сè освен претпоставки кои ќе предизвикаат морално убедување.

Ние ќе презентираме такви *позитивни* докази што ќе предизвикаат *судска увереност*; и тоа во изобилство за да го *убедиме* вашето Лордовство и да го *осудиме* овој Лорд.<sup>182</sup>

Откако завршило сослушувањето, Шефот на кралското домаќинство дал упатства до обвинителството да ги сумира доказите, односно „да ги наведе фактите“:<sup>183</sup>

Мои Лордови, доказите се толку силни што мислам дека не дозволуваат никакво двоумење и докажаните прекршоци против мојот Лорд и остатокот од неговата партија се толку подмолни што нема потреба за дополнително влошување.

....

Ако обвинението е целосно докажано (а јас не гледам причина да се двоумам во тоа) сигурен сум дека вашето Лордовство ќе донесе правда за вашиот Крал и за земјата со тоа што ќе донесете пресуда против овие сторители, која не само што ќе нè заштити од нив, туку ќе влее страв кај други да не направат слични прекршоци.<sup>184</sup>

Еден друг член на обвинителството понатаму ги сумирал „точките од законот“:<sup>185</sup>

Ние многу добро знаеме дека вашето Лордовство сега седи на седиштето на правдата и ако има било каква благонаклоност што вашето Лордовство би го дало врз основа на приговор на некој благородник во друг случај, вашето Лордовство во овој случај треба да пресуди само на темел на докази (*secundum allegata & probata*) и затоа ќе го кажеме само ова, се надеваме дека нашите докази се толку јасни и очигледни, што нема да остават простор вашето Лордовство да верува на приговорите на овој Лорд благородник.<sup>186</sup>

<sup>180</sup> Bill, стр. 36-41.

<sup>181</sup> Bill, стр. 30-35 (сведоштво на Dugdale) и стр. 144-46 (сведоштво на Turberville).

<sup>182</sup> Bill, стр. 55 (нагласено во оригинал).

<sup>183</sup> Bill, стр. 217(нагласено во оригинал).

<sup>184</sup> Bill, стр. 238-239 (нагласено во оригинал).

<sup>185</sup> Bill, стр. 239 (нагласено во оригинал).

<sup>186</sup> Bill, стр. 240 (нагласено во оригинал).



Изразите во овие рани случаи не се секогаш користени со голема прецизност и постојаност. Шепард тврди дека случајот Стафорд покажува дека кон крајот на XVII век „моралната сигурност и неговите корелативни изрази на двоумење биле веќе прифатени облици на расправа во судските процеси на верско предавство“.<sup>187</sup> Што се однесува до аргументот на обвинителството, Шепард го интерпретира овој аргумент како изедначување на изразот „морално убедување“ со „судска увереност“ и укажува на тоа дека и двата израза може да бидат доволни за морална сигурност.<sup>188</sup> Шепард заклучува дека оваа равенка ги одразува барањата на Вилкинс за „морална сигурност - количината на сведоштво во светлина на личното знаење и искуство кое би убедило еден човек кој мора да пресуди дека основа на пресудата е надвор од двоумење“.<sup>189</sup>

Јазикот на изразување во случаите од XVIII век не се разликува значително од случаите кон крајот на XVII век. Шапиро смета дека, во случаите од 1700 – 1750 година се зголемила употребата на изразите „умот“ и „суд“ а користењето на изразот „совест“ се намалил.<sup>190</sup> Употребата на изразите „задоволува“ и „верување“ од страна на судиите станала почеста кога се зборувало за оцена на доказите.<sup>191</sup>

Иако во случаите на почетокот на XVIII век изразите „просудување, односно суд“ и „разбирање“ се појавуваат почесто од „верување“ или „совест“, Шапиро предупредува дека зачестеноста не треба да се толкува како одраз на губење на верски авторитет и секуларизација на општеството, бидејќи изразите „суд“ и „верување“ често се појавувале заедно.<sup>192</sup> Наместо тоа Шапиро укажува дека овие промени во терминологијата укажуваат на поголема грижа за ситуациите во кои поротата би можела да има двојби во врска со доказите и нивните пресуди.<sup>193</sup>

### Судењата на Бостонскиот масакр од 1770 во американските колонии

Стандардот на разумно двоумење за прв пат се појавува во американските колонии во *Рекс ѝроџив Пресџон* („Пресџон“) и *Рекс ѝроџив Вемс* („Вемс“). Овие два случаи биле исто така познати како судењата на Бостонскиот масакр од 1770 година.<sup>194</sup> Завршните зборови

<sup>187</sup> Sheppard, стр. 1181.

<sup>188</sup> Sheppard, стр. 1181.

<sup>189</sup> Sheppard, стр. 1181.

<sup>190</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 20.

<sup>191</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 20.

<sup>192</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 20. *Виги истио ѝака*, Shapiro, Морална сигурност, стр. 171.

<sup>193</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 20-22.

<sup>194</sup> Опширен извештај за судењата поврзани со масакрот во Бостон може да се најде во *Legal Papers of John Adams* (Правните документи на Џон Адамс), L. Kinvin Wroth and Hillier B. Zobel, eds. (Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press 1965), Vol. 3, p. 46-98 (hereinafter “Legal papers of John Adams”). *Виги истио ѝака* Morano, стр. 516; Whitman, стр. 193-194; Shapiro, Двоумење, стр. 22; Sheppard, стр. 1190.

на странките и упатствата на судијата до поротата во *Пресијон* не биле документирани, така што нема потврда дали стандард на разумно двоумење бил всушност применет во овој случај. Наводно, *Вемс* бил првиот случај каде конкретно се направила разлика помеѓу стандардот на докажување на *било какво двоумење* и на *разумното двоумење*. Пред да го дискутираме овој случај потребен е краток вовед во настаните што довеле до судењата на Бостонскиот масакр.

На 5 март 1770 година во Бостон, Масачусетс, патрола на британски војници се соочила со толпа граѓани на Бостон. Војниците од патролата биле испровоцирани од толпата и пукале во нив при што убиле пет лица. Овој инцидент резултирал во покренување на обвинение за убиство против водачот на патролата - Капетан Престон - и осум други војници. Во одбраната во двата случаи се појавил Џон Адамс (кој подоцна станал втор претседател на САД). Роберт Трит Пејн го застапувал обвинителството. Во случајот *Пресијон*, водачот на патролата бил ослободен. Во случајот *Вемс*, шест од осум војници биле ослободени, но останатите двајца војници биле осудени за убиство од полесен облик.<sup>195</sup>

Адамс, во одбрана на британските војници, во неговите заклучни аргументитврди дека „најдоброто правило во случаи каде има двоумење е приклонување кон ослободителна пресуда, а не обвинителна пресуда .... Ако се двоумите во вината на затвореникот никогаш не го прогласувајте за виновен...“<sup>196</sup> Пејн се согласува дека поротниците треба да донесат ослободителна пресуда ако имаат некакви двојби; сепак, тој тврди дека нивните двојби треба да бидат основани:

Затоа, ако при испитувањето на оваа причина доказите не се доволни за да ве убедат надвор од разумно двоумење во вината на сите или на некои од затворениците тогаш на темел на милосрдието и разумот на правдата ќе ги ослободите, но ако доказите се доволни за да ве убедат во нивната вина надвор од разумно двоумење, правдата на законот бара од вас да ги прогласите за виновни ...<sup>197</sup>

Упатствата на судиите до поротата биле само делумно зачувани, затоа не е јасно дали тие користеле изрази на разумно двоумење.<sup>198</sup> Претседателот на судот, Метју Хејл, им ги дал следниве упатства на поротата: „Ако не сте сигурни немојте да донесувате пресуда; односно, ако се двоумите во вината на затвореникот не го прогласувајте за виновен; ова секогаш е правило особено во случаи на животот“.<sup>199</sup>

<sup>195</sup> Правни документи на Џон Адамс, том 3, стр. 46-98.

<sup>196</sup> Правни документи на Џон Адамс, том 3, стр. 243.

<sup>197</sup> Правни документи на Џон Адамс, том 3, стр. 271.

<sup>198</sup> Могано, стр. 517.

<sup>199</sup> Правни документи на Џон Адамс, том 3 стр. 243.



Судијата на повисокиот суд Питер Оливери дал упатства на поротата „ако во целост вие имате било какво *разумно двоумење* за нивната вина, тогаш вие морате, во согласност со владеење на правото, да се изјасните дека се невини.“<sup>200</sup>

Изучувачите сугерираат различни толкувања за употребените изрази на разумно двоумење во упатствата дадени на поротата во судските процеси поврзани со масакрот во Бостон. Според Морано употребата на терминологијата на разумно двоумење значело „пробивање на традицијата“.<sup>201</sup> Спротивно на тоа Шапиро смета дека „случаите Бостон не укажуваат на тоа дека стандардот се сметал за нешто иновативно и обвинителството и поротата нагласиле дека на обвинетиот му се судело според традиционалната англиска примена“.<sup>202</sup> За Витман, „аргументите за време на судењето на случаите поврзани со масакрот во Бостон ... се урамени во јазикот на теологијата на побезбеден пат“.<sup>203</sup> Тој објаснува дека аргументите на Пајн треба да се сфатат во контекст на моралната теолошка литература, отпорна на прекумерен радикализам па „грижите на совеста не треба да ја спречат задоволителната работата на јавната правда“.<sup>204</sup>

Морано и Шапиро не се согласуваат во однос на значењето и ефектот од упатствата до поротата во овој случај. Морано тврди дека барањето за разумност било истакнато од страна на обвинителството за да го намали степенот на докажување и да помогне полесно да се донесат осуди.<sup>205</sup> Спротивно на тоа, Шапиро тврди дека квалификацијата на разумно двоумење како стандард на докажување не е вистинско заминување од поранешниот стандард на совест или двојба, туку природна последица на примената на современото размислување.<sup>206</sup> Шепард се обидува да ги усогласи гледиштата на Морано и Шапиро заклучувајќи дека и двете гледишта може да бидат во право: „Упатствата се во согласност со новата терминологија на времето, но се и во спротивност со јазикот на одбраната, во корист на државата при одлучувањето на поротата“.<sup>207</sup> Така, „аргументирањето од страна на обвинителството било и да помогне на многу суптилен начин на случајот на обвинителството, но било и усогласено со современите погледи за природата на пресудата“.<sup>208</sup>

<sup>200</sup> Правни документи на Џон Адамс, том 3, стр. 309.

<sup>201</sup> Morano, стр. 518.

<sup>202</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 22.

<sup>203</sup> Whitman, стр. 194.

<sup>204</sup> Whitman, стр. 193.

<sup>205</sup> Morano, стр. 514.

<sup>206</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 20-22.

<sup>207</sup> Sheppard, стр. 1192.

<sup>208</sup> Sheppard, стр. 1192.

## Случаите од Олд Бејли

Следната серија на случаи на разумно двоумење дискутирани од страна на изучувачие се случаите на Олд Бејли во средината на 1780-тите. Преписите од судењата биле објавувани во *Зайисиие на судењата на Олд Бејли*. Лангбејн наведува дека *Зайисиие на судењата на Олд Бејли* „се најверојатно најдобар извештај што ние некогаш сме го имале за тоа што се случувало во обичните англиски кривични судови пред втората половина на XVIII век“.<sup>209</sup> Сепак, *Зайисиие на судењата на Олд Бејли* не го содржат сето она што било кажано во суд. Деталите од одбраната и правните аргументи биле редовно испуштани.<sup>210</sup> Првата објавена збирка на судења датира од 1674 година; првите изданија биле само кратки резимеа на судењата кои биле најинтересни за пошироката јавност.<sup>211</sup> Извештаите за судењата во текот на XVIII век се подетални и вклучуваат коментари на судиите при сумирањето на доказите. Овие коментари се најважни при анализа на стандардот на докажување бидејќи судиите повремено обезбедувале насоки кои поротниците можеле да ги следат во текот на своите дискусии.

На пример, во однос на судењето на Џон Кларк во 1783, кој бил обвинет за убиство, *Зайисиие на судењата на Олд Бејли* обезбедуваат краток преглед на обвинението и записник од сведочењето на неколку сведоци. На крајот на судењето судијата ги сумирал доказите и ѝ препорачал на поротата:

Треба да разгледате четири работи господа, прво дали сте *јасно задоволни* со вистината на доказите и со резултатот на сите докази заедно дека затвореникот е човекот што го повредил починатиот; ... ако не сте *јасно задоволни* од доказите дека тој има вистински повод за смртта на човекот тогаш тој не е виновен за убиство ....

Ако земајќи ги предвид сите овие околности *јасно* сте *задоволни* дека раната била причина за неговата смрт и исто така сте *јасно задоволни* со вистинитоста на останатите докази и дека сте задоволни со резултатот од тие докази кој *јасно* докажува дека затвореник е човекот кој му ја нанел раната ... во тој случај ваша должност е да го прогласите затвореникот за виновен по ова обвинение: Ако од друга страна пак сметате дека *иосџои иросџор* за *двојба* во вистинитоста на доказите, или дека верувањето во вистинитоста на доказите не е доволен доказ ... во тој случај ваша должност е целосно да го ослободите затвореникот....

<sup>209</sup> Langbein, Акузаторно кривично судење, стр. 271.

<sup>210</sup> *Bugy* интернет издание на *The Old Bailey Sessions Papers (Зайиси на судења на Олд Бејли)* за периодот 1674-1913, достапно на <http://www.oldbaileyonline.org> (последен пат пристапено на 14 април 2016).

<sup>211</sup> *Bugy The Proceedings of The Old Bailey (Судењата на Олд Бејли)*, The Value of the Proceedings as a Historical Source (Вредноста на судењата како историски извор), *госџаино* на <http://www.oldbaileyonline.org/static/Value.jsp#reading> (последен пат пристапено на 14 април 2016).

Затоа, донесете ја вашата пресуда според вашата сопствена *совесѝ*, треба да бидете јасно задоволни .... Ако од друга страна сметате дека постои било каква *разумна ѝричина за двојба* во самиот факт дека човекот му се заканувал или дека раната била причина за смртта, тогаш ослободете го.<sup>212</sup>

Од изразувањето користено во овие упатства дадени на поротата не може јасно да се заклучи дали стандардот на разумно двоумење станал правило на ниво на закон. Изразите „јасно задоволни“ и упатувањето на „совеста“ личат на она што изучувачите го означуваат како почетниот стандард на *задоволена совесѝ*. Во врска со утврдување на вината или невиноста, судијата зборува за „разумна причина за двоумење“, која можеби е синоним за докажување надвор од разумно двоумење.

Во судењето на Џон Хигинсон во 1783 година, кој бил обвинет за кражба и проневера судијата ги сумирал доказите и на поротата ѝ го препорачал следново:

Во речиси секој случај што доаѓа пред вас постои цврста можност позитивните факти всушност да не се докажани со помош на сведоци кои го виделе тоа, тогаш постои голема можност дека некој друг можеби го извршил делото: Но природата на доказите бара поротата да не се води со таква стриктност кога се во прашање докази кои доаѓаат пред нив и се најевидентни, бидејќи ако не е така не би било можно сторителите да бидат изведени пред лицето на правдата. Онамү каде што постои *разумна можносѝ* дека без оглед на изгледот, еден човек може да биде невин, тогаш тоа треба да се употреби: Но, ако тоа оди понатаму и ако не постои ништо освен *ајсолуѝтна веројайносѝ*, каде што сите *морални веројайносѝи* на доказите се против затвореникот, каде што ништо не може да го спаси, освен *ајсолуѝнтајна можносѝ* дека тој може да биде невин, од тоа да се заклучи дека е невин би значело да се оди предалеку и тоа би значело дека нема да биде можно да делува јавната правда. Затоа, вистинското прашање за ваше разгледување е дали овој факт, како што им судиме на сите други факти кои се случуваат во текот на секојдневните односи со луѓето и вашата комуникација еден со друг, изгледа дека е докажан задоволително и од морална гледна точка дека овој затвореник мора да е лицето кое го сокрило ова писмо и ги зело овие белешки од него, ако тоа е правичниот резултат од овие докази, тогаш затвореникот е виновен и ваша должност е да го прогласите за таков. Ако на темел на разгледувањето на доказите во вашиот ум останува *било какво разумно двоумење* дека тој е човекот кој го скрил писмото и ги зел белешките од него, тогаш тој има право да го ослободите.<sup>213</sup>

<sup>212</sup> *Судењеѝо на Џон Кларк (Trial of John Clarke)*, Судењата на Олд Бејли, Ref: T17831210-4 (нагласено од авторот).

<sup>213</sup> *Судењеѝо на Џон Хигинсон (Trial of John Higginson)*, Судењата на Олд Бејли, Ref: T17830430-67 (нагласено од авторот).

Во овој случај судијата прави разлика помеѓу „апсолутна можност“ и „морална веројатност“, со што укажува на тоа дека апсолутна можност за невиност нема да биде доволна за ослободување на обвинетиот. Судијата вели дека ако докажете „задоволително ја докажуваат“ вината на обвинетиот, тогаш поротниците имаат „должност да го прогласат за виновен“. Таму каде што постои „разумно двоумење“, обвинетиот има „право на ослободување“.

Изразите на разумно двоумење се повторуваат и во други случаи подоцна. Во случајот против Ричард Корбет, во 1784 година, кој бил обвинет за подметнување пожар, судијата ѝ го препорачал следново на поротата во своето резиме за доказите:

Но вие господа земете ги предвид сите овие околности, во таков случај сигурно нема да осудите еден затвореник само на темел на сомневање; но ако сметате дека не постои веројатност неговото однесување да е во согласност со неговата невиност тогаш сте обврзани да го прогласите за виновен; Јас не сакам да кажам дека треба да дејствувате против сите докази или дека ако во вашиот ум сте јасно и навистина убедени во неговата вина треба да го ослободите, туку ви велам ако постои *разумно двоумење* во тој случај двоумењето *треба да одлучи во корист* на затвореникот.<sup>214</sup>

Овој случај покажува дека поротниците биле „должни“ да го прогласат обвинетиот за виновен ако не постоела „можност ... која одела во прилог на неговата невиност“, па сепак, се чини дека се оставало на дискреција на поротниците да ослободат во случај на „разумно двоумење“.

Во судењето на Јозеф Рикарц во 1786 година, кој бил обвинет за убиство, не постои дискрециона формулација: „Ако сте задоволни господа, во целина, дека тој е виновен прогласете го за таков; ако се соочите со *било какво разумно двоумење*, ослободете го“.<sup>215</sup> Кога била читана пресудата било кажано дека обвинетиот „е осуден, *врз докази што ја исклучуваат секоја можност за двоумење*...“<sup>216</sup>

Овие случаи покажуваат дека тешко е да се распознае било каков конзистентно применет или дефиниран стандард на докажување. Не сите *Зайиси на судењата на Олд Бејли* содржат целосни непроменети копии на записите.<sup>217</sup> Различни судии се чини дека различно го формулирале степенот на докажување.

<sup>214</sup> *Судењето на Ричард Корбет* (Trial of Richard Corbett), Судењата на Олд Бејли, Ref: T17840707-10 (нагласено од авторот).

<sup>215</sup> *Судењето на Јозеф Рикарц* (Trial of Joseph Rickards), Судењата на Олд Бејли, Ref: T17860222-1 (нагласено од авторот).

<sup>216</sup> *Судењето на Јозеф Рикарц*, Судењата на Олд Бејли, Ref: T17860222-1 (нагласено од авторот).

<sup>217</sup> *Vigi Langbein*, Акузаторно кривично судење, стр. 264-65, разгледување на недоследностите во упатствата дадени на поротата во овој период.

Иако судиите користеле изрази на разумно двоумење во упатствата дадени на поротата, неконзистентно се користени различни формулации. Па така, стандардот на докажување на разумно двоумење не се искристализирал како стандард се до крајот на XVIII век.

### Разумното двоумење во правните трудови

Во англо-саксонскиот свет изразите поврзани со стандардот на разумно двоумење се појавиле не само во упатствата дадени на поротата, туку и во правните трудовите. Во XVIII век, правните трудови биле толку влијателни што тие „како авторитетни текстови ги замениле прирачниците на мировната правда“.<sup>218</sup> Трудовите за доказите во обичајното право во XVIII и XIX век се темелеле на филозофите од Просветителството.<sup>219</sup>

На пример, еден од првите трудови за доказите - *Законоџ на докази*<sup>220</sup> (првпат објавен во 1754) од страна на Сер Џефри Гилберт (1674 - 1726) бил под влијание на идеите на Лок за степените на веројатност.<sup>221</sup> Сер Гилберт исто така се осврнал на нивоата на сигурност на Вилкинс.<sup>222</sup> Според Сер Гилберт, проценка на веројатноста бара внимателно разгледување на кредибилитетот на сведокот. Ако сведокот е веродостоен, не постои причина за двоумење во неговите изјави.<sup>223</sup> Тој објаснува дека пресудите не поседуваат апсолутна сигурност, но судењата втемелени на веродостојни сведоци завршуваат со пресуди за кои поротата нема причина да се двоуми.<sup>224</sup>

Шапиро тврди дека тоа што Гилберт ја употребил формулација на Лок, како и изразите кои се користеле во судските процеси на XVIII век, сугерира дека „правилото на разумно двоумење прво се применувало само на директното сведоштво и дека на почетокот не се применувало на посредните докази“.<sup>225</sup>

Автор на друга влијателна расправа е Џејмс Вилсон, судски соработник на Врховниот суд на САД и професор на Правниот факултет.<sup>226</sup> Вилсон се потпира на друга филозофска школа, односно на Шкотската школа на здрав разум. Школата на здрав разум развила филозофија која ги изменила начелата на Лок, отфрлајќи ја старата филозофска традиција според која сигурноста може да се постигне само преку демонстрирање.

<sup>218</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 140.

<sup>219</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 26.

<sup>220</sup> Geoffrey Gilbert, *The Law of Evidence* (Закон за докази) (Joseph Crukshank, 1805) (понатаму во текстот Gilbert). Неговата расправа била составена пред 1726, годината на неговата смрт. Изданија од таа расправа излегле во 1756, 1760, 1761, 1764, 1769, 1777, 1788, 1790, 1791-1794, 1795-1797, 1801. Том 2 од изданието од 1791 е достапно на <https://archive.org/details/lawevidence00gilgoog> (последен пат пристапено 14 април 2016).

<sup>221</sup> Gilbert, стр. 1-2.

<sup>222</sup> Gilbert, стр. 1-3.

<sup>223</sup> Gilbert, стр. 1-4.

<sup>224</sup> Gilbert, стр. 2-4.

<sup>225</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 26.

<sup>226</sup> *The Works of James Wilson* (Делата на Џејмс Вилсон), во 2 тома, (James DeWitt Andrews ed., 1896) (понатаму во текстот Wilson). Online version is достапно на <http://www.constitution.org/jwilson/jwilson.htm> (пристапено на 14 април 2016).

Филозофите на школата на здравиот разум инсистирале дека таквиот став немал значење во секојдневниот живот бидејќи секое сведоштво би се класифицирало само како веројатно.<sup>227</sup> За филозофите на здравиот разум добро потврдени факти биле класифицирани како знаење, а не како мислење или веројатност.<sup>228</sup>

Вилсон направил разлика помеѓу два вида на размислување: демонстративно и морално. Демонстративното размислување произведувало апстрактни вистини, а моралното размислување се однесувало на „вистински но зависни вистини и врски кои се одвиваат меѓу нештата што постојат“.<sup>229</sup> Според Вилсон сведоштвото било еден од најважните извори на морални докази.<sup>230</sup> Тој дискутирал за причините за двоумење заради веродостојноста на сведоштвата, како на пример компетентност на сведокот, предходно лажно сведоштво, углед на сведокот, како и начинот на сведочење.<sup>231</sup> Исто така, за случаи на сериозни кривични дела за кои следувала смртна казна, според Вилсон, доказите морале да бидат толку уверливи што ќе резултираат во „силно верување“.<sup>232</sup> Вилсон го покренал прашањето за двојба кај поротниците додека дискутирал за проблемот на едногласна пресуда. На пример, ако остане „една двојба“ во умот на еден член на поротата, тој мора да изрази несогласност. Ако другите поротници веруваат во таа причина за несогласност, тие мора да се согласат за ослободителна пресуда.<sup>233</sup>

Сè поголемата важност на терминот „разумно двоумење“ може да се види и во трудовите од XIX век. На пример, *Правилата за докази на молбите до Круната* на Леонард Мекнали „одиграле клучна улога во промовирањето и ширењето на стандардот надвор од разумно двоумење“.<sup>234</sup> Мекнали забележал дека претставувало владеење на правото „ако поротата кај која постои разумно двоумење за вистинитоста на сведочењето на сведокот“, донесе ослободителна пресуда.<sup>235</sup> Тој исто така укажува на тоа дека „ако сведоштвото [на сведокот] не биде дополнето со јасни и доверливи докази за фактите од обвинението со кое се товари обвинетиот, тогаш во умовите на поротниците треба да се појави двојба; и поради човечноста на законот, тамо каде што постои двојба, треба да се донесе ослободителната пресуда“.<sup>236</sup>

<sup>227</sup> За дискусиите во врска со шкотската школата на здравиот разум *vigil* Selwyn A. Grave, *The Scottish Philosophy of Common Sense* (Шкотската филозофија на здравиот разум), (Oxford 1960).

<sup>228</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 29.

<sup>229</sup> Wilson, том 1, стр. 518-19.

<sup>230</sup> Wilson, том 1, стр. 508, 510.

<sup>231</sup> Wilson, том 1, стр. 508.

<sup>232</sup> Wilson, том 1, стр. 503-04, том 2, стр. 232.

<sup>233</sup> Wilson, том. 2, стр. 235.

<sup>234</sup> Shapiro, Двоумење, стр. 29.

<sup>235</sup> Leonard Macnally, *The Rules of Evidence on Pleas of the Crown: Illustrated from Printed and Manuscript Trials and Cases 2* (Правилата за докази на молбите до Круната: Илустрирано од судења и случаи зачувани во ракопис и испечатени) (J. Butterworth and J. Cooke 1802) (понатаму во текстот Macnally), *госпојино* на <http://catalog.hathitrust.org/Record/008620484>.

<sup>236</sup> Macnally, стр. 3 (нагласено во оригинал).

Должност на судијата било:

Кога дава упатства на поротата да ги потсети дека им е доверено спроведување на јавната правда од една страна, и животот, честа и имотот на затвореникот од друга, нивната должност ги обврзува пред да изречат пресуда за осуда, *да се зајрашаат дали се задоволни надвор од веројатноста за двоумење дека тјој е виновен....*<sup>237</sup>

Друг влијателен труд, *Практична расправа за Законот за докази* од Томас Старки забележува:

Докази кои ги задоволуваат умовите на поротата за вистината на фактите во спорот, *со целосно исклучување на секое разумно двоумење, претставуваат целосен доказ за фактот; апсолутната математичка или метафизичка сигурност не е од суштинско значење ....*<sup>238</sup>

Старки понатаму објаснил дека:

Да се донесе ослободителна пресуда на темел на безначајни, тривијални и нереални претпоставки и изолирани верувања значи суштинско прекршување на заклетвата на поротата.... Од друга страна еден поротник не смее да изрече осуда освен ако доказите го исклучуваат од неговиот ум секое разумно двоумење за вината на обвинетиот и ... освен ако доказите толку го убедуваат што ќе биде принуден да постапи по тоа убедување за прашања од највисок интерес и значење од негов аспект.<sup>239</sup>

Во *Расправа за Законот на докази* на Сајмон Гринлиф, обемот на потребните докази во кривичната постапка е опишан како „обем на докажување кој вообичаено би задоволил еден непристрасен ум надвор од разумно двоумење“.<sup>240</sup>

На крај, постои еден истакнат и многу влијателен американски стручњак за Законот на докази, Дин Џон Вигмор кој во познатата *Расправа за докази* наведува дека:

Во кривичните случаи се појави правилото дека убедувањето мора да биде *надвор од разумно двоумење*. Оваа прецизно разграничување се чини дека потекнува не порано од крајот на 1700-тите и дека во почетокот се применувало само на случаи кои повлекувале смртна казна и во никој случај не е фиксна фраза туку израз со различни нејасни форми. „Јасен

<sup>237</sup> Macnally, стр. 3 (нагласено од авторот).

<sup>238</sup> Thomas Starkie, Practical Treatise on the Law of Evidence (Практична расправа за Законот за докази) 724 (T & J. W. Johnson & Co. 1860) (понатаму во текстот Starkie *госпојано* на <https://archive.org/details/cu31924020112888> (последен пат пристапено на 14 април 2016) (нагласено од авторот).

<sup>239</sup> Starkie, стр. 761.

<sup>240</sup> Simon Greenleaf, a Treatise on the Law of Evidence (Расправа за Законот на докази), Vol. 1, § 2, at 4 (Little, Brown & Co., 13th ed., 1876) *госпојано* на <https://archive.org/details/cu31924020130112> (последен пат пристапено на 14 април 2016) (нагласено од авторот).



впечаток“, „на јасна основа“, „задоволувачки“, се некои од почетните фрази; а потоа почнале да се користат „рационално двоумење“, „рационално и добро-втемелено двоумење“, „надвор од веројатност за двоумење“ и „разумно двоумење“.<sup>241</sup>

Во врска со дефиницијата за разумно двоумење Вигмор забележува дека:

Кога се нуди повеќе од едноставно внимание и кратка дефиниција прашањето има тенденција да се изгуби меѓу зборовите, а вистинскиот ефект врз поротата наместо да биде просветлување е всушност конфузија, или во најмала рака континуирано неразбирање. Во пракса, ова детално аргументирање на доктрината на разумно двоумење вообичаено се уназадува во проста алатка на одбраната која сака да го зароби неупатениот судија во заборавот на некој нејасен преседан или да зачува причина за ново судење со помош на тривијално приговарање, жалба, врз основа на вербалната исправност на формата на зборовите изговорени или кои само се тврди дека биле изговорени од страна на судијата.... Напорот да се зачуваат и да се развијат овие неупотребливи дефиниции е бескорисен и сè до овој момент служи воглавно за целите на тактичарите. Затоа треба да биде целосно напуштен.<sup>242</sup>

## НАПОЛЕОНОВ ПЕРИОД

Новите идеи од периодот на Просветителството конечно можеле да се спроведат на дело и на Континентот, преку Француската револуција во 1789. За време на овој револуционерен период инквизиторната постапка кој се засновала на презумпција на вина била укината и заменета со акузаторен систем моделиран според англиската постапка. Англосаксонскиот правен систем бил толку поразличен од системот во предреволуционерна Франција што тој сосема природно го привлекол вниманието на мислителите од Просветителството на Континентот кои биле одлучни во намерата да најдат друг, алтернативен модел на судење. Така, сосема логичен бил изборот на француските правници да погледнат кон Англија во потрагата по еден поинаков модел на кривична постапка и изборот паднал на акузаторниот систем.

Па така, и покрај тоа што начелото на презумпција на невиност - кое е тесно поврзано со начелото *in dubio pro reo* - за првпат било афирмирано од страна на римската правна наука, дури со *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (Декларацијата за правата на човекот

<sup>241</sup> John Wigmore, A Treatise on the System of Evidence in trials at Common Law (Расправа за системот на докази во судските процеси во обичајното право), § 2497 (Toronto: Canada Law Book 1905) (понатаму во текстот Wigmore) (нагласено во оригинал) *госпојино* на [https://archive.org/details/cihm\\_73414](https://archive.org/details/cihm_73414) (последен пат пристапено на 14 април 2016).

<sup>242</sup> Wigmore, § 2497.



и граѓанинот), која произлегла од револуцијата, станало правило во рамките на позитивните законски прописи. Членот 9 од Декларацијата го наведува следново:

„Секој човек ќе се смета за невин сè додека не биде огласен за виновен, а доколку се одлучи дека е неопходно лицето да биде лишено од слобода, секоја строгост која не е неопходна за негово обезбедување за употребите на постапката мора да биде строго санкционирана со закон“.

Со тоа Просветителството ја осудило праксата на користење тортура во кривичната постапка заради тоа што не е праведно да се измачува некој кој би можел да биде невин и затоа што обвинетиот мора да се смета за невин до моментот кога делото ќе му биде докажано со сигурност.

За жал оваа фаза не траела долго. Во 1808 година, во периодот на Наполеон, во Франција стапил во сила *Code d'instruction criminelle* (Законот за кривичната постапка), со кој се појавила една нова форма на постапка - таканаречената „мешана постапка“, која некои научници од областа на правото ја сметаат за еден вид правосуден монструм. Таа била резултат на комбинирање на инквизиторниот и акузаторниот систем. Кривичната постапка се состоела од две одделни фази: првата фаза била доминантно инквизиторна, во писмена форма, тајна, со доминација на обвинителството, а без учество на обвинетиот и се одвивала пред судија, а втората фаза била главно усна и акузаторна заради присуството и на обвинителството и на одбраната, но со предиспозиција да се претвори во обично повторување на истражната фаза. Најважниот сегмент во целиот тој систем бил истражниот судија кој не само што пресудувал туку ја водел и истрагата заради пронаоѓање докази, со што се компромитирала независноста на неговата пресуда.

Сепак, некои правници од тоа време сметале дека новата форма на постапка не ги исклучувала начелото *in dubio pro reo* и со него поврзаното начело на презумпција на невиност од причина што судијата морал да бара не само инкриминирачки докази туку и докази кои му оделе во прилог на обвинетиот. Доделувањето на оваа двојна задача на судијата имало за цел постигнување на рамнотежа помеѓу двата екстрема – заштитата/одбраната на државата наспроти слободата на единката – но поради обновената авторитарност на политичкиот режим рамнотежата неизбежно се нарушила во корист на државата. Понатаму, работите биле поставени така што додека обвинителството морало да обезбеди целосни докази за да добие осудителна пресуда, одбраната – за да добие ослободителна пресуда - требало само да покаже дека одговорноста на обвинетиот не била целосно докажана. Како последица од ова, институтот привремено ослободување на обвинетиот не можел веќе да опстојува, што покажува дека начелото *in dubio pro reo*, иако ослабено поради двојната улога на истражниот

судија, сепак се применувало во периодот по Француската револуција. Ова разбирање, сепак, иако присутно до одреден степен во правната теорија и пракса во делови од Континентот, не било дел од законот. Па така, во својот коментар на ЗКП на поранешната Социјалистичка Федеративна Република Југославија (понатаму во текстот СФРЈ), Бранко Петриќ<sup>243</sup>, го изнел следново:

Без никаква несигурност двоумење, или сомневање, може со сигурност да се тврди дека нашиот закон не го признава тоа т.н. „начело“, а исто така не може да произлезе од каква било законска одредба.(...). Евалуацијата на доказите е сложен процес, кој, во секој случај, мора да се движи во областа на реалниот, вистинскиот свет и промените во него, а не во нереални комбинации во врска со тоа што е поповолно и за кого. Еден факт, кој е релевантен за донесување одлука, мора да се утврди на соодветен начин, без примеси на самоволие. Фактите во кривичната постапка или се докажани или се недокажани и сите опции треба да бидат во рамките на доменот: докажани - недокажани, и неприфатливо е осврнувањето на т.н. начело *in dubio pro reo*, кое нашиот закон дури и не го знае и што, објективно, е линија на помал отпор и начин да се избегнат тешкотиите на аргументирањето кога тие ќе се појават.

Во текот на XIX век моделот на Наполеон се проширил низ Европа, каде што опстоил сè до средината на XX и почетокот на XXI век. Истиот се применувал во Италија се до 1988 година, кога новиот Кривично-процесен законик<sup>244</sup> усвоил систем кој во голема мера е акузаторен. Реформите кон акузаторна кривичната постапка се случиле подоцна и во Германија, како и во поголемиот дел од земјите на Балканот и пошироко.

<sup>243</sup> Бранко Петриќ, Коментари на Законот за кривична постапка 1986, второ издание, Службен весник на СФРЈ 26/86, Белград, член 2 (цитатот е преземен од достапен превод на Коментарот на англиски јазик).

<sup>244</sup> Gazzetta Ufficiale n.250 del 24-10-1988 - Suppl. Ordinario n. 92 <http://www.gazzettaufficiale.it/anteprema/codici/penale>. Текстот публикуван на интернет е консолидирана верзија која ги вклучува сите амандмани на основниот текст до сега (последен пат пристапено на 21 декември 2016).

## СОВРЕМЕНА ПРИМЕНА НА НАЧЕЛОТО *IN DUBIO PRO REO* И НА СТАНДАРДОТ НА ДОКАЖУВАЊЕ НАДВОР ОД РАЗУМНО ДВОУМЕЊЕ

### МОРАЛНИ ВРЕДНОСТИ КОИ ЛЕЖАТ ВО ОСНОВА НА СОВРЕМЕНАТА КРИВИЧНА ПОСТАПКА

Едно нешто за кое во денешно време постои согласност е дека една од основните цели на казнената правда е избегнување на осуда на невини лица. Осудата на невино лице води до потценување на легитимноста на самото казнено право бидејќи не е морално прифатливо законот да дозволи да страда невино лице. Набљудувајќи го системот во целина ова навистина има смисла. Не треба посебно да се објаснува дека казненото право вклучува големи ограничувања на човековите права и слободи и тоа не само како санкции, туку уште во самиот тек на постапката. Затоа реториката на модерното казнено право дава приоритет на заштитата на невиниот од погрешна осуда пред осудата на виновникот.

Сепак, никој не тврди дека е подобро да бидат ослободени сто или пак илјада виновни лица за да се избегне каква и да е осуда на невиниот. Заштитата на невиниот од осуда не е и не може да биде единствената грижа. Современата казнена постапка има за цел да се намали ризикот од осуда на невиниот, но истовремено е сосема јасно дека јавниот интерес нема да биде задоволен ако единствено се развиваат правила што ја попречуваат ефикасната примена на законот.<sup>245</sup> Се разбира дека постапката што би ги елиминирала сите грешки би ги задоволила интересите како на заштита на невиниот, така и на казнување на виновникот, без притоа да се создаде конфликт помеѓу истите. Но дали навистина постои таква постапка?

<sup>245</sup> *Bugy A. Sanders/ R. Young, Criminal Justice (Кривична правда)*, втора едиција, Butterworths, Лондон, 2000, 10.

И покрај тоа што континенталниот систем долго почивал врз уверувањето дека проактивниот суд со силни истражни овластувања и неоптоварен со строги доказни правила лесно ќе утврди што навистина се случило, односно ќе ја утврди вистината, нескриените проблеми на судските постапки укажуваат на тоа дека тие може да се сметаат како структурно дисфункционални за утврдување на вистината.

Многу фактори може да придонесат за погрешни осуди. На пример, сведоците на определени вознемирувачки настани често прават грешки во сеќавањето за деталите. Слично, признанијата на осомничените додека се задржани во полиција секогаш се доведуваат под знак прашање заради вообичаените психолошки притисоци, а неретко и поради отворената присила.

Признавајќи дека постои определен степен на недоверба во човековото одлучување за фактите бидејќи казнената правда се заснова врз одлуки на луѓе, а луѓето прават грешки<sup>246</sup> чесно е да се направат обиди да се постапува така што ќе се осигури, колку што човек може да се осигури, дека невини нема да бидат осудени. Еден автор кој во поново време привлекува внимание со своите теории за правичност како правда е Џон Роулс. Проблемот на кој тој се фокусира е во тоа што не постои казнена постапка која секогаш објективно и непристрасно ќе доведе до правилно решение:

Несовршената процесна правда е егземплифицирана во примерот на кривичното судење. Пожелно решение е обвинетиот да се огласи за виновен ако и само ако го сторил делото за кое се обвинува. Судската постапка е замислена да трага по вистината и да ја утврдува во таа насока. Но се чини невозможно да се измислат правила што секогаш ќе водат до точен резултат. Теоријата за судските постапки испитува кои постапки, доказни правила и слично, се најдобро поставени за да ја унапредат оваа цел, конзистентно со другите цели на правото. Може разумно да се очекува различни начини на судење во различни околности да дадат правилни резултати, ако не секогаш, тогаш барем најчесто. Па така судењето е пример на несовршена процесна правда. Дури и кога законот внимателно се следи и постапката правично и правилно се води може да се дојде до погрешен резултат. Невин човек може да биде огласен за виновен, виновниот може да се ослободи. Во вакви случаи зборуваме за потфрлање на правдата.....<sup>247</sup>

<sup>246</sup> *Bugli J. B. Weinstein, Some Difficulties in Devising Rules for Determining Truth in Judicial Trials (Некои потешкотии при утврдување на правила за пронаоѓање на вистината на судење)* 66 *Columbia Law Review*, 1966, 223, 229-41.

<sup>247</sup> Види *J. Rawls, A Theory of Justice (Теорија за правда)* Harvard University Press, Cambridge 1971, Fourth printing, 1972, стр. 85-86.

Па така, фокусот од вистината се врти кон правичноста на постапката. Идејата е сосема едноставна: правичната постапка претставува подобно средство и прифатлив начин за откривање на вистината. Правичната постапка бара постапката за доаѓање до резултатот доследно да се изведе, како и самата постапка да содржи определени основни карактеристики. Таа претставува постапка што го оправдува резултатот. Во надобар случај оваа обезбедува висок степен на сигурност што не треба да се потценува:

Мора да се вложи совесен напор при утврдувањето дали е сторена повреда и да се изрече коректна казна. Затоа правниот систем мора да понуди одредби за водење на судења по одредени правила; тој мора да содржи доказни правила што ќе гарантираат рационални постапки при истражувањето. И покрај тоа што постојат варијации на ваквите постапки, владеењето на правото бара некој облик на соодветна постапка, односно разумно уредена постапка за да ја утврди вистината по однос на тоа дали е сторена повреда и под кои околности, на начин конзистентен со другите цели на правниот систем.<sup>248</sup>

Сосема логично, пресудите ќе бидат подобри, а грешките и злоупотребите редуцирани, ако постапките бараат повеќе и се поцелосни, но тие се исто така и поскапи. Оттука, иако е јасно дека ризикот од грешки може да се намали со подобри постапки, постојат граници колку може да се потроши. Станува повеќе од јасно дека определен степен на ризик од погрешни пресуди мора да се толерира, но прашањето како ова да се пресмета не е лесно. Овој процес на одмерување е повеќе од комплексен и, грубо кажано, ги поставува на една страна општествениот интерес за ефикасна борба со криминалот и правата на жртвата, а на друга страна правата и слободите на обвинетиот. И додека можноста за грешки поради несовршеноста на постапките секогаш постои, несомнено е дека ризикот секогаш може делумно да се намали. Бездруго, со добро уредени постапки, добра организација и квалитетна обука, може да се постигне повисок степен на точност и на правичност. Ако општеството навистина вложи најдобри напори во рамките на објективните ограничувања да се обезбедат правични постапки, инцидентните потфрлања би можеле да се прифатат како неизбежни.

Подолу се изложени некои од основните начела на кои се темели денешната правична постапка.

<sup>248</sup> *Вугу* J. Rawls, *A Theory of Justice (Теорија за ѓравга)*, Harvard University Press, Cambridge 1971, четврта едидија, 1972, 60.

## Презумпција на невиност

Презумпцијата на невиност е клучна гаранција која обвинетите лица ја уживаат како дел од концептот за правична постапка денес:

*Добриите луѓе насекаде ја фалат презумпцијата на невиност. И биле тие французи, германци или американци, се согласуваат во однос на барањето на презумпцијата во пракса. И тука и во ситранство, барањето на државата за кривично санкционирање бара и висок степен на докажаност дека обвинетиот го сторил кривичното дело за кое е обвинет. За да го изрази појребниот стандард на докажување, правниците во земјите со обичајно право зборуваат за должност на јавниот обвинител да го докаже својот случај надвор од разумно двоумење. И правниците во земјите со континентално право се повикуваат на максимата in dubio pro reo - начелото кое бара оние кои одлучуваат за фактите да ослободат ако се двоумат.<sup>249</sup>*

Законските одредби кои предвидуваат презумпција на невиност се бројни и може да се најдат во голем број различни правосудни системи.

На пример, Повелба за правата и слободите на Канада гласи: „Секој кој е обвинет за некакво кривично дело има право да биде сметан за невин сè додека не се докаже дека е виновен согласно со закон и во праведна и јавна расправа пред независен и нејприсрасен суд“.<sup>250</sup>

Уставот на Колумбија вели дека „Секое лице се смета за невино додека не биде докажана неговата вина согласно со закон“.<sup>251</sup>

Во Франција, членот 9 од Декларацијата за правата на човекот и граѓанинот од 1789 година, кој го предвидува начелото на презумпција на невиност е сè уште во сила како уставен закон.

Во Иран Уставот гласи: „Невиноста се подразбира и никој не смее да биде сметан за виновен за сторено кривично дело доколку неговата вина не ја утврди надлежен суд“.<sup>252</sup>

<sup>249</sup> Bugu George P. Fletcher, *Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases* (Два вида законски правила: Компаративна студија за иракциски на поварој на докажување во кривични случаи), 77 Yale L. J. 880, 916-917 (1967-1968) стр. 880 (изоставени внатрешни цитати). (понатаму во текстот Fletcher). Во неговата компаративна студија за САД и Германија, Fletcher го анализира германскиот систем на кривична одговорност, каде што објаснил дека прашањата на одбраната, како на пример самоодбраната или непресметливоста, се сметаат за „неизбежни чекори во процесот на утврдување на вина“. Тој заклучил дека сите тврдења кои влијаат врз вината или невиноста на обвинетиот се интегрални размислувања при целокупната оценка на случајот. Како резултат на тоа, обвинителот го носи ризикот да остави зад себе двојба околу сите прашања, која двојба може да служи како олеснителна околност.

<sup>250</sup> <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html> (последен пат пристапено на 23 ноември 2016); Повелба за правата и слободите на Канада, Член 11(r).

<sup>251</sup> Устав на Колумбија, Оддел II, поглавје 1, член 29, [http://confinder.richmond.edu/admin/docs/columbia\\_const2.pdf](http://confinder.richmond.edu/admin/docs/columbia_const2.pdf) (последен пат пристапено на 23 ноември 2016).

<sup>252</sup> Устав на Иран, член 37, <http://www.iranonline.com/iran/iran-info/government/constitution-3.html> (последен пат пристапено на 23 ноември 2016).

Во Италија Уставот гласи: „Обвинетиот се смета за невин до донесувањето правосилна пресуда“.<sup>253</sup>

Во Романија Уставот предвидува дека „секој се смета за невин додека не биде утврдена неговата вина со правосилна пресуда на судот“.<sup>254</sup>

ЗКП на Србија наведува дека „Секое лице ќе се смета за невино сè додека неговата вина не биде утврдена со правосилна судска пресуда“.<sup>255</sup>

ЗКП на Босна и Херцеговина вели дека “секое лице ќе се смета за невино сè додека неговата вина не биде утврдена со правосилна пресуда”.<sup>256</sup>

Домашниот ЗКП наведува дека: „Лицето обвинето за кривично дело ќе се смета за невино сè додека неговата вина не биде утврдена со правосилна судска пресуда“.<sup>257</sup>

Обединетите нации го вградиле начелото во својата Декларација за човековите права од 1948 година, во членот 11, став 1: „Секој кој е обвинет за кривично дело има право да биде сметан за невин додека не му се докаже вината согласно со закон и преку јавно судење во кое ќе ги има сите гаранции неопходни за неговата одбрана“. Начелото исто така нашло свое место и во Европската конвенција за заштита на човековите права од 1953 година, член 6, став 2: „Секој кој е обвинет за кривично дело има право да биде сметан за невин додека не му биде докажана вината согласно со закон“.

Што се однесува до американскиот систем, начелото формално станало дел од правото преку една одлука на Врховниот суд на САД од 1895 година, во случајот Кофин против САД, со која се поништила одлуката на понискиот суд и каде судот нашол дека: „Упатството дека не може да се осуди доколку не постои доказ за вина надвор од разумно двоумење не содржи целосна информација за презумпцијата на невиноста и не може да го оправда одбивањето на судот да ја инсторира пороката за презумпцијата на барање, а која презумпција претставува заклучок во полза на граѓаниној кој може да се изведе од законот кој предвидува дека тој што ќе биде суден по основ на кривично обвинение мора да биде ослободен освен доколку не се докаже дека е виновен“.<sup>258</sup>

<sup>253</sup> Устав на Италија, член 27, став 2, [http://www.quirinale.it/qnrw/costituzione/pdf/costituzione\\_inglese.pdf](http://www.quirinale.it/qnrw/costituzione/pdf/costituzione_inglese.pdf) (последен пат пристапено на 23 ноември 2016).

<sup>254</sup> Устав на Романија, член 23, <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ro/ro021en.pdf> (последен пат пристапено на 23 ноември 2016).

<sup>255</sup> ЗКП на Србија, Службен весник 72/11, 101/11; член 3.

<sup>256</sup> ЗКП на Босна и Херцеговина, Службен весник 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 467/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13; ЗКП на Федерација Босна и Херцеговина, Службен весник 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13, 59/14; ЗКП на Брчко дистрикт, Службен весник 10/03, 48/04, 6/05, 12/07, 14/07, 21/07, 2/08, 17/09, консолидиран текст 33/13, 27/14; ЗКП на Република Српска, Службен весник 50/03, 111/04, 115/04, 29/07, 68/07, 119/08, 55/09, 80/09, 88/09, 92/09, 100/09, консолидиран текст 53/12; член 3.

<sup>257</sup> Домашен ЗКП, член 2, види погоре фуснота 1.

<sup>258</sup> Кофин против САД (*Coffin v. United States*), 156 U.S. 432, 453 (1895).



Не е мал бројот на теоретичари кои сè уште тврдат дека презумпцијата на невиност не е логична и не одговара на реалностите во казнено правниот систем, каде спрема обвинетиот се води една сериозна постапка која за него повлекува голем број негативни последици. Како е можно, велат тие, спрема невино лице да се определуваат претреси, да се става во притвор, да се следи и прислушкува, да му се замрзнува имотот, со што се прави сериозна повреда на неговото достоинство и интегритет и се ограничуваат неговите основни права и слободи. Нели е тоа прекршување на презумпцијата на невиност, се прашуваат тие. Затоа некои тврдат дека позитивната дефиниција на презумпцијата на невиност декларирана во меѓународните договори за човековите права и во повеќето современи устави не одговара на реалноста. Па така, Проф. Васиљевиќ<sup>259</sup> смета дека помеѓу формулацијата „не се смета за виновен“ и „се смета за невин“ постои суштинска разлика. Претпоставката од вториот тип според него е бесмислена бидејќи ја демантира вистинската положба на обвинетиот кој е должен да трпи такви ограничувања кои спрема невин човек не можат да се преземат. Обвинетиот не може да се смета за невин, бидејќи тој е сомнителен!

Надвор од овие лексички прашања и коментари, правото да се смета за невин е денес фундаментално човеково право што ја обликува современата казнена постапка. Меѓутоа, со цел презумпцијата на невиност да биде ефективна, се разбира до степен кој нема да ја загрози истражната постапка, современите законодавства вклучуваат ограничувања на државната власт кои се изразени во облик на права на обвинетиот (правото на живот, забрана од тортура и нечовечко и понижувачко постапување и казнување, правото на фер судење, правото на почитување на приватниот и семејниот живот, итн.), но и процесни гаранции. Тие процесни гаранции вклучуваат начела, како што се начелото на законитост и пропорционалност, начелото *in dubio pro reo*, начелото на *ne bis in idem*, начелото ако нема кривично дело нема ни казна, стандардот на докажување *надвор од разумно двоумење* (или висок степен на увереност) и товарот на докажување на обвинителството, начелото на слободна оценка на доказите, начелото на објективност/еднаквост на оружјата, *reformation in peius*, начелото на контрадикторност, итн.

Правата на одбраната и процесните гаранции не се пречки во постапката. Напротив, тие служат за подобрување на кредибилитетот на процесот на утврдување на вистината, или на увереноста, како и на правичноста, како нејзина главна функција.<sup>260</sup> Сите горенаведени права и гаранции се строго поврзани и треба заеднички да функционираат за да бидат целосно ефективни и да обезбедат правична постапка и праведна одлука.

<sup>259</sup> T. Vasiljevic- M. Grubac, Komentar Zakona o Krivicnom Postupku, III izd., Белград, 1987. стр. 7- 8.

<sup>260</sup> Vigi Н. Матовски, Г. Бужаровска, Г. Калајдиев, *Казнено процесно право*, Второ издание, Академик, Скопје, 2011



## Товар на докажување

Двата основни процесни аспекти на презумпцијата на невиност се поставувањето на товарот на докажување врз обвинителството, од една страна и барањето на висок стандард на докажување дека обвинетиот го сторил кривичното дело од друга.

Како што тоа го утврдила уште римската судска пракса, начелото на презумпција на невиност го става товарот на докажување врз обвинителството и затоа е одговорност на обвинителството да ја докаже вината и да ја побие претпоставката дека обвинетиот е невин: *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* - товарот на докажување е на оној кој обвинува, а не на оној кој негира.<sup>261</sup>

Или пак, како што е дефинирано од страна на Европскиот суд за човекови права (понатаму во текстот ЕСЧП): *„Во секој случај на кривично жонее, презумпцијата на невиноста го става товарот на докажување врз обвинителството, а тоа значи дека обвинетиот не може да биде принуден самиот да се инкриминира и дека мора да достави докази што докажуваат осудителна пресуда.“*<sup>262</sup>

Под знак прашање е дали товарот на докажување во многу европски држави кои го прифатиле Наполеоновиот кодекс бил врз обвинителството со оглед на тоа дека судот бил должен да стори сè што е неопходно за да ја утврди вистината по службена должност, вклучително и да предлага докази во потрага по вистината.

Сепак, денес повеќето европски држави, како и оние со обичајно право, дури и експлицитно наведуваат дека товарот на докажување е на обвинителството и ја напуштаат праксата каде судот предлага докази, или барем таа улога е намалена во корист на непристрасноста на судот. Судиите имаат тенденција да бидат многу претпазливи за да не остават впечаток дека фаворизираат една страна за сметка на друга. Секој обид на судиите да ја бараат вистината - било да е тоа преку предлагање на докази или преку опширно сослушување на сведоците за време на судењето (а не само повремено поставување на прашува за целите на појаснување) – би довело, во најмала рака, до појава на пристрасност или недостаток на независност на судството. Затоа, сосема несоодветно е судот да инсистира да се води понатамошна дискусија за доказите во ситуација кога доказите изведени од обвинителството очигледно водат кон ослободителна пресуда.

<sup>261</sup> Декларациите и повелбите за основните човекови права го регулираат правото еден човек да се смета за невин сè додека не се докаже дека е виновен. Меѓународниот пакт за граѓански и политички права (МПГПП), чл. 14 (2); Европската конвенција за човекови права (ЕКЧП), чл. 6 (2); Американската конвенција за човекови права (АКЧП), чл. 8 (2).

<sup>262</sup> Jeremy McBride, Human rights and criminal procedure-The Case law of the European Court of human rights, (Човековите права и кривичната постапка - Судската пракса на Европскиот суд за човекови права), публикувано од Совет на Европа 2009, стр 15.

Па така, судиите генерално се ограничени на доказите кои им се презентирани од страна на странките бидејќи постапките се водени од странките. „Акузајторниот систем има доверба дека странките во случајот правилно и искрено ќе ги презентираат своите аргументи и очекува дека висшата ќе произлезе од усешната презентација на случајот од страна на странките.“<sup>263</sup>

Овој систем бара странките (обвинителството и адвокатите на одбраната) да бидат активни: да вршат истражувања и да соберат докази, да изберат сведоци и документи кои сметаат дека се релевантни за нивните случаи кои потоа ќе бидат предмет на судско разгледување и одобрување. Адвокатите на одбраната имаат одговорност да се консултираат со своите клиенти, да развијат теорија на случај, да одлучат дали ќе ги испитуваат сведоците на обвинителството во текот на судењето, да изберат преку кои сведоци сакат да приложат докази, како ќе ги испитаат сведоците и како ќе ги презентираат аргументите при судењето. Судот треба да му даде на обвинетиот можност да се произнесе во однос на сите докази против него, дури и во случаите кога обвинетиот го искористил правото да не изнесе одбрана или да не одговара на прашања: „...како правило, овие права бараат на обвинетиот да му биде дадена соодветна можност да побие и испираше сведок кој сведочи против него во моментот кога сведокот ја дал својата изјава или во подоцнежната фаза од процесот.“<sup>264</sup> Имено, ако судот не му дозволи на обвинетиот да ја презентира својата одбрана и да ги побие доказите на обвинителството, тогаш тој го повредува правото на обвинетиот на презумпција на невиност, со тоа што ја ограничува можноста за двојба која одбраната може да ја создаде кај судот, а во врска со обвинението.

Всушност, адвокатите на одбраната се етички обврзани енергично да ги застапуваат своите клиенти<sup>265</sup>, меѓу другото, да ги изнесат сите можни двојби со помош на сите можни прифатливи средства. Иако можеби изгледа цинично во очите на судијата Џон В. Меј, трагањето и презентирањето на разумно двоумење во текот на изведувањето на доказите е суштинска обврска за адвокатот:

<sup>263</sup> Felicity Nagorcka, Michael Stanton & Michael Wilson, *Stranded between Partisanship and the Truth? A Comparative Analysis of Legal Ethics in the Adversarial and Inquisitorial Systems of Justice (Загласени помеѓу приспирателноста и висшата? Компаративна анализа на етиката во акузајторниот и инквизицискиот правен систем)*, 29 Melb. U. L. Rev. 448, 465-66 (2005).

<sup>264</sup> Саид против Франција (Saidi v France), 14647/89, точка 43, ЕСЧП.

<sup>265</sup> Оваа обврска е универзално призната во речиси сите национални и меѓународни кодекси на професионална етика: Соединетите Американски Држави (САД), Пример правила на Американската адвокатска асоцијација (American Bar Association Model Rules), правило 1.3: „постапувај со разумна трудољубивост и точност при застапување на клиентот“; Обединетото Кралство, Прирачник на стандарди на адвокатскиот одбор, CD7: „да обезбеди компетентни стандарди за работа и услуга на секој клиент“.

Ситѐ знаеме дека коџа еден адвокат̄ за кривичнӣ предмет̄ӣ ӣ треба да брани случај во кој ситѐ факт̄и се̄ против него̄ тој се̄ поит̄ира и се надева на законот̄ кој е вообичаено него̀в нѐпроменлив и нѐресушен ресурс. Докит̄рина̄та на „разумно двоумење“ е секогаш на прво место. Постит̄ојат̄ многӯ извешит̄аи кои се̄ упротасит̄ени со неит̄ит̄олни дефиниции дадени од сит̄рана на невнимателни судии во незначит̄елни случаи. Со голема ревност̄ се лова̄т експравагантӣитѐ и неит̄оддржани изјави на тит̄ексит̄оит̄исци кои своит̄е изјави џи дале можеби во ирито̄г на тит̄еорија за она шит̄о законот̄ ӣ треба да биде, а не како доказ на она шит̄о законот̄ авит̄орит̄ит̄ит̄ивно е. Овие изјави се̄ ит̄оддржани од серија случаи - ӣрекарсни и авит̄енит̄ични - кои се̄ расфрлани низ засит̄аренит̄е кривичнӣ заит̄иси во кои се̄ ит̄врди дека се̄ осудени невини лица. Ситѐ вакви збунувачки дефиниции, експравагантӣни изјави, восхит̄увачки факт̄и, или фикции, ит̄ит̄оа се̄ украсени, ит̄овешит̄о или ит̄омалку вешит̄о во зависност̄ од сит̄особност̄та на адвокат̄ит̄о и со ит̄ит̄ешит̄ичен свечен ит̄он се̄ изнесени ирѐг ит̄орит̄ит̄а. Се разбира, целит̄а на сит̄о ова е кај ит̄орит̄ит̄а да ирѐгизвика збунѐит̄ост̄ и шок; да ирѐгизвика изненадување, сит̄рав и неизвесност̄, која ќе ја оневозможи да се сит̄рави смилено и рационално со факт̄ит̄ит̄е на случајит̄о изнесен ирѐг неа ....<sup>266</sup>

И покрај тоа што судијата го контролира текот на постапката, а во некои случаи може да ги испрашува сведоците (првенствено за појаснување), тој не е вклучен во ит̄ит̄раџа ит̄о висит̄ина̄та. „Судот не е потребно активно да ја бара вистината, туку едноставно да одлучи дали доказите изнесени ирѐд него се̄ доволни за да ги потврдат обвинѐит̄ит̄а и да докажат надвор од разумно двоумење дека обвинѐит̄от е виновен“<sup>267</sup>. Не е негова задача да бара докази или сведоци кои се̄ од суштинско значење за утврдување на вистината, иако дури и во некои обичајни системи на судиите им е дозволено да повикуваат сведоци,<sup>268</sup> вклучувајќи и вештаци,<sup>269</sup> да презентираат одбрана во име на обвинѐит̄от и да ѝ укажат на поротата да разгледа алтернативна

<sup>266</sup> May, *Some Rules of Evidence* (Некои доказни ирѐвила).

<sup>267</sup> Antonio Cassese, *International Criminal Law* 362 (Меѓународно кривично право), Oxford University Press 2008.

<sup>268</sup> Во САД, Сојузни доказни ирѐвила, правило 614 (a): „Судот може сам да повика сведок или на барање на странката. Секоја страна има право вкрстено да го испраша сведокот“. Во Обединетото Кралство, судијата може да повика сведок кој не бил повикан од ниедна страна, но како што истакнал Претседателот на судскиот совет на апелациониот суд Паркер во *Крунаит̄а ирѐтив Клеџхорн* (*Regina v. Cleghorn*), (1967) 2 Q.B. 584, ова дискреционо право треба да биде умерено и со единствена цел да помогне да се види правдата, така што нема да влијае на дискрецијата на бранителот да го обликува својот случај. Доколку сакате да разгледате извонредни дискусии за овие и други овластувања дадени на судиите во текот на судењето, како на пример, сумирање и коментирање за доказите, нешто за кое што многу теоретичари, судии и правници имаат различни ставови за тоа дали ваквите овластувања се во согласност со основите на акузаторниот систем, види Stephen A. Saltzburg, *The Unnecessarily Expanding Role of the American Trial Judge*, (*Неит̄ит̄ребно ирѐширување на улогит̄а на американскиот судија*), 64(1) *Virginia L. Rev.*, 1-81 (1978).

<sup>269</sup> Во САД, Сојузни доказни ирѐвила, правило 706: „Судот може да назначи било кој вештак со кој што ќе се согласат страните или по свој избор“.

одбрана од онаа презентирана од страна на обвинетиот,<sup>270</sup> како и да сумира или да коментира докази кои ќе бидат потоа ставени на разгледување од страна на поротата во текот на нејзиното одлучување.<sup>271</sup> Така, дури и во системите на обичајно право, постојат елементи на барање на висшинаа. Судиите изразиле мешани ставови за овие дискрециони овластувања кои им се доверени на судиите, како што се гледа од американскиот сојузен судија Џек Б. Вајнштајн и судијата на Врховениот суд на САД Феликс Франкфуртер.

### Судијата Вајнштајн:

Голем дел од спорот за ова прашање се должи на разликата меѓу реторичкото потврдување на ваквото овластување на судот и праксата каде судијата има тенденција да делува како непристрасен арбитер во нашиот акузаторен систем. Многу проблеми би се избегнале доколку е јасно дека судот кој го суди случајот не треба и нема ставови околу тоа која страна треба да победи или колку тужителот во граѓански случај треба да добие или дали обвинетиот за кривично дело - освен ако не е веќе осуден - треба да биде казнет.

Доколку еден разумен поротник може да одлучи на двата начина, истиот не треба да биде изложен на ставот на судијата, кој е сепак со голема репутација, кој став е на страна на едната или другата странка.<sup>272</sup>

<sup>270</sup> Во *Крунајта Џојив Донсон (Regina v. Johnson)*, [1989] 1 W.L.R. 740, Апелациониот суд утврдил дека судијата имал должност да ѝ даде упатства на поротата во врска со провокацијата, и покрај тоа што обвинетиот во текот на судењето останал на ставот дека реагира во самоодбрана, бидејќи доказите не биле „силно сугестивни“ туку биле „прилично слаби, па така требало да се остави на поротата да одлучи. Оваа обврска била повторно дискутирана во *Крунајта Џојив Њувел (Regina v. Newell)*, [1989] Crim. L.R. 906, каде што се сметало дека судијата треба да ѝ даде упатства на поротата за алтернативните одбрани кои се во судир со теоријата на случајот на обвинетиот. *Виги исџо џака Sean Doran, Alternative defences: the “invisible burden” on the trial judge (Алтернативна одбрана: „невидливиот товар“ врз сугестивниот судија)*, Crim. L.R. 878 (1991), каде што се опишува должноста на судијата да стави пред поротата можна одбрана која не била спомната од ниедна страна како „невидлив товар“.

<sup>271</sup> Во Обединетото Кралство, судијата вообичаено ги сумира доказите за поротата. Во *Крунајта Џојив Брауер (Regina v. Brower)*, [1995] Crim. L.R. 746, Апелациониот суд изјавил дека во поголемиот дел од случаите судијата треба да ги сумира доказите за поротата со цел да ѝ помогне на поротата и да се обезбеди правично судење. Во *Крунајта Џојив Еванс (Regina v. Evans)*, (1990) 91 Cr.App.R. 173, Апелациониот суд сметал дека судијата не е ограничен само на точките истакнати од страните, туку дека има право да коментира за сите работи кои се во доказите. Се разбира, коментарите на судијата треба да бидат во рамките на соодветни граници, но во *Крунајта Џојив Спароу (Regina v. Sparrow)*, [1973] 1 W.L.R. 488, 495, судијата Лотон, ја истакнал должноста на судијата да ѝ помогне на поротата и изјавил: „... според нашето искуство на поротата не ѝ е од помош безличното читање на доказите од страна на судијата како што е запишано во неговиот бележник. Судијата е повеќе од спортски судија кој нема удел во мечот, туку има должност да интервенира кога е прекршено некое правило на постапката. Тој и поротата го судат случајот заеднички и негова должност е да ѝ помогне да извлече корист од неговото познавање на законот и да ја советува во светлина на своето искуство во однос на значењето на доказите. *Виги генерално Saltzburg*, кој не се согласува со овластувањето на судијата да ги сумира и да коментира за доказите и каде се повикува на судечките судии да им биде дадено само ограничено овластување да повикуваат и испрашуваат сведоци.

<sup>272</sup> Jack B. Weinstein & Margaret A. Berger, Weinstein's Evidence: Commentary on Rules of Evidence for the United States Courts and State Courts (Доказите на Вајнштајн: Коментар за доказни правила во судовите на САД и државните судови), § 107[1], at 8, како *ишио е цитирано* во Saltzburg, стр. 41.

Поинакво мислење има судијата Франкфуртер:

Сојузните судии не се спортски судии кои судат за награда туку се службеници на правдата ... Како такви тие имаат обврска да преземат иницијатива да се уверат дека прашањата се решени во рамките на судската постапка, а не да бидат оставени на избор на аргументите на правните застапници ... Еден сојузен судија ... има овластување да повика сведоци и да ги испита за да ја извлече вистината ... Тој сигурно има обврска да го стори тоа наместо да прибегне кон нагаѓање при утврдување на одговорноста.<sup>275</sup>

И судиите во регионот повеќе не ја бараат објективната, материјална вистина. Па така, судиите на Босна и Херцеговина не се повеќе должни целосно и точно да ја утврдат фактичката состојба, која е важна за носење на законска одлука. Наместо тоа, законот ја задржал одредбата според која, „судои, обвинителои и другиите органи шио учествуваат во процесот, се должни подеднакво да ги анализираат и со еднакво внимание да ги утврдат, како обвинувачките, така и ослободувачките факти за осомненои или обвинетои лице“.<sup>274</sup>

ЗКП на Србија предвидува дека судот има само исклучителна можност да предлага докази по службена должност.<sup>275</sup> Сепак, во текот на постапката судиите мораат да го зачуваат достоинството, да постапуваат целосно независно и непристрасно и да не дозволат ниту привид на пристрасно постапување во полза на една од страните.

Според домашниот ЗКП, постапката има акузаторен облик и се заснова врз активностите на странките кои изведуваат докази и ги соочуваат своите тврдења со цел да ги докажат фактите, за кои судот одлучува дали се докажани или не. Судот повеќе не предлага докази по своја иницијатива, освен кај таканареченото супер вештачење, кое, како што ќе видиме подолу, е ставено под знак прашање.<sup>276</sup>

### Стандард на докажување

Ако товарот на докажување е на обвинителството логично се поставува прашањето со каков степен на сигурност истото треба да се докаже. Ова е наредното прашање кое води до степенот на докажување олицетворен во стандардот на докажување на вина од страна на

<sup>275</sup> Џонсон против САД (*Johnson v. United States*), 333 U.S. 46, 54 (1948), судија Франкфуртер, издвоено мислење. (изоставени внатрешни цитати).

<sup>274</sup> ЗКП на Босна и Херцеговина, член 14.

<sup>275</sup> ЗКП на Србија, член 15: „(1) Доказите се собираат и изведуваат во согласност со овој Законик. (2) Товарот на докажување е на обвинителството. (3) Судот ги изведува доказите на предлог на странките. (4) Судот може да и даде налог на некоја од странките да предложи доволни докази или, по исклучок, сам да нареди такви докази да се изведат, доколку оцени дека изведените докази се противречни или нејасни и дека таквото дејство е неопходно за да предметот на докажување биде соопшто разгледан.“

<sup>276</sup> Домашен ЗКП, член 408 (6): „Во образложението на пресудата судот ќе ги изнесе причините за секоја точка од изреката, а особено фактите што ги оценил како докажани или недокажани, од кои докази ги утврдил тие факти (...)“.

обвинителот *надвор од разумно двоумење*, но и во начелото дека секое (разумно) двоумење треба да биде во корист на обвинетиот-*in dubio pro reo*. Овој стандард/начело значи дека веројатноста обвинетиот да е виновен треба да биде толку голема што ќе го елиминира секое (разумно) двоумење, бидејќи ако постои (разумно) двоумење во вината на обвинетиот тој треба да биде ослободен:

(...) Доказот надвор од разумно двоумење е највисокиот стандард на докажување кој мора да биде постигнат во секоја постапка. Разумното двоумење е дефинирано како реално двоумење засновано на здрав разум и логичко расудување после совесно, целосно и непристрасно разгледување на сите докази, или недостаток на докази, во случајот за кој се суди. Доказот надвор од разумно двоумење според тоа, е доказ со таква убедлива природа поради што било кое лице на него може да се потпре и по него да постапува без дилема и во своите најбитни лични работи. Сепак, тој не подразбира апсолутна сигурност.(...)<sup>277</sup>

Како што беше досега презентирано, а како што ќе биде и понатаму во текстот, може да се види дека стандардот на докажување *надвор од разумно двоумење* еволуирал и достигнал зрелост откако за прв пат се појавил пред неколку века во системите на обичајното право.

Врховниот суд на САД и формално го пронашол ова право во уставот на САД во случајот *Виншип*<sup>278</sup>, сметајќи ја државата (органиите на прогонот) одговорна за стандардот на докажување *надвор од разумно двоумење*. Па така, цитирајќи го случајот *Кофин ѝројив САД*<sup>279</sup> (1895), Врховниот суд на САД во *Виншип* истакнал:

Стандардот на разумно двоумење игра клучна улога во американската кривична постапка. Тоа е главниот инструмент за намалување на ризикот од осудувања кои се темелат на фактички грешки. *Стандардот обезбедува конкретен материјал за презумпција на невиност - тоа темелно „аксиоматско и основно“ начело чие „срведување лежи во основа на администрацијата на нашето казнено право“.*<sup>280</sup>

Во системите со обичајно право судечкиот судија им дава упатства и насоки на поротниците во текот на судењето. Судијата треба со упатствата јасно да им посочи на поротниците дека двоумењето треба да го употребат во корист на обвинетиот. Ако постои разумно двоумење кое произлегува од севкупното разгледување на доказите поротата треба да го ослободи обвинетиот. Процесот на давање упатства на

<sup>277</sup> Handbook for defence counsel in international criminal law -Association of Defence Counsel practising before the ICTY (Прирачник за одбраната во предметите од меѓународното кривично право - Пракса на здруженијата на бранители кои што постапуваат пред МКСЈ), стр.10.

<sup>278</sup> *Во врска со случајот Виншип (In re Winship)*, 397 US 358 (1970) (понатаму во текстот Виншип).

<sup>279</sup> *Кофин ѝројив САД (Coffin v. United States)*, 156 U.S. 432, 453 (1895).

<sup>280</sup> *Виншип*, пара. 362-63, (нагласено од авторот).



поротата во текот на судењето и како треба да се ценат упатствата во врска со разумното двоумење дадени на крајот од судењето е убедливо опишан од Јувилер:

На поротниците секогаш им се даваат упатства од страна на судија - обично неколку пати - дека тие имаат исклучива одговорност да одлучат за фактите; потоа опширно им се кажува како треба да постапат при одлучувањето за фактите. Зборувајќи за необработените податоци акумулирани во текот на главната расправа (всушност доказите не се необработени бидејќи биле прочистени со доказната и уставната филтрација), судијата ќе ја поттикне поротата да ги употреби своите способности за расудување и здрав разум. На поротниците им се даваат упатства како да го проценат кредибилитет на сведоците со тоа што ќе го земат предвид нивното однесување додека сведочат, тонот на нивниот глас, движењата на очите, јазикот на телото, ставот - сите различни видови на несвесна комуникација кои често го откриваат оној што кажува лаги, а ја потврдуваат изјавата на оној што ја кажува вистината. На поротниците им се кажува дека кредибилитетот на сведокот може да биде нападнат (дискредитирање на сведок) со докази за пристрасност, со помош на докази од друг извор кои укажуваат на спротивното или со помош на недоследност меѓу изјавата на сведокот дадена во текот на судењето и некоја негова претходно дадена изјава за истото прашање. На поротниците им се даваат упатства дека обвинетиот (ако сведочи во свое име), а во некои случаи и соучесниците во делото, вообичаено се сметаат за пристрасни поради нивниот удел во исходот од судењето. На поротниците исто така им се укажува дека другите сведоци може да бидат пристрасни заради голем број причини, како на пример личен или професионален однос со обвинетиот или жртвата или некој личен интерес во резултатот од судењето. Во исто време поротниците се потсетуваат дека дури и пристрасниот сведок може да ја кажува вистината. Во принцип тие се посветувани или да ги отфрлат дискредитираните делови од сведочењето на сведокот кој е дискредитиран или целосно да го отфрлат сведочењето на дискредитираниот сведок бидејќи тоа сведоштво доаѓа од некредибилен извор. Иако тие се поттикнати да го користат својот „суд“ за вакви прашања, тие се предупредени да не „шпекулираат“. Поротниците треба да ги засноваат фактите на докази, но исто така им е кажано дека заедно со доказите кои се однесуваат на една работа можат да го земат в предвид и недостатокот на докази.<sup>281</sup>

<sup>281</sup> H. Richard Uviller, *Acquitting the Guilty: Two Case Studies on Jury Misgivings and the Misunderstood Standard of Proof* (Ослободителна пресуда за виновникои: Две случаи на погрешни ујакисива за стандардој на докажување и погрешно разбирање од страна на поротата), 2 Crim. L. F. 1, 39-40 (1990) (понатаму во текстот Uviller), стр. 18-19.

Но на поротата не ѝ се даваат само упатства за разумно двоумење (како и да е дефинирано) на крајот од судењето. Судечкиот судија ја предупредува поротата во текот на целото судење за тоа како да ги земе во предвид презентираниите докази согласно стандардот. На крајот од судењето поротата е потсетена дека има исклучителна одговорност за оценување на доказите. Поротата има одговорност да утврди дали и во која мера сите елементи од сите точки на покренатото обвинение се докажани со стандардот на докажување надвор од разумно двоумење - стандард кој за секоја намера и цел е најблиску до сигурност (бидејќи само неколку работи во животот може да се докажат со апсолутна сигурност).<sup>282</sup>

Сепак, кога на поротата ѝ се кажува да го примени стандардот на разумно двоумење во оценување на доказите не ѝ се кажува дали треба да примени некое објективно, мнозинско, гледиште во оценување на двојбата или да ги примени своите сопствени индивидуални, субјективни проценки. Јувилер проникливо ја опишал тензијата помеѓу „објективни“ и „субјективни“ толкувања на стандардот на разумно двоумење. Тој објаснил дека „објективен“ и „субјективен“ се два посебни начини на разбирање на стандардот на разумно двоумење:

Според објективното разбирање, ако поротникот А се согласи дека поротникот Б има двојба која се темели на докази, а е валидна и со добра волја, тогаш поротникот А мора да гласа „не е виновен“, иако тој не ја дели двојбата на поротникот Б. Дури и ако поротниците констатираат само дека некој имагинарен, совесен поротник, може да има двојба во врска со вината на обвинетиот, објективното гледиште ќе се земе во предвид и ќе се признае постоењето на разумно двоумење и ќе се бара од поротата ослободување иако ниту еден од нив всушност не се двоуми во вината на обвинетиот.

Според субјективното толкување, основното прашање е дали поединецот поротник, откако внимателно ги проценил сите докази и откако ги зел предвид ставовите на другите поротници, лично се двоуми во вината на обвинетиот. Ако ова произведе субјективно чувство на двојба во умот на еден поротник поротникот треба да си го постави следново прашање: дали тоа двоумење е разумно. Во рамки на оваа субјективна процена, ако поротникот лично нема разумно двоумење тогаш без оглед на недостатоците во доказите кои можат да им дадат на другите причина за двојба тој поротник треба да гласа за „виновен“.<sup>283</sup>

Јувилер правилно тврди дека субјективното разбирање е исправно: двојбата е индивидуална работа; поротниците не смеат да се откажат од своите лични заклучоци или да гласаат спротивно на нивната лична одлука во врска со пресудата.<sup>284</sup>

<sup>282</sup> Fletcher, стр. 933.

<sup>283</sup> Uviller, стр. 30.

<sup>284</sup> Uviller, стр. 32.



Потпирајќи се на забелешките од судиите Патриша Волд и Џером на Сојузниот окружен суд на САД, Роберт Ц. Пауер тврди:

Искусството од стандардот на разумно двоумење, како и здравиот разум, ги поддржуваат реалистичките критики дека судиите и академиците ја пренагласуваат важноста на правната доктрина. Нашиот современ и малку досаден „реалистичен“ поглед е дека поротниците воглавно не ги почитуваат упатствата на судијата и го прават само она што сакаат да го прават. Судијката Волд пишува дека „стандардот на разумно двоумење е суштински ирелевантен за секојдневните работи на кривичниот правен систем“. Оваа ирелевантност резултира не само од употребата на признанието на вина или од дискрецијата на обвинителот, туку исто така и поради тоа што поротата не го применува стандардот. На пример, „некои судии ... веруваат дека секоја порота послушно и прецизно го следи стандардот надвор од разумно двоумење во донесувањето одлука за вина или невиност“. Поврзаноста на судијката Волд за реалистичното гледиште е зацементирано со нејзината афирмација на коментарот на судијата Франк дека „ако се открие целата вистина [за тоа што се случува во собата на поротата] прашање е дали повеќе од еден процент на пресудите би се одржале“.<sup>285</sup>

Денес, стандардот *надвор од разумно двоумење* е широко присутен и на Континентот во таканаречените хибридни системи<sup>286</sup>.

<sup>285</sup> Robert C. Power, *Reasonable and Other Doubts: The Problem of Jury Instructions (Разумноста и други видови двоумења: Проблем кај укажувањето на поротата)*, 67 Tenn. L. Rev. 45, 57 (1999-2000) (понатаму во текстот Power), стр. 48, потпирајќи се на Patricia M. Wald, *Guilty Beyond a Reasonable Doubt: A Norm Gives Way to the Numbers (Виновен надвор од разумно сомневање: стандардот којму дава предност на бројки)*, U. Chi. Legal F. 101, 101 (1993) наведува „Моето гамбит (шаховско) отворање е дека стандардот на разумно двоумење е суштински ирелевантен за секојдневното функционирање на кривично-правниот систем. Системот на кривична правда е добро зацврстен клавијорд кој содржи многу различни стандарди за докажување кои ги регулираат различните реакции на полицијата, обвинителите и судовите, на различните видови на нивоа на докази. Надвор од разумно двоумење е само еден од овие стандарди“.

<sup>286</sup> Еден пример на хибриден систем може да се види во Вонредните кривични совети на судовите во Камбоџа. Вонредните кривични совети на судовите во Камбоџа (Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia-ECCC), што се воглавно темелени на континенталното право, по моделот на Франција, со некои акузаторни модалитети, ја вклучуваат употребата на стандардот на докажување на разумно двоумење. За повеќе информации за кривичните постапки окарактеризирани како хибридни *vuji kai Ambos, International Criminal Procedure: 'Adversarial', 'Inquisitorial' or 'Mixed'* (Меѓународна кривична постапка: акузаторна или истражна или мешана), 3 Int. Crim. L. Rev. 1, (2003); Patrick L. Robinson, *Ensuring Fair and Expedient trials at the ICTY (Обезбедување на фер и брзи судења на Хашкиот Трибунал)*, 11 E.J.I.L. 569 (2000), *Alphons Orié, Accusatorial v. Inquisitorial Approach in International Criminal Proceedings in The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary (Акузаторен истражен инквизиционен процес во меѓународниот кривичен процес во Римскиот статут на меѓународниот кривичен суд: Коментар)* том. 3, 1439-1459 (Judge A. Cassese et al. eds., Oxford University Press 2002). Италијанската кривична постапка е уште еден пример на хибриден систем. Во реформирањето на италијанска кривична постапка, законодавците вовеле некои акузаторни модалитети, алатки за вкрстено испрашување и истрага од страна на странките. Реформираната италијанска кривична постапка исто така го усвоила заедничкиот стандард за докажување надвор од разумно двоумење на обичајното право. *Vuji италијанскиот закон за кривична постапка*, (изменет во 2011), член 533. *Vuji италијанскиот закон за кривична постапка и имплементирањето на хибридниот систем: Two Tasks for Italian Legal Education (Обука за одвокајниците на хибридниот систем и имплементирање на хибридниот систем: две задачи за Италијанскиот правно образование)*, 33(2) Syracuse J. Int'l L. & Com. 445, 466 (2006).

Така, многу кривично-правни системи низ Европа бараат обвинителството да ја докаже вината на обвинетиот надвор од разумно двоумење или со голема сигурност, во спротивно обвинетиот да се ослободи од обвинение. На пример, во Германија убеденоста на судијата во вината на обвинетиот „*треба да биде субјективна и треба да биде на темел на убедливи фактори кои не останаат простиор за разумно двоумење*“.<sup>287</sup>

Во Италија, кога се работи за осудителна пресуда ЗКП вели: „*Судијата ќе го осуди обвинетиот само доколку тој биде огласен за виновен надвор од разумно двоумење за кривичното дело кое му се стана на товар*“.<sup>288</sup>

Според ЗКП на Србија, обвинетите поединци не смее да бидат осудени ако обвинителството со сигурност не го докаже обвинението.<sup>289</sup>

Домашниот ЗКП, кога се однесува на ослободителна пресуда, предвидува дека судот ќе донесе ослободителна пресуда секогаш кога обвинителството нема да докаже надвор од разумно двоумење дека обвинетиот го сторил делото за кое се обвинува.<sup>290</sup>

Еден интересен предлог за тоа како стандардот надвор од разумно двоумење треба да го применат судиите/поротниците со цел грешките да бидат сведени на минимум дава истакнатиот научник и мислител Лери Лаудан, при што целта е да се намали не само бројот на неиздржани осудителни пресуди туку и на погрешни ослободителни пресуди. Лаудан вели дека би требало да постои само едно правило кое треба да го користат поротниците во контекст на бараниот стандард на докажување, а тоа правило е следното: „*Проверете дали фактите воспановени од обвинителството ја исклучуваат секоја разумна хипотеза што ви доаѓа на ум која би го задржала обвинетиот невин. Ако е така - осудете го; ако не - ослободете го*“.<sup>291</sup>

## Две значења на товарот на докажување во системите со обичајно право

Навраќајќи се повторно на товар на докажување на вината, во системите на обичајно право терминот „товар на докажување“ може да има две различни значења. Поради распределбата на функциите меѓу судијата и поротниците многу е важно и потребно да се направи разлика меѓу овие две значења. Општо земено, судијата одлучува за правните прашања, а поротниците одлучуваат за прашањата

<sup>287</sup> Richard S. Frase & Thomas Weigend, *German Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: Similar Problems, Better Solutions?*, (Германско кривично законодавство како водич за американскиот правни реформи: слични проблеми подобри решенија?), 18 (2) *V. C. Int'l & Comp. L. Rev.* 317, 343-44 (1995) (понатаму во текстот Frase & Weigend), стр.344, *Види генерално дел III Reasonable Doubt Standard in Other Jurisdictions* (Стандардот на разумно двоумење во други законодавства).

<sup>288</sup> ЗКП на Италија, Член 533 (1).

<sup>289</sup> ЗКП на Србија, член 18.

<sup>290</sup> Домашен ЗКП, член 403 (3).

<sup>291</sup> Youngjae Lee, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Volume 105, Reasonable Doubt and Moral Elements (Разумно двоумење и морални елементи), 2015, стр. 14 фуснога 49, се однесува на LARRY LAUDAN, TRUTH, ERROR, AND CRIMINAL LAW (ВИСТИНА, ГРЕШКА И КРИВИЧНО ПРАВО) 82 (2006).

поврзани со фактите. Ова објаснува зошто поротниците се нарекуваат *ѝронаоѓачи на фактиите* (или *одлучувачи за фактиите*), термин кој се однесува и на судиите кои учествуваат во судење каде што нема поротници, наречено *судење без ѝоротиа*.<sup>292</sup>

Во рамките на поделбата на улогите помеѓу судијата (како законодавец) и на поротата (како одлучувач за фактите) судијата во текот на судската постапка, како што е речено погоре, им укажува на поротниците кои се нивните обврски и им дава упатства за различните права што му следуваат на обвинетиот. Судијата дава упатства за должноста на поротниците да одлучат за фактите користејќи го своето расудување и здрав разум. Судијата ги потсетува поротниците дека нивна должност е да одлучат за фактите и да го следат законот како што им е укажано, без да бидат под влијание на лични преференци, предрасуди или симпатии. Судијата исто така ја потсетува поротата на правото на обвинетиот да молчи и дека обвинетиот се смета за невин сè додека неговата вина не биде утврдена надвор од разумно двоумење. Судијата ѝ дава упатства на поротата дека товарот на докажување е секогаш на обвинителството и дека обвинетиот има право да се потпре на неуспехот или неспособноста на обвинителството да ги докаже, надвор од разумно двоумење, суштинските елементи на кривичното дело за кое се товари.<sup>293</sup>

Стандардот на докажување кој одлучувачот за фактите ќе го примени кога донесува одлука е дали обвинителството успеало да ги докаже сите елементи на обвинението надвор од разумно двоумење. Секој доказ што е презентираан при распитот на сведоците од страна на одбраната ќе се земе во предвид како и сите другите докази. Но бидејќи се смета за невин, обвинетиот не е обврзан да презентира било какви докази и нема да се извлечат неповолни заклучоци од неуспехот да приложи докази спротивни на она што е претставено од страна на обвинителството или од изборот да се брани со молчење.<sup>294</sup>

<sup>292</sup> Според американското законодавство судење со порота во кривични дела е уставно право заштитено со шестиот амандман од Уставот на САД и обично е вообичаено за повеќето кривични дела. Сепак, во одредени околности, постои можност за судење без порота (судење од страна на судија). Правило 23 од Сојузните правила во кривична постапка предвидува: „Ако обвинетиот има право на судење пред порота, судењето мора да биде пред порота, освен ако: (1) тужениот на писмено се откаже од правото на судење пред порота; (2) Владата даде согласност; и ако (3), судот го прифати тоа. „Кога едно кривично дело се суди на судење без порота, судијата ја има улогата на поротата како одлучувач за фактите.

<sup>293</sup> *Vigi* пододдел “Стандард на докажување на вина” погоре.

<sup>294</sup> „Правото да не се инкриминира себеси особено претпоставува дека обвинителството во текот на кривичното судње сака да го докаже својот случај против обвинетиот без да се впушта во приложување докази добиени преку методи на принуда или малтретирање, спротивно на волјата на обвинетиот. Во оваа смисла правото е тесно поврзано со презумпцијата на невиност ... На обвинителството лежи задачата да ја докаже вината на обвинетиот. Тој не мора да ја докажува својата невиност. А *fortiori* не постои ни најмала должност на одбраната да придонесе кон осуда, па така ниту да придонесе на било кој начин во постапката“. Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings* (Човекови права во кривични постапки) 348 (Oxford University Press, 2006), цитирајќи и интерпретирајќи го *Saunders* против *Обединетиото Кралство* (*Saunders v. United Kingdom*) (1996) ECHR, пара. 68.

За одбраната не е задолжително да презентира било каков доказ, освен кога нуди одбрана, бидејќи можеби доказите на обвинителството во секој случај нема да го достигнат стандардот на докажување надвор од разумно двоумење. Одбраната може да молчи за време на судската постапка, а сепак да тврди дека обвинителството не успеало да ги докаже обвиненијата надвор од разумно двоумење. Со други зборови, молчењето на обвинетиот или неизведувањето на докази од страна на одбраната не влијае при одлучувањето дали обвинителството успеало да го докаже својот случај надвор од разумно двоумење.

Па така, основното значење на терминот „товар на докажување“ се однесува на должноста странката да го убеди одлучувачот за фактите до крајот на случајот што е вистината во однос на одредените тврдења што се претставени од страна на странката.<sup>295</sup> Ова се нарекува „товар на убедување“ или „ризик од не-убедување“.<sup>296</sup> Обвинителството секогаш го носи товарот на убедување за утврдувањето на вината на обвинетиот со докажување на обвиненијата со кои го товари обвинетиот надвор од разумно двоумење. Овој товар на докажување останува врз обвинителството во текот на целото судење.

Другото значење на терминот „товар на докажување“ се однесува на обврската да се презентираат докази кои ќе ги потврдат наводните факти, што се нарекува и „товар на приложување“<sup>297</sup> или „доказен товар“<sup>298</sup>. Овој товар се однесува на обвинителството, но и на обвинетиот при изнесување на одбрана како што е афирмативна одбрана или самоодбрана.<sup>299</sup> Во такви случаи обвинителството треба да докаже надвор од разумно двоумење дека обвинетиот не постапил во самоодбрана или дека ги надминал границите на самоодбрана.

<sup>295</sup> Mojtaba Kazazi, Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence Before International Tribunals (Товар на докажување и поврзани прашања: студија за доказите пред меѓународни трибунали) 22 (Martinus Nijhoff Publishers 1996) (понатаму во текстот Kazazi), општи компаративни забелешки во врска со товарот и стандардот на докажување во обичајните и континенталните правни системи.

<sup>296</sup> Kazazi, стр. 22. *Vigi us̄io ĩaka* Kokott за разјаснување на терминологија и споредување на германскиот и американскиот систем во однос на прашањето на товарот на докажување.

<sup>297</sup> Kazazi, стр. 22.

<sup>298</sup> Колин Тапер (Colin Tapper), Cross and Tapper on Evidence (Крос и Тапер за доказите), 121-23 (Butterworth, 8<sup>th</sup> ed. 1995), се зборува за „доказниот товар“, како обврска на странката да покаже дека има доволно докази за постоење или непостоење на еден факт кој што е битен.

<sup>299</sup> Афирмативната одбрана обично се дефинира како „оправдување кое е исклучително во склоп на знаењето на обвинетиот, за кое од него може да се побара да достави докази“. *Vigi* Модел на кривичен законик на Американскиот правен институт (1985), § 1.12 (3) (c). Афирмативната одбрана понекогаш се опишува како една изјава која вели: „Да, јас го сторив тоа, но имав добра причина“. *Vigi* Државата *ix̄oĳiv* Кохен (*State v. Cohen*), 568 So 2d 49, 51-52 (Fla. 1990). Други видови на одбрана кои спаѓаат во афирмативна одбрана се: самоодбрана, непресметливост и одбраната на други. Види Stephen M. Everhart, *Putting a Burden of Production on the Defendant before Admitting Evidence that Someone Else Committed the Crime Charged: Is It Constitutional?* (Префрлање на товарот на приложување врз обвинетиот пред да се приложат докази дека некој друг го сторил кривично дело: *Дали е во согласност со ус̄ивош?*) 76(2) Neb. L. Rev. 272, 288-292 (1997), анализа на различни афирмативни одбрани и алиби.

Имено, најпрво обвинетиот треба да презентира доволно докази (што може да варира од чиста индиција па се до надмоќност на докази) за да покаже дека делувал во самоодбрана. Откако обвинетиот ќе презентира доволно докази во корист на самоодбраната и со тоа ќе го исполни својот товар на презентирање, судијата мора да ѝ даде упатства на поротата да ја прифати оваа одбрана и да пресуди во корист на обвинетиот ако обвинителството не успее надвор од разумно двоумење да ги побие доказите за самоодбрана.

Колку докази треба да презентира обвинетиот за да го исполни својот товар на приложување при темелењето на одбраната значително варира помеѓу различни судски системи.<sup>300</sup> Во некои држави на САД за да ја темели својата одбрана на непресметливост обвинетиот мора да достави докази што би значеле „повеќе од индиција, но сепак количината не треба да биде толкава што ќе доведе до надмоќност на докази, односно изобилство на докази, кои доколку не се побијат, веднаш би повлекле ослободителна пресуда“.<sup>301</sup> Доколку обвинетиот својата одбрана ја темели на самоодбрана некои американски судии бараат докази кои „кога се гледаат од агол кој е најповолен за обвинетиот би можеле да наведат еден судија поротник разумно да се двоуми во вината на обвинетиот“.<sup>302</sup> Од друга страна пак други американски судови бараат обвинетиот да ја темели самоодбраната и другите видови на одбрана на степен на „надмоќност на доказите“.<sup>303</sup> Овој стандард, кој исто така се нарекува и „степен на веројатност“, е задоволен кога постои повеќе од педесет проценти веројатност дека

<sup>300</sup> За едно одлично, иако поодамнешно истражување и анализа на судската пракса во САД во однос на товарот на докажување и различните стандарди за темелење на одбраната, *види* Fletcher.

<sup>301</sup> *Виги Мекдоналд ѓроџив САД (McDonald v. United States)*, 312 F.2d 847, 849 (D. C. Cir. 1962), во врска со одбраната на обвинетиот поради непресметливост, Апелациониот суд на САД за округ Колумбија изјавил: „ако има ‚некакви докази‘ што го поддржуваат тврдењето за непресметливост на обвинетиот, тој има право да го приложи тоа пред поротата .... Не може да се даде остра квантитативна или квалитативна дефиниција за тоа што се ‚некакви докази‘. Секако дека тоа не значи индиција на докази, но се разбира, не треба да се очекува надмоќност на докази, односно изобилство на докази, кои доколку не се побијат, веднаш би повлекле ослободителна пресуда од страна на поротата“. (некои внатрешни цитати се испуштени).

<sup>302</sup> *Виги генерално Ламонџ ѓроџив Државата (Lamont v. State)*, 934 P.2d 774, 777 (1997), каде што во однос на самоодбраната, Апелациониот суд на Аљаска изјавил: „Добро е познато дека на обвинетиот е товарот да приложи некакви докази за поддршка на тврдењето за самоодбрана пред да добие право на упатства за поротата. Товарот на приложување некакви докази за самоодбрана не е претежок; овој стандард е постигнат со самото подигнување на прашањето на самоодбрана. Во секој случај, она што се смета за доволна проверка е прашањето: дали доказите, гледани од агол најповолен за обвинетиот, го доведуваат пред поротата прашањето за самоодбрана? Прашањето ќе биде презентирано пред поротата, заедно со упатствата, доколку доказите гледани од агол најповолен за обвинетиот би можеле основано да го доведат поротникот до разумно двоумење во вината на обвинетиот. *Виги исџо џака Фразиер* против *Ведерхолтц (Frazier v. Weatherholtz)*, 572 F.2d 994, 995 (4th Cir. 1978), каде што се наведува дека товарот на докажување на самоодбрана е на обвинетиот, „но само до степен кој ќе предизвика разумно двоумење во умот на поротниците“.

<sup>303</sup> *Види генерално Мартин против Охајо (Martin v. Ohio)*, 480 US 228 (1987), каде што се бара надмоќност на доказите за самоодбрана.; *Патерсон против Њујорк (Patterson v. New York)*, 432 U.S. 197 (1977), каде што се бара надмоќност на доказите за афирмативна одбрана поради екстремна емоционална болка.

она што се сака да се докаже е точно.<sup>304</sup> При подигање на одбрана на основ на непресметливост Врховниот суд на САД сметал дека не е кршење на процесните права ако една држава бара од обвинетиот да ја докаже таквата одбрана надвор од разумно двоумење.<sup>305</sup>

Сепак, без оглед на тоа дали е уставно или не наметнувањето на толку висок товар врз обвинетиот при докажување на одбраната која се базира на непресметливост, поголемиот дел од државите во САД поставуваат многу понизок докажен праг.<sup>306</sup>

Слично, во Обединетото Кралство од судиите не се бара да и го препуштат на поротата за одлучување „секој лесен изговор“ даден од страна на обвинетиот<sup>307</sup> или барања за кои не постојат ниту „индиции како доказ“.<sup>308</sup> На пример, кога се брани со непресметливост, обвинетиот мора да го направи тоа со надмоќност на докази.<sup>309</sup>

<sup>304</sup> *Милер против Министар за пензии (Miller v. Minister of Pensions)* [1947] 2 All ER 372. За понатамошна дискусија за стандардите и товарите на докажување види генерално James P. McBaine, *Burden of Proof: Degrees of Belief (Товар на докажување: Степени на верување)*, 32(3) Cal. L. Rev. 242 (1944); William Trickett, *Preponderance of Evidence and Reasonable Doubt (Надмоќност на докази и разумно сомневање)*, 10 Forum 75, 86 (1905-1906) (понатаму во текстот Trickett); Jefferson Ingram, *Criminal Evidence (Кривични докази)* 73 (Routledge, 2014); Ronald Bacigal, *Criminal Law and Procedure: An Overview (Кривичниот закон и постапката: Општ преглед)* 13 (Cengage Learning, 2008).

<sup>305</sup> *Виги Лејланд против Орегон (Leland v. Oregon)*, 343 U.S. 790, 791 (1952), каде што Врховниот суд на САД сметал дека барањето на државата да воспостави одбрана поради непресметливост надвор од разумно двоумење не значи повреда на правото на правична постапка. Врховниот суд на САД го навел Henry Weihofen, *Insanity as a Defense in Criminal Law (Пресметливост како одбрана во Законот за кривична постапка)* 148-151, 172-200 (1933), при што навел дванаесет држави кои при поставување на ваква одбрана бараат надмоќност на докази, четири кои за доказ бараат „да се задоволи поротата“, две кои наоѓаат рамнотежа помеѓу претходните два стандарди, една држава каде што со статут е одредено дека одбраната мора да биде „јасно докажана до степен на разумна задоволеност на поротата“, една каде што се смета дека поротата мора да „верува“ дека обвинетиот е непресметлив, и една каде што обемот барани докази не е наведен од страна на судот, но се забележува дека го следат правилото на надмоќност на доказите. Се спомнуваат дваесет и две држави, вклучувајќи го и Орегон, кои сметаат дека врз обвинетиот е товарот на докажување на одбрана поради непресметливост, во најмала мера со надмоќност на докази.

<sup>306</sup> Барање на надмоќност на докази, *Виги Леки против Државата (Lackey v. State)*, 615 So. 2d 145, 151-152 (Ala. Crim. App. 1992); *Меккарло против Државата (McCarlo v. State)*, 677 P.2d 1268, 1272 (Alaska App. 1984); *Диас против Државата (Diaz v. State)*, 508 A.2d 861, 863 (Del. 1986); *Флауерс против Државата (Flowers v. State)*, 353 So. 2d 1259, 1270 (Fla. App. 1978); *Џонсон против Државата (Johnson v. State)*, 209 Ga. App. 514, 516, 433 S.E.2d 717, 719 (1993); Барање на „јасни и уверливи докази“, *Виги Митчел против Државата (Mitchell v. State)*, 323 Ark. 116, 120, 913 S.W.2d 264, 266 (1996); Ariz. Rule Crim. Proc. 11.5 (1987 and Supp. 1995). Како што Врховниот суд на САД образложил: „Денес Орегон е единствената држава која бара од обвинетиот, кој се брани со непресметливост, да ја утврди таа одбрана надвор од разумно двоумење. Сепак, дваесетина држави го ставаат товарот врз обвинетиот да ја докаже неговата непресметливост со надмоќност на докази или некои слични мерки на убедување. Иако постои очигледна разлика меѓу овие две правила во однос на обемот на бараните докази, не гледаме практична разлика од такви размери што би била значајна во одредување на уставното прашање“.

*Лејланд против Орегон (Leland v. Oregon)*, 343 U.S. 790, 798 (1952).

<sup>307</sup> *Брајти против Јавниот обвинител на Северна Ирска (Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland)*, [1963] AC 386, 416-417.

<sup>308</sup> *ДПП против Валкер (DPP v. Walker)*, [1974] 1 W.L.R. 1090, 1094. Види, Richard May, *Criminal Evidence (Кривични докази)* мн. 4-08 – 4-46 (Sweet & Maxwell, 3rd ed. 1995).

<sup>309</sup> *Содеман против Регем (Sodeman v. Regem)*, [1936] W. N. 190, каде што се бара доказ за степенот на веројатност (надмоќност на докази) за докажување на одбрана со непресметливост. *Виги усвојќи Така Timothy H. Jones, Insanity, Automatism, and the Burden of Proof on the Accused (Непресметливост, несвесно постојување, и шоварот на докажување на обвинетиот)* 11 L. Q. Rev. 475 (1995), каде се критикува овој стандард кога се применува кај одбрана со непресметливост бидејќи е во спротивност со пресумпцијата на невиност.



Поинаку кажано, дали обвинетиот ќе го исполни својот товар на приложување при презентирање на одбраната не е фактичко прашање за поротата, тоа е правно прашање. Судијата одлучува за правното прашање во врска со тоа дали има доволно докази за да се упати поротата да го разгледа фактичкото прашање и да одлучи по истото. Па така, доколку обвинетиот го приложи потребниот обем на докази при изнесување на својата одбрана, судијата мора да ја инструира поротата да разгледа дали обвинителството успеало да ја побие таа одбрана надвор од разумно двоумење пред да донесе осудителна пресудата.

Значи товарот на приложување се разликува од товарот на убедување кој секогаш лежи врз обвинителството и не треба да се мешаат. Откако обвинетиот има обезбедено доволно докази за да даде одредена одбрана, товарот на докажување лежи врз обвинителството да ја негира таа одбраната надвор од разумно двоумење.

### *In dubio pro reo*

Гворејќи за начелото *in dubio pro reo*, треба да се напомене дека тоа не е експлицитно спомнато во англо-саксонскиот свет и постои првенствено на Континентот, често дословно наведено во законите и уставот.

На пример, во Франција начелото е директно изведено од презумпцијата на невиност,<sup>310</sup> додека пак во Германија истото се применувало и пред признавањето на презумпцијата на невиност.<sup>311</sup> „Во германската кривична пракса сега нашироко се употребува начелото *in dubio pro reo*. Се применува на фактите кои ги сочинуваат основните карактеристики на кривичното дело или кривичната одговорност, фактите што го исклучуваат кривичното дело или кривичната одговорност, фактите кои го прават кривичното дело привилегирано или квалификувано, фактите кои се предуслов за кривичната пракса. Франција има слична ситуација во однос на зачестеноста на примената на ова начело. Италијанската теорија и пракса, исто така, го користат и го применува на начин што е, во помал обем, сличен на германската и француската кривична пракса.“<sup>312</sup>

<sup>310</sup> Француската *présomption d'innocence* произлегува од членот 9 од Декларацијата за правата на човекот, која има сила на уставен закон, а која започнува со зборовите “Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable...” (Бидејќи сите луѓе се сметаат за невини додека не се докажат виновни...)” Fletcher, стр. 881 фуснота 41, цитирајќи го L. Duguit, H. Monnier & R. Bonnard, *Les Constitutions De La France Depuis 1789*, at 2 (7th ed. 1952). Види исто така P. Campbell & B. Chapman, *The Constitution Of The Fifth Republic: Translation and Commentary* (Уставот на петта република: превод и коментар) 11 (2d ed. Oxford 1959).

<sup>311</sup> Во 1952 презумпцијата на невиност утврдена со член 6(2) од ЕКЧП имала статус на домашно право во Германија. *Vugu* го законот за ратификација од 7 август 1952, [1952] *Bundesgesetzblatt* [BGBl.] II 685, 953.

<sup>312</sup> Pavlović, Š., *Tri načela kaznenog prava (pravičan postupak, non bis in idem, in dubio pro reo)*, Libertin naklada, 2012, p. 490.



Во ЗКП на Италија<sup>313</sup>, иако не е јасно наведено, начелото *in dubio pro reo* произлегува од Законот кој предвидува дека судијата треба да го ослободи обвинетиот тогаш кога недостасуваат докази, кога истите не се доволни или се противречни поради што не може да се утврди постоење на кривично дело или дека делото го извршил обвинетиот. Судијата исто така е должен да го ослободи обвинетиот тогаш кога недостасуваат докази, истите не се доволни или се противречни поради што не може да се утврди дека обвинетиот поседувал волја (*mens rea*) да го изврши кривичното дело или да се утврди дека делото било извршено поради немарност, небрежност или несовесно работење. Понатаму, членот предвидува дека доколку недостасуваат докази или истите не се доволни или се противречни во однос на фактот дека обвинетиот е постар од четиринаесет години или дека е ментално способен - и во тие случаи обвинетиот треба да биде ослободен. Конечно, членот предвидува дека судијата е должен да го ослободи обвинетиот и во случај кога не е исклучено постоење на кривична одговорност но истото не е сигурно.

Во ЗКП на Србија иако начелото *in dubio pro reo* не е наведено под овој термин, е едно од фундаменталните начела: „Во случај да има каква било двојба\* за фактиите од кои зависи водењето на кривичната постапка, за постоењето на елементите на кривично дело или за примената на друга одредба од кривичниот закон, во својата пресуда, или одлука што има својство на пресуда, судот ќе одлучи во корист на обвинетиот“.<sup>314</sup>

Во ЗКП на Босна и Херцеговина исто така е уредено начелото *in dubio pro reo* и заедно со презумпцијата на невиност, се смета за едно од основните начела кои лежат во основата на кривичната постапка. Начелото *in dubio pro reo* гласи: „Доколку постои двојба\* за постоењето на некои одлучувачки факти од кои се состојат клучните елементи на кривичното дело и од кои зависи примената на соодветните кривични одредби, тогаш судот треба да донесе пресуда на начин кој повеќе му оди во прилог на обвинетиот“.<sup>315</sup>

Во домашниот ЗКП ова начело е исто така присутно и предвидува дека: „За двојбата\* во однос на постоењето или непостоењето на фактиите што го чинат обележјето на кривичното дело или од кои зависи примената на некоја одредба од Кривичниот законик, судот ќе одлучи на начин поволен за обвинетиот“.<sup>316</sup>

И не само во националните законодавства, туку и ЕСЧП јасно истакнал дека во склоп на значењето на член 6 (2) од Конвенцијата е содржано начелото *In dubio pro reo*: „Ставов 2 го отелотворува начелото на презумпција на невиност. Со овој став се бара, меѓу другото,

<sup>313</sup> ЗКП на Италија, член 530 (2)(3).

<sup>314</sup> ЗКП на Србија, член 16(5).

<sup>315</sup> ЗКП на Босна и Херцеговина, член 3(2).

<sup>316</sup> Домашен ЗКП, член 4.

членовите на судот при извршување на нивните надлежности да не прегнуваат со преграсуда дека обвинетиот го извршил делото кое му се стива на товар; товарот на докажување е врз обвинителството и какво било двоумење треба да оди во корист на обвинетиот. Исто така, според овој стив обвинителството треба да го извести обвинетиот за доказите што ќе бидат изнесени против него за тој да може да ја подготви и соодветно да ја презентира својата одбрана, а обвинителството има задача да приложи докази кои се доволни за обвинетиот да биде осуден“.<sup>317</sup>

Понатаму, во Општиот коментар за членот 14 од Пактот за граѓанските и политичките права, Комитетот за човекови права на ОН начелото *in dubio pro reo* го спомнува кога тврди дека товарот на докажување е врз обвинителството, а двојбата треба да биде во корист на обвинетиот.<sup>318</sup>

Исто како и стандардот на докажување на вина *надвор од разумно двоумење*, така и начелото *in dubio pro reo* му овозможува на обвинетиот да извлече корист од презумпцијата на невиност. Судијата (оној кој одлучува за фактите) треба да биде убеден во фактите кои ја утврдуваат вината на обвинетиот пред тој да биде прогласен за виновен, гледајќи на доказите на начин кој е најповолен за обвинетиот.<sup>319</sup>

Со други зборови, кога станува збор за ослободителна пресуда правото на презумпција на невиност целосно би го изгубило своето значење без ова начело затоа што двосмислените ситуации не би биле решавани во полза на обвинетиот. Правната претпоставка (презумпција) дека обвинетиот е невин лесно би била совладана со контрадикторни и неубедливи докази изведени од јавниот обвинител, кој би можел да се потпре на реконструкција на несигурни факти и на неубедливи докази во напорите да извлече осудителна пресуда. Обвинетиот и натаму би бил сметан за невин, но таквата претпоставка би била неделотворна од практичен аспект. И обратно, без правото на презумпција на невиност, ова начело не им е од голема полза на обвинетите затоа што во таков случај тие ќе го носат и товарот на докажување на својата невиност.

Оттаму, сосема е јасно дека начелото на презумпција на невиност и начелото *in dubio pro reo*, односно стандардот на докажување на вина *надвор од разумно двоумење*, се преплетени и мораат да делуваат заедно за да се обезбеди целосна правичност на постапката. Ова начело се применува заедно со другите уставни права кои се од фундаментално значење за загарантираното право на правична постапка - права кои се јасно утврдени со Меѓународниот пакт за граѓански и политички

<sup>317</sup> Барбера, Месеџе и Хабарго против Шпанија, бр. 10590/83, § 77, ЕСЧП, 06.12.1988

<sup>318</sup> General Comment No.32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, Human Rights Committee (Општи коментари бр.32, член 14, Комитет за човекови права), 2007, пара.30.

<sup>319</sup> Frase & Weigend, германскиот кривичен закон оддел 261 бара од судот да пресуди за секој предмет поединечно врз основ на “слободно уверување што ќе произлезе од целокупното судење”.

права (МПГПП), како и со Европската конвенција за човекови права (ЕКЧП).<sup>320</sup>

### Нумеричко прикажување на стандардот на докажување

Обично луѓето, вклучувајќи ги и поротниците, а не ретко и правниците, тежнеат кон математичко прикажување на степенот на докажување на вина во смисла на прикажување во бројки кое обично се јавува во форма на скала од 1 до 100 во проценти или како степен на веројатност од 0 до 1.<sup>321</sup> Со оглед на тоа дека и тука постојат зачудувачко големи разлики во САД и Велика Британија се направени поголем број истражувања во обид да се измерат квантитативните искажувања на разумното двоумење.<sup>322</sup> Па додека во литературата најчесто се сретнува ставот дека стандардот на докажаност надвор од разумно двоумење бара докажаност повисока од 90%, споменатите истражувања покажуваат дека степенот на докажаност што се бара понекогаш е многу понизок од ова.

Треба да се напомене дека гореспоменатите студии користат различни методи за да се измери квантитативното толкување на разумното двоумење кај различни категории граѓани. Притоа најчесто се користени два метода (или поточно кажано две групи на методи). Со примена на т.н. „директни методи“ на проценка се мери апстрактниот став на испитаниците за минималниот степен на докажаност што тие сметаат дека е потребен за една осудителна пресуда. Овие се нарекуваат „методи на самооценување“.<sup>323</sup> Ова се поедноставни методи кои по правило даваат повисоки резултати кои се движат околу 0.9 на скала на веројатност која се движи од 0 до 1 - или 90% изразено во проценти на скала која се движи од 0 до 100 - и во таа смисла се поблиски до моралните и теоретските расправи.<sup>324</sup>

<sup>320</sup> Основните права на обвинетиот го вклучуваат и правото на правично и јавно судење, Меѓународниот пакт за граѓански и политички права, чл. 14 (1), Европската конвенција за човекови права, чл. 6 (1). „Ако товарот и стандардите на докажување ги одразуваат основните општествени вредносни определби, како што судијата Харлан [Виншиј, 368-375, со кој се согласил судија Харлан - Harlan ] толку убедливо ги поддржал, тогаш уставните вредности кои се вградени во Законот за правата на САД и свечено прогласени во меѓународни договори мора да имаат некакво влијание“. *Bugu исто така* Juliane Kokott, *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law: Civil and Common Law Approaches With Special Reference to the American and German Legal Systems* (Товарот на докажување во компаративниот и меѓународниот закон за човековите права: граѓански и обичаен правен пристап со посебен осврт на американскиот и германскиот правни систем), 2-9 (Martinus Nijhoff Publishers 1998), (понатаму во текстот Kokott), стр. 27.

<sup>321</sup> *Bugu* M. K., Dhami, *On Measuring Quantitative Interpretation of Reasonable Doubt* ( За мерењето на квантитативното толкување на разумното двоумење), *14 Journal of Experimental Psychology: Applied*, 2008, 353-363, достапно на: [www.psychwiki.com](http://www.psychwiki.com)

<sup>322</sup> *Bugu* D. K. Kagehiro, W. C. Stanton, *Legal vs. quantified definitions of standards of proof* (Правни наспроти квантитативни дефиниции на стандарди на докажување), *9 Law and Human Behavior*, 1985, 159-178.

<sup>323</sup> *Bugu* R.Hastie (Ed.), *Inside the juror: The psychology of juror decision making* (Поглед во поротникот: Психологијата на донесување одлуки кај поротниците), Cambridge University Press, 1993, pp. 84-115; Kagehiro, D. K., *Defining the standard of proof in jury instructions* (Дефинирање на стандардот на докажување во упатствата за поротата), *1 Psychological Science*, 1990, 194-200.

<sup>324</sup> *Bugu* Dhami, погоре.

Од друга страна пак методите што се нарекуваат индиректни се чинат поблиски до реалната ситуација на одлучување бидејќи покрај интересите на обвинетиот вклучуваат посложено одмерување и на интересите на општеството и жртвата во целина, па така вклучуваат соодветно одмерување на користа и штетата помеѓу осудата и ослободувањето.<sup>325</sup>

Во таа смисла критериумот при одлуката вклучува покомплесни формули во кои се мерат корисноста (штетата) од 4 вредности, односно ситуации: 1) ослободување на невин; 2) осуда на невин; 3) осуда на виновен и 4) ослободување на виновен.<sup>326</sup> Се чини дека овие т.н. „индиректни методи“ се поблиски до животните ситуации бидејќи покрај апстрактните либерални вредности ги одразуваат и реалните грижи за борбата со криминал, интересите на жртвата и сл.

Повеќе од разбирливо е што покрај различните резултати добиени со различни методи, резултатите се разликуваат во зависност од популацијата врз која се прават истражувањата при што вредноста на стандардот на докажаност надвор од разумно двоумење варира од 50 до 100% веројатност. Како и да е, најголемиот број на истражувања покажуваат дека степенот измерен кај испитаниците судии е околу 90%,<sup>327</sup> а највисоки вредности се утврдени кај студентите (91-99%).<sup>328</sup>

Скромното домашно истражување на стандардот на докажување на вина спроведен меѓу правни практичари (судии, обвинители, адвокати и набљудувачи на граѓанското општество) и студенти по право не даде значително различни резултати од оние изразени во соодветните истражувања во САД, кога станува збор за примена на директните методи. Стандардот беше оценет со највисоки вредности од страна на судиите и студентите како доказ од приближно 90% веројатност.<sup>329</sup>

<sup>325</sup> *Bugy* S. S. Nagel, Спроведување на вредностите на поротниците во согласност со законот Bringing the values of jurors in line with the law, 63 *Judicature*, 1979, 189-195; S. S. Nagel, M. G. Neef, *Теоријата на донесување и управниот процес (Decision theory and the legal process)*, Lexington Books, 1979.

<sup>326</sup> *Bugy* Dhami, погоре.

<sup>327</sup> *Bugy* R. J. Simon, Judges' translations of burdens of proof into statements of probability (Судско преведување на товарот на докажување во изјави на веројатност), 13 *Trial Lawyer's Guide*, 1969, 103-114; R. J. Simon, L. Mahan, Quantifying burdens of proof. A view from the bench, the jury, and the classroom (Квалификување на товарот на докажување. Поглед од кај судијата, поротата и училницата). *Law and Society Review*, 1971, 319-330.

<sup>328</sup> *Bugy* McCauliff, погоре; Dhami, погоре.

<sup>329</sup> За целите на ова истражување беше реализиран првиот скроман обид да се квантифицира степенот на веројатност преку анкета на 100 домашни правни практичари, студенти по право и набљудувачи од граѓанското општество кои набљудуваат судења.

## ФАКТИ ПОВРЗАНИ СО ПРИМЕНА НА НАЧЕЛОТО *IN DUBIO PRO REO*

### Опсег и време на делување

Анализирајќи го начетото *in dubio pro reo* како што е дефинирано во правните системи на Континентот, може да се заклучи дека во суштина истото се состои од два дела. Првиот дел го предвидува потребниот предуслов за постоење на двојба и за што истата може да се однесува, додека вториот предуслов е судот да донесе одлука поповолна за обвинетиот.

Зависно од законодавството, двојбата може да се однесува на тоа дали фактите што го чинат обележјето на кривичното дело и фактите од кои зависи примената на други одредби од материјалното казнено право постојат или не, но исто така може да се однесува и на тоа дали фактите релевантни за примена на казненото процесно право постојат или не.

Кога станува збор за факти што го чинат обележјето на кривичното дело тоа се елементите на кривичното дело познати како *mens rea*-криминална намера и *actus reus*-криминалниот акт, но овде ќе ги вклучиме и општите одредби за кривичната одговорност и начините на извршување на кривичното дело. Кога пак станува збор за факти од кои зависи примената на некоја друга одредба од материјалното казнено право, тоа се оние факти кои се однесуваат на основите согласно кои делото не претставува кривично дело и оние кои се однесуваат на исклучување од кривична одговорност: дело од мало значење, самоодбрана, крајна нужда, стварна и правна заблуда, пресметливост (факти кои се во корист на обвинетиот и кои се основ за ослободителна пресуда).

Па така, во случај на двоумење дали постои или не фактот дека обвинетиот бил на местото на извршување на кривичното дело (*actus reus*) судот ќе го примени начелото *in dubio pro reo* и ќе утврди дека истиот не постои, па ќе донесе ослободителна пресуда.

Слично, во случај на двоумење за тоа дали обвинетиот пред да ја изврши кражбата вратата од станот ја отворил со употреба на погоден предмет или таа веќе била отворена (*actus reus*), судот ќе прифати дека немало провалување и обвинетиот ќе го осуди за кражба, наместо за тешка кражба. Таква ситуација може да настане и при разграничување од страна на судот на свесната небрежност од евентуалната умисла како облици на вина (*mens rea*), бидејќи и кај едниот и кај другиот облик на вина сторителот е свесен за можностите од настапување на забранета последица. Разликата е во тоа што кај евентуалната умисла сторителот се согласува со настапување на забранетата последица, додека во случај со свесна небрежност лекомислено сметал дека забранетата последица ќе може да ја спречи или дека таа нема да настапи. Тоа значи дека границата помеѓу свесната небрежност и евентуалната

умисла практично е граница помеѓу согласноста и лекомисленото постапување кон забранетата последица. Бидејќи станува збор за степенување на волјата, односно за психолошки категории, очигледно е дека таа граница не може да биде строга, туку напротив таа е еластична. Така, произлегува дека горната граница на лекомисленото постапување на некој начин се поклопува, поточно доближува до долната граница на согласувањето со последицата. Во такви гранични случаи, судот очигледно може да се најде во двојба дали се работи за свесна небрежност или евентуална умисла, па со примена на начелото *in dubio pro reo* ќе се определи за решение што е поповолно за обвинетиот – во случајот ќе се определи за свесна небрежност.

Во случај на двоумење дали постојат или не фактите кои одат во прилог на тоа дека делото не е кривично дело или кои ја исклучуваат кривичната одговорност (на пр. дека делото е извршено во самоодбрана или дека обвинетиот бил во стварна заблуда), судот повторно ќе го примени ова начело во корист на обвинетиот и повторно ќе донесе ослободителна пресуда. Сепак, во овој случај останува на судот да одлучи дали ваквиот факт ќе го утврди како да постои (да е докажан) или пак, заради постоење на докази кои одат во прилог на тој факт судот ќе се најде во двојба околу фактите кои го чинат обележјето на кривичното дело па ќе одлучи дека тие не постојат (не се докажани).

Бидејќи судот одлучува за фактите врз основа на докази изведени на главна расправа, тоа значи дека судот го применува ова начело по завршување на главната расправа, а во фаза на пресудување.

Кога станува збор пак за процесно релевантните факти тоа се оние од кои зависи примената на казненото процесно право. На пример, ако постои двојба во врска со застареност на кривичното гонење, кривично-процесниот имунитет и слично, примената на начелото *in dubio pro reo* од страна на судот ќе доведе до пресуда со која се одбива обвинението. Од друга страна, начелото *in dubio pro reo* обично не се применува на споредните факти. Споредните факти во кривичната постапка помагаат во потврдувањето на автентичноста на изворите на решавачките факти. Имајќи ја предвид нивната функција, споредните факти се користат само за проверка на останатите факти. На пример, спореден факт би била информацијата дека писмото во кое осомничениот наводно го признава стореното кривично дело било фалсификувано, па така фактот дали се работи за фалсификувано писмо или не е „спореден факт“, затоа што служи за потврдување на кредибилитетот на изворот на правно релевантниот факт.<sup>330</sup> Оттаму, споредните факти се користат за носење одлука во однос на спротивставените (да или не) позитивни или негативни факти; тука не постои трета можност.

Начелото *in dubio pro reo* исто така не се применува при толкувањето на законските одредби од кривичните закони. Тука станува збор за

<sup>330</sup> Томашевиќ, *op. cit.*, стр. 277-278.



исполнување на намерата, односно *ratio legis* на законот. Откако ќе одлучи за фактичката состојба судот мора да го примени законското решение кое најдобро им служи на целите и значењето на законите, без разлика дали таквото решение е најповолното за обвинетиот.<sup>331</sup> Всушност, тука не станува збор за постоење на било каква двојба во вистинска смисла туку за точна примена на кривичното законодавство. На пример, судската пракса укажува на податокот дека убиството од заседа не се смета за убиство извршено на особено подол начин што инаку би се сметало за отежнувачка околност и квалификација на делото како дело од потежок вид. Иако таквото толкување оди во прилог на обвинетиот, тоа не е резултат на примена на начелото *in dubio pro reo* од страна на судот туку само судско толкување на изразот “на особено подол начин”, како одлика на стореното дело.

Ако судот користи индиции (посредни докази) за поддршка на правно релевантните факти, тогаш *in dubio pro reo* може да се примени и во случаи каде што нема доволен број индиции (дефицит на индиции) или кога доказната вредност на индициите не овозможува изведување на веродостоен заклучок (непостојаност на индиции). Двете ситуации се опишани подолу од страна на Врховниот суд на Хрватска:

Сепак, сите изјави на обвинителот не ја спорат соодветноста на одлуката на првостепениот суд, според која, не било докажано дека обвинетиот е сторител на делото за кое е обвинет, затоа што и покрај сите изведени докази и понатаму може да се *двоумиме\** дека е можно некој друг, а не обвинетиот, да го скриел кокаинот во олукот од куката. Наводите на обвинителството во жалбата се индикатори, кои навистина укажуваат на обвинетиот како на најсомнително лице, но сепак, мора да се признае дека тој не е единствениот човек што можел да ја остави дрогата во олукот. Затоа, имајќи предвид дека овие индикатори, заедно со сите други изведени докази и понатаму ја оставаат отворена можноста дека некое друго лице бил сопственик на заплениетиот кокаин од олукот во куката, што било земено предвид од страна на првостепениот суд, заклучокот е дека обвинетиот навистина и требало да биде ослободен, преку примена на начелото *in dubio pro reo*.<sup>332</sup>

И:

Како заклучок, би требало да се посочи дека, во отсуство на потребните докази со кои без никаква *двојба\** би се потврдило учеството на обвинетиот во ова инаку навистина грозно кривично дело, исходот на целата постапка всушност се сведува само на постоење на одредени наводи, кои го немаат неопходниот квалитет за да послужат како цврста основа за носење осудителна пресуда, па така, од аспект на начелото *in*

<sup>331</sup> Павишиќ, Б., *op. cit.*, стр. 68-69.

<sup>332</sup> Пресуда на Врховниот суд на Хрватска, I Kž-38/99-3, 23.11.2000.



*dubio pro reo*, обвинетиот требало да биде ослободен од сите обвиненија за кривичното дело, како што всушност и постапил првостепениот судечки суд.<sup>333</sup>

Во врска со прашањето за примена на начелото *in dubio pro reo* кај индициите, вредно е да се спомене истражувањето спроведено од Давор Крапац за непосредните и посредните докази во кривичната постапка, од кое произлегува дека судовите почесто останувале во двојба и го применувале начелото *in dubio pro reo* во оние кривични случаи во кои обвинението се засновало на индиции, отколку во случаите во кои обвинението се заснова на непосредни докази.<sup>334</sup>

Мислењето дека за да се одлучи за постоењето на одредени факти врз основа на индиции потребен е поголем број логично поврзани индиции, прифатено е и во судската пракса на судовите од поранешната СФРЈ. Па така, Врховниот суд на поранешната СФРЈ во пресуда донесена во 1970 година сметал дека „во случај кога нема непосредни докази дека обвинетиот го извршил кривичното дело за кое се обвинува, иуку фактичката состојба се утврдува врз основа на посредни докази, основ за осудиелна пресуда може да претставува само таква низа на факти утврдени врз основа на посредни докази кои се несомнено утврдени и меѓусебно цврсти и логички поврзани така што претставуваат заворен круг и со целосна сигурност утврдуваат на единствено можниот заклучок дека шокму обвинетиот го извршил кривичното дело што е предмет на обвинението и дека со изведениите докази се исклучува секоја друга можност“.<sup>335</sup>

Врховниот суд на Хрватска во една постара одлука од 1969 година оценил дека „дури и при недостигањок на директни докази, се утврдува одговорноста на обвинетиот кога меѓусебната поврзаност на посредните докази е таква што тие се јавуваат како алка од еден ланец во целосна хармонија и да сите тие во својата секујност и поврзаност ја исклучуваат секоја друга можност“.<sup>336</sup>

### Внатрешна и надворешна двојба

Начелото *in dubio pro reo* во секој случај се применува при постоење на некој несигурен решавачки факт. На пример, да претпоставиме дека во случај на убиство доказите изведени од страна на обвинетиот создаваат двојба околу неговото присуство на местото каде се случил кривично-правниот настан. Па така можно е работите да се случиле на овој начин: обвинителот докажал дека обвинетиот имал мотив да убие, дека бил на местото на злосторството и доволно блиску за да ја избодне жртвата до

<sup>333</sup> Пресуда на Врховниот суд на Хрватска, I Kž-479/97, 01.06.2000.

<sup>334</sup> Davor Krpac, Neposredni i posredni dokazi u krivicnom postupku (Непосредни и посредни докази во кривичната постапка), Informator, Zagreb, 1982, стр. 122.

<sup>335</sup> Пресуда на Врховниот суд на поранешна СФРЈ, КЖ.бр.38/70, 22.12.1970.

<sup>336</sup> Пресуда на Врховниот суд на Хрватска, КЖ.бр.1744/68-6, 29.10.1969.

смрт и дека кај себе имал нож, но сведоците на настанот виделе друг маж на лице местото кој исто така имал нож, кој исто така бил доволно блиску за да ја избоде жртвата до смрт и по убиството побегнал од местото; следствено, постои можност овој друг маж, а не обвинетиот да е убиецот. Во друг случај на убиство доказите изведени од обвинителот може да не се доволни за да се утврди со сигурност дека обвинетиот го сторил делото за кое се обвинува.

На пример, обвинетиот бил виден на местото на случување на убиството но се наоѓал предалеку за да може да ја избоде до смрт жртвата. Или пак хипотезата на обвинителот објаснува одредени факти, но не сите факти неопходни за носење осудителна пресуда: обвинителот докажал дека обвинетиот имал мотив да убие, дека се наоѓал на лице местото и доволно блиску за да ја избоде до смрт жртвата, но со оглед дека обвинетиот веднаш по убиството бил блокиран од страна на полицијата обвинителот исто така треба да објасни како е можно да не биде најден ножот ниту на лице место, ниту во посед на обвинетиот. Неуспехот да се објасни една ваква околност може да создаде разумна двојба дека некој друг го извршил убиството.

Согласно горните две перспективи, двојбата може да биде надворешна (екстерна) и внатрешна (интерна). Надворешната двојба е онаа која на хипотезата на обвинителот се спротивставува со алтернативна теорија која ја нема карактеристиката на една чисто логична можност или на *ad hoc* хипотеза, туку има карактер на практична рационалност и остварливост. Од друга страна пак внатрешната двојба се однесува на случај кога хипотезата на обвинителот си противречи самата на себе или на неможноста на обвинителот да ја прикаже целосно одговорноста на обвинетиот. Па така, дури и ако обвинетиот не извел ниту еден доказ во своја полза и се бранел со молчење за целото времетраење на постапката, начелото *in dubio pro reo* му налага на тој што одлучува да ја реши двосмислената ситуација во полза на обвинетиот.

Еден пример за внатрешна двојба е прикажан подолу во одлуката на Апелациониот суд Штип решавајќи по поднесената жалба од јавниот обвинител: „Пронајдената наркотична дрога во домот на обвинетиот не истресува сигурен доказ од кој ќе се утврди кривичната одговорност на обвинетиот за кривично дело Неовласително производство и пуштање во промет наркотични дроги, психотропни супстанции и прекурсори (...)“<sup>337</sup>

Во овој случај Апелациониот суд ја потврдил одлуката на првостепениот суд кој го ослободил обвинетиот од обвинението, сметајќи дека:

(...) помалку од 50 грама наркотична дрога - марихуана пронајдени во текот на претресот извршен во домот на обвинетиот не преставуваат доволно сигурен доказ од кој ќе се утврди кривичната одговорност на обвинетиот за предметното

<sup>337</sup> Пресуда на Апелациониот суд Штип, КЖ бр.457/2013.

кривично дело за кое се обвинува. Ова од причини што од ниту еден доказ изведен на главен претрес не може со сигурност да се утврди дека оваа наркотична дрога обвинетиот ја држел заради продажба, особено при состојба на утврдени факти дека обвинетиот е долгогодишен регистриран зависник од дрога и дека критичниот период бил на лекување со метадонска терапија. Од исказот на вештото лице во целост се потврдува одбраната на обвинетиот, а имено дека предметната наркотична дрога истиот ја набавил заради лични потреби, со оглед на фактот дека критичниот период му била намалена метадонската терапија, а како надополнување обвинетиот навистина имал потреба од конзумирање на марихуана и според вештото лице најнормално било да пушел по 5 цигари дневно. Во прилог на одбраната на обвинетиот, т. е. дека предметната наркотична дрога - марихуана ја набавил заради лични потреби се и утврдените факти и околности на главниот претрес, односно дека при извршениот претрес наркотичната дрога - марихуана била пронајдена на видно место - врз пералната во ВЦ просторијата како и фактот дека во домот на обвинетиот биле пронајдени повеќе отпушоци од рачно изработени цигари, а истите претставувале мешавина од тутун и исушени, иситнети врвни делови - вршунки и листови кои потекнуваат од растението канабис, но и фактот дека при извршената анализа на примерок урина од обвинетиот било детектирано присуство на метаболити и тетрахидроканабинол - психоактивна супстанца која ја содржи растението канабис. При една таква состојба на утврдени факти, но и отсуство на докази од кои би се утврдило дека обвинетиот пронајдената наркотична дрога во неговиот дом ја нудел за продажба, не може да се утврди намерата кај обвинетиот предметните семки да ги употреби за производство на наркотична дрога.<sup>338</sup>

### Степен на двојба

Прашањето дали за примена на начелото *in dubio pro reo* е доволен било каков степен на двојба или пак е потребен повисок степен, станува релевантно за неговото попрецизно определување.

Имено, и покрај тоа што судот за да донесе осудителна пресуда треба да одлучи дека сите факти што го чинат обележјето на кривичното дело се докажани (постојат) со сигурност врз основ на доказите, таа сигурност најчесто не може да биде 100%, односно секогаш ќе постои можност за двојба. Меѓутоа, кога постои сигурност тогаш двојбата и да постои, ќе биде неразумна, неоснована, па како таква нема воопшто да биде земена во предвид. Но ако двојбата е разумна таа всушност ќе значи дека не е сигурно постоењето на фактите што го чинат обележјето на кривичното дело (тие не се докажани) па истата ќе значи и примена на начелото *in dubio pro reo* во корист на обвинетиот и донесување на

<sup>338</sup> *Ibid.*

ослободителна пресуда. Така, двојбата дали постојат или не фактите што го чинат обележјето на кривичното дело, која е услов за примена на начелото *in dubio pro reo*, мора да биде разумна.

Меѓутоа, основано се поставува порашањето дали степенот на двоумење за постоење/непостоење на фактите кои одат во прилог на тоа дека делото не е кривично дело и фактите кои ја исклучуваат кривичната одговорност: дело од мало значење, самоодбрана, крајна нужда, стварна и правна заблуда, пресметливост (факти во корист на обвинетиот), треба да биде еднаков на степенот на двоумење за фактите на негова штета? Имено, за разлика од фактите кои се на штета на обвинетиот каде *in dubio pro reo* може да се примени единствено доколку постои разумно двоумење, за фактите во корист на обвинетиот колку помало е двоумењето, толку подобро, бидејќи еден факт кој е веќе во корист на обвинетиот ќе биде помалку напаѓан доколку има помало двоумење во врска со истиот.

Па така, Врховниот суд на Хрватска во 2014 нашол дека:

(...) Ова правило за постапување, познато како начело *in dubio pro reo* го определува доказниот стандард според кој оние факти што одат на штета на обвинетиот, треба да се утврдат со сигурност, значи на начин да неговото постоење е вон секакво разумно двоумење\*. Штом постои двоумење\* за ваквите факти, тие не можат да се сметаат за утврдени. Од наведената законска одредба произлегува и правилото што се однесува на докажаност на одлучувачките факти што одат во корист на обвинетиот - тие факти треба да се прифатат како докажани дури и кога се само веројатни, значи кога постои двоумење\* во нивното постоење, па дури и кога постоењето на тој факт што би одел на штета на обвинетиот, било поверојатно од постоењето на фактот што му оди во корист (...) <sup>339</sup>.

Слично објаснување дал и Апелациониот суд Белград во 2012 година:

Сите факти кои му се ставаат на товар на обвинетиот мора да бидат неспорни – докажани со сигурност во кривичната постапка; ако не бидат докажани (ако постои двојба\* за нивното постоење) ќе се смета дека таквите факти не постојат. Спротивно на ова, ако се појави двојба\* дека постојат факти кои му одат во прилог на обвинетиот, а доказите не ја исклучуваат таквата двојба\* со сигурност, ќе се смета дека таквите факти постојат. <sup>340</sup>

И покрај тоа што домашниот ЗКП<sup>341</sup> го обврзува судот да утврди дали фактите во корист на обвинетиот постојат (се докажани) или не, сепак ваквите размислувања веројатно може да се разгледаат и поинаку.

<sup>339</sup> Пресуда на Врховниот суд на Хрватска, КЖ.бр.1014/02-8.

<sup>340</sup> Пресуда на Апелациониот суд Белград, бр. 108/12.

<sup>341</sup> Домашен ЗКП, член 15: *Судот и државните органи се должни со еднакво внимание да ги испитуваат и да ги утврдат како фактите што го воеваат обвинетиот, така и оние што му одат во корист.*

Имено, доколку одбраната приложи докази кои одат кон докажување на факти во прилог на тоа дека делото не е кривично дело или факти кои би ја исклучиле кривичната одговорност (на пример докази кои одат во корист дека делото било извршено во самоодбрана или фактичка заблуда), тие можат да предизвикаат разумно двоумење во случајот на обвинителството (односно во постоењето на фактите кои го чинат обележјето на кривичното дело).

Па така, доколку обвинителот не успее да ги побие овие докази надвор од разумно двоумење, судот ќе го примени начелото *in dubio pro reo*, но не заради двоумењето во однос на тоа дали фактите во корист на обвинетиот постојат или не, туку заради двоумењето во однос на постоењето на фактите кои го чинат обележјето на кривичното дело. Па така, судот ќе одлучи дека фактите кои го чинат обележјето на кривичното дело не се докажани со сигурност, односно не постојат, бидејќи доказите на одбраната (кои се на пример во прилог на исклучување на кривичната одговорност), кај судот создале разумно двоумење во нивното постоење.

Ова е така бидејќи обвинетиот и покрај тоа што треба да ги стори веројатни тврдењата кои ги презентира во вид на одбрана, односно да ги докаже до одреден степен фактите кои одат во прилог на тие тврдења, тој нема обврска да ја докаже својата невиност: „*Судои̇ у̇и̇тврди дека резул̇та̇и̇и̇и̇е од докази̇и̇е̇ пр̇езенти̇рани на суде̇н̇е̇и̇о̇ пр̇ед пр̇вос̇и̇е̇и̇ени̇о̇и̇ суд, и суде̇н̇е̇и̇о̇ пр̇ед в̇и̇орос̇и̇е̇и̇ени̇о̇и̇ суд не обезбедиле сигурна основа за заклучоко̇и̇ дека обвине̇и̇о̇и̇ го ст̇орил кривично̇и̇о̇ дело на начин о̇и̇шан во обвине̇и̇е̇и̇о̇ и в̇и̇орос̇и̇е̇и̇ени̇о̇и̇ суд пр̇авилно̇и̇ос̇та̇и̇ил ко̇а̇ го ослободил обвине̇и̇о̇и̇ од обвине̇и̇е̇и̇о̇.*“<sup>342</sup>

### Начелото на слободна оценка на доказите и *in dubio pro reo*

Значајно достигнување на современата кривична постапка во однос на одлучувањето за фактите е начелото на слободна оценка на доказите. Во согласност со ова начело судот ги разгледува изведените докази со употреба на логичка и психолошка анализа и не е обврзан со други законски правила.

Кога станува збор за меѓусебниот однос помеѓу начелото на слободна оценка на доказите и начелото *in dubio pro reo*, се поставува прашањето дали овие две начела се во меѓусебна колизија. Во теоријата постојат две различни мислења. Според едното, генерално присутно во постарата литература, начелото *in dubio pro reo* е формално доказно правило што ја ограничува можноста за слободна оценка на доказите затоа што му дава насоки на судот за тоа како треба да ги разреши двојбите со кои се соочува при одлучувањето за фактите. „*Доколку пр̇авило̇и̇о̇ in dubio pro reo се сме̇та како м̇ет̇ода за оценување на докази̇и̇е̇ или у̇и̇а̇и̇с̇т̇иво за судои̇ дека секо̇ја дво̇јба\* во однос на пр̇ос̇то̇е̇н̇е̇и̇о̇ на одредени фак̇ти̇и̇*

<sup>342</sup> Пресуда на Врховниот суд на Република Српска, 84 0 К 009669 10 кž, 15.02.2011.

и треба да биде разрешен во полза на обвинетиот, иогаш ова правило е сириовно на начелото за слободна оцена на доказите.”<sup>343</sup>

Таквото мислење не е прифатливо затоа што не го зема предвид фактот дека начелото *in dubio pro reo* се применува само откако судот завршил со оценување на доказите според неговата слободна процена и со сигурност не успеал да одлучи во корист на постоењето на одредени факти, туку се нашол во двојба. Тоа значи дека начелото *in dubio pro reo*, кое во таква ситуација предвидува дека судот треба да одлучи во полза на обвинетиот, не е правило за оцена на доказите, туку метод за разрешување на двојбата која постои по завршување со оцена на доказите. Германскиот сојузен суд бил во право кога дал предупредување за честата некоректна пракса согласно која начелото *in dubio pro reo* се смета како доказно правило, наместо како начело кое се применува во процесот на носење пресуда.<sup>344</sup>

Истиот став го дели и Врховниот суд на Хрватска кој го наведува следново во неколку последователни пресуди:

Во оваа смисла, би требало да се посочи дека наводите содржани во жалбата на обвинетиот не се законски одржани односно, дека во согласност со *in dubio pro reo* начелото судот требало да ја прифати понудената алтернатива од страна на одбраната која повеќе му одела во прилог на обвинетиот. Имено, тука не станува збор за двојба\* во однос на фактите што се разрешува во текот на кривичната постапка на начин што ќе се смета за утврдено и докажано она што е поповолно за обвинетиот, туку едноставно за оцена на кредибилитетот на сведочењето на обвинетиот како доказно средство, оцена која ја одобрил апелациониот суд, а ја одобрува и овој Врховен суд, а на која бил упатен и самиот тужител. Спротивното толкување на значењето и примената на начелото *in dubio pro reo*, на кое се укажува во жалбата, би водело кон апсурдни ситуации во кои судот би требало да прифати било каква, па дури и најмалку логична верзија за настаните понудена од одбраната на обвинетиот, само затоа што истата е поповолна за него.<sup>345</sup>

И

Правилото *in dubio pro reo* не претставува доказно правило. Тоа само укажува дека во кривичните постапки судот одлучува со пресуда на начин кој е поповолен за обвинетиот и тоа само ако по деталната оцена на поединечните докази и нивното разгледување во споредба со останатите докази, судот и понатаму има одредени двојби\* што не може да ги расчисти, а

<sup>343</sup> Zlatarić, B., *Krivično pravo. Opći dio (Кривично право. Општи дел)*, Загреб, 1977, стр. 89.

<sup>344</sup> Safferling, C., *Terror and Law – Is the German legal System able to deal with Terrorism? (Терор и право – Дали германскиот правен систем е способен да се справи со тероризмот?)* [Пресуда на Сојузниот суд на правдата во предметот против Ел Мотасадек (El Motassadeq)], *Германска правна ревија*, број 5, 2004, стр. 524.

<sup>345</sup> Пресуда на Врховниот суд на Хрватска, I Kž-349/1990-3, 04.09.1990.



во однос на постоењето или непостоењето на одредени факти од кои се состои битието на кривичното дело или од кои зависи конкретната примена на одредени законски одредби од кривичната легислатива и не содржи никакви критериуми кои првостепениот суд би имал обврска да ги земе предвид при одлучувањето, дали одредени факти се докажани со одреден степен на веројатност за разлика од останатите.<sup>346</sup>

Таквото мислење го дели и Врховниот суд на Федерација Босна и Херцеговина како и Врховниот суд на Република Српска:

Кога дури и по целосната и совесна оценка на секој од изведените поединечни докази и нивната поврзаност со останатите докази судот не бил во состојба да ја исклучи можноста дека кусокот кој е створен преку деловните трансакции на претпријатието би можел да се појави од други причини, а не само поради присвојување средства од страна на обвинетиот, тој имал право кога ваквата *двојба\** во однос на постоењето на еден одлучувачки факт, односно на евентуалното присвојување на парите со кои таа била задолжена, ја разрешил со носење одлука која е поповолна за обвинетиот.<sup>347</sup>

Начелото *in dubio pro reo* не значи дека постоењето контрадикторни докази самото по себе ја исклучува можноста за веродостојно утврдување на релевантните факти и наметнува обврска за судот да донесе одлука за постоењето или непостоењето на таквите факти на начин кој повеќе му оди во прилог на обвинетиот. Ова начело претполага обврска за судот совесно да го оцени секој поединечен доказ и неговата поврзаност со сите останати докази, а посебно да обрне внимание на оцената на кредибилитетот на контрадикторните докази и потоа, во зависност од направената проценка, да извлече заклучок дали одредени одлучувачки факти можат да се сметаат за докажани или не. Доколку и покрај сето ова, судот и понатаму не е убеден во однос на некои одлучувачки факти од кои се состојат клучните елементи на кривичното дело и од кои зависи примената на соодветните кривични одредби, таквата *двојба\** мора да биде разрешена на начин кој повеќе му оди во прилог на обвинетиот.<sup>348</sup>

Според тоа, начелото *in dubio pro reo* не претставува ограничување или отстапување од начелото на слободна оценка на доказите, туку може да се каже дека произлегува од него.<sup>349</sup> Кога судот е убеден во постоењето на решавачките фактите врз основа на слободна оценка на доказите, судот го изразува своето убедување преку носење одлука со која се решава конкретниот случај. Сепак, можно е по оценувањето на сите докази судот и понатаму да има разумни двојби односно да не е убеден

<sup>346</sup> Одлука на Врховниот суд на Хрватска, U-III/80/2010, 06.04.2011.

<sup>347</sup> Пресуда на Врховниот суд на Федерација Босна и Херцеговина, 09 0 K 014393 13 Кж, 14.01.2014.

<sup>348</sup> Пресуда на Врховниот суд на Федерација Босна и Херцеговина, Кж-610/06, 06.02.2006.

<sup>349</sup> Skulić, M., op. cit., стр. 68.



во постоењето на тие факти. Во тој случај, фактите за кои судот има разумни двојби мораат да се протолкуваат во корист на обвинетиот. Во спротивно, доколку начелото на слободна оценка на доказите не беше дел од кривичната постапка и наместо истото би постоело законско вреднување на доказите (законот однапред да пропише колку и какви докази се потребни за осудителна пресуда како што било случај за време на инквизиторната постапка) судот не би можел да констатира дека постои двојба во однос на постоењето на решителите факти.

### Судско образложение на пресудата

Вредно е да се истакне дека слободната оценка на доказите како претпоставка за примена на начелото *in dubio pro reo* при одлучување за решавачките фактите не може да биде своеволна, или како што е наведено во една одлука на Врховниот суд на Автономната покраина Војводина „*За утврдување на одредени факти по слободна оценка од страна на судот не е доволно само внатрешно субјективно убедување на судијата, туку мора да постои и реална виситивност на заклучокот на судот заснован на објективните факти*“.<sup>350</sup>

Заклучокот за постоење на решавачките фактите изведен врз основа на совесна оценка, судијата е должен да го изнесе во образложението на писмено изработената осудителна пресуда. Во осудителната пресуда судот треба да ги наведе фактите што се неспорни помеѓу странките, а за спорните факти треба да ги изложи причините зошто тие факти се оценети како докажани или недокажани, од кои докази одлучил во корист на тие факти, од кои причини не уважил одделни предлози на странките, од кои причини се раководел при решавање на правните прашања и особено дали е навистина сторено кривичното дело и дали обвинетиот има кривична одговорност за истото. Доколку не постапи на тој начин, ако пропушти да ги образложи заклучоците за постоењето на решавачките факти, односно ако не го стори транспарентен процесот на одлучување за фактите со докази, судот прави битна повреда на одредбите на кривичната постапка од апсолутен карактер, која сама по себе како последица секогаш повлекува укинување на таквата пресуда. Законитоста на доказите исто така претставува исклучок од начелото за слободна оценка на доказите. Доказите прибавени со прекршување на уставните начела, меѓународни конвенции и закони се незаконски, а индиректно се незаконски и доказите кои произлегуваат од незаконските докази, познати како *плодови од отровното дрво*.<sup>351</sup> Па така судот мора во која било фаза од постапката да ги исклучи незаконските докази, особено оние добиени со тортура, нечовечко и понижувачко постапување.

<sup>350</sup> Пресуда на Врховниот суд на Автономната покраина Војводина, КЖ.бр.1206/62, 11.01.1963.

<sup>351</sup> Види Гафген против Германија (Gafgen v Germany), бр. 22978/05, § 161, 164-167, ЕСЧП, 01.06.2010.

Подолу може да се види една сеопфатна елаборација на Уставниот суд на Босна и Херцеговина од 2006 и 2014 година во врска со образложенијата на судските пресуди и како истите влијаат на примената на начелото *in dubio pro reo*:

(...) Така, слободната оценка на доказите не е ограничена со некои законски правила со кои *a priori* би се одредувала доказната вредност на поединечните докази. Сепак, концептот на слободна оценка на доказите бара да се даде објаснување за секој поединечен доказ и неговата поврзаност со останатите докази и сите заедно да се доведат во логична взаемна врска. Начелото на слободна оценка на доказите не значи и постоење на апсолутна слобода. Ваквата слобода е ограничена преку општите правила и прописи за човечкото размислување, логика и искуство. Токму затоа, во рамки на образложението на пресудата судот има обврска да го опише процесот на оценување на поединечните докази и секој од нив да го доведе во врска со останатите расположливи докази и на крајот да изведе заклучок во однос на докажаноста на фактичката состојба. (...) Имајќи го сето ова предвид, Уставниот суд потенцира дека исказите на одредени сведоци, првостепениот судечки суд ги оценил како произволни, без притоа да даде било какви детали за причината поради која судот го добил таквиот впечаток и не го објаснил процесот на оценување на доказите, како што тоа е предвидено со начелото за слободна оценка на доказите. Според мислењето на Уставниот суд, таквото објаснување не го исполнува условот за внимателна и совесна оценка на доказите затоа што субјективната увереност на судот дека жалителот е сторителот на кривичното дело за кое бил обвинет не е доволна, а од друга страна, мора да постои и права вистина во заклучокот на судот, објаснета и заснована врз објективни факти и околности. Редовните судови не смеат едноставно само да кажат дека не му даваат верба на одреден сведок затоа што неговиот исказ е спротивен на исказот на некој друг сведок кому му веруваат, ниту пак е доволно да судот било кој доказ го квалификува како “произволен”. (...) Земајќи го сето ова предвид, Уставниот суд најде дека недостатокот на задоволително објаснување за вината на жалителот, како и недостатокот на објективизација на субјективната оценка на судот, заедно со сеопфатната анализа и оценка на презентираниите докази, не е доволно за да се каже дека е исполнет условот за фер и правично судење предвиден во членот 6, став 1 од Европската конвенција. Исто така, судот е на мислење дека образложенијата на спорните пресуди не ја задоволуваат обврската за почитување на начелото *in dubio pro reo*. Врз основа на сето претходно кажано Уставниот суд смета дека образложенијата на спорните пресуди не го задоволуваат условот за правично судење, туку оставаат впечаток на

произволност, што значи дека со нив е повредено правото на жалителот на фер и правично судење, согласно членот 6, став 1 од Европската конвенција.(...)“<sup>352</sup>

(...) Што се однесува до наводите на жалителот во однос на повредата на начелото *in dubio pro reo*, Уставниот суд е на мислење дека жалителот смета дека во овој случај постои повреда на начелото *in dubio pro reo*, затоа што судовите според него требало да ги протолкуваат сите дилеми и контрадикторности во полза на жалителот, а не против него, како што тие тоа го сториле. Уставниот суд потенцира дека начелото *in dubio pro reo* е загарантирано со членот 6, став 2 од Европската конвенција. Според ова начело, секое лице се смета за невино, сè додека неговата вина не биде докажана согласно законот. Во таа смисла, доколку постои *двојба\** во однос на тоа дали одредено лице го сторило делото за кое е обвинето или не, таквата *двојба\** треба да биде употребено во полза на обвинетиот. Сепак, според мислењето на овој суд, повикувањето на начелото *in dubio pro reo* би можело да се оспори во отсуство на сеопфатна анализа на сите докази содржана во образложението на пресудата, со која се елиминира таквото *двоумење\**. Во конкретниот случај, Уставниот суд е на мислење дека објаснувањето за извршената анализа на сите изведени докази, не остава простор за *двојба\** во однос на заклучокот на судот за вината на обвинетиот. Затоа, Уставниот суд заклучи дека во конкретниот случај не постои повреда на начелото *in dubio pro reo* содржано во членот 6, став 2 од Европската конвенција и затоа жалбата во овој дел, е оценета како неоснована.(...)“<sup>353</sup>

### *In dubio pro reo* при вештачење

Сведочењето на вештакот се цени како секој друг доказ, односно според начелото за слободна оценка на доказите. Мислењето на вештакот не е обврзувачко за судот и тоа е само уште еден доказ што судот го цени по сопствено наоѓање, па така, таквото мислење судот може да го прифати или отфрли. Доколку судот го отфрли мислењето на вештакот својата одлука ќе ја заснова врз останатите докази со кои располага, а доколку не постојат други докази, судот ќе заклучи дека фактите што требале да се докажат преку мислењето на вештакот останале недокажани.<sup>354</sup>

Меѓутоа, прашањето е што треба да стори судот во ситуација кога не го прифаќа конечното мислење на вештакот затоа што не е убеден

<sup>352</sup> Пресуда на Уставниот суд на Босна и Херцеговина, AP 1603/05, 21.12.2006.

<sup>353</sup> Пресуда на Големиот судски совет на Уставниот суд на Босна и Херцеговина, AP 4378/10, 24.04.2014.

<sup>354</sup> Во овој контекст, погледнете ја пресудата на Врховниот суд на Босна и Херцеговина, К.З. 1005/77, *vidi u: Kreho, S., Zbirka sudskih odluka iz oblasti Zakona o krivičnom postupku (Збирка судски одлуки од сферата на Законот за кривичниот поступок)*, Сараево, 1996, стр. 124.

во неговата точност, а одреден факт мора да се утврди со вештачење (задолжителни форми на вештачење). Постојат две решенија во однос на ова прашање. Според првото, судот може да го утврди спорниот факт спротивно на стручното мислење на вештакот додека според второто, судот мора да заклучи дека конкретниот факт и понатаму останува спорен и да го примени начелото *in dubio pro reo*. Првото решение може да биде неприфатливо затоа што во таков случај судот би ја презел улогата и функцијата на вешто лице, а со тоа би го прекршил и начелото за поделба на функциите во кривичната постапка кое постои токму поради објективизација на самата постапка. Според второто решение, доколку судот не го прифати конечното стручно мислење ќе мора да заклучи дека спорниот факт што бил предмет на вештачење и понатаму останува недокажан, односно двосмислен. Токму од овие причини во таков случај, како и во другите случаи кога судот има било какви разумни двојби во однос на постоењето на решавачките факти, ќе треба да го примени начелото *in dubio pro reo*. Овој теоретски пристап дополнително се потврдува и преку судската пракса на Врховниот суд на Хрватска:

Во дадениов случај направени се сериозни пропусти во текот на истрагата во основа затоа што не биле обезбедени докази врз основа на кои би можело со голема сигурност да се утврди кој го управувал возилото во моментот на сообраќајната несреќа, како и фактот дека немало сведоци од лице место на настанот, а ни обвинетиот не дал релевантни податоци во врска со овие прашања. Имајќи предвид дека во текот на постапката своите наоди и стручни мислења ги дале три медицински експерти и еден сообраќаен вештак и дека било извршено медицинско-правно и сообраќајно вештачење, а што е особено важно сите вешти лица биле согласни дека со целосна сигурност не може да се утврди кој навистина управувал со возилото во моментот на несреќата и дека ниту еден од доказите директно не ја докажува вината на обвинетиот, заклучокот на првостепениот судечки суд дека при утврдувањето на овие пресудни факти и околности и по целосната оценка на сите докази и понатаму постои одредена дилема, може да се смета за логичен. Ваквата дилема била соодветно разрешена од страна на судот кој го ослободил обвинетиот од обвинението во согласност со начелото *in dubio pro reo*, содржано во Членот 340, точка 3 од ЗКП.<sup>355</sup>

Во пракса може да се случи вештакот да не може да даде дефинитивен одговор на одредено прашање, па така со давањето на своето стручно мислење само да укаже на можното постоење на некој решавачки факт. Во таков случај прашањето е дали судот може да прифати стручно мислење на вештак што не е категорично, туку само ја изразува можноста за постоење на фактот што бил предмет на вештачењето?

<sup>355</sup> Пресуда на Врховниот суд на Хрватска, I Кž-28/1995-3, 21.01.1997.

Согласно судската пракса на Врховниот суд на Федерација Босна и Херцеговина судот може да прифати мислење на вештак што само ја изразува можноста за постоење на некој решавачки факт:

Токму затоа, овој Суд го разгледуваше прашањето дали, како резултат на употребата на зборот „најверојатно“ од страна на судскиот вештак, што се однесува на проценката дали предизвиканата повреда кај жртвата е од напаѓачки карактер, се јавува одредена *двојба\** во однос на постоењето на одредени факти што се всушност елементи на самото кривично дело, а доколку тоа навистина е така, тогаш таквата *двојба\** би резултирала со примена на начелото *in dubio pro reo*, содржано во Членот 3, став 2 од ЗКП на ФБиХ. Согласно ова начело, секоја *двојба\** или несигурност во однос на постоењето на одредени факти кои претставуваат елемент на кривичното дело, треба да биде разрешена од страна на судот со пресуда на начин што е најповолен за обвинетиот, што значи дека значајноста и валидноста на употребата на горе посочените зборови од страна на вештакот требало да бидат соодветно оценети. Пред да одговори на овие прашања судот ги зел предвид објаснувањата од страна на судскиот вештак и затоа се решил да извлече заклучок, дека убодната рана што обвинетиот ја нанел на десната страна од вратот на жртвата (што претставува неспорен факт) е од напаѓачка природа. Во основа, своето стручно мислење вештакот го засновал врз длабочината на самата рана од 15 сантиметри, за која било потребно многу јако замавнување, што вообичаено не е случај кај одбранбените повреди затоа што последиците од ножот тогаш не се директни, туку жртвата предизвикува само исеченици кај напаѓачот. Кога го имаме сето ова предвид, тогаш описот на напаѓачките наспроти одбранбените повреди е сосема јасен и нема преклопувања, а истите меѓусебно се исклучуваат, затоа што според описот и мислењето на судскиот вештак, раната на десната страна од вратот на жртвата е од напаѓачки карактер, а не одбранбена повреда, за да потоа бесполезно и непотребно ја употреби фразата „најверојатно напаѓачка рана“, знаејќи дека согласно претходно дадениот опис, истата можела да биде опишана само како таква. (...) Доколку сето ова се земе предвид, според мислењето на овој Суд, не може да се каже дека постои било какво *двоумење\** во однос на постоењето на дејствие на напад извршен со употреба на нож од страна на обвинетиот, предизвикувајќи повреда на десната страна од вратот на жртвата, за, во согласност со начелото *in dubio pro reo*, случајот да се одлучи на начин што е поповолен за обвинетиот. Според тоа нема *двоумење\** дека фактот што судот го утврдил врз основа на вештачењето е сигурен и дека станува збор за напаѓачка повреда на жртвата. Токму поради фактот што не постои никакво двоумење во врска со оваа релевантна околност

која е дел од објективната структура, односно претставува елемент на кривичното дело, примената на начелото *in dubio pro reo* не е можна.<sup>356</sup>

Имајќи предвид дека во текот на главната расправа, освен од обвинителството посебно вештачење може да биде презентирано и од страна на одбраната, можно е двете вештачења да дадат различни резултати. Во таква ситуација, судот мора да ги оцени обата наоди и мислења и да му даде верба на она што е поуверливо, а доколку судот не е уверен, тогаш во согласност со начелото *in dubio pro reo*, треба да го прифати она што е поповолно за обвинетиот. Ваквото постапување може да не е секогаш прифатливо и понекогаш судот може да даде наредба за супер вештачење со цел да се елиминираат сите постоечки дилеми. Таквиот трет наод и мислење вообичаено коинцидира со некое од претходните вештачења. Во тој случај, судот ќе го прифати наодот и мислењето на вештакот што било потврдено со супер вештачењето. Но, дали ваквиот заклучок на судот е правилен? Може нашироко да се дискутира дали судот би требало да го прифати фактот за докажан врз основ на наодот и мислењето на некој вештак само врз основ на тоа што неговиот наод бил потврден од уште еден вештак. Што би се случило доколку се изврши и четврто вештачење со кое би се потврдил стручниот наод и мислењето што претходно не биле потврдени со третото вештачењето? Доколку судот се најде во таква ситуација, соочен со два различни наоди и мислења, потврдени од страна на два пара вешти лица, повеќе не би имало никаква логика да се издава наредба за дополнително вештачење, затоа што сите следни наоди и мислења ќе бидат исти со некои од претходните и затоа судот треба да го примени начело *in dubio pro reo* и треба да го прифати она кое му оди во полза на обвинетиот.<sup>357</sup> Од тие причини, секогаш кога постои разумна двојба дали одреден решавачки факт постои или не, судот треба да го примени начелото *in dubio pro reo*, и да ги наведе причините за истото во обрзложението на пресудата.<sup>358</sup>

### Повреда на начелото *in dubio pro reo* како основ за жалба

Со оглед на тоа што начелото *in dubio pro reo* е содржано во закон незадоволната страна во основот за жалбата може да се повика на непримена на ова начело како суштествена повреда на одредбите на кривичната постапка, доколку истото биможело да влијае на законитото и правилното донесување на пресудата. Доколку апелациониот суд најде дека постои суштествена повреда на одредбите на кривичната постапка поради непримена на начелото *in dubio pro reo* може да ја

<sup>356</sup> Пресауда на Врховниот суд на Федерација Босна и Херцеговина, 04 0 К 00097110 Кжк, 13.05.2011.

<sup>357</sup> Garačić, A., Vještačenja u kaznenom postupku, Vještak (Вештачења во кривичната постапка, Вештачак), број 1, Загреб, 1997, стр. 3.

<sup>358</sup> Кгарас, D., *op. cit.*, стр. 477.

поништи пресудата на првостепениот суд и да го врати случајот до првостепениот суд на повторно судење.

Апелациониот суд исто така може и индиректно да ја земе во разгледување примената на ова начело, кога по службена должност испитува дали пресудата е нејасна, противречна или не ги содржи причините за решавачките факти и докази изведени на судењето, што претставува исто така суштествена процесна повреда. Па така, ако повисокиот суд при испитување на обжалената пресуда најде дека факти кои се сметаат за докажани не произлегуваат со сигурност од содржината на изведените докази, може да констатира дека првостепениот суд во образложението на пресудата изложил причини за решавачките факти што се во значителна мера противречни на содржината на изведените докази со што сторил суштествена повреда на казненото процесно право и дека поради констатираната суштествена повреда под знак прашалник е доведена утврдената фактичка состојба. Во таков случај апелациониот суд може дури да одржи и расправа, а потоа да донесе и пресуда.

На пример, Апелационен суд Белград во 2014 година заклучил дека основниот суд правилно одлучил дека доказите што ги изнел обвинителот не биле доволни бидејќи обвинетите за напад на полицијата во текот на немири по политички собир не биле идентификувани и не било докажано надвор од разумно двоумење дека тие биле на местото на немирите. Затоа, Апелациониот суд ја потврдил пресудата на судот во која исправно било наведено дека не постоеле докази кои докажувале дека обвинетите го извршиле кривичното дело. Судот ја темелел својата пресуда на одредбите од ЗКП според кои судот нема право да собира и изнесува докази по службена должност за да ја утврди материјалната вистина. Првостепениот суд во отсуство на релевантни докази правилно го применил правилото од член 16 став 4 од ЗКП:

Судот може да ја заснова пресудата или одлуката што одговара на пресуда само врз факти во чијашто извесност е уверен и на начелото *in dubio pro reo* наведено во член 16 став 5 од ЗКП. Ако судот остане во двојба\* во врска со фактите на коишто се заснова кривичната постапка или за постоењето на обележјата на кривичното дело или за примената на одредби од кривичното право, тој во својата пресуда, или одлука што одговара на пресуда, одлучува во полза на обвинетиот.<sup>359</sup>

Во друг случај овој Апелационен суд го вратил предметот на повторно разгледување објаснувајќи дека:

Во текот на повторното разгледување судот е должен да ги изведе постоечките и новите докази и да изврши сеопфатна анализа на изведените докази и на одбраната на обвинетиот така што да

<sup>359</sup> Пресуда на Апелациониот суд Белград, Kz 1 668/14.



може да се утврди фактичката состојба. Аналогно на ова, истиот првостепен суд е должен да ја оцени и веродостојноста на изведените докази. Првостепениот суд е должен да го почитува принципот *in dubio pro reo* согласно со членот 18 став 3 од ЗКП. Ова значи дека судот мора да ги утврди со сигурност сите факти против обвинетиот.<sup>360</sup>

Кога подносителот на жалбата се повикува на повреда на одредбите од кривичната постапка заради непримена на начелото *in dubio pro reo* има обврска да ја образложи двојбата по однос на решавачките факти во случајот и да објасни од каде во образложението на првостепената пресуда произлегува таквата двојба. Случаите кога може со сигурност да се каже дека судот не го применил начелото *in dubio pro reo* се оние во кои основниот суд во образложението на пресудата изречно се повикал на ова начело или употребил формулација со која изразува дека постоењето на некој решавачки факт е утврден само како можност, но не и сигурно. На пример, судот навел дека постоењето на некој решавачки факт е можно или веројатно, „веројатно е постојењето на тој факт“, „можно е тој факт да постои“, а сепак судот не го применил начелото *in dubio pro reo*. Погрешно утврдената фактичка состојба која произлегла од ваквото постапување на судот е само последица на непримената на начелото *in dubio pro reo*.

Овде треба да се има во предвид фактот дека образложението на првостепената пресуда често не дава основ за такви жалбени наводи од едноставна причина што судот не образложува, барем не често, дека бил во двојба во однос на тоа дали одреден решавачки факт постои или не постои. Во пракса многу почеста е обратната ситуација, каде основниот суд во образложението на пресудата не елаборира за никаква двојба во врска со решавачките факти. Во такви случаи очигледно не може да се заклучи дека првостепениот суд донел погрешна пресуда затоа што постапил спротивно на начелото *in dubio pro reo*, односно дека ги прекршил законските одредби кои ја регулираат кривичната постапка, но само дека погрешно ја утврдил фактичката состојба,<sup>361</sup> па како резултат на тоа не биле применети законските одредби кои го уредуваат начелото *in dubio pro reo*. Тоа се гледа и во судските образложенија на Врховниот суд на Хрватска подолу:

Неупотребата на Членот 3, став 2, од ЗКП, односно на начелото *in dubio pro reo*, обвинетиот ја дефинира како сериозна повреда на законските одредби за кривичната постапка, која според мислењето на судот не постои. Имено, примената на ова начело е тесно поврзана со утврдувањето и оценувањето на фактите од

<sup>360</sup> Пресуда на Апелациониот суд Белград, 108/12, 15.03.2013.

<sup>361</sup> Sijerčić-Čolić, H., *Krivično procesno pravo. Kniga II. Tok redovnog krivičnog postupka i posebni postupci. (Кривично процесно право. Книга II. Текој на редовна кривична постапка и посебни постапки)* Трето дополнето и ревидирано издание, Правен факултет при универзитетот во Сараево, Сараево, 2012, стр. 139.

кои се состојат клучните елементи на кривичното дело, односно од кои зависи примената на одредени законски одредби од кривичната постапка. Во основа станува збор за приговор во однос на утврдената фактичка состојба, а не за приговор во однос на евентуална суштествена повреда на законските одредби од кривичната постапка.<sup>362</sup>

И:

Како дел од суштествените повреди на кривичната постапка како основа за жалбата обвинетиот тврди дека судот не го применил начелото *in dubio pro reo* што јасно укажува на постоење на суштествена повреда на кривичната постапка. Сепак, спротивно на ваквата жалбена аргументација, во овој конкретен случај не станува збор за повреда на членот 3, став 2 од ЗКП, затоа што по изведувањето на доказите немало никаква двојба\* во однос на било кој од релевантните факти и околности и затоа немало потреба од примена на оваа законска одредба.<sup>363</sup>

Оттука, сосема е јасно зошто странките се повикуваат на повреда на начелото *in dubio pro reo* во неговата чиста форма само во исклучителни случаи. Наместо тоа, странките обично се повикуваат на други основи за жалба како на пример повреда на правото на одбрана како суштествена процесна повреда, или повреда на Кривичниот законик или погрешно утврдена фактичка состојба.

## ФАКТИ ПОВРЗАНИ СО ПРИМЕНАТА НА СТАНДАРДОТ НАДВОР ОД РАЗУМНО ДВОУМЕЊЕ ВО АНГЛО-САКСОНСКИОТ СВЕТ

Како што беше речено и претходно, изразите слични на разумното двоумење се појавуваат во голем број случаи од 1780 година наваму, сепак, дури во XIX век разумното двоумење како стандард бил применет во правосудството во САД. Изучувачите забележале дека американските држави го прифатиле стандардот на разумно двоумење постепено, секоја во свое време.<sup>364</sup>

Долго време пред 1970 година, кога Врховниот суд на САД го одржал својот пионерски случај *Виншиј*<sup>365</sup> со кој американскиот устав го наложува стандардот на разумно двоумење, државните судови го наметнувале овој стандард во државните кривични постапки.

<sup>362</sup> Пресуда на Врховниот суд на Хрватска, I Kž-827/05-5, 07.11.2007.

<sup>363</sup> Пресуда на Врховниот суд на Хрватска, I Kž-125/07-6, 17.04.2007.

<sup>364</sup> За следење на развојот на стандардот на разумно двоумење во различни држави во САД, види Morano, стр. 520-21; Shelagh Kenney, Note, *Fifth Amendment Upholding the Constitutional Merit of Misleading Reasonable Doubt Jury Instructions* (Забелешка, Пејџиниот амандман кој ја усвоива рамка на погрешни укажувања за погреша во врска со разумното двоумење), 85(4) J. Crim. L. & Criminology 989, 989-95 (1995) (понатаму во текстот Kenney).

<sup>365</sup> Види фуснотата 278.

На пример во *Робинс против Охајо* (1857) Врховниот суд на Охајо ги цитирал упатствата на судијата до поротата:

Во повеќето случаи на убиство од прв степен потребно е фактот на убиството, намерата да се убие, и умислената злоба да се утврди со помош на докази, *наговор од разумно двоумење ....*<sup>366</sup>

Овие упатства звучат доста прогресивно, иако не е јасно од концизните белешки на судот дали судијата всушност го дефинирал стандард на разумно двоумење.

Во некои од раните случаи (дискутирани подолу) судовите не се обидуваале експлицитно да го дефинираат разумното двоумење. Наместо тоа, судовите го опишувале разумното двоумење во контекст на други прашања, како на пример употребата на посредни докази, правилната примена на стандардот на докажување или прашањето дали поротата има право да донесе ослободителна пресуда ако постои разумно двоумење. Кога ги разгледувале овие прашања судовите никогаш не давале јасна дефиниција на стандардот на разумно двоумење, што резултирало во конфузија и недоследност кои траат до ден денешен.

Во различните обиди да се опише или појасни терминот „разумно двоумење“, судовите често користеле уште позбунувачки термини како „морална сигурност“, „задоволена совест“ и „значително двоумење“, или се обидуваале да го објаснат разумното двоумење по пат на аналогија или преку примери од реалниот живот. Судовите не секогаш ги користеле овие термини доследно. Како резултат на тоа, и покрај посветеното судско внимание да се дефинира стандардот на разумно двоумење, тој и понатаму останува недефиниран и нејасен како што бил кога за прв пат бил воведен во XVIII век.

Откако хронолошки ќе бидат дискутирани раните државни случаи и случаите на Врховниот суд на САД во однос на развојот на стандардот на разумно двоумење, ќе бидат разгледани неколку пионерски случаи на Врховниот суд на САД кои го вклопиле разумното двоумење во упатствата дадени на поротата. Ова ќе обезбеди позадина за тоа како Сојузните окружни судови на САД се справувале со упатствата за разумно двоумење во отсуство на конкретна дефиниција. Подолу во текстот, а со цел да се долови суштината, се вклучени разни остроумни критики на одлуките на судовите, како и ставовите на авторот во однос на потребата за дефинирање на овој стандард.

<sup>366</sup> *Робинс против Охајо* (*Robbins v. Ohio*), 8 Ohio St. 131, 167-68 (1857).

## Комонвелтот против Харман (1846) и Комонвелтот против Рајдер (1905)

Еден од првите примери за тоа како разумното двоумење бил искористен и опишан како стандард на докажување се наоѓа во случајот на Врховниот суд на Пенсилванија од 1846 - *Комонвелтој против Харман*,<sup>367</sup> кој подоцна бил разгледан и појаснет во *Комонвелтој против Рајдер*.<sup>368</sup> Во *Харман*, судот дискутирал за прашањето на степенот на двоумење во вината на обвинетиот кој е потребен за ослободување, изјавувајќи се дека двоумењето мора да биде „сериозно и суштинско“ што е спротивно на „само веројатно“.<sup>369</sup>

*Харман* била обвинета за убиство на нејзиното новородено бебе. Судот истакнал дека имајќи ги во предвид доказите, кои се сите посредни доволни се за на поротата да ѝ се дадат упатства да го отфрли од ум неверувањето или двојбата во вината на *Харман*.<sup>370</sup> Судот укажал дека неверувањето или двојбата кои еден поротник може да ги има треба да бидат „вистински, а не технички“, и дека тоа би било „доволно за неговата совест да е чиста“.<sup>371</sup> Судот заклучил дека „законот бара осуда секаде каде што има *правни* докази за да се докаже вината на затвореникот надвор од разумно двоумење; а посредните докази се правни докази“.<sup>372</sup> Судот ѝ дал упатства на поротата дека двојбата врз основ на која ќе се донесе ослободителна пресуда мора да биде „сериозна и значителна – а не само да постои веројатност за двојба“.<sup>373</sup> Меѓутоа, ако поротата „може да ги поврзе доказите во било каква разумна претпоставка за невиност, тогаш тие *може* да донесат ослободителна пресуда“.<sup>374</sup> Употребата на овие дискрециони изрази укажуваат на тоа дека поротата *може* да ослободи, наспроти изразот *мора* да ослободи, доколку постои вистински разумно двоумење во вината на обвинетиот.

Подоцна, во 1905 година во случајот *Рајдер*, Врховниот суд на Пенсилванија го појаснил ставот изразен во *Харман* во делот кој се однесува на дискрецијата на поротата да донесе ослободителна пресуда. Во *Рајдер*, упатствата дадени на поротата за време на судењето навеле дека: „ако имате какво било двоумење во вината на обвинетите ... за обвиненијата, врз основа на сведоштвата и законот во овој случај, може да им дозволите на обвинетите ... да извлечат корист од тоа двоумење“.<sup>375</sup> Цитирајќи го *Харман* со одобрение судот сметал

<sup>367</sup> *Комонвелтој против Харман (Commonwealth v. Harman)*, 4 Pa. 269 (1846) (понатаму во текстот *Харман*).

<sup>368</sup> *Комонвелтој против Рајдер (Commonwealth v. Rider)*, 29 Pa. Super. 621 (1905) (понатаму во текстот *Рајдер*).

<sup>369</sup> *Харман*, пара. 274.

<sup>370</sup> *Харман*, пара. 273.

<sup>371</sup> *Харман*, пара. 273.

<sup>372</sup> *Харман*, пара. 273 (нагласено во оригинал).

<sup>373</sup> *Харман*, пара. 274.

<sup>374</sup> *Харман*, пара. 274 (нагласено од авторот).

<sup>375</sup> *Рајдер*, пара. 625 (нагласено од авторот).

дека „едно двоумење за да резултира со ослободителна пресуда мора да биде сериозно и суштинско, а не само веројатност за двоумење“.<sup>376</sup> Сепак, судот потоа го истакнал ставот во *Харман* за тоа како поротата треба да го користи разумното двоумење:

Упатството кое очигледно и остава на поротата впечаток дека ако тие имаат *двојба* каква што законот бара ... тогаш тие имаат дискрециона одговорност да утврдат дали обвинетиот треба да има корист од тоа двоумење, всушност е погрешно. Дискрецијата дадена на поротата треба да се користи во одредувањето на тоа дали постои разумно двоумење, ако тие сметаат дека такво двоумење постои тогаш се применува правниот принцип дека мора да му се дозволи на обвинетиот да извлече корист од тоа двоумење; *а не дека тие можат да одлучат да го сторат тоа во нивна дискреција*.<sup>377</sup>

*Харман* и *Рајгер* покажуваат дека терминот „разумно двоумење“ не бил третиран како нешто ново од страна на судовите на Пенсилванија. Сепак тој добил некакво прифаќање во дефинирањето на стандардот на докажување кој е потребен за да се постигне осудителна пресуда.

### Џајлс против Џорџија (1849)

Во *Џајлс против Џорџија*,<sup>378</sup> Врховниот суд на Џорџија го разгледувал прашањето на погрешни упатства дадени на поротата во врска со стандардот на разумно двоумење. Џајлс поднел жалба на пресуда донесена за клеветата. Обвинетиот се жалел на тоа дека судијата направил грешка кога ѝ дал упатства на поротата „за степенот на уверување кој што треба да го постигнат во својот ум пред пред да го прогласат затвореникот за виновен“.<sup>379</sup> Обвинетиот посебно ја оспорил изјавата на судијата дека иако „обвинетиот имал право да извлече корист од било какво двоумење ... тоа *и требало* да биде разумно двоумење, а не само можност за двоумење“.<sup>380</sup> За да одговори на ова прашање судот се обидел да го дефинира стандардот на разумно двоумење.

Судот се потпрел на неколку англиски правни трудови за развојот на изразот „разумно двоумење“. Еден од трудовите на кои се потпрел бил под наслов *Доказни правила при жалба до Крунаџа* на Мекнали, каде што тој наведува дека „ако кај поротата постои разумно двоумење за вистината на сведочењето на сведоците, а поротниците се заколнале дека ќе се обидат исправно и вистински да пресудат тогаш се обврзани со својата совест да го ослободат затвореникот од обвинението кое е покренато против него со тоа што ќе донесат пресуда дека тој не е виновен“.<sup>381</sup> Макнали се осврнал на Сер Едвард Кокс, кој „ја поттикнувал

<sup>376</sup> *Рајгер*, пара. 625.

<sup>377</sup> *Рајгер*, пара. 626 (нагласено од авторот).

<sup>378</sup> *Џајлс против Џорџија* (*Giles v. Georgia*), 6 Ga. 276 (1849) (понатаму во текстот Џајлс).

<sup>379</sup> *Џајлс*, пара. 284.

<sup>380</sup> *Џајлс*, пара. 284 (нагласено од авторот).

<sup>381</sup> *Masnally*, стр. 2 (нагласено во оригинал).

поротата да не ја даде својата пресудата против затвореникот без да има јасен, директен и очигледен доказ за неговата вина, што значи дека таму каде што постои двојба последицата треба да биде ослободување на странката од судење“.<sup>382</sup>

Судот потврдил дека и покрај тоа што изјавата на Мекнали била „добро искалкулирана за погрешно да ја насочи поротата“, тој се согласил со неговата интерпретација на стандардот.<sup>383</sup> Судот се повикал на потсетувањето дадено од страна на Мекнали дека поротниците имаат должност „пред да ја изречат осудителната пресуда да се запрашаат дали тие се задоволни, надвор од *веројатноста* за двојба, дека тој е виновен за обвинението кое е наведено против него во обвинителниот акт“.<sup>384</sup> Судот го истакнал упатството на судијата Чембрлен во случајот *Кралoи ѝроиив Паџрик Фини* дека „ако постои двоумење, сметам дека е јасна изреката која е втемелена на човечноста како и во правото, а која вели дека во таков случај затвореникот треба да се ослободи од казна“.<sup>385</sup> Судот исто така со одобрување ја истакнал работата на Старки наведувајќи дека „апсолутна, математичка или метафизичка сигурност не е од суштинско значење; а освен тоа, во судските истражни дејствија таквата сигурност е целосно недостижна. Може да се бара само *морална сигурност*“.<sup>386</sup> Старки изјавил дека „да се ослободи некој на темел на безначајни, тривијални и нереалени претпоставки и изолирани верувања значи суштинско прекршување на заклетвата на поротата“ сепак, „еден поротник не смее да изрече осуда, освен ако доказите го исклучуваат од неговиот ум секое разумно двоумење за вината на обвинетиот, и ... ако доказите толку го убедуваат што ќе биде принуден да постапи по тоа уверување како да е прашања од негов највисок интерес и значење“.<sup>387</sup> Судот се согласил дека расправата прилично точно ги одразила изразите кои се користиле во упатствата на судечкиот судија дадени на поротата.<sup>388</sup>

Судот истакнал дека вината не „секогаш треба да се утврди со демонстративни и *нејобични* докази. Доволно е доказите, без оглед на нивниот вид, дали се позитивни или индиции, директни или посредни, да го задоволат разбирањето и совеста на порота“.<sup>389</sup> Судот употребил повеќе изрази за стандардот на докажување во кривичните случаи: „разумно двоумење“, „морална сигурност“ и „задоволена совест“. Како што беше дискутирано во претходните делови, тие се нејасни и опширни изрази кои пренесуваат различни значења и збунуваат. Сепак не изгледа

<sup>382</sup> *Џајлс*, пара. 285, цитат од Macnally, стр. 2.

<sup>383</sup> *Џајлс*, пара. 284.

<sup>384</sup> *Џајлс*, пара. 285, *циџаџи* *ог* Macnally, стр. 3 (нагласено од авторот).

<sup>385</sup> *Џајлс*, пара. 285, *циџаџи* *ог* Macnally, стр. 5, *циџаџи* *ог* *Кралoи ѝроиив Паџрик Фини* (*The King v. Patrick Finny*), at a *Commission of Oyer and Terminer*, Dublin, January 1798, 38 Geo. III, Ridgeway's Rep. 147.

<sup>386</sup> *Џајлс*, пара. 285 (нагласено од авторот), *циџаџи* *ог* Starkie, стр. 514.

<sup>387</sup> Starkie, стр. 514.

<sup>388</sup> *Џајлс*, пара. 285.

<sup>389</sup> *Џајлс*, пара. 286 (нагласено во оригинал).

дека судот ги користел овие термини со цел да воспостави различни стандарди, туку ги користел како синоними за да го разјасни стандардот на разумно двоумење, без оглед дали тие обиди биле успешни или не. Меѓусебното користење на овие термини од страна на судот покажува значителен недостаток во јасноста на дефинирањето на разумното двоумење.

### Комонвелтот против Вебстер (1850)

Случајот *Комонвелтот против Вебстер*<sup>390</sup> на Врховниот суд на Масачусетс останал забележан до овој ден поради упатствата дадени на порота од страна на претседателот на судот, Лемуел Шо, кој во тоа време имал негативен публицитет поради јавниот профил на жртвата и обвинетиот во случајот. Д-р Џон Вебстер, професор по хемија на Универзитетот Харвард, бил обвинет за убиство на неговиот колега, д-р Џорџ Паркман, кој бил позната личност во Бостон.<sup>391</sup> Случајот *Вебстер* го дискутирал нивото на сигурност потребно за да се донесе пресуда на темел на посредни докази и обезбедил дефиниција на стандардот на разумно двоумење.<sup>392</sup>

Судот истакнал дека ова е случај „кој треба да се докаже, ако воопшто се докаже, на темел на посредни докази“.<sup>393</sup> Тој навел дека поради тоа што „кривичното дело е извршено во тајност“ станува неопходно да се користат „сите други форми на докази освен директно сведоштво, под услов таквите докази да се доволно веродостојни да доведат до безбедни и задоволителни заклучоци“.<sup>394</sup> Меѓутоа, „треба да се има големо внимание и претпазливост при извлекувањето на заклучоци од докажаните факти“ бидејќи „обичајното право се однесува на вообичаеното искуство и здравиот разум; па заклучокот извлечен од фактите треба да биде *разумен и природен* и на ниво на морална сигурност .... Не е доволно да е само веројатен. Мора да биде *разумно и морално сигурен*“.<sup>395</sup> Судот потоа додал дека „заклучоците извлечени од независни извори, различни едни од други, но со тенденција да доведат до истиот заклучок, не само што даваат поддршка едни на други, туку го прават тоа со зголемена тежина“.<sup>396</sup> „Сите докажани факти мора да бидат во согласност едни со други, а во согласност и со главниот факт кој треба да се докаже...“<sup>397</sup> Така, ако некој факт „кој е важен за донесување на одреден заклучок не е во согласност со хипотезата за

<sup>390</sup> *Комонвелтот против Вебстер* (*Commonwealth v. Webster*), 59 Mass. 295 (1850) (понатаму во текстот, *Вебстер*).

<sup>391</sup> *Вебстер*, пара. 295, 300.

<sup>392</sup> *Вебстер*, пара. 310-20.

<sup>393</sup> *Вебстер*, пара. 310.

<sup>394</sup> *Вебстер*, пара. 311, *циџај од* Edward Hyde East, *A Treatise of the Pleas of the Crown* (Расправа за жалбите до Круната) с. 5, § 11 (Р. Бурне 1806).

<sup>395</sup> *Вебстер*, пара. 312-13 (нагласено од авторот).

<sup>396</sup> *Вебстер*, пара. 317.

<sup>397</sup> *Вебстер*, пара. 318.



вината на обвинетиот, тој го прекинува ланецот на посредни докази од кои зависи заклучокот; И, колку и да изгледаат веродостојни или очигледно убедливи другите околности, обвинението мора да биде отфрлено“.<sup>398</sup> Исто така, „не е доволно околностите да создадат веројатност, иако можеби силна; и доколку, под претпоставка дека сите факти кои докажете имаат намера да ги потврдат се вистинити, сепак ако тие може да се искористат и за друга хипотеза која не ја вклучува вината на обвинетиот, тогаш доказот е неуспешен“.<sup>399</sup>

Претседателот на судот Шо го дефинирал стандардот на разумно двоумење:

Тогаш што е разумно двоумење? Тоа е термин кој често се користи, веројатно многу добро познат, но не е лесно да се дефинира. Тоа не е само можно двоумење; бидејќи секое нешто поврзано со човечките работи и во зависност од моралните докази е отворено за некакви можни или имагинарни двојби. Тоа е таа состојба на случајот која, после споредувањето и разгледувањето на сите докази, ги остава умовите на поротниците во таква состојба што не може да се каже дека чувствуваат *и́рајно убедување, ниво на морална сигурносí*, за вистината на обвинението. Товарот на докажување е на обвинителот. Сите правни претпоставки кои се независни од докажете се во корист на невиност; и секој човек се смета за невин сè додека не се докаже дека е виновен. Доколку по такви докази останува разумно двоумење, обвинетиот има право да извлече корист од него со тоа што ќе биде ослободен. Затоа не е доволно да се утврди веројатност, иако можеби силна која произлегува од доктрината на веројатност, дека фактот за обвинение е повеќе веројатно да биде вистина отколку не, туку докажете мора да ја утврдат вистината за фактот на ниво на *разумна и морална сигурносí; сигурносí што го убедува и го насочува разбирањето*, и ги задоволува причините за пресуда на оние кои се *должни совесно да и́осíајуваат* според таа увереност. Ова го сметаме за доказ надвор од разумно двоумење; затоа што ако законот, кој во најголем дел зависи од фактори од морална природа, оди подалеку од ова, тогаш бара апсолутна сигурност и би исклучил посредни докази.<sup>400</sup>

Дефиницијата за разумно двоумење на претседателот на судот Шо била широко прифатена од страна на други судови. На пример во *Виктор и́рошв Небраска* (1994) Врховниот суд на САД со одобрување ја истакнал дефиницијата на Вебстер како “веројатно најповолна дефиниција дадена за терминот ‘разумно двоумење’ во случаите познати на кривичната судска пракса“.<sup>401</sup>

<sup>398</sup> Вебстер, пара. 318-19.

<sup>399</sup> Вебстер, пара. 319.

<sup>400</sup> Вебстер, пара. 320 (нагласено од авторот).

<sup>401</sup> *Виктор и́рошв Небраска (Victor v. Nebraska)*, 511 U.S. 1, 7 (1994) (понатаму во текстот Виктор).

Некои коментатори го критикуваат упатството во случајот *Вебстер*.<sup>402</sup> Судијата Меј, современик на судијата Шо, истакнал дека иако обидот да се дефинира разумното двоумење во *Вебстер* е „неуспешен“ и „жалосен“, „трудот да се даде попрактична и поразбирлива експозиција ветува реформа што треба да биде поздравена со задоволство“.<sup>403</sup> Вилијам Трикет во својата статија *Надмоќноста на докази и разумно двоумење* (1906) ги критикувал упатствата на судијата Шо тврдејќи дека „невозможно е да се види како обичен член на порота би бил потпомогнат со тоа што ќе му се каже дека ако е морално сигурен во вината на затвореникот треба да го осуди“.<sup>404</sup>

### Мајлс против САД (1881)

*Мајлс против САД* е прв случај во кој Врховниот суд на САД се осврнал на прашањето на дефинирање на стандардот на разумно двоумење. Како еден од основите за жалба подносителот се осврнал на упатствата дадени на поротата при дефинирањето на разумното двоумење.<sup>405</sup>

Вината на затвореникот треба да биде утврдена надвор од разумно двоумење. Доказ надвор од разумно двоумење е оној кој ќе предизвика во умот цврста осуда до степен на морална сигурност дека постои фактот за кој се тврди дека постои, така што ќе се чувствуваат сигурни дека постои. Стабилен доказ не е доволен. Поротник во кривична постапка не треба да осудува, освен ако доказите го исклучуваат од неговиот ум секое разумно двоумење; односно, освен ако е толку убеден во доказите, без оглед во кои вид спаѓаат доказите, за вината на обвинетиот, како што еден совесен човек би се чувствува безбедно да постапи по таа увереност кога се работи за прашања од највисок интерес и значење за неговите најмили лични интереси.<sup>406</sup>

Врховниот суд на САД не нашол грешки во ова упатство. Врховниот суд на САД се потпирал на повеќе државни случаи, вклучувајќи ги и *Вебстер* и *Џајлс*, заклучувајќи дека:

Доказите врз кои поротата оправдано донела пресуда за вина мора да бидат доволни за да предизвикаат убедување за вина, исклучувајќи го секое разумно двоумење. Обидите да се објасни терминот „разумно двоумење“ обично не го прават тој термин појасен во умовите на поротниците. Изразите кои се користат во овој случај сепак биле многу поволни за обвинетиот и се поддржани од страна на угледен орган.<sup>407</sup>

<sup>402</sup> *Види* *Уоголе Уоголочка Судска Пракса Пое* *случајот Вебстер на окружниите апелациони судови на САД.*

<sup>403</sup> *Мајлс*, стр. 663-64.

<sup>404</sup> *Trickett*, стр. 85.

<sup>405</sup> *Мајлс против Обединетите Држави (Miles v. United States)*, 103 U.S. 304, 312 (1881) (понатаму во текстот *Мајлс*).

<sup>406</sup> *Мајлс*, пара. 309.

<sup>407</sup> *Мајлс*, пара. 312, *Џајлс и Вебстер*; *Арнолд против државата (Arnold v. State)*, 23 Ind. 170 (1864); *Државата против Хау (State v. Nash)*, 7 Iowa 347 (1858); *Државата против Остриндер (State v. Ostrander)*, 18 Iowa 435 (1865); *Донели против државата (Donnelly v. State)*, 26 N.J.L. 601 (1857); *Винтер против државата (Winter v. State)*, 20 Ala. 39 (1852); *Giles*.

Врховниот суд на САД предупредил дека обидите да се појасни терминот „разумно двоумење“ најверојатно ќе резултира во конфузија наместо во појаснување. Иако Врховниот суд на САД јасно ги признал опасностите од обидот да се дефинира поимот „разумно двоумење“ тој не предложил било какво решение за потенцијалниот проблем.

Професор Милер В. Шили Јуниор во својата анализа на случајот *Мајлс* забележува дека всушност неуспехот на судот во оваа рана фаза „цврсто да одреди дефиниција го означува потеклото на овој проблем“.<sup>408</sup>

### Хопт против Јута (1887)

Како што било предвидено, во 1887 година, шест години по случајот *Мајлс*, Врховниот суд на САД бил соочен повторно со дефиницијата на стандардот на разумно двоумење во случајот *Хойџи Ыројив Јуџа*.<sup>409</sup> Окружниот суд во Јута го осудил извршителот на убиство на смртна казна.<sup>410</sup> Една од основите за жалба биле упатствата на судијата до поротата за значењето на разумното двоумење.<sup>411</sup> Судијата кој го судел случајот им ги дал следниве упатства на поротата:

Ако може да ги усогласите доказите пред вас со некоја разумна хипотеза која укажува на невиноста на обвинетиот треба да го сторите тоа и во таков случај да го прогласите за невин ....

Разумно двоумење е двоумење темелено на разумот и кое е разумно во поглед на сите докази. Ако по непристрасно споредување и разгледување на доказите искрено кажете дека не сте задоволни со вината на обвинетиот имате разумно двоумење; Но ако по непристрасно споредување и разгледување на сите докази може точно да кажете дека имате цврста увереност во вината на обвинетиот, така како што би биле спремни да дејствувате на темел на таква увереност во тешки и важни прашања поврзани со ваши лични работи, тогаш немате разумно двоумење.<sup>412</sup>

Врховниот суд на САД ја одобрил оваа дефиниција и при тоа исто така ги дискутирал упатствата на поротата во случајот *Вебсџер*. Судот истакнал дека тешкотија од упатствата во случајот *Вебсџер* се јавува бидејќи „зборовите ‚до степен на разумна и морална сигурност‘ не

<sup>408</sup> Shealy, стр. 233, *види џозеф* фуснота 21.

<sup>409</sup> *Хойџи Ыројив Јуџа (Hopt v. Utah)*, 120 U.S. 430 (1887) (понатаму во текстот *Хойџи*). Оваа жалба произлегла од четвртата осудителна пресуда на Хопт за убиството на Џон Ф. Гарнер. Трите претходни осудителни пресуди биле поништени од страна на Врховниот суд на САД. Повторените жалби на Хопт опфатиле временски период од седум години, помеѓу извршување на убиство и егзекутирањето на Хопт, што довело до фрустрација на луѓето на Јута и предизвикало јавно линчување на пет осомничени криминалци. *Bugy Kimberly S. Hanger, The Frederick Hopt Murder Case: A Darker Side of Utah Territorial History (Случајот на убиство на Фредерик Хойџи: Поштемнајта страна на шеријоријалната историја на Јуџа)*, 6(0) UCLA Hist. J. 83 (1985).

<sup>410</sup> *Хойџи*, пара. 430.

<sup>411</sup> *Хойџи*, пара. 431.

<sup>412</sup> *Хойџи*, пара. 439.

додаваат ништо ново на зборовите „надвор од разумно двоумење“ и едниот и другиот израз може да бараат понатамошно објаснување“. <sup>413</sup> Врховниот суд на САД понатаму се осврнал на *Вебстер* наведувајќи:

Таму исто така било наведено дека упатствата дадени на поротата дека тие треба да бидат задоволни од вината на обвинетиот надвор од разумно двоумење без никакви дополнителни објаснувања се сметале за доволни. Во многу случаи несомнено тоа може да биде доволно. Тоа е едноставно правило кое може да ја води поротата и е разбирливо за нив генерално како и било што друго што може да се каже, со целосна почит кон уверувањето што тие треба да го имаат во однос на вината на обвинетиот за да ја оправдаат пресудата против него. Но многу пати, особено кога случајот е и така доволно комплициран, некакво објаснување или илустрација за правилото може да помогне да се добие целосно и фер разбирање на ова правило. <sup>414</sup>

Врховниот суд на САД со одобрување се осврнал на забелешката на судијата која се однесува на тешките и важни прашања во животот на поротниците:

Една илустрација како онаа дадена во овој случај ... веројатно ќе им помогне да дојдат до вистинскиот заклучок кога обидот да се даде дефиниција може да пропадне. <sup>415</sup>

Со оваа изјава Врховниот суд на САД генерално ја одобрил употребата на споредби при давање на упатства на поротата за значењето на разумното двоумење.

Шили тврди дека наместо да им остави на судиите на судскиот процес дискреционо право за тоа дали да го дефинираат поимот „разумно двоумење“, Врховниот суд на САД требал поодлучно да ја усвои дефиницијата на *Вебстер*. Со тоа Врховниот суд на САД најверојатно можел „да ја спречи конфузијата што во моментот владее во оваа област на законот“. <sup>416</sup>

<sup>413</sup> *Хойи*, пара. 440.

<sup>414</sup> *Хойи*, пара. 440.

<sup>415</sup> *Хойи*, пара. 441.

<sup>416</sup> Shealy, стр. 235.

## Холанд против САД (1954)

Во *Холанд* *проштив САД* Врховниот суд на САД го одобрил упатството дадено на поротата со кое разумното двоумење е опишано како „вид на двојба ... на која вие луѓе, во сериозни и важни работи во својот живот би биле спремни да делувате“. <sup>417</sup> Овој опис ја потврдил употребата на споредби за да се опише разумното двоумење. <sup>418</sup>

Врховниот суд на САД ја одобрил и изјавата дадена во случајот *Мајлс* дека „обидите да се објасни поимот ‚разумно двоумење‘ обично не резултира во тоа што ќе стане појасен во умот на поротниците“. <sup>419</sup> Иако судот истакнал дека упатствата на поротата требало да бидат изразени во смисла на „би биле спремни да не делувате“ наместо „би биле спремни да делувате“ сметал дека „упатствата како што се дадени не биле од типот што би можеле да ја доведат поротата во заблуда за таа да не може да најде разумно двоумење таму каде што тоа постои“. <sup>420</sup>

## Случајот Виншип (1970)

Пресуден момент за стандардот на разумно двоумење била 1970 година. Врховниот суд на САД во случајот *Виншиј* му доделил уставен статус на стандардот на разумно двоумење.

Случајот *Виншиј* се осврнал на прашањето „дали доказ надвор од разумно двоумење е меѓу ‚основите за правично судење и фер третман‘ кои се потребни во текот на фазата на одлучување кога малолетно лице е обвинето за дело кое би претставувало кривично дело ако било сторено од страна на возрасен“. <sup>421</sup> Судот изнел две причини за поддршка на својот став. Прво, судот оценил дека стандардот на разумно двоумење „е главниот инструмент за намалување на ризикот од пресуди кои се потпираат на фактичка грешка“, бидејќи „обезбедува конкретен елемент за презумпција на невиност“ <sup>422</sup> „поради можноста да ја изгуби својата слобода по огласувањето за виновен и поради веројатноста дека ќе биде оцрнет по огласувањето за виновен“. <sup>423</sup> Второ, судот оценил дека стандардот на разумно двоумење е „неопходен за да заедницата има почит и доверба во примената на кривичниот закон“, влевајќи доверба кај поединци дека „нивната влада не може да ги осуди за виновни за кривично дело без да го убеди соодветниот одлучувач за фактите во нивната вина со најголема сигурност“. <sup>424</sup>

Четиринаесеттиот амандман на Уставот на САД предвидува дека ниту една држава „нема да му го одземе на некое лице животот, слободата

<sup>417</sup> *Holland v. United States*, 348 US 121, 140 (1954) (понатаму во текстот *Холанд*).

<sup>418</sup> Power, стр. 57.

<sup>419</sup> *Холанд*, пара. 140, *цитирајќи* *ог Мајлс*, пара. 312.

<sup>420</sup> *Холанд*, пара. 140.

<sup>421</sup> *Виншиј*, пара. 359.

<sup>422</sup> *Виншиј*, пара. 363.

<sup>423</sup> *Виншиј*, пара. 363.

<sup>424</sup> *Виншиј*, пара. 364.

или имотот, без праведна постапка“. Судот експлицитно сметал дека „условот за праведна постапка [од Четиринаесеттиот амандман на Уставот на САД] ги штити обвинетите од осудителна пресуда, освен кога истата не се темели на доказ надвор од разумно двоумење за секој факт потребен за утврдување на кривичното дело за кое е лицето обвинето“.<sup>425</sup>

Ова била радикална одлука со широки импликации.<sup>426</sup> Судот го пронашол стандардот на разумно двоумење во Уставот на САД, иако тој таму не е експлицитно наведен. За жал судот не го дефинирал терминот разумно двоумење. Некои го критикуваат Врховниот суд на САД заради пропустот да одговори на главното прашање за тоа како и до кој степен треба стандардот на разумно двоумење да се дефинира во упатствата до поротата.

Џон О. Њуман (Главен судија на Апелациониот суд за Вториот округ на САД) истакнал неколку силни аргументи. Тој тврдел дека во *Виншиј* судот не успеал да го разгледа „критичното прашање поврзано со тоа дали Уставот поставува некаков стандард за оценување за тоа што претставува доволен доказ што ќе овозможи валидна пресуда според стандардот на разумно двоумење“.<sup>427</sup> Со тоа што не го разгледал ова прашање Њуман со право истакнал дека судот оставил простор за контроверзни толкувања на стандардот на докажување.<sup>428</sup>

<sup>425</sup> *Виншиј*, пара. 364. *Виги исџо џака* Дел 1 од Четиринаесеттиот амандман на Уставот на САД.  
<sup>426</sup> Shealy соодветно забележува дека „ставот на судот во *Виншиј* имаше револуционерни импликации врз кривичното право. На крајот на краиштата, *Виншиј* и прашањата кои се покрената значително ги променија правилата кои се однесуваат на многу афирмативни одбрани и некои помалку застапени кривични дела. Во случај на афирмативна одбрана, обвинетиот веќе го нема товарот на убедување. Откако е покрената таква одбрана, односно откако обвинетиот го исполнил „товарот на приложување“, товарот на негирање на постоењето на афирмативната одбрана преминува на обвинителството. *Виги Shealy*, стр.231, фуснота 28. Shealy се потпира на неколку случаи во периодот после *Виншиј*, кои се занимаваат со тврдењата дека упатствата дадени на поротата во однос на стандардот на докажување ја имаат повредено правичната постапка. *Монџана џројив Егелхоф (Montana v. Egelhoff)*, 518 U.S. 37, 54 (1996), се тврди дека „условот на правична постапка, Уставот на САД, Четиринаесеттиот амандман бара доказ надвор од разумно двоумење за секој факт потребен за утврдување на кривично дело на обвинетиот и упатствата дадени на поротата со кои се префрла товарот на докажување на потребните елементи во врска со менталната состојба на обвинетиот ја прекршува правичноста на постапката“; *Марџин џројив Охајо (Martin v. Ohio)*, 480 U.S. 228, 230-31 (1987), се тврди дека „според законот на Охајо секое лице обвинето за кривично дело се смета за невинно сè додека неговата вина не се докаже надвор од разумно двоумење, а товарот на докажување на секој елемент на кривичното дело е на обвинителството .... Товарот да достави докази за афирмативна одбрана и товарот на докажување со помош на надмоќност на доказите при афирмативна одбрана е врз обвинетиот“. *Виги исџо џака Францис џројив Франклин (Francis v. Franklin)*, 471 U.S. 307, 313 (1985), каде се тврди дека „условот за правична постапка од Четиринаесеттиот амандман ги штити обвинетите од осудителна пресуда, освен ако истата не се базира на доказ надвор од разумно двоумење за секој факт потребен за утврдување на кривичното дело со кое обвинетиот се товари. Овој уставен принцип ѝ забранува на државата користење на доказни претпоставки во упатствата дадени на поротата кои имаат ефект на ослободување на државата од товарот на убедување надвор од разумно двоумење за секој суштински елемент на кривичното дело“. Види *Сандстром против Монтана (Sandstrom v. Montana)*, 442 U.S. 510, 516-17 (1979); *Patterson v. New York*, 432 U.S. 197, 220-21 (1977); *Милане против Вилбур (Mullaney v. Wilbur)*, 421 U.S. 684, 706 (1975).

<sup>427</sup> Jon O. Newman, *Beyond "Reasonable Doubt"* (Надвор од „разумно двоумење“), 68 N.Y.U. L. Rev. 979, 986 (1993) (понатаму во текстот Newman).

<sup>428</sup> Newman, стр. 986.

Осврнувајќи се на случајот *Џексон против Вирџинија*<sup>429</sup> - во кој Врховниот суд на САД се осврнал на прашањето дали и како стандардот на разумно двоумење влијаел на доволноста на доказите како уставна категорија - Њуман сметал дека судот погрешно го протолкувал ставот во случајот *Виншиј* со тоа што дал две различни изјави за истиот.<sup>430</sup>

Во случајот *Џексон* Судот изјавил: (1) „По случајот *Виншиј* критичната точка... мора да биде ... дали доказите може разумно да го поддржи утврдувањето на вина надвор од разумно двоумење“, и (2) „релевантното прашање е дали *било кој* рационален одлучувач за фактите може да ги пронајде основните елементи на кривичното дело надвор од секое разумно двоумење“.<sup>431</sup> Њуман ја толкува првата изјава на следниов начин: „дали вообичаено разумен човек според закон, во овој случај разумна порота, може да смета дека прашањето е докажано со помош на потребното ниво на убедување, во овој случај надвор од разумно двоумење“.<sup>432</sup> Според него, ова е исправен тест за одредување на доволноста на доказите.<sup>433</sup>

Втората изјава според Њуман ја претставува идејата на „случајно одредување на разумна пороти, со ризик за создавање на лажен впечаток дека само еден од нив треба да биде убеден надвор од разумно двоумење“.<sup>434</sup> Њуман тврди дека втората изјава „го префрла акцентот од она што значи разумна порота согласно закон и доловува слика на голема случајност при детектирањето на тоа што претставува разумна порота“.<sup>435</sup> Тој исто така забележува - како што покажува последователната судска пракса - дека по случајот *Џексон* од страна на повеќето апелациони судови се следи само втората изјава“.<sup>436</sup>

Њуман сугерира дека „судовите треба да направат нешто повеќе отколку само да го вербализираат стандардот на ‚разумно двоумење‘ во упатствата за поротата“<sup>437</sup> и упатствата за поротата треба да се направат појасни. Тој ги препорачува Моделот упатства за порота во кривична постапка на Сојузниот правосуден центар:<sup>438</sup>

<sup>429</sup> *Џексон против Вирџинија* (*Jackson v. Virginia*), 443 US 307, (1979) (понатаму во текстот *Џексон*).

<sup>430</sup> Newman, стр. 987, *циџај* *ог* *Џексон*, пара. 316-317.

<sup>431</sup> *Џексон*, пара. 318-319 (нагласено во оригинал).

<sup>432</sup> Newman, стр. 987.

<sup>433</sup> Newman, стр. 987.

<sup>434</sup> Newman, стр. 987.

<sup>435</sup> Newman, стр. 987.

<sup>436</sup> Newman, стр. 988, *циџај* *ог* *Обединетиите држави против Гордилс* (*United States v. Gordils*), 982 F.2d 64, 70 (2d Cir. 1992), cert. denied, 113 S. Ct.1953 (1993); *Обединетиите држави против Чанеи* (*United States v. Chaney*), 964 F.2d 437, 448 (5th Cir. 1992); *Обединетиите држави против Бедоу* (*United States v. Beddow*), 957 F.2d 1330, 1334 (6th Cir. 1992); *Обединетиите држави против Лонџ* (*United States v. Long*), 905 F.2d 1572, 1576 (D.C. Cir.), cert. denied, 498 U.S. 948 (1990); *Обединетиите држави против Лин* (*United States v. Linn*), 880 F.2d 209, 215 (9th Cir. 1989).

<sup>437</sup> Newman, стр. 990.

<sup>438</sup> Модел упатствата се необврзувачки модел упатства развиени од страна на Сојузниот правосуден центар, образовна и истражна агенција на сојузните судови основана во 1967 година за да промовира подобрување на судската администрација.



Доказ надвор од разумно двоумење е доказ кој ве остава цврсто убедени во вината на обвинетиот. Има многу малку нешта на овој свет што ги знаеме со апсолутна сигурност и во кривичните предмети законот не бара докази кои ги надминуваат сите можни двојби. Ако врз основа на вашето разгледување на доказите сте цврсто убедени дека обвинетиот е виновен за кривичното дело за кое е обвинет, треба да го прогласите за виновен. Ако од друга страна пак мислите дека постои реална можност тој да не е виновен, треба да го употребите тоа двоумење во корист на обвинетиот и да го прогласите за невин.<sup>439</sup>

Њуман истакнува дека „неисправната фраза за двојба „која се темели на разумот“ и „двосмислениот јазик кога станува збор за „двоумење за важни прашања“ не постојат во Моделот упатства за порота во кривична постапка на Сојузниот правосуден центар.<sup>440</sup> Њуман исто така смета дека стандардот на апелационите судии за оценување на доволноста на доказите треба да се рedefинира како стандард на „разумна порота“, наместо на стандард на „било кој рационален одлучувач за фактите“.<sup>441</sup>

Врховниот суд на САД исто така ги дискутирал упатствата на поротата за дефинирање на разумното двоумење во случаите *Кејџ против Луизијана*,<sup>442</sup> *Саливан против Луизијана*<sup>443</sup> и *Викијор против Небраска*.<sup>444</sup> Во *Кејџ*, Врховниот суд на САД ја поништил употребата на термините „суштинско двоумење“ и „сериозна неизвесност“ во опишувањето на разумното двоумење, сметајќи дека таквите упатства до поротата се неуставни.<sup>445</sup> Потоа во *Саливан* судот се осврнал на прашањето за последиците што грешките за време на судењето ги имаат врз одлучувањето на апелационите судови, сметајќи дека доколку упатството дадено на поротата за разумното двоумење е неуставно тоа претставува повреда што треба да резултира во автоматско поништување на пресудата при жалба и враќање на случајот на повторно судење. Во случајот *Викијор* Врховниот суд на САД го дискутирал концептот на „морална сигурност“ заклучувајќи дека разбирањето на изразот „морална сигурност“ од страна на поротата не укажува на понизок стандард на докажување од оној што го налага праведната постапка.<sup>446</sup>

<sup>439</sup> Newman, стр. 991, *цитирајќи* *og* Federal Judicial Center, Pattern Criminal Jury Instructions (Сојузниот правосуден центар, Модел упатства за порота во кривична постапка 28), упатство 21 (1987).

<sup>440</sup> Newman, стр. 991.

<sup>441</sup> Newman, стр. 991.

<sup>442</sup> *Кејџ против Луизијана* (*Cage v. Louisiana*), 498 U.S. 39 (1990) (понатаму во текстот, *Кејџ*).

<sup>443</sup> *Саливан против Луизијана* (*Sullivan v. Louisiana*), 113 S. Ct. 2078, 2082 (1993) (понатаму во текстот *Саливан*).

<sup>444</sup> *Викијор фуснојџа* бр. 401.

<sup>445</sup> *Кејџ*, пара. 39.

<sup>446</sup> *Викијор*, пара. 9-17.

## Кејџ против Луизијана (1990)

Во случајот *Кејџ* Врховниот суд на САД издал *per curiam* (едногласно) мислење враќајќи ја пресудата на Врховниот суд на Луизијана на повторно судење и наведувајќи дека упатствата дадени на поротата во судскиот процес „го прекршиле барањето на разумното двоумење заштитено со одредбата која бара праведна постапка“.<sup>447</sup>

Судијата кој ја водел постапката ги дал следниве упатства на поротата:

Разумно двоумење е она што се заснова врз вистинска опиплива суштинска основа, а не само на каприц или претпоставка. Двоумењето *ѝреба да биде ѝаќво ѝѝѝо ќе ѝредизвика сериозна неизвесносѝ*, што ќе се појави во вашиот ум поради незадоволителниот карактер на доказите или недостаток од нив. Разумното двоумење не е само можно двоумење. Тоа е *вистѝинско и сушѝинско двоумење*. Тоа е таков вид на двоумење кое еден разумен човек може сериозно да го земе в предвид. Она што е потребно не е апсолутна или математичка сигурност, туку *морална сигурносѝ*.<sup>448</sup>

Врховниот суд на САД укажал на тоа дека зборовите „суштинска“ и „огромна“ користени во упатствата дадени на поротата на судењето сугерираат дека за ослободување е потребен повисок степен на двоумење од бараниот стандард на разумно двоумење. Врховниот суд на САД оценил дека „кога тие изјави потоа се разгледуваат во поврзаност со терминот ‚морална сигурност‘, наместо со доказната сигурност, станува јасно дека еден одговорен поротник може да ги протолкува упатствата на начин што ќе овозможи утврдување на вина врз основа на степен на докажаност кој е понизок од оној кој се бара во одредбата за праведна постапка“.<sup>449</sup>

Критичарите напоменуваат дека *Кејџ* не успеал да објасни дали неуставноста на упатствата дадени на поротата зависела од користењето на критичните изрази „суштинско двоумење“, „сериозна неизвесност“ или „морална сигурност“.<sup>450</sup>

## Саливан против Луизијана (1993)

Во случајот *Саливан* Врховниот суд на САД ги разгледувал последиците што повредите за време на судењето ги имаат врз разгледувањето на случајот од страна на апелационите судови.<sup>451</sup> Судот сметал дека упатствата дадени на поротата кои несоодветствувале со уставните барања се повреди кои резултираат во автоматско враќање на случајот на повторно судење.<sup>452</sup>

<sup>447</sup> *Кејџ*, пара. 39.

<sup>448</sup> *Кејџ*, пара. 40 (нагласено во оригинал).

<sup>449</sup> *Кејџ*, пара. 41.

<sup>450</sup> *Вигу* Matt Nichols, *Victor v. Nebraska: The “Reasonable Doubt” Dilemma* (Викиѝор ѝроѝѝив Небраска: Дилемаѝа на „разумноѝо сомневање“), 73 N.C. L. Rev. 1709, 1720 (1995) (понатаму во текстот Nichols). *Вигу* *исѝѝѝѝ ѝаќа Uviller*, стр. 35.

<sup>451</sup> *Саливан*, пара. 275.

<sup>452</sup> *Саливан*, пара. 282.

Во *Саливан* подносителот бил обвинет и осуден за убиство од прв степен. На судењето судијата дал дефиниција за разумно двоумење во суштина идентична со онаа што се сметала за неуставна во случајот *Кеј*.<sup>453</sup> По жалбата Врховниот суд на Луизијана ја потврдил пресудата сметајќи дека грешното упатство е безопасна грешка.<sup>454</sup>

Врховниот суд на САД ја поништил одлуката на Врховниот суд на Луизијана. Тој оценил дека при одлучувањето дали грешката е безопасна судот морал да разгледа каков ефект таа грешка имала врз пресудата во дадениот случај.<sup>455</sup> Врховниот суд на САД понатаму објаснил:

Анализата со други зборови не се однесува на тоа дали во судската постапка што би се одвивала без таа грешка би била донесена осудителна пресуда, туку дали осудителната пресуда изречена во оваа судска постапка сигурно не се должела на таа грешка.<sup>456</sup>

Врховниот суд на САД образложил „да се претпоставува една осудителна пресуда што никогаш всушност не била изречена - без оглед на тоа колку може да се очигледни наодите кои ја поддржуваат истата - ја нарушува гаранцијата на судење пред порота“.<sup>457</sup> Судот понатаму резонирал:

Суштинското поврзување со утврдената фактичка состојба „надвор од разумно двоумење“ не може да се направи ако постои грешка во дефинирањето на товарот на докажување што ги поништува сите заклучици на поротата. Жалбениот суд може да се вклучи само во чиста шпекулација – да го даде својот став за тоа што би направила една разумна порота кога би направила. Со тоа „погрешен е субјектот кој го прогласува обвинетиот за виновен“.<sup>458</sup>

Судот се повикал на разликата помеѓу структурни повреди, кои се „структурни дефекти согласно уставните механизми за судење кои ја побиваат анализата“, и безопасни повреди „кои може да бидат квантитативно оценети во контекст на другите презентирани докази“.<sup>459</sup> Според тоа судот сметал дека одземањето на правото поротата да донесе пресуда за вина надвор од разумно двоумење „со последици кои се нужно немерливи и неодредени, несомнено се смета за структурна повреда“.<sup>460</sup>

<sup>453</sup> *Саливан*, пара. 277.

<sup>454</sup> *Саливан*, пара. 277.

<sup>455</sup> *Саливан*, пара. 279, *џиџај од Чајман броџив Калифорнија (Chapman v. California)*, 386 U.S. 18, 24 (1967).

<sup>456</sup> *Саливан*, пара. 279, (нагласено во оригинал).

<sup>457</sup> *Саливан*, пара. 279.

<sup>458</sup> *Саливан*, пара. 279.

<sup>459</sup> *Саливан*, пара. 281, *џиџај од Аризона броџив Фулминанџ (Arizona v. Fulminante)*, 499 U.S. 279, 309 (1991).

<sup>460</sup> *Саливан*, пара. 281-82.

## Виктор против Небраска (1994)

Врховниот суд на САД повторно го разгледал прашањето за погрешни упатства дадени на поротата во случајот *Виктор*. Сепак тој повторно не ја искористил оваа можност за да обезбеди јасно дефинирање на стандардот на разумно двоумење.

*Виктор* се осврнал на две посебни активности: подносителите на барањето во *Државата против Виктор*<sup>461</sup> и *Народот против Сандовал*<sup>462</sup> биле поединечно обвинети за убиство и осудени на смрт, па се жалеле на уставноста на упатствата дадени на поротата при дефинирање на разумното двоумење, секој во својот случај.

Сандовал бил осуден за двојно убиство.<sup>463</sup> Во неговиот случај на поротата ѝ биле дадени следниве упатства:

Разумно двоумење се дефинира на следниов начин: Тоа не е само *можно двоумење*; бидејќи сè што се однесува на човечките работи и што *зависи од морални докази* е отворено за некои можни или имагинарни двојби. Тоа е таа состојба на случајот кога по целосно споредување и разгледување на сите докази остава во умовите на поротниците таква состојба што не може да се каже дека чувствуваат трајно убедување, до степен на *морална сигурност*, за вистината на обвинението.<sup>464</sup>

Виктор бил осуден за убиство од прв степен. На неговото судење на поротата ѝ биле дадени слични упатства:

„Разумно двоумење“ е такво двоумење кое ќе натера еден разумен и совесен човек, кога се соочува со сериозни и важни одлуки во животот, да застане и да се двоуми пред да ги прифати фактите претставени како вистински и пред да се потпре на нив и потоа да постапи на темел на тие факти. Тоа е такво двоумење што нема да дозволи, откако целосно, чесно и непристрасно сте ги разгледале сите докази, да имате трајно убедување, *до сѐејен на морална сигурност*, во вината на обвинетиот. Во исто време, не е потребна апсолутна или математички сигурност. Може да бидете убедени во вистината на фактот надвор од разумно двоумење, а сепак да бидете целосно свесни дека можеби постои веројатност да сте во грешка. Може да го прогласите обвинетиот за виновен на темел на *цврста веројатност на случајот*, под услов таквата веројатност да е доволно силна да го исклучи било кое разумно двоумење за неговата вина. Разумното двоумење е *вистинска и суштинска двојба* која разумно произлегува од доказите, од фактите или околностите што произлегуваат од доказите или од недостатокот на доволно докази од страна на

<sup>461</sup> *Државата против Виктор* (*State v. Victor*), 235 Neb. 770 (1990).

<sup>462</sup> *Државата против Сандовал* (*People v. Sandoval*), 4 Cal. 4th 155 (1992).

<sup>463</sup> *Виктор*, пара. 7.

<sup>464</sup> *Виктор*, пара. 7 (нагласено во оригинал).

државата, нешто што се разликува од *двојба* која произлегува од обична веројатност, од чиста имагинација или од нереална претпоставка.<sup>465</sup>

Сандовал и Виктор тврделе дека овие упатства во кои се користеле термините како „морална сигурност“, „суштински“ и „сериозни“ двојби, и „цврста веројатност“ на случајот, го имаат преценето степенот на двоумење кој е потребен за ослободителна пресуда и затоа неуставно го спуштиле товарот на докажување на обвинителството.<sup>466</sup> Откако државните Врховни судови на Калифорнија и Небраска ги потврдиле пресудите, обвинетите поднеле претставки до Врховниот суд на САД и нивните случаи биле споени.

По жалбата Врховниот суд на САД ги потврдил пресудите со мнозинство гласови. Судот донел одлука, а судијката О’Конор ја објавила пресудата од мнозинството, дека Уставот ниту забранува ниту бара судовите да го дефинираат терминот „разумно двоумење“.<sup>467</sup> Таа истакнала дека судот само еднаш прогласил едно упатство кое го дефинира терминот разумно двоумење за неуставно доколку се употребат термините „суштинско“ и „сериозно“ двоумење, кои за еден обичен член на поротата значат повисок степен на двоумење од стандардот потребен за ослободување.<sup>468</sup> Судијката О’Конор истакнала дека не се потребни посебни форми на зборови во упатствата дадени на поротата; „туку гледани како целина, упатствата треба на поротата правилно да ѝ го пренесат концептот на разумно двоумење“.<sup>469</sup>

Сандовал и Виктор ја нападнале употребата на терминот „морална сигурност“ во упатствата дадени на поротата.<sup>470</sup> Судот изјавил дека „не ја одобрува употребата на изразот“<sup>471</sup> и „не ја поддржува неговата употреба“.<sup>472</sup> Сепак судот нашол дека употребата на тој израз не ги прави упатствата неуставни.<sup>473</sup>

Во врска со барањето на Сандовал, судијката О’Конор истакнала дека упатствата дадени на поротата во тој случај се базираат на упатствата на претседателот на судот Шо во случајот *Вебстер*.<sup>474</sup> Таа ја истакнала со одобрение дефиницијата на Вебстер и рекла дека таа дефиниција е „веројатно најповолна дефиниција дадена на зборовите ‚разумно двоумење‘ во случај кој е познат на кривичната судска пракса“.<sup>475</sup>

Главниот приговор на Сандовал бил на употребата на термините „морални докази“ и „морална сигурност“ кои се користеле од страна на судијата

<sup>465</sup> *Виктор*, пара. 18 (нагласено во оригинал).

<sup>466</sup> *Виктор*, пара. 14-22.

<sup>467</sup> *Виктор*, пара. 26.

<sup>468</sup> *Виктор*, пара. 6, *циџаџи од Кејџи*, пара. 41.

<sup>469</sup> *Виктор*, пара. 5, *циџаџи од Холанд*, пара. 140.

<sup>470</sup> *Виктор*, пара. 16, 21.

<sup>471</sup> *Виктор*, пара. 16.

<sup>472</sup> *Виктор*, пара. 21.

<sup>473</sup> *Виктор*, пара. 22.

<sup>474</sup> *Виктор*, пара. 8, *циџаџи од Вебстер*, пара. 320.

<sup>475</sup> *Виктор*, пара. 7.

кога давал упатства на поротата.<sup>476</sup> Судијката О'Конор изјавила дека „кога судијата Шо ги напишал упатствата на *Вебсџер* во 1850 година моралната сигурност значела состојба на субјективна увереност за некој настан или појава“.<sup>477</sup> Таа истакнала дека во претходни случаи Врховниот суд на САД изјавил дека „доказ со ‚морална сигурност‘ е еквивалентна фраза со доказ ‚надвор од разумно двоумење‘“.<sup>478</sup> Иако признала дека терминот „морална сигурност од страна на современите поротници можеби нема да се смета за синоним на доказ надвор од разумно двоумење“, судијката О'Конор сметала дека употребата на терминот не ги прави упатствата неуставни. Таа укажала на тоа дека, иако „моралната сигурност е двосмислена во дел од изјавата, сепак остатокот од упатствата дадени во случајот *Сандовал* го даваат контекстот на тој израз“.<sup>479</sup> Судијката О'Конор резонирала дека „изразот на морална сигурност не може да се изолира од неговата околина“ и направила разлика помеѓу неговата употреба во случај *Сандовал* наспроти *Кејџ*, бидејќи контекстот на упатството значел дека „не постоела разумна веројатност дека поротата ќе го разбере изразот морална сигурност изолирано од доказите во случајот“.<sup>480</sup> Според тоа, судот го отфрлил тврдењето на *Сандовал* дека „елементот на морална сигурност ... ја навеле поротата да го осуди на темел на докази кои биле пониски од доказите кои ги бара одредбата која се однесува на праведна постапка.“<sup>481</sup>

Главниот аргумент на Виктор бил дека „изедначувањето на разумното двоумење со ‚суштинско двоумење‘ го преценува степенот на двоумење кој бил потребен за ослободителна пресуда“.<sup>482</sup> Иако судот признал дека „конструкцијата на реченицата е малку проблематична“,<sup>483</sup> направил разлика меѓу *Викџор* и *Кејџ* со тоа што судијката О'Конор изјавила: „ние не сметаме дека користењето на изразот ‚суштинско двоумење‘ е сам по себе доволен да се прогласат упатствата дадени на поротата за неуставни“.<sup>484</sup> Судот ја испитал дефиницијата на зборот „суштински“ во речник и утврдил дека контекстот во овој случај покажува дека зборот е употребен за да се опише „џосџоене, а не џолемина на двоумење“.<sup>485</sup> Што се однесува до изразите „да се двоуми дали да дејствува“,<sup>486</sup> судот изјавил дека ова обезбедило здраво-разумски контекст за толкување на терминот „суштинско двоумење“. Според судот, упатствата дадени на поротата останале во рамки на уставните параметри.

<sup>476</sup> *Викџор*, пара. 10.

<sup>477</sup> *Викџор*, пара. 12.

<sup>478</sup> *Викџор*, пара. 12, *џиџаџи og Фигели Асоџиџаџија за заеднички живоџи џроџив Меџлер (Fidelity Mutual Life Association. v. Mettler)*, 185 U.S. 308, 317 (1902).

<sup>479</sup> *Викџор*, пара. 14.

<sup>480</sup> *Викџор*, пара. 16.

<sup>481</sup> *Викџор*, пара. 15.

<sup>482</sup> *Викџор*, пара. 19.

<sup>483</sup> *Викџор*, пара. 19.

<sup>484</sup> *Викџор*, пара. 19-20 (нагласено од авторот), *џиџаџи og Кејџ*, пара. 41.

<sup>485</sup> *Викџор*, пара. 20 (нагласено од авторот).

<sup>486</sup> *Викџор*, пара. 18, „да застане и да се двоуми, пред да ги прифати фактите претставени како вистински и пред да се потпре на нив и потоа да постапи на темел на тие факти....“

Судијата Кенеди во своето дополнително мислење забележал дека фразата „морални докази“ иако не е фатална за упатствата дадени на поротата во случајот Сандовал, сепак е толку нејасна и флексибилна што во други околности би можела да ги стави упатствата за разумно двоумење во ризик.<sup>487</sup>

Во исто време и судијката Гинсберг во дополнително мислење ги истакнала своите забелешки. Таа сметала дека изразот „да се двоуми да дејствува“, како споредба која се користи во упатствата дадени на поротата во случајот Виктор, била особено збунувачка забележувајќи дека постои и судска критика на ова изразување.<sup>488</sup> Таа исто така ги критикувала збунувачките зборови користени во упатствата за кои таа верувала дека допринеле судечкиот судија да го дефинира разумното двоумење како „двоумење ... кое е разумно“.<sup>489</sup> Судијката Гинсберг со право забележала дека и покрај многуте обиди од страна на судечки судии да го дефинираат стандардот на разумно двоумење, сеуште нема јасна дефиниција.<sup>490</sup> Таа ги препорачала Модел упатствата на Сојузниот правосуден центар.<sup>491</sup>

Судијата Блекмун се приклучил кон оние кои имале спротивно мислење, а кон него се приклучил делумно и судијата Сутер. Неговото несогласување било врзано за она што тој верувал дека е погрешно применето во случајот *Кејџ* од страна на мнозинството.<sup>492</sup> Тој сметал дека „било кое упатство дадено на порота со кое се дефинира ‚разумното двоумење‘ со несоодветно висок степен на двоумење за донесување на ослободителна пресуда или несоодветно низок степен на сигурност за осудителна пресуда доведува до повреда на праведната постапка“.<sup>493</sup> Тој го истакнал заклучокот на Врховниот суд на САД во случајот *Кејџ* дека „зборовите ‚значително двоумење‘ и ‚сериозна неизвесност‘ налагале дека за ослободување е потребен повисок степен на двоумење од бараниот стандард на разумно двоумење“.<sup>494</sup> Тој исто така забележал дека „кога тие изјави потоа се разгледуваат во врска со ‚моралната сигурност‘, наместо со ‚доказната сигурност‘, го прават упатството во целост уставно неисправно“.<sup>495</sup> Тој исто така забележал дека „обидот на мнозинството да направи разлика помеѓу упатствата дадени во случајот *Викџор* и упатствата дадени во случајот *Кејџ* бил целосно неубедлив“.<sup>496</sup>

<sup>487</sup> *Викџор*, пара. 22.

<sup>488</sup> *Викџор*, на 24, *циџаџи* *og* Pattern Criminal Jury Instructions, Report of the Subcommittee on Pattern Jury Instructions, Committee on the Operation of the Jury System, Judicial Conference of the United States Federal Judicial Center (Моделот упатства за порота во кривични постапки, Извештај на Поткомитетот за Моделот упатства за порота, Комитетот за функционирање на системот на порота, Судската конференција на Сојузниот правосуден центар на САД) (1987).

<sup>489</sup> *Викџор*, пара. 25.

<sup>490</sup> *Викџор*, пара. 26.

<sup>491</sup> *Викџор*, пара. 27; *види џоџоре* *фуснота* 438.

<sup>492</sup> *Викџор*, пара. 28.

<sup>493</sup> *Викџор*, пара. 29.

<sup>494</sup> *Викџор*, пара. 30-31, *циџаџи* *og* *Кејџ*, пара. 41.

<sup>495</sup> *Викџор*, пара. 30-31, *циџаџи* *og* *Кејџ*, пара. 41.

<sup>496</sup> *Викџор*, пара. 31.



Судијата Блекмун исто така истакнал дека „шпекулацијата на мнозинството дека во случај *Викџор* поротата го толкувала зборот ‚суштинска‘ како да значи нешто друго а не ‚поголем степен‘ се базира едноставно на тоа што зборот ‚суштинска‘ се искористил за да се направи разлика кај една претпоставка која е неоснована и е преземена од случајот *Кејџ*“.<sup>497</sup> Судијата Блекмун забележал дека Врховниот суд на САД не се осврнал на разликата помеѓу „значително двоумење“ и „сериозна неизвесност“, останувајќи неубеден дека постои било какво можно толкување на поимот „значително двоумење“ кое би било уставно прифатливо.<sup>498</sup>

Судијата Блекмун се согласил со судијката Гинсберг дека изразот „да се двоуми да дејствува“ е „далеку од корисен и всушност може да ги направи работите уште полоши со тоа што ја споредува одлуката за тоа дали да се осуди или да се ослободи ... со чести високоризични лични одлуки кои луѓето мора да ги носат во нивниот секојдневен живот“.<sup>499</sup> Тој го зазел ставот дека изразот кој се користи во упатствата дадени на поротата во случајот *Викџор*, особено терминот „цврста веројатност“ и „да се двоуми да дејствува“ всушност придонеле кон веројатноста дека поротата ќе го примени погрешниот стандард на докажување.<sup>500</sup>

Во однос на употребата на изразот „морална сигурност“, судијата Блекмун верувал дека оваа фраза е особено опасна бидејќи била користена во комбинација со изрази кои веќе го прецениле степенот на двоумење потребен за осуда.<sup>501</sup> Тој направил разлика помеѓу упатствата дадени во судскиот процес Сандовал од оние дадени во судењето Виктор и смета дека вторите упатства биле исклучително лоши бидејќи сите погрешно користени термини меѓусебно се поткрепувале.<sup>502</sup>

Иако сите судии на Врховниот Суд на САД изгледа се согласувале дека „моралната сигурност“ е збунувачки израз и дека треба да се отстрани, судот не дал никаква алтернативна дефиниција за стандардот на разумно двоумење. Судот не ја решил конфузијата во случајот *Викџор*, која произлегла од *Кејџ*, за тоа дали сите три фрази – „суштинско двоумење“, „сериозна неизвесност“ и „морална сигурност“ - мора да бидат присутни за да доведат до повреда на правичноста на постапката.

<sup>497</sup> *Викџор*, пара. 33.

<sup>498</sup> *Викџор*, пара. 33-34.

<sup>499</sup> *Викџор*, пара. 34.

<sup>500</sup> *Викџор*, пара. 35.

<sup>501</sup> *Викџор*, пара. 37.

<sup>502</sup> *Викџор*, пара. 38.

## Судска пракса по случајот *Виктор* на Окружните апелациони судови на САД

При анализа на различните упатства на поротата во рамки на окружните апелациони судови, Роберт Ц. Пауер во неговата табела укажува на суптилните но потенцијално значајни разлики во четири области: (1) разумно двоумење (РД) и надвор од разумно двоумење (НРД); (2) Субјект (кој) (3) Глагол (дејство); и (4) Објект (кои прашања).<sup>503</sup> Некои од упатствата ги повикуваат поротниците да размислат како еден „разумен човек“ би ги интерпретирал доказите. Спротивно на тоа, други упатства ги повикуваат поротниците да го дадат своето лично мислење за доказите, презентирани во табелата на Пауер со „вие“. Пауер забележува дека не постои практична разлика меѓу „разумен човек“ или „вие“, бидејќи судовите признаваат дека во двата случаи поротниците неизбежно ќе се идентификуваат со „разумен човек“.<sup>504</sup>

Округ	Двоумење	Субјект	Глагол	Објект
Област Колумбија <sup>505</sup>	РД	Разумен и совесен човек	Да се двоуми и да застане	За сериозни и поважни животни работи
1. <sup>506</sup>	РД	Разумен човек	Да се двоуми да дејствува	За работи кои се важни и сериозни
2. <sup>507</sup>	НРД	Разумен човек	Да не се двоуми да се потпре на нив и да дејствува	За најважните работи во животот

<sup>503</sup> Power, стр. 75-76 (Табелата е репродуцирана онака како што е презентирана во статијата на Power, влучувајќи ги цитатите од првата колона „Округ“, *види погоре* фуснота 285.

<sup>504</sup> Power, стр. 77, *цитирајќи од, inter alia, Обединетиите држави против Ивиц (United States v. Ivic)*, 700 F.2d 51, 68-69 (2d Cir. 1983).

<sup>505</sup> *Еган против Обединетиите држави (Egan v. United States)*, 287 F. 958, 967 (D.C.Cir.1923). Вариации од оваа споредба може да се најдат во други случаи на Областа Колумбија. *Види Мур против Обединетиите држави (Moore v. United States)*, 345 F.2d 97, 98 & n. 1 (D. C. Cir. 1965) (каде што ова упатство се смета дека е „за пример“).

<sup>506</sup> *Обединетиите држави против Минсон (United States v. Munson)*, 819 F.2d 337, 345 (1st Cir. 1987). Оваа споредба не се наоѓа во скорешните упатства за округот. COMMITTEE ON PATTERN CRIMINAL JURY INSTRUCTIONS, DISTRICT JUDGES ASS'N FIRST CIRCUIT, PATTERN JURY INSTRUCTIONS CRIMINAL CASES (Комисија за Модел упатства за порота во кривична постапка, Сојуз на обласни судии од Првиот округ, Модел упатства за порота во кривична постапка) § 3.02, at 38-40 (1998) (одбивање на споредбата). Првиот округ ги има најстарите Модел упатства за разумно двоумење, но ги отфрла моралната сигурност, споредбата, и моделот на FJC. Id. Пара. 39-41.

<sup>507</sup> *Обединетиите држави против Делибац (United States v. Delibac)*, 925 F.2d 610, 614 (2d Cir. 1991); *види исто така Обединетиите држави против Бурбал (United States v. Birbal)*, 62 F.3d 456, 459-60 (2d Cir. 1995).

3. <sup>508</sup>	НРД	Вие	Волно да се потпрете и да дејствувате	За најважните работи во животот
5. <sup>509</sup>	НРД	Вие	Волно да се потпрете и да дејствувате	За најважните работи во животот
6. <sup>510</sup>	НРД	Вие	Да не се двоумите да се потпрете и да дејствувате	За најважните одлуки
7. <sup>511</sup>	РД	Разумен и совесен човек	Да се двоуми	За поважните работи
8. <sup>512</sup>	НРД	Разумен човек	Да не се двоуми да се потпре и да дејствува	(не е наведено)
10. <sup>513</sup>	НРД	Вие	Волно да се потпрете на нив и да дејствувате	За вашите поважни лични работи
11. <sup>514</sup>	НРД	Вие	Волно да се потпрете на нив и да дејствувате без двоумење	За најважните работи во вашиот живот

<sup>508</sup> *Обединетиите држави Ырџив Јакобс (United States v. Jacobs)*, 44 F.3d 1219, 1225 (3d Cir. 1995).

<sup>509</sup> COMMITTEE ON PATTERN CRIMINAL JURY INSTRUCTIONS, DISTRICT JUDGES ASS'N FIFTH CIRCUIT, PATTERN JURY INSTRUCTIONS – CRIMINAL CASES (Комисија за Модел упатства за порота во кривична постапка, Сојуз на обласни судии од Петтиот округ, Модел упатства за порота во кривична постапка) § 1.06, пара. 16 (1990). Ова упатство било потврдено во *Обединетиите држави Ырџив Ханџ (United States v. Hunt)*, 794 F.2d 1095, 1101 (5th Cir. 1986).

<sup>510</sup> COMMITTEE ON PATTERN CRIMINAL JURY INSTRUCTIONS, DISTRICT JUDGES ASS'N SIXTH CIRCUIT, PATTERN JURY INSTRUCTIONS-CRIMINAL CASES (Комисија за Модел упатства за порота во кривична постапка, Сојуз на обласни судии од Шестиот округ, Модел упатства за порота во кривична постапка) § 1.03, пара. 6 (1993), *циџирани со одобрување во Обединетиите држави Ырџив Годлеј (United States v. Goodlett)*, 3 F.3d 976, 979 (6th Cir. 1993).

<sup>511</sup> *Обединетиите држави Ырџив Шафнер (United States v. Shaffner)*, 524 F.2d 1021, 1023 n.2 (7th Cir. 1975). Ова упатство веќе не се користи.

<sup>512</sup> MANUAL OF MODEL CRIMINAL JURY INSTRUCTIONS FOR THE DISTRICT COURTS OF THE EIGHTH CIRCUIT (Прирачник на Модел упатства за порота во кривична постапка за окружните судови на Осмиот округ) 78 (1989) (instruction 3.11), потврдено во *Обединетиите држави Ырџив Харис (United States v. Harris)*, 974 F.2d 84, 85-86 (8th Cir. 1992).

<sup>513</sup> *Обединетиите држави Ырџив Смалдон (United States v. Smaldone)*, 485 F.2d 1333, 1347-48 (10th Cir. 1973).

<sup>514</sup> COMMITTEE ON PATTERN CRIMINAL JURY INSTRUCTIONS, DISTRICT JUDGES ASS'N ELEVENTH CIRCUIT, PATTERN JURY INSTRUCTIONS – CRIMINAL CASES (Комисија за Модел упатства за порота во кривична постапка, Сојуз на обласни судии од Единаесеттиот округ, Модел упатства за порота во кривична постапка) § 3, пара. 6 (1985), *циџирани со одобрување во Обединетиите држави Ырџив Даниел (United States v. Daniels)*, 986 F.2d 451, 456 (11th Cir. 1993).

Пауер го наведува широкиот спектар на изрази кои се толерирани од Окружните судови на САД при дефинирање на разумното двоумење:

- Кога „вие“ (како поротник) лично:
  - Би биле „спремни да се потпрете и да дејствувате“ на нив при „најважните работи во животот“
  - „Не би се двоумеле да се потпрете и да делувате“ на нив при „најважните одлуки“;
  - Би биле „спремни да се потпрете на нив и да дејствувате“ при „поважните лични работи“;
  - Би биле „спремни да се потпрете на нив и да дејствувате без двоумење“ при „најважните работи во животот“;

Или:

- Што би натерало еден „разумен и совесен човек“ да „размисли и да се двоуми“ при „сериозни и поважни животни работи“;

Или:

- Што би натерало еден „разумен човек“:
  - Да „се двоуми да дејствува“ при „за работи кои се важни и сериозни“;
  - „Не би се двоумел да се потпре и да дејствува“ при „најважните работи во животот“;
  - „Не би се двоумел да се потпре и да дејствува“.

Или:

- Што би натерало еден „разумен и совесен човек“ да се „двоуми“ при неговите „поважни работи“.

Можеби единствениот постојан елемент низ окрузите<sup>515</sup> по случајот *Виктор* е дека судовите ќе ја проценат уставната оправданост на оспореното упатство дадено на поротата како целина, а не врз основа на поединечни елементи. Сепак, иако ова може да биде теоретски така, во пракса тоа не е применето конзистентно низ окрузите.

Голем број на окрузи одобриле одредени изрази, давање на дефиниции со помош на споредби, или користење на термини како што е „морална сигурност“, „се двоуми да дејствува“ и „суштинско двоумење“. Овие термини можеби се одобрени во еден случај, а поништени во друг кој вклучува суштински слични упатства до поротата. Во голем број случаи судовите признаваат дека некои термини се погрешни или збунувачки но сепак ја потврдува нивната уставност. Шили смета дека „овие видови на одлуки покажуваат дека стандардот *Виншиј* е толку лошо дефиниран и лошо разбран што речиси секоја дефиниција на ‚разумно двоумење‘ која содржи некои популарни изрази може да биде одобрена или неодобрена согласно дадената ситуација (*ad*

<sup>515</sup> Сојузните апелационите судови на САД (или окружни судови) се второстепени апелациони судови на сојузниот судски систем во САД. Еден апелационен суд одлучува по жалби од обласните судови кои се наоѓаат во рамки на неговиот сојузен судски округ. Има единаесет судски окрузи кои не се обврзани со одлуките на другите окрузи.

hock)“.<sup>516</sup> Како што наведува Шили, оваа ситуација е „логичниот исход на одбивањето на Врховниот суд на САД да го дефинира ‚разумното двоумење‘ и неговото континуирано поигрување со идејата дека ‚разумното двоумење‘ е очигледно и нема потреба од дефиниција“.<sup>517</sup>

Неколку коментатори го понудиле како алтернатива Моделот упатства подготвен од Сојузниот правосуден центар.<sup>518</sup>

Следејќи го примерот на Сојузниот правосуден центар, комисиите за упатства до поротата на различни окрузи подготвувале „модел“ или „шема“ на упатства за поротата за да им помогнат на судиите на обласните судови ефективно да комуницираат со поротниците. Некои од предложените модел упатства, разгледувајќи ја постоечката судска пракса, обезбедувале во одредена мера задоволително објаснување на стандардот на докажување.<sup>519</sup> Сепак, моделот упатствата не се обидуваат да ја објаснат секоја нијанса на стандардот на докажување за да не дојде до поголема компликација и забунa.

На пример Моделот упатствата до поротата во кривична постапка на Апелациониот суд на САД за Шестиот округ (последен пат ажуриран во септември 2015) објаснува:

Доказ надвор од разумно двоумење не значи доказ надвор од сите можни двојби. Двоумење на темел на веројатност или на темел на чисти шпекулации не е разумно двоумење. Разумно двоумење е двоумење на темел на разбирање и здрав разум. Тоа може да произлезе од доказите, од недостаток на докази или од природата на доказите.

Доказ надвор од разумно двоумење е толку убедлив што нема да се двоумите да се потпрете и да дејствувате според него во донесувањето на најважните одлуки во вашиот живот. Ако сте убедени дека државата докажала дека обвинетиот е виновен надвор од разумно двоумење кажете го тоа така што ќе донесете осудителна пресуда. Ако не сте убедени, кажете го тоа така што ќе донесете ослободителна пресуда.<sup>520</sup>

<sup>516</sup> Shealy, стр. 264-65.

<sup>517</sup> Shealy, стр. 268.

<sup>518</sup> Newman, стр. 991 (сметал дека упатството „содржи многу корисни изрази“); Power, стр. 82, 85 (сметал дека ова упатство „претставува модерен тренд за кратко и едноставно“, и „го насочува вниманието на поротата на товарот на обвинителството наместо да се оптоварува одбраната да докаже двојба.“); Henry A. Diamond, *Reasonable Doubt: To Define, or not to Define (Разумно двоумење: да се дефинира или не)*, 90 Colum. L. Rev. 1716, 1726 (1990) (истакнувајќи дека вакви дефиниции се користат за да ја издржат уставната контрола од страна на Врховниот суд); *види* *и* *горе* *ф* *с* *н* *о* *т* *а* *438*.

<sup>519</sup> Некои Модел упатства за порота не даваат никаква дефиниција наведувајќи само: „Од друга страна, ако, откако фер и непристрасно се разгледани сите докази, сте задоволни надвор од разумно двоумење во вината на обвинетиот за одредено кривично дело, треба да го прогласите за виновен за тоа дело.“ *Bugy* Pattern Criminal Jury Instructions for the District Courts of the First Circuit (Моделот упатствата за поротата во кривична постапка за обласните судови од Првиот округ) (2015), упатство 3.02.

<sup>520</sup> Sixth Circuit Committee, Pattern Criminal Jury Instructions (Комитет на Шестиот округ, Моделот упатствата за поротата во кривична постапка), (последен пат ажуриран во март 2014), упатство 1.03.

Моделот упатствата до поротата во кривичната постапка на Апелациониот суд на САД за Третиот округ (последен пат ажуриран во април 2015) го дефинира разумното двоумење на следниов начин:

Едено правично двоумење е она кое се темели на разбирање, логика, здрав разум или искуство. Тоа е двоумење кое го има еден обичен разумен човек откако внимателно ги одмерил сите докази и е двоумење од таков вид што ќе го натера да се двоуми да дејствува при важни работи од неговиот живот. Тоа двоумење може да произлезе од доказите, или од недостатокот на докази или од самата природа на доказите.<sup>521</sup>

Слични изрази има во Прирачникот на Моделот упатствата до поротата во кривичната постапка за обласните судови на Осмиот округ (последен пат ажуриран во мај 2014):

Разумно двоумење е двоумење кое се темели на разбирање и здрав разум, а не двоумење врз основа на шпекулации. Разумното двоумење може да произлезе од внимателно и непристрасно разгледување на сите докази или од недостаток на докази. Доказ надвор од разумно двоумење е доказ кој е толку убедлив што еден разумен човек по внимателно разгледување нема да се двоуми да се потпре и да дејствува на темел на тој доказ при донесување на најважните одлуки во животот. Доказ надвор од разумно двоумење е доказ кој ве остава цврсто убедени во вината на обвинетиот.<sup>522</sup>

Седмиот округ не содржи упатства во поглед на дефинирањето на стандардот на разумно двоумење. Коментарот за Модел упатствата до поротата објаснува дека Седмиот округ во повеќе наврати сметал дека не е соодветно судечкиот судија да го дефинира стандардот на разумно двоумење за поротата.<sup>523</sup> Во САД *Ѓројив Глас*, Апелациониот суд на Седмиот округ изјавил дека обидите да се објасни терминот „разумно двоумење“ обично не резултира со појаснување на тој израз во умовите на поротата.<sup>524</sup> Во случајот *Глас* судот изјавил:

<sup>521</sup> Апелациониот суд на САД за Третиот округ, Model Criminal Jury Instructions (Модел упатства за порота во кривична постапка) (последен пат ажурирани 2015) упатство 3.06. Моделот упатствата во кривичната постапка за Петтиот округ (2015) содржи речиси исти зборови: „двоумење на темел на разбирање и здрав разум по внимателно и непристрасно разгледување на сите докази во случајот. Доказ надвор од разумно двоумење според тоа е толку убедлив доказ што би биле подготвени без двоумење да се потпре и да дејствувате на темел на тој доказ при донесувањето на најважните одлуки за вашите лични работи“.

<sup>522</sup> Eighth Circuit, Manual of Model Criminal Jury Instructions for the District Courts of the Eighth Circuit (Осмиот округ, Прирачник на Модел упатства за порота во кривична постапка за обласните судови на осмиот округ), (последен пат ажурирани во март 2014), упатство 3.11.

<sup>523</sup> Seventh Circuit, Pattern Criminal Jury Instructions (Седмиот округ, Модел упатства за порота во кривична постапка) (2012), *цџџаџџ ог Обединетиите држави Ѓројив Глас* (*United States v. Glass*), 846 F.2d 386, 387 (7th Cir. 1988) (понатаму во текстот Глас). Види исто така Обединетите држави против Хатфилд (*United States v. Hatfield*), 590 F.3d 945, 949 (7th Cir. 2010); *Обединетиите држави Ѓројив Брус* (*United States v. Bruce*), 109 F.3d 323, 329 (7th Cir. 1997).

<sup>524</sup> *Глас*, пара. 387 (7th Cir. 1988), *цџџаџџ ог Холанд*, пара. 140.

Тоа е причина зошто во овој округ упатствата до поротата во кривична постапка не се дозволени. „Разумно двоумење“ треба да зборува само за себе. Поротниците знаат што е значи зборот „разумно“ и добро знаат што значи зборот „двоумење“. Обидите на судиите и адвокатите да внесат други нејасни изрази во стандардот „разумно двоумење“ како што се „работи од најголема важност“ само повеќе ја заматува водата. Оваа порота го потврдува тоа. Според тоа не е соодветно судиите да даваат упатства за дефинирање на „разумното двоумење“, а тоа е подеднакво несоодветно и за судскиот совет да даде своја дефиниција. Судскиот совет може да тврди дека владата го има товарот на докажување за вината на обвинетиот „надвор од разумно двоумење“, но тие не смеат да се обидат да го дефинираат „разумното двоумење“.<sup>525</sup>

### Неколку примери на толкување на стандардот на докажување надвор од разумно двоумење од страна на адвокати

Интересно е да се види како стандардот надвор од разумно двоумење го толкувале адвокатите во нивните завршни зборови упатени до поротите во некои американски судови:

Па добро, како знаете што е презумпција на невиност? Кога знаете дека имате презумпција на невиност? Прочитав колку што можев материјали на оваа тема, а колку за ваша информација - нема многу напишани трудови за ова начело. Иако се работи за базично начело, изненадувачки е тоа што малку трудови се напишани за него, а најдоброто објаснување на ова начело што сум го чул беше објаснувањето на поранешниот претседател на Адвокатската комора на Калифорнија - господинот Џозеф Бол, кој има поминато прилично долго време во овие судници како адвокат. Тој рече: Замисли си ако можеш дека најблискиот член на твоето семејство или твојот најмил и најдоверлив пријател е обвинет за кривично дело. Како би реагирал на тоа? Со неверување? Отфрлање на обвинението? Верба во невиноста на твојот пријател односно твојот роднина? Одбивање да го промениш ставот сè додека не ти покажат, доказ по доказ, дека презумпцијата на невиност не држи вода во овој случај? Тоа е ставот што треба да го имаш во однос на презумпцијата на невиност. Ти треба да имаш ментален став кој се спротивставува на обвинувањето, кој не му поклонува верба на истото. Ментален став кој инсистира да ти биде даден доказ, цврст доказ, квалитетен доказ кој би те натерал да стекнеш морална убеденост за постоење на вина до ниво на цврста сигурност. Твојата заклетва го бара токму тоа и токму затоа да се биде поротник е посебна дисциплина бидејќи мораш да размислуваш поразлично од начинот на кој вообичаено

<sup>525</sup> Глас, пара. 387, (нагласено во оригинал, изоставени внатрешни цитати).



размислуваме во секојдневниот живот. Сите ние сме предмет на двоумење. Ќе чуеме некоја приказна и склони сме да веруваме дека таа е вистинита. Истото важи и за гласините. Ти како поротник мораш да ја преобратиш таквата склоност, таа сосема човечка тенденција, и мораш седејќи на тоа столче да му се спротивставиш на обвинувањето. Што значи тоа? Тоа значи дека треба да го земеш секој еден доказ во овој предмет и да го анализираш и да бидеш скептичен кон него и да не веруваш во него, и да го свртиш наопачки за да видиш дали има мани или е контаминиран, па ако откриеш дека доказот е таков тогаш го отфрлаш и треба да бидеш особено внимателен кога ќе треба да ја анализираш теоријата на обвинителството наспроти доказите, а јас овде ќе говорам надолго и нашироко за разликата во рамките на еден случај помеѓу докази и теории, и да бидеш особено внимателен кога обвинителот, кој настапува со ментален став дека обвинетите се виновни, ќе „прошета“ низ 20.000 страници транскрипти истакнувајќи го секој цитат, секој збор што ќе му послужи да ја „продаде“ својата теорија дека обвинетите се виновни. Ти всушност треба да го прелистуваш транскриптот со обратен ментален став, а тоа е дека обвинетите се невини, така што кога обвинителот вешто и макотрпно ќе ја плете седум дена мрежата на вината со тоа што ќе одбира, селектира, вади од контекст, изоставува и пренебрегнува работи за да му помине теоријата за постоење на вина, ти мора да бидеш внимателен затоа што тоа што го прави обвинителот е токму она што ти не треба да го правиш. Ти треба да го правиш токму спротивното. Презумпцијата на невиност има една мошне практична последица, а тоа е дека таа го става товарот на докажувањето врз една страна и судот ќе ти каже читајќи директно од инструкциите што ќе ги добиеш и напишено како и усно дека презумпцијата на невиност го става товарот на докажувањето надвор од разумно двоумење врз државата, врз обвинителството. Со други зборови, презумпцијата на невиност одредува дека обвинителството и само обвинителството го има товарот на докажувањето затоа што одбраната не мора да докажува невиност. Тоа е она што го предвидува законот и доколку ти како поротник го преместиш товарот на докажување врз одбраната од било која причина и побараш одбраната да докажува нешто во оваа судница, ти со тоа ја прекршуваш таквата законска заповед и твојата заклетва. Постојано и постојано сум сведок на тоа дека кога обвинителството нема докази, кога обвинителството нема случај, тогаш прибегнува кон стариот трик на замена на тезите и тогаш ви се обраќа вам на поротниците со следниов реторички аргумент: „Зошто обвинетите не го докажаа тоа?“ Обвинителите поставуваат прашања тогаш кога немаат докази. „Каде е мантилот за дожд? Каде е мечето?“ Обвинителите ќе се навратат на своето воведно

излагање за кое судот повеќе пати ви нагласи дека не е доказ за ништо во овој предмет и ќе кажат: „Каде е тој доказ?“ Тоа се прави кога обвинителството нема докази и во таков случај тие сакаат некако да го преместат товарот на докажувањето, но вие поротниците морате да знаете дека во такви ситуации токму тоа е намерата на обвинителството и морате да обезбедите заштита од истата... И да го имате предвид фактот дека она што обвинителството всушност ви го говори е дека тие овде немаат случај. Ќе ви речат: „Сакам да фрлите поглед кон фактот што обвинетите не успеаја да ја докажат својата невиност“. Меѓутоа, тоа не е она што вие треба да го правите, туку е токму она што не треба да го правите... презумпцијата на невиност е првата заповед во судницата и со себе ги носи правилата за товарот на докажувањето и кај кого лежи тој товар. Втората заповед е дека на никого во оваа земја не може да му се одземе слободата освен ако обвинителството понуди докази, докази надвор од разумно двоумење. Со други зборови, таквата претпоставка дека обвинетите се невини, која вие поротниците мора да ја имате на ум, е претпоставка која може да биде побиена само ако постојат докази надвор од разумно двоумење кои ја совладуваат истата. Ова исто така бара од вас да ги напуштите вообичаените начини на размислување затоа што доколку на крајот од овој судски процес – а јас немам никаква двојба дека невиноста на обвинетиот е и повеќе од покажана – но доколку на крајот имате двоумење околу вината или мислите дека постои само можност за постоење на вина, нека е дури и веројатност за постоење на вина, според законот што судот ќе ви го даде, вие не можете да гласате дека обвинетиот е виновен доколку не поседувате цврста убеденост за постоење на вина до ниво на морална сигурност, што е нешто трансцедентно и е многу повеќе отколку само можност, веројатност, можеби, веројатно, шпекулација. Често пати поротниците излегуваат од судницата откако гласале „не е виновен“ за некого за кого сметале дека е можно да го извршил кривичното дело. Со тоа тие ја извршиле својата должност во целосна согласност со дадената заклетва. Иако мислам дека во овој случај ситуацијата не е таква, сепак сметам дека е важно да го имате предвид ова последново што го кажав. Вашата функција всушност е една сосема тесна функција во правото. Прашањето пред кое сте исправени не е прашање на вина или невиност. Не се работи за тоа. Вам ќе ви бидат дадени обрасци на пресудата и кога ќе ги погледнете истите за да гласате ќе видите дека не постои пресуда за невиност. Такво нешто нема. Постои само образец на пресуда за „виновен“ и „не е виновен“ за секоја од точките на обвинението... затоа што вие не треба да се замарате со прашањето на невиноста. Единственото прашање за вас е: Дали обвинителството понуди доволно докази кои ве уверија надвор од разумно двоумење, односно дали стекнавте

цврста убеденост до ниво на морална сигурност во вистинитоста на нивната хипотеза? Тоа е единственото прашање. Ако обвинителството успеало во тоа – гласајте „виновен“; ако обвинителството не успеало во тоа, без оглед што вие лично мислите за невиноста или за сомневањето, гласајте „не е виновен“. Она со што се занимаваме во овој судски процес кој трае 11 месеци е прашањето дали ви биле презентирани доволно докази кои ве убедиле дека обвинителството успеало да создаде во вашиот ум цврста убеденост дека вина постои, до ниво на морална сигурност.<sup>526</sup>

И:

А сега, двете правни начела што сакам да ги продискутирам со вас се презумпцијата на невиност и товарот на докажување надвор од разумно двоумење. За презумпцијата на невиност веќе слушнавте. Судијата ви објасни што значи тоа. Презумпцијата на невиност всушност значи дека фактот што некој бил уапсен, му била поднесена кривична пријава, против него било покренато обвинение и се води судски процес против него – тоа не се докази против него. Тоа лице носи заштитна наметка која се вика презумпција на невиност и тој таа наметка ја носи за целото времетраење на постапката, сè до моментот кога дванаесет луѓе ќе бидат убедени надвор од разумно двоумење дека токму тој го извршил делото кое му се става на товар. Судијата ви објасни зошто е важно, од практична гледна точка, обвинетиот да се смета за невин пред да се слушнат доказите. Но јас сакам да ви пречочам дека постои и една уште побазична фундаментална причина зошто ја имаме презумпцијата на невиност. Како што знаете, во кривичната постапка имаме мноштво различни правила. Имаме процесни и технички правила, а имаме и фундаментални, материјални правила. Презумпцијата на невиност е токму такво правило, таа е безрезервна. Таа е дел од нашиот систем на казнена правда ... Јас би сакал вие ова да го разберете целосно и сеопфатно така што кога судијата ќе ви го опишува или објаснува законот, а вие ќе ги анализирате и ќе одлучувате по однос на доказите, и кога ќе ви кажат за презумпцијата на невиност и за товарот на докажување кој е кај обвинителството, тоа да не биде нешто што ќе ви влезе низ едното уво и ќе излезе низ другото. Тоа не е нешто што треба да се сфати како некакво техничко или процесно правило. Тоа е дел од нашиот систем на казнена правда. И тоа е поврзано и со нашата претстава за тоа што претставува кривичниот прогон ... Сакам да го кажам следново: постојат вештаци за отпечатоци од прсти, балистички вештаци, медицински вештаци, истражители

<sup>526</sup> Matthew Bender Inc. 2001, *Criminal Law Advocacy* (Одбрана во кривичното право) завршен збор во случајот Луѓето против Скихорс (People v. Skyhorse) од страна на адвокатот Leonard Weinglass, <http://www.claraweb.us/wp-content/uploads/2013/07/Reasonable-Doubt-NC-2002.htm> (последен пат пристапено на 14 ноември 2016).

– сè она што ќе ви падне на памет, а се користи за целите на истрагата и кривичниот прогон – обвинителството на државата Пенсилванија го има на располагање. А што има лицето обвинето за кривично дело? Лицето обвинето за кривично дело, Вие, јас или кој било друг граѓанин на државата Пенсилванија ја имаме презумпцијата на невиност. Ова ви го кажувам за да го имате ова предвид кога ќе ги разгледувате доказите во случајот и кога ќе одлучувате за истите. Другиот концепт во правото е тоа што обвинителството на Пенсилванија мора да го докаже она што го тврди надвор од разумно двоумење. Па добро, што е тоа разумно двоумење? Судијата ќе го дефинира тоа. Судијата ќе каже нешто отприлика вака: тој ќе каже дека разумно двоумење е оној вид двоумење што би предизвикало едно разумно лице да се поколеба во врска со тоа тоа дали ќе дејствува во некоја работа која му е важна. Тоа е оној вид двоумење кое би предизвикало едно разумно лице да се воздржи од дејствување во врска со некоја работа која му е од највисока важност. Се работи за реално двоумење. Тоа не е некое измислено двоумење, односно двоумење што би го измислиле во главата за да ја избегнете непријатната должност да осудите некого. Обвинителството не мора да ја докажува својата хипотеза надвор од секакво двоумење затоа што двоумење може да се има за сè и сешто, па затоа тоа мора да биде разумно двоумење. Инаку вие носите одлуки секојдневно во текот на неделата. Одлуките кои ги носите секојдневно во текот на неделата не се од таков вид каква што е одлуката да утврдите нечија вина или невиност, за која се однесува концептот надвор од разумно двоумење. Вие во животот можете да си одлучите дали ќе се качите во возот кој тргнува во 08:30 наутро или ќе отидете со својот автомобил на работа, дали ќе носите одело и кравата или ќе бидете неформално облечени, дали ќе отидете на ручек во ресторан или ќе каснете сендвич во сендвичарница и дали ќе излезете со девојката или не. Вие лично ја носите таа одлука, Вие одлучувате дали ќе носите одело и кравата, дали ќе отидете да ручате во ресторан или не, или ќе кажете дека не сакате да излезете со девојката. Вие во сите овие случаи ги одмерувате алтернативите и носите одлука. Но тоа не е таков вид одлука за која јас овде ви говорам, затоа што дефиницијата за разумно двоумење вели дека тоа е двоумење кое би предизвикало едно разумно лице да се воздржи од дејствување во некоја работа која му е од највисока важност. Каков вид одлука би била таа која би била поврзана со работа од највисока важност за Вас? Па тоа би можело да биде одлуката дали ќе стапите во брак, дали ќе имате дете, дали ќе ја промените работата, дали ќе купите нов стан или на кој факултет ќе го испратите вашиот син. Еве токму ваков вид одлука, токму ваков вид одлука е олицетворение на концептот разумно двоумење. Па затоа, кога ќе ги разгледувате

доказите во овој случај, кога ќе ги оценувате и пропуштате како низ сито и кога ќе дојдете до моментот да ја донесете одлуката, ве молам за таа одлука да размислувате на начин дека е тоа вид на одлука како во примерите што ви ги дадов предмалку.<sup>527</sup>

## Обединетото Кралство (Англија и Велс)

Судството на Обединетото Кралство во повеќе наврати се обидуvalo да го дефинира разумното двоумење, но сè до денес повисоките судови ги прогласуваат овие дефиниции за неточни. Иако повисоките судови укажуваат на тоа дека судиите треба, општо земено, да се воздржуваат од давање на дефиниција на поротата, следниве случаи сè уште оставаат пример за начините на кои стандардот на разумно двоумење *не смее* или *не треба* да се дефинира.

Во *Крунаџа броџив Самерс* (1952), Кривичниот апелационен суд на Обединетото Кралство сметал дека не е препорачливо да се даваат упатства на поротата за дефиницијата на разумното двоумење бидејќи објаснувањето предизвикува уште поголема збунетост.<sup>528</sup> Во *Самерс*, апликантот поднел жалба на неговата осудителна пресуда и казна за кражба од страна на Казнениот квартален суд во Сари (локален кривичен суд во Англија и Велс).<sup>529</sup> Иако Кривичниот апелационен суд утврдил дека нема основ за мешање во осудителната пресуда или во казната и ја одбил жалбата, Претседателот на судот Годард дал некои забелешки за употребата на изразот „разумно двоумење“.<sup>530</sup>

Кога ги сумирал доказите на крајот на судењето судечкиот судија изјавил:

Ние ги користевме зборовите „разумно двоумење“. На некои луѓе им е тешко да го разберат тој израз. Сигурен сум дека вие нема да имате никакви потешкотии во разбирањето на тоа. Ако дојдете до заклучок темелен на доказите користејќи ги овие изрази: „Ова можеби се случило, а можеби и не се случило“, тогаш тоа е разумно двоумење. Не сакам да се доведете до тој степен на размислување ако вашиот реален став е: „Тоа може само да е еднај возможно“... Гледајте на тоа од аспект на обичните луѓе, како да размислувате за нешто во вашиот секојдневен живот. Дали вие, како обични луѓе, ако тоа било нешто кажано од ваши пријатели би биле склони да им верувате или не? Тоа е она што се подразбира под „разумно двоумење“. Тоа не е нешто поврзано со жаргонот на адвокатите; тоа е само еден вид на суд кој обичниот човек во светот го носи кога одлучува за свои работи, затоа гледајте на тоа од таа гледна точка.<sup>531</sup>

<sup>527</sup> Matthew Bender Inc. 2001, *Criminal Law Advocacy* (Одбрана во кривичното право) завршен збор во случајот Комонвелтот против Хамен (Commonwealth v. Hammen) од страна на адвокатот Richard DiMaio, <http://www.claraweb.us/wp-content/uploads/2013/07/Reasonable-Doubt-NC-2002.htm> (последен пат пристапено на 14 ноември 2016).

<sup>528</sup> *Крунаџа броџив Самерс* (*Regina v. Summers*), [1952] 1 All E.R. 1059 (понатаму во текстот *Самерс*).

<sup>529</sup> *Самерс*, пара. 1059.

<sup>530</sup> *Самерс*, пара. 1059.

<sup>531</sup> *Самерс*, 1059-60.

При жалбата, Преседателот на апелациониот суд Годард<sup>532</sup> рекол:

Сè уште не сум слушал некој суд да даде задоволителна дефиниција за тоа што е „разумно двоумење“ и затоа ќе биде многу подобро ако тој израз не се користи. Секогаш кога судот се обидува да објасни што се подразбира под тој израз, објаснувањето има тенденција да резултира во поголема збунетост отколку јасност. Затоа е далеку подобро наместо да се користат зборовите „разумно двоумење“, а потоа да се објасни што е разумно двоумење, да ѝ се каже на поротата: „Вие треба да осудите, само ако сте задоволни со доказите дадени од страна на обвинителството дека кривичното дело е сторено“. Поротата треба да знае дека не е до затвореникот да ја докажува својата невиност туку обвинителството треба да ја докаже неговата вина и дека е нејзина должност да ги разгледа доказите и да види дали е задоволена од истите, така што кога ја дава својата пресуда може да се чувствува сигурна дека тоа е вистинската пресуда.<sup>533</sup>

Самерс покажува дека може да биде тешко да се дефинира разумното двоумење и дека обидите истото да се објасни може да ја збуни поротата наместо да го појасни овој термин. Врз основа на тоа Кривичниот апелационен суд препорачал да не се дефинира терминот и заклучил дека подобро решение би било само да се користи тој термин.

Преседателот на апелациониот суд, Годард, повторно го потврдил своето мислење во врска со ризикот од збунетост при дефинирањето на разумното двоумење во *Крунајта бројив Хејфорѝ и Фернли* (1955)<sup>534</sup>. Истакнувајќи дека „еден случај никогаш не е докажан ако некој од поротата е оставен во некој степен на двоумење“,<sup>535</sup> Преседателот на апелациониот суд Годард изјавил дека за поротата е уште позбунувачки ако се обиде да го дефинира разумното двоумење:

Една друга работа што е спомната е тоа што се вели дека записничарот го користел само зборот „задоволен“. Тоа можеби е така, особено со оглед на бројот на неодамнешни случаи во кои се појави ова прашање, дека сум ги завел судовите кога сум рекол во [Самерс] ... мислам дека е многу жално да се разговара со поротата за „разумно двоумење“, бидејќи образложенијата за тоа што е, а што не е разумното двоумење често беа

<sup>532</sup> Rayner Goddard (1877 -1971) бил претседател на апелациониот суд на Англија од 1946 до 1958 година. Goddard е познат по неговите строги казни и конзервативни ставови, и бил наречен „Тигар“. Тој во една прилика во 1957 година за еден час отфрлил шест жалби. Види Allan Wingate, Lord Goddard: His career and cases by Glyn Jones and Eric Grimshaw (Љордот Годард, неговата кариера и судења од Глин Џонс и Ерик Гримшо) (London, 1958); The Last of the Tiger, Time, 1 September 1958, *госѝајно* на <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,863716,00.html> (пристапено на 14 април 2016).

<sup>533</sup> Самерс, пара. 1060.

<sup>534</sup> *Рејина бројив Хејфорѝ и Фернли* (Regina v. Herworth & Fearnley), [1955] 2 Q.B. 600 (понатаму во текстот Хејфорѝ и Фернли).

<sup>535</sup> Хејфорѝ и Фернли, пара. 603.

исклучително тешки да се следат и дека е многу тешко да ѝ се каже на поротата што е тоа разумно двоумење. Да им се каже на поротниците дека тоа не треба да биде нереално двоумење е нешто што не дава вистинска насока. Да им се каже дека разумното двоумење е такво двоумење што предизвикува еден човек да се двоуми за своите лични работи не ми се чини дека пренесува некој посебен стандард; еден член на поротата може да каже дека ќе се двоуми за нешто, а друг член може да каже дека воопшто не би се двоумел за истото. Според тоа, посочувам дека би било подобро да се користи некој друг израз со кој на поротата само би ѝ се пренела мислата дека треба да осуди само ако се чувствува сигурна во вината на обвинетиот.<sup>536</sup>

Тој понатаму изјавил:

Би ми било многу жал ако се смета дека случаите треба да зависат од употребата на одредена формула или одреден збор или зборови. Поентата е дека поротата најпрво треба да биде насочена дека товарот е секогаш на обвинението; второ, дека пред да осудат треба да се чувствуваат сигурни во вината на обвинетиот. Доволно е ако е тоа направено.<sup>537</sup>

Преседателот на апелациониот суд Годард заклучил:

Се надевам дека нема да се смета дека ние утврдуваме некој посебен облик на зборови, не, туку ние велíme дека пожелно е да се каже нешто повеќе отколку само зборот „задоволни“ - сметаме дека пресудата треба да биде поништена.<sup>538</sup>

Во *Крунаџа Ыроџив Чинџ* (1976), Кривичниот апелационен суд ги предупредил судиите да не се обидуваат да „објаснат што се подразбира под ‘сигурни‘ или што се подразбира под ‘разумно двоумење‘“<sup>539</sup>

Во *Чинџ* подносителот на жалбата бил обвинет за кражба од супермаркет. Додека бил во супермаркетот обвинетиот ставил некои намирници во торбата за пазарување, а некои во количката од супермаркетот. Кога стигнал на каса тој ѝ ја дал торбата на својата девојка и платил само за намирниците во количката. Тогаш бил запрен од лицето за обезбедување на продавницата кој ја повикал полицијата.<sup>540</sup>

За време на одлучувањето на поротата, иако предметот изгледал дека е случај што секојдневно се суди во многуте кривични судови, поротата имала потешкотии да донесе пресуда. Претседателот на поротата го информирал судијата:

Проблемот изгледа дека се концентрира околу двојбите кои ги имаме. Неколкумина од вас, вклучувајќи ве и вас, ваше

<sup>536</sup> *Хейфорџ и Фернли*, пара. 603, (изоставени внатрешни цитати).

<sup>537</sup> *Хейфорџ и Фернли*, пара. 604.

<sup>538</sup> *Хейфорџ и Фернли*, пара. 604.

<sup>539</sup> *Реџина Ыроџив Чинџ* (*Regina v. Ching*), 63 Cr. App. R. 7, 10 (1976) (понатаму во текстот *Чинџ*).

<sup>540</sup> *Чинџ*, пара. 8.



височество, истакнаа дека ако имаме било каква двојба, тогаш да не го прогласуваме за виновен. Тоа е она што нè мачи.<sup>541</sup>

Не е јасно дали поротниците само му кажувале на судијата дека тие имале двојби, или дека им било потребно разјаснување на тоа што значи „двојба“.<sup>542</sup> Судијата го протолкувал нивниот коментар како поротата да бара понатамошни насоки и им го дал следново упатство:

На обвинителство е должноста да го докаже целото обвинение на темел на доказите надвор од разумно двоумење. Разумното двоумење се вели дека е двоумење на кое можете да му дадете причина, а не само нереални шпекулации, како што се: „Па ништо во овој свет не е сигурно, ништо во овој свет не може да се докаже“. Јас би рекол дека тоа е дефиницијата на разумно двоумење - нешто на кое може да му се препише причина. Понекогаш се вели дека тоа е она што може да влијае врз вас, ако разгледувате некое бизнис прашање. На пример, прашање поврзано со хипотека на вашиот дом, или нешто слично на тоа.<sup>543</sup>

По ова упатство поротата ја напуштила судницата да донесе одлука и се вратила четири минути подоцна со пресуда. Поротата го осудила подносителот на жалбата со поголем број на гласови, единаесет на еден за првата точка на обвинението за кражба, а го ослободиле за втората точка од обвинението за кражба.<sup>544</sup>

Во поднесената жалба апликантот тврдел дека ова упатство дадено на поротата резултирало со понизок стандард на докажување бидејќи по добивањето на упатствата, поротниците донеле конечна одлука во рок од четири минути иако тие со часови ја дискутирале првата точка.<sup>545</sup>

Кривичниот апелационен суд ја отфрлил жалбата.<sup>546</sup> Судот објаснил дека во повеќето случаи судиите да не се обидуваат да „објаснат што се подразбира со ‚сигурни‘ или што се подразбира под ‚разумно двоумење‘“.<sup>547</sup> Судот потсетил дека во „последните две децении имало бројни случаи пред овој суд, од кои некои биле успешни, а некои не кои доаѓаат тука бидејќи судиите сметаат дека е корисно за поротата да дадат коментар за тоа што е стандард на докажување“.<sup>548</sup> Судот истакнал дека искуството „покажало дека ваквите коментари создаваат тешкотии“.<sup>549</sup> Судијата Лотон изјавил дека овој случај е исклучок:

Ова е вид на случај во кој, како што веќе посочивме, поротата веројатно сакала помош за тоа што се подразбира под „двоумење“. Судијата сметал дека тие барале помош и тој се

<sup>541</sup> Чинџ, пара. 8.

<sup>542</sup> Чинџ, пара. 8.

<sup>543</sup> Чинџ, пара. 8.

<sup>544</sup> Чинџ, пара. 8.

<sup>545</sup> Чинџ, пара. 8.

<sup>546</sup> Чинџ, пара. 11.

<sup>547</sup> Чинџ, пара. 10.

<sup>548</sup> Чинџ, пара. 10.

<sup>549</sup> Чинџ, пара. 10.

обидел да им ја даде. Тој имал право да се обиде и тоа е сето она што тој го сторил. Тој изгледа дека се држел понастрана од формулите кои се осудени од овој суд, како што се „вид на двојби кои се јавуваат во вашите секојдневни работи или во вашиот секојдневен живот“ и не употребил пример, кој веќе бил пред судот, „вид на двојби кои може да постојат кога се обидувате да одлучите во вашиот ум каков вид на моторно возило да купите“.<sup>550</sup>

Понатаму, судот изјавил дека до времето кога судијата ги сумирал доказите, тој имал можност да ги набљудува поротниците и поради тоа требало да ги избере најсоодветните зборови со кои можел да им објасни на поротниците дека не треба да донесуваат пресуда против обвинетиот, освен ако поротата не е сигурна во неговата вина.<sup>551</sup> Судот се потпрел на случајот *Волџерс ѓроџив Кралицата* (1969).<sup>552</sup> Во *Волџерс*, судечкиот судија во Јамајка ѓ дал на поротата долго објаснување за тоа што се подразбира под разумно двоумење, поради што бил критикуван на истиот начин како и упатствата за поротата во *Чинџ*. Критиките биле разгледани од страна на Државниот совет<sup>553</sup> кој заклучил:

До моментот кога ги сумирал доказите судијата во судскиот процес имал можност да ги набљудува поротниците. Според гледиштето на членовите на Советот, најдобро е да се остави на неговото дискреционо право да ги избере најсоодветниот збир на зборови со кои ќе ѓ помогне на ѓаа порота да разбере дека не треба да донесува пресуда против обвинетиот освен ако не е сигурна во неговата вина; ако судијата смета дека некој од нив поради непознавање на судската постапка е во опасност да мисли дека тие се занимаваат со некоја специфична задача за која имаат многу малку познавање, а не дека само треба да го применат здравиот разум кој го користат кога се справуваат со важни секојдневни работи на доказите изнесени на главниот претрес, тогаш употребата на вакви споредби како таа што е користена од судијата Смол во дадениов случај, без разлика дали со зборовите со кои се изразил, или со зборови користени во било кој од другите случаи на кои се осврнал, може да бидат корисни и според гледиштето на членовите на Советот, нема што да им се приговори.<sup>554</sup>

Во судската пракса на Британија разумното двоумење останува недефинирано.<sup>555</sup>

<sup>550</sup> Чинџ, пара. 10.

<sup>551</sup> Чинџ, пара. 10.

<sup>552</sup> *Волџерс ѓроџив Кралицата* (*Walters v. The Queen*) [1969] 2 A.C. 26 (понатаму во текстот *Волџерс*).

<sup>553</sup> Судскиот комитет на Државниот совет е највисоката инстанца за жалба за прекуокеанските територии на Обединетото Кралство и териториите зависни од Круната, како и за оние земји од Комонвелтот кои го имаат задржано правото на жалба до Нејзиното Височество во Советот или, во случај да се работи за република, до Судскиот комитет. *Вугу Judicial Committee, Overview* (*Судски комитет, генерално*) *досѓајно* на <http://privycouncil.independent.gov.uk/judicial-committee/> (последен пат пристапено на 14 април 2016).

<sup>554</sup> *Волџерс*, пара. 30 (нагласено во оригинал).

<sup>555</sup> *Вугу* David Pannick, *Jurors Who Are in Reasonable Doubt* (*Пороѓници кои се соочуваат со разумно двоумење*), *Times* (London), 17 јануари 1995, at 2. *Вугу* *исѓо ѓака* Thomas V. Mulrine, *Reasonable Doubt: How in the World is it Defined?* (*Разумно двоумење: како е дефинирано во свеѓоѓ?*) 12(1) *Am. U. Int'l L. Rev.* 195, 218 (1997).

## Канада

Слично на судовите во Обединетото Кралство апелационите судови на Канада имаат одбиено да го дефинираат разумното двоумење. Следниов случај ја илустрира дефиницијата на еден судечки судија која Врховниот Суд на Канада сметал дека не е доволна.

Во *Крунаџа броџив Брајџон* подносителот на жалбата бил осуден по пет точки од обвинението за сексуален напад.<sup>556</sup> Откако започнале со дискусиите за донесување на одлука поротата испратила писмо до судијата со кое барала понатамошни упатства во врска со дефиницијата на разумно двоумење. Судечкиот судија им го дал следново упатство:

- (i) ...ако мислите дека обвинетиот веројатно е виновен или постои веројатност да е виновен, но сепак има разумно двоумење, тогаш треба тоа двоумење да го искористите во корист на обвинетиот;
- ... (ii) ... по разгледувањето на сите докази кај вас можеби постои разумно двоумење за тоа дали обвинетиот е виновен или не;
- ... (iii) ... ако сте едногласни во тоа двоумење, тогаш треба тоа двоумење да го искористите во корист на обвинетиот.<sup>557</sup>

Апелациониот суд на Канада ја потврдил пресудата сметајќи дека дадените упатства не претставуваат реверзибилна грешка.<sup>558</sup> Случајот стигнал пред Врховниот Суд на Канада кој ја усвоил жалбата и наредил нов судски процес.<sup>559</sup>

Врховниот Суд на Канада истакнал дека прашањата од поротата треба да се одговорат на „внимателен, целосен и правилен начин“.<sup>560</sup> Тој оценил дека „земајќи ја предвид важноста на товарот на докажување и разумното двоумење кое е филтер за интегритетот и доверливоста на пресудата и за правичноста на судењето на обвинетиот, упатствата од судечкиот судија треба да бидат внимателно, луцидно и скрупулозно исправни“.<sup>561</sup>

Судот сметал дека при оценувањето дали упатствата на судечкиот судија за товарот на докажување претставуваат реверзибилна грешка судот треба да разгледа:

- i. дали оспорените упатства се спротивни со она што е кажано во иницијалните упатства или едноставно се грешни сами по себе; и
- ii. дали, откако недоследноста или грешката е поставена во контекст на обвинението како целина, постои разумна можност дека поротата од дадените упатства можеби била на-

<sup>556</sup> *Рејина броџив Брајџон (Regina v. Брајџон)*, [1995] 4 S.C.R., 253, пара. 4 (понатаму во текстот *Брајџон*).

<sup>557</sup> *Брајџон*, пара. 5.

<sup>558</sup> *Брајџон*, пара. 9.

<sup>559</sup> *Брајџон*, пара. 25.

<sup>560</sup> *Брајџон*, пара. 16.

<sup>561</sup> *Брајџон*, пара. 18.

ведена да примени стандард на докажување кој е помал од стандардот на докажување надвор од разумно двоумење, или погрешно да го примени товарот на докажување и стандардот на разумно двоумење при донесување на нивната пресуда.<sup>562</sup>

Судот сметал дека првото упатство на судијата, кога се разгледува во контекстот на сите упатства дадени на поротата, не можело да ја наведе поротата да примени стандард на докажување помал од потребниот стандард на докажување надвор од разумно двоумење.<sup>563</sup> Тој сметал дека, иако второто оспорено упатство било збунувачко за поротата, „само по себе нема да биде доволно за да се нареди нов судски процес“.<sup>564</sup> Сепак, судот сметал дека третото упатство, со кое ѝ се наложува на поротата дека треба да биде едногласна во својата двојба пред да прогласи ослободителна пресуда. „била јасна грешка“.<sup>565</sup> Судот објаснил:

Иако пресудата на поротата мора да биде едногласна, поротниците би можеле да дојдат до таа пресуда со преземање на различни правци. Ова упатство ги расипало сите претходни упатства на судечкиот судија за разумно двоумење .... заедно со претходното упатство, постои разумна можност дека погрешните упатства на судијата можеби ја навеле поротата неправилно да го примени стандардот на разумно двоумење за да дојде до својата пресуда.<sup>566</sup>

Судот ја усвоил жалбата и наредил нов судски процес.<sup>567</sup>

<sup>562</sup> Брајдон, пара. 19.

<sup>563</sup> Брајдон, пара. 21.

<sup>564</sup> Брајдон, пара. 23.

<sup>565</sup> Брајдон, пара. 24.

<sup>566</sup> Брајдон, пара. 24-25.

<sup>567</sup> Брајдон, пара. 25.



## СУДСКА ПРАКСА НА ЕСЧП

Судската пракса на ЕСЧП заслужува внимателно разгледување. Земјите кои ја имаат потпишано ЕКЧП се под јурисдикција на ЕСЧП. Па затоа неговата интерпретација и примена на стандардот на разумно двоумење, *in dubio pro reo*, товарот на докажување, презумпцијата на невиност и генерално она што значи правична постапка, служи како насока и основа за дефинирање на истите во националните легислативи и во домашната судска пракса.

### СТАНДАРДОТ НА ДОКАЖУВАЊЕ КОЈ ГО ПРИМЕНУВА ЕСЧП

Во *Грчкиот случај*<sup>568</sup> од 1969 година, Европската комисија за човекови права (Комисијата) морала да одлучи кој стандардот на докажување да го примени во оценувањето на доказите поврзани со наводите за повреда на членот 3 од ЕКЧП.<sup>569</sup> Комисијата сметала дека обвинувањата за повреда на членот 3 треба да се докажат надвор од разумно двоумење. Таа понатаму објаснила дека „разумното двоумење не е двоумење темелено на само теоретска можност“, туку „е двоумење за кое може да се дадат причини“.<sup>570</sup>

Во *Грчкиот случај* владите подносителите на барањето (Данска, Норвешка и Шведска) ги прошириле<sup>571</sup> своите барања до Комисијата

<sup>568</sup> *Данска против Грција*, бр.3321/67, *Норвешка против Грција*, бр.3322/67, *Шведска против Грција*, бр. 3323/67 и *Холандија против Грција*, бр.3344/67, Европска комисија, 1969, (понатаму во текстот *Грчкиот случај*).

<sup>569</sup> Членот 3 од Европската конвенција за заштитата на човековите права и основни слободи предвидува: „Никој не смее да биде подложен на мачење, нечовечко или понижувачко постапување или казнување“. Советот на Европа, Европската конвенција за заштита на човековите права и основните слободи, изменета со протоколите бр. 11 и 14, 4 ноември 1950, ETS 5.

<sup>570</sup> *Грчкиот случај* стр. 196, пара. 30.

<sup>571</sup> Почетните апликации содржеа наводи согласно членовите 5, 6, 8, 9, 10, 13 и 15 од Европската конвенција за заштитата на човековите права и основните слободи. Види Извештај на Поткомисијата, Том 1, стр. 1; *Грчкиот случај*, 12 У. В. Eur. Conv. H.R., пара. 3 (1969).

вклучувајќи наводи за тортура и малтретирање на политички затвореници согласно член 3 од ЕКЧП. Апликантите поднеле докази во облик на извештаи за различни форми на тортура и малтретирање и листа на наводните жртви.<sup>572</sup> Тужената влада (Грција) ја оспорила допуштеноста на доказите тврдејќи дека тие се недоволни.<sup>573</sup> Грција исто така приложила докази со кои ги оспорила наводите за тортура и малтретирање, како на пример грчкото законодавство, документираны докази и статистика, како и неколку извештаи на Меѓународниот комитет на Црвениот крст.<sup>574</sup>

Комисијата ги прогласила наводите на подносителите на барањата за допуштени заклучувајќи дека иако нивните докази во таа фаза не биле доволни, правните лекови наведени од страна на грчката влада не биле соодветни ниту ефективни<sup>575</sup>, земајќи ја предвид актуелната ситуација во Грција<sup>576</sup>. Комисијата утврдила дека, пред да се осврне на суштината на обвинувањата било неопходно „да се одреди позицијата на одредени прашања кои треба да го утврдат начинот на кој Комисијата ќе ги испитува доказите“.<sup>577</sup> Па така прашањето што се поставило пред Комисијата било кој е „стандардот и средствата за докажување кои треба да се применат“ при оценувањето на доказите доставени од страна на апликантите.<sup>578</sup>

Комисијата се произнела дека наводите „треба да се докажат надвор од разумно двоумење“.<sup>579</sup> Комисијата го дефинирала разумното двоумење на следниов начин:

Разумното двоумење не значи двоумење на темел на само теоретска веројатност, ниту пак двоумење кое се појавува за да се избегне заклучок за кој постои несогласување, туку тоа е двоумење за кое можат да се наведат причини кои произлегуваат од презентираниите факти.<sup>580</sup>

Комисијата не дала никаков основ за да го поддржи својот избор на стандард на разумно двоумење кој подоцна бил потврден од страна на ЕСЧП и се применил во неколку други случаи.

Во случајот *Ирска (1978)*<sup>581</sup> една од страните ја оспорила применливоста на стандардот на разумно двоумење при оцена на доказите за наводно прекршување на членот 3 од ЕКЧП. Потврдувајќи дека стандардот на разумно двоумење е применет врз основа на одлуката на Комисијата

<sup>572</sup> Грчкиот случај, стр. 187, пара. 6-7.

<sup>573</sup> Грчкиот случај, стр. 187, пара. 4.

<sup>574</sup> Грчкиот случај, стр. 188, пара. 8.

<sup>575</sup> Грчкиот случај, стр. 187, пара. 5.

<sup>576</sup> Комисијата посебно укажала на разрешувањето на триесет судии и јавни обвинители во 29 мај 1968 година. Види Грчкиот случај, стр. 187, пара. 5.

<sup>577</sup> Грчкиот случај, стр. 194, пара. 25.

<sup>578</sup> Грчкиот случај, стр. 194, пара. 23.

<sup>579</sup> Грчкиот случај, стр. 196, пара. 30.

<sup>580</sup> Грчкиот случај, стр. 196, пара. 30.

<sup>581</sup> *Ирска против Обединетиото Кралство*, 25 ЕСЧП, Ser. A, (1978), (понатаму во текстот *Ирска*).



во *Грчкиот* случај, ЕСЧП дополнително ја објаснил доволноста на доказите потребна за исполнување на овој стандард. Тој додал дека доказ надвор од разумно двоумење треба да произлезе од доволно силни, јасни и согласни заклучоци или од слични непобитни фактички претпоставки.

Во случајот *Ирска* Владата на Обединетото Кралство се справувала со дела на тероризам извршени од страна на членови на Ирската републиканска армија (ИРА) и лојални групи во Северна Ирска.<sup>582</sup> Владата вовела посебни овластувања за задржување и притвор без судење. Овие овластувања биле нашироко користени против членовите на ИРА и против лица осомничени за соработка со ИРА.<sup>583</sup>

Ирската влада поднела претставка до Комисијата наведувајќи дека различните техники на испрашување користени од страна на властите на Обединетото Кралство биле еднакви на тортура и малтретирање со што довеле до прекршување на членот 3 од ЕКЧП.<sup>584</sup>

Владата на Обединетото Кралство не ги оспорила наводите за прекршување на членот 3 од ЕКЧП. Сепак, таа сметала дека користењето на таквите техники на испрашување припаѓаат на минатото; тие техники биле напуштени и немало да се повторат во иднина.<sup>585</sup> Владата на Обединетото Кралство тврдела дека спроведува разни мерки за спречување на тортура и малтретирање и за обезбедување на обесштетување заради можните последици од истите.<sup>586</sup>

При оценување на доказите поднесени од страна на апликантот Комисијата се осврнала на *Грчкиот* случај и го усвоила стандардот на разумно двоумење.<sup>587</sup>

Ирската влада ја оспорувала примената на стандардот на разумно двоумење. Таа тврдела дека овој стандард бил премногу крут. Ирската влада тврдела дека ако се примени стандардот на разумно двоумење, системот на извршување (гаранција) ќе се покаже како неефикасен. Владата понатаму тврдела дека во случај на *prima facie* докази, државите кои нема да му помогнат на судот да ја открие вистината ќе го избегнат и ризикот од утврдување на повреда на членот 3.<sup>588</sup>

<sup>582</sup> *Ирска*, пара. 4, 11-12, 16. Конфликтот меѓу овие две групи бил претставник на антагонизмот меѓу католиците и протестантите во Северна Ирска. ИРА, која била доминантно католичка, барала независност од Обединетото Кралство, а лојалистите, претежно протестанти, се противеле на идејата за независност. *Ирска*, пара.15.

<sup>583</sup> *Ирска*, пара. 38-39.

<sup>584</sup> Овие техники на испрашување, т.н. „пет техники“ вклучувале стоење (или клечење) покрај ѕид во неприродна положба, малтретирање на лицето откако претходно му е покриена главата, лишување од храна и сон и други практики. Ирската влада ги сметала овие практики за тортура и нечовечно, односно понижувачко постапување. *Виги Ирска*, пара. 2, 96-104, 106-07, 161, 167, 169.

<sup>585</sup> *Ирска*, пара. 153-54.

<sup>586</sup> *Ирска*, пара.152-53.

<sup>587</sup> *Ирска*, пара. 161.

<sup>588</sup> *Ирска*, пара. 161.

Од друга страна пак владата на Обединетот Кралство побарала од ЕСЧП да го следи стандардот кој е усвоен во *Грчкиот* случај.<sup>589</sup> ЕСЧП го потврдил пристапот на Комисијата за „доказ надвор од разумно двоумење“, потпирајќи се на *Грчкиот* случај.<sup>590</sup> па изјавил дека:

За оценување на доказите судот усвои стандард на докажување „надвор од разумно двоумење“ но додава дека таков стандард треба да произлезе од доволно цврсти, јасни и согласни заклучоци, или од слични непобитни фактички претпоставки.<sup>591</sup>

Сепак, во овој конкретен случај Комисијата утврдила дека практиките на испрашување претставувале повреда на член 3 од ЕКЧП.<sup>592</sup>

Специфичноста на стандардот на разумно двоумење при ЕСЧП се потпира на улогата на ЕСЧП посветена на заштита на човековите права на државно ниво. Во постапките пред ЕСЧП нема докази кои се недопуштени: Судот има моќ слободно да ги оценува доказите.<sup>593</sup>

Толкувањето на стандардот на разумно двоумење од страна на ЕСЧП било критикувано во рамките на спротивставените мислења дадени од одредени судии поради тоа што оставало преголем простор на судската дискреција и самоволие.<sup>594</sup> Критичарите тврделе дека е лесно тужената страна да предизвика двојба во умовите на судиите со изнесување на докази кои во системите на обичајно право не би биле ниту дозволени.<sup>595</sup> На пример, во случајот *Лабита* (2000) осум од седумнаесетте судии на Големиот судски совет изјавиле:

Судот со мнозинство гласови сметал дека подносителот на жалбата не покажал „надвор од секое разумно двоумење“ дека тој бил подложен на малтретирање во Пианоса како што тој тврдел. Иако ние со мнозинство на гласови се согласуваме дека материјалите приложени од страна на апликантот претставуваат исклучиво *prima facie* докази, свесни сме за тешкотиите кои

<sup>589</sup> *Ирска*, пара. 160.

<sup>590</sup> *Ирска*, пара. 160.

<sup>591</sup> *Ирска*, пара. 161.

<sup>592</sup> *Ирска*, пара. 147.

<sup>593</sup> *Начова и други против Буџарија (Nachova and others. v. Bulgaria)*, бр. 43577/98 и 43579/98, 06.07.2005, пара. 147 (понатаму во текстот *Начова*), во кој се наведува: „Во постапката пред Судот не постојат процесни пречки за допуштеноста на доказите или претходно утврдена формула за оценка на доказите. Судот ги усвојува заклучоците кои се, според судот поддржани со слободна оценка на сите докази, вклучувајќи ги и оние заклучоци кои може да произлегуваат од фактите и поднесоците на двете страни. Според востановената судска пракса, еден доказ може да произлезе од доволно цврсти, јасни и согласни заклучоци, или од слични непобитни фактички претпоставки“.

<sup>594</sup> *Вуги Лабита против Италија (Labita v. Italy)*, App. 26772/95, 6 април 2000, Заедничко делумно издвоено мислење на судиите (Joint Partly Dissenting Opinion Of Judges) Pastor Ridruejo, Bonello, Makarczyk, Tulkens, Strážnická, Butkevych, Casadevall And Zupančič; *Вуги истио истака* Sonja C. Grover, *The European Court Of Human Rights As A Pathway To Impunity For International Crimes* (вропскиот суд за човекови права како патека за неказнивост за меѓународни злосторства) 125 (Springer Science & Business Media 2010).

<sup>595</sup> Ugur Erdal, *Article 3 of The European Convention on Human Rights: A Practitioner's Handbook* 258 (Член 3 од Европската конвенција за човекови права: Прирачник за практичари) (Hasan Bakirci & Boris Wijkstrom eds., 2006).

може да ги доживее еден затвореник кој бил малтретиран од страна на оние кои се одговорни за неговото чување и ризиците на кои тој може да се изложи ако јавно го објави ваквиот третман ... Ние исто така имаме став дека стандардот кој се користи за оценување на доказите во овој случај е несоодветен, а можеби и нелогичен, па дури и нефункционален ... во отсуство на ефикасна истрага....<sup>596</sup>

ЕСЧП се осврнал на оваа критика во случајот *Начова* (2005) изјавувајќи:

При оценувањето на доказите ЕСЧП го усвои стандардот на докажување „надвор од разумно двоумење“. Но Судот никогаш немал за цел да го позајми пристапот од националните правни системи кои го користат овој стандард. Улогата на Судот не е да одлучи за кривичната или граѓанска одговорност, туку за одговорноста на договорната држава која произлегува од Конвенцијата. Специфичната задача на Судот согласно членот 19 од Конвенцијата - да обезбеди дека државите договорнички ќе ги почитуваат основните права загарантирани со Конвенцијата – го условува и пристапот на Судот кон прашањата поврзани со доказите. Во постапката пред Судот не постојат процесни пречки за допуштеноста на доказите ниту пак претходно утврдена формула за оценка на доказите. Судот ги усвојува своите заклучоци кои според судот се засновани на слободна оценка на сите докази, вклучувајќи ги наоѓањата кои произлегуваат од фактите и поднесоците на двете страни. Според востановената судска пракса, докажаноста може да произлезе од доволно цврсти, јасни и согласни заклучоци или од слични непобитни фактички претпоставки. Освен тоа, нивото на убедување кое е потребно за постигнување на одреден заклучок и, во врска со ова, распределбата на товарот на докажување, се суштински поврзани со специфичноста на фактите, природата на наводите и засегнатото право согласно Конвенцијата.<sup>597</sup>

Во постапките пред ЕСЧП потребниот степен на докажаност зависи од засегнатите специфични факти. На пример, кога државата ги контролира доказите речиси е невозможно да се утврди повреда исклучиво на темел на доказите приложени од поединецот кој ги поднел наводите против државата. Затоа, ЕСЧП го префрла товарот на докажување на владата.<sup>598</sup>

<sup>596</sup> *Лабитиа Ыројив Ијалија (Labita v. Italy)*, бр. 26772/95, 06.04.2000, Заедничко делумно издвоено мислење на судиите (Joint Partly Dissenting Opinion of Judges) Pastor Ridruejo, Bonello, Makarczyk, Tulkens, Strážnická, Butkevych, Casadevall and Zupančič, пара. 1.

<sup>597</sup> *Начова и др. Пројив Буѓарија (Nachova et al. v. Bulgaria)*, бр. 43577/98 и 43579/98, 2004, пара. 147.

<sup>598</sup> На пример, во *Анѓуелова Ыројив Буѓарија (Anđelova v. Bulgaria)*, бр. 38361/97, 13.06.2002, ЕСЧП изјавил: „Таму каде што настаните кои се испитуваат се целосно или во голема мерка во рамките на ексклузивните сознанија на властите, како во случај на лица кои се под нивна контрола во притвор, ќе произлезат силни претпоставки за фактите на повреда или смртен случај кои се случиле во текот на тој притвор. Навистина, товарот на докажување може да се смета дека лежи на властите да обезбедат *задоволително и убедливо објаснување*“. *Анѓуелова Ыројив Буѓарија*, пара. 111 (2002) (понатаму во текстот *Анѓуелова*) (нагласено од авторот).

## ПРАВОТО НА ПРАВИЧНА ПОСТАПКА ОД ПРАКСАТА НА ЕСЧП

Во случајот *Гуринџс*<sup>599</sup> ЕСЧП нашол дека “доколку не се утврди надвор од разумно двоумење дека осомничениот навистина го сторил кривичното дело и доколку не може да биде утврден фактично дека некаква придобивка, незаконска или ионаква, била стекната од сторана на осомничениот во врска со кривичното дело, не може да се наложи мерка од типично конфискација на добра кои наводно се поврзани со кривичното дело затоа што таква мерка би била заснована на презумпција на вина”<sup>600</sup> и би била некомпатибилна со членот 6 став 2 од ЕКЧП.

Случајот се однесува на следново: апликантот бил приведен и ставен во притвор под сомнение за вмешаност, заедно со други лица, во повеќе различни кражби на камиони натоварени со стока. По завршување на истрагата, првостепениот национален суд пресудил дека апликантот бил вмешан во кражба на 120 машини за сушење алишта од еден камион и во неколку кражби на камиони. Апликантот поднел жалба до локалниот апелационен суд кој ја поништил првостепената пресуда и го осудил апликантот за учество во само неколку од кражбите, а го ослободил во однос на останатите точки од обвинението. Во меѓувреме, јавниот обвинител побарал од судијата да донесе наредба за конфискација на незаконски стекната добивка која според обвинителот изнесувала 67.020,16 евра, сума во која влегувале и добрата поврзани со точките од обвинението за кои апликантот бил ослободен. Апликантот настапил со ставот дека наредба за конфискација може да се наложи само во однос на кривичните дела за кои бил огласен за виновен. Локалниот апелационен суд го прифатил барањето од обвинителот со што конфискацијата се однесувала и на кривичните дела за кои обвинетиот бил ослободен.

Во случајот *Телфнер*<sup>601</sup> ЕСЧП нашол дека имало префрлање на товарот на докажувањето врз обвинетиот; имено, обвинетиот, кој одбил да даде какви било докази, бил осуден за кривично дело од областа на сообраќајот врз основа на обвинение дека тој го возел возилото кое учествувало во сообраќајката и покрај тоа што никакви докази не биле најдени за поткрепа на таквото тврдење. Поконкретно, одлуката на националниот суд се засновала на факти според кои, и покрај тоа што автомобилот бил регистриран на неговата мајка, обвинетиот бил тој кој најчесто го користел автомобилот и згора на тоа не бил дома критичната ноќ кога се случила несреќата, коишто факти барале од него - според националниот суд - да приложи докази дека тој не

<sup>599</sup> *Гуринџс против Холандија (Geerings v. Netherlands)*, бр. 30810/03, ЕСЧП, 01.03. 2007.

<sup>600</sup> *Ibid*, § 47.

<sup>601</sup> *Телфнер против Австрија (Telfner v. Austria)*, бр. 3501/96, ЕСЧП, 20.06.2001

бил возачот за време на критичниот настан. Судот потсетил дека членот 6 став 2 „бара, меѓу друго, товарој на докажување да биде врз обвинителството и секаков вид двоумење да оди во корист на обвинетиот... Ова значи дека презумпцијата на невиност е нарушена тогаш кога товарој на докажување се префрла од обвинителството на одбраната... Со тоа што тобарале од апликантој да даде објаснување и покрај тоа што не успеале да изнесат убедливи *prima facie* докази против него, (националниот) судови го префрлиле товарој на докажување од обвинителството на одбраната“.<sup>602</sup>

Во случајот Хини и Мекгинис<sup>603</sup> Судот ја истакнал врската меѓу правото на обвинетиот да молчи, загарантирано со членот 6 став 1, и презумпцијата на невиност, предвидена во членот 6 став 2, истакнувајќи дека обврската наметната врз обвинетиот да зборува, која е предвидена во националното право, е во судир со начелата загарантирани со членот 6 ставови 1 и 2 од Конвенцијата.

Имено, во округот Дери во Северна Ирска дошло до голема експлозија при што загинале 5 британски војници. Отприлика час и половина по експлозијата, ирски полицајци кои вршеле следење забележале светло во една куќа на околу 6,4 километри од местото на експлозијата и кратко време потоа, откако прибавиле налог, извршиле претрес на домот и нашле повеќе пара ракавици (гумени и плетени), црни маски за на глава (фантомки), капи и други парчиња облека. Мажите кои биле најдени во куќата, вклучувајќи го и сопственикот на куќата и апликантите, биле уапсени и притворени од страна на полицијата согласно со одделот 30 од Законот за кривични дела против државата од 1939 година. Сомневањата биле дека бомбашкиот напад го извела ИРА, а двајцата апликанти биле осомничени за вмешаност во бомбашкиот напад. Полицајците на Хини и Мекгинис им ги соопштиле правата при нивното лишување од слобода со вообичаената терминологија, велејќи им дека тие не мора ништо да зборуваат освен ако не сакаат и уште ги информирале дека сè што ќе кажат ќе биде запишано на хартија и дека може да влезе во корпусот докази против нив. Хини потоа бил испрашан за бомбашкиот напад и за неговото присуство во куќата каде бил уапсен. Тој одбил да одговори на прашањата што му биле поставени. Полицијата потоа му го прочитала одделот 52 од гореспоменатиот закон и побарала од него, согласно со тој оддел, да каже каде се движел и што правел во часовите пред експлозијата, на што тој повторно одбил да одговори. На ист начин се однесувал и вториот апликант, Мекгинис. Поради ова и двајцата биле обвинети за кривично дело недавање информација за нивните движења (согласно со одделот 52 од Законот), биле осудени од страна на специјалниот кривичен суд и казнети со казна затвор во траење од 6 месеци.

<sup>602</sup> *Ibid*, §15§18.

<sup>603</sup> *Хини и Мекгинис против Ирска (Heaney and McGuinness v. Ireland)*, бр. 34720/97, ЕСЧП, 21.03.2001.

Нивната жалба на пресудата поднесена до повисокиот суд била одбиена, по што тие поднеле жалба до ЕСЧП, жалејќи се, согласно членот 6 од Конвенцијата, дека биле казнети со примената на одделот 52 од Законот од 1939 година заради тоа што ги искористиле своите права на молчење, на заштита од себе инкриминација и на презумпција на невиност за време на полицискиот распит. Судот пресудил дека била направена повреда на членот 6 ставови 1 и 2 од Конвенцијата, повикувајќи се на својата воспоставена судска пракса и велејќи дека „иако тие не се конкретно наведени во членот 6 од Конвенцијата, правата што ги искористиле апликантите – правото на молчење и правото на обвинетиот да не се инкриминира себеси – се општиотризнајќи меѓународни стандарди кои лежат во основата на она што се нарекува правична постапка според членот 6. Причините за постоењето на овие права лежат, меѓу другото, во потребата да се заштити обвинетиот од несоодветна присила од страна на органите на државата и на тој начин да се избегне незадоволување на правдата и да се придонесе кон задоволување на целиите на членот 6. Правото на обвинетиот да не се инкриминира себеси предвидува обвинителството во еден кривичен предмет да се труди да ја докаже својата хипотеза против обвинетиот без да прибегнува кон докази прибавени со помош на методи на принуда или репресија противно на волјата на обвинетиот. Во тој контекст, правото на обвинетиот да не се инкриминира себеси е тесно поврзано со презумпцијата на невиност содржана во членот 6 став 2 од Конвенцијата.“<sup>604</sup>

Сепак, во случајот Тирадо Ортиз и Лозано Мартин<sup>605</sup> ЕСЧП истакнал дека не е можно повикување на членот 6, став 2 од ЕКЧП за да се исклучи можноста од вршење алкотест или анализи на крв или урина за време на кривичната истрага. Јасно е дека кога начелото *in dubio pro reo* и презумпцијата на невиност би биле применливи до некакви екстремни размери, полицијата и обвинителството во најголем број случаи не би можеле да спроведуваат истражни дејства од причина што решавањето на каква било двојбена ситуација во корист на обвинетиот би значело блокирање на истрагата. Во овој контекст, ЕСЧП го има истакнато следново: „Правото на обвинетиот да не се инкриминира себеси предвидува можност обвинителството во кривичните предмети да се труди да ја докаже својата хипотеза против обвинетиот без да прибегне кон докази прибавени преку методи на принуда или репресија противно на волјата на обвинетиот. Во овој контекст, ова право е тесно поврзано со презумпцијата на невиност содржана во членот 6, став 2 од Конвенцијата. Меѓутоа, правото на обвинетиот да не се инкриминира себеси се однесува, пред сè, на почитување на волјата на обвинетиот да се брани со молчење.

<sup>604</sup> *Ibid*, § 40.

<sup>605</sup> Тирадо Ортиз и Лозано Мартин против Шпанија (*Tirado Ortiz and Lozano Martin v. Spain*), бр.43486/98, ЕСЧП, 22.06.1999.



Како што е вообичаено прифатено во правните системи во државите поинтересни на Конвенцијата, но и на други места, ова право не се однесува на употребата во кривичните системи на материјал кој може да биде прибавен од обвинетиот преку користење на мерки на принуда независно од волјата на осомничениот, како на пример документите до кои се дошло преку извршување на налог за претрес, алкохол, примероци од крв или урина, како и примерок на телесно ткиво заради вршење на ДНК анализа“.

Во случајот *Ajdarić*<sup>606</sup> Судот нашол дека Република Хрватска го повредила членот 6, став 1, од ЕКЧП неприменувајќи го принципот *in dubio pro reo*, а како резултат на недоволно образложена пресуда. Во овој случај апликантот бил осуден како соизвршител на трикратно убиство сторено во Кутина во 1998 година - на 40 години затвор - единствено врз основа на исказ даден од сведок кој дал изјава за она што го слушнал. Сведокот бил поранешен полицаец и самиот (неправосилно) осуден на 7 години затвор којшто апликантот го сретнал во затворската болница во 2005 година. Сведокот тврдел дека ги слушал разговорите помеѓу апликантот и трето лице додека со нив престојувал во иста болничка соба заедно со уште петмина други затвореници за тоа како со шепотење разговараат за тоа заеднички да сторат кривично дело.

ЕСЧП сметал дека домашните судови не сториле никаков напор да ги проверат изјавите на овој сведок, туку ги зеле за вистинити без оглед на фактот дека постоела медицинска документација дека сведокот пател од душевни пореметувања, ниту ги зеле предвид спротивните изјави на другите сведоци. Во својата одлука Европскиот суд навлегол длабоко во разгледувањето на контрадикторностите меѓу исказите, контрадикторностите во самите искази и неконзистентноста во некои прашања, па нашол дека: „Сите овие дискрејанци барале особено внимателно оценување од страна на домашните судови. Во врска со тоа, Судот посочува на обврската споредената во поинтересната да бидат сослушани и нивните приговори да бидат соодветно разгледани и забележува дека апликантот покренал сериозни приговори во однос на веродостојноста на доказите изнесени од С. Ш., посочувајќи на различни дискрејанци и нелогичности во исказот на С. Ш., како и на неоспорноста на каква било врска меѓу него и предметното кривично дело. Апликантот посочил на конкретни факти и документи што го оспоруваат исказот на С. Ш. Така, тој посочил на конфузна и нејрецизна природа на исказите на С. Ш. Во однос на обвинувањето на С. Ш. дека апликантот отворил 'бизнис' во Бања Лука со парите земени од жртвите во 1998 година, апликантот поднел документи, од коишто се гледало дека својот салон за автомобили го отворил уште во 1990 година. Тој исто така ја оспорил веродостојноста на С. Ш. како сведок поради неговата ментална болест.“<sup>607</sup>

<sup>606</sup> *Ajdarić против Хрватска (Ajdarić v. Croatia)*, бр. 20883/09, ЕСЧП, 04.06.2012

<sup>607</sup> *Ibid.*, §46.



Понатаму, судот го анализираше образложението на пресудата и навел дека националните судови воопшто не ги спомнале наведените дискрепанци или контрадикторности во образложението: „Имајќи го тоа предвид Судот смејќа дека одлуките на домашните судови во конкретниот случај не биле соодветно образложени. Така, очигледните дискрепанци во исказите на сведоците, како и здравствената состојба на С. Ш. воопшто не биле земени предвид или не биле земени предвид доволно. Во овие околности, може да се каже дека одлуките на националните судови не го потпишуваат основниот услов во кривичната правда дека обвинителството мора да ги докаже обвиненијата надвор од разумно двоумење и не се во согласност со едно од основните начела на кривичното право, имено *in dubio pro reo*.“<sup>608</sup>

Кога станува збор за грешки при одлучување за фактите или при примена на законите ставот на Судот е дека тоа не е негова задача, освен доколку таквите грешки довеле до повреда на правата заштитени со Конвенцијата. Па така во случајот Хајнал<sup>609</sup> судот сметал дека постои повреда на член 6, став 1, од Конвенцијата бидејќи во кривичната постапка биле користени докази кои биле прибавени со кршење на член 3. „Судот сепак наставно дека дојде до изјави добиени преку тортура или друго лошо постапување како докази, заради утврдување релевантни факти во кривичната постапка ја прави постапката како целина неправична. Ваквиот заклучок важи без оглед на доказната вредност на изјавите и независно од тоа дали нивната употреба била од решавачко значење за обезбедување осудителна пресуда.“<sup>610</sup> И обратно, во случајот Шенк<sup>611</sup> судот сметал дека иако допуштањето на незаконски прибавени докази само по себе не е прекршување на членот 6, тоа може да создаде неправичност во однос на фактите во еден конкретен случај. Во овој случај, што се однесувало на употребата на снимка која била незаконска во смисла на тоа дека не се засновала на налог од истражен судија, судот сепак одлучил дека немало прекршување на член 6 (1), бидејќи одбраната имала можност да ја оспори употребата на снимката, а имало и други докази што ја поткрепувале осудителната пресуда за обвинетиот.

Како што може да се види од досега кажаното, правата на одбраната се од клучно значење за да се обезбеди правична постапка. Подолу се образложени повеќе случаи во кои Судот нашол дека има повреда на правото на правична постапка токму заради повреда на правата на одбраната.

<sup>608</sup> *Ibid*, §51.

<sup>609</sup> *Хајнал против Србија (Hajnal v. Serbia)*, бр. 36937/06, ЕСЧП, 19.06.2012

<sup>610</sup> *Ibid*, § 113.

<sup>611</sup> *Шенк против Швајцарија (Schenk v. Switzerland)*, бр. 10862/84, ЕСЧП, 12.07.1988

Па така во случајот *Илџазу*<sup>612</sup> апликантот бил обвинет дека се обидел да внесе во земјата 9,5 килограми хероин купени од неидентификуван продавач во Истанбул, натоварени на камион кој припаѓал на компанијата која била во негова сопственост и со која тој управувал. Националниот суд го прогласил за виновен и го осудил на 5,3 години затвор за нелегална трговија со дрога. Апликантот се жалел на прекршување на членот 6, став 3 (г) од ЕКЧП, заради одбивање на домашните судови да ги прифатат писмените изјави и да обезбедат присуство на сведоците С.Б. и Т.С. кои наводно упатувале на тоа дека апликантот ниту лично бил вклучен ниту го набљудувал товарењето на робата во камионот. Апликантот доставил копија од изјавите преведени на македонски јазик, бидејќи овие изјави биле земени од страна на косовските власти (од каде што робата влегла во државата) на барање на националните власти. Апликантот тврдел дека домашните судови со тоа погрешно ја утврдиле фактичката состојба во случајот.

И покрај тоа што ЕКЧП повторил дека „*дојдушиеноста на доказите е ѓрвенсивено работна која ѓ треба да се регулира во домашното ѓ право*“, и дека целта на судот „*не е да донесе одлука за ѓа дали изјавите на сведоците биле соодветно ѓ признаени како докази, ѓуку да уѓврди дали ѓ сѓајката во целина, вклучувајќи ѓо и начинот на кој доказите биле дадени, била ѓравична*“, и дека член 6, став 3 (г) „*не бара ѓосветеност и исѓиување на секој сведок во корисѓ на обвинетиот: нејзината најважна цел, како ѓѓо е наведено во зборовите „ѓод исѓи околности“е целосна еднаквост на оружјата*“, сепак судот заклучил дека „*може да има исклучителни околности коиѓо може да ѓо најѓраат Судот да заклучи дека несолушувањето на лице како сведок е несѓовно со член 6*“.<sup>613</sup> Па така во овој конкретен случај судот сметал дека има повреда на член 6 ставови 1 и 3 (г) од Конвенцијата бидејќи „*во оѓсуство на директни докази на аѓликантот ѓ требало да му се дојдуши разумна можност да ја осѓорува ѓреѓѓавката дека ѓој ја најѓоварил и сокрил дрогата во камионот. Одбивањето да се исѓѓаат сведоците на одбраната, во најмала рака Т.С., довело до одрничување на ѓравата на одбраната, ѓѓо е сѓроивно на ѓаранциите за ѓравично судење наведени во членот 6*“.<sup>614</sup>

Понатаму, во случајот *Душко Ивановски*<sup>615</sup> апликантот бил осуден на две ипол години затвор заради нелегална трговија со дрога. Апликантот бил претресен на 04 февруари 2003 година, без судски налог и во отсуство на сведоци, што во исклучителни околности е дозволено со закон, а од него биле конфискувани 13 клучеви и мобилен телефон.

<sup>612</sup> *Илџазу ѓроѓив ѓоранешна југословенска Реѓублика Македонија (Iljazi v. the former Yugoslav Republic of Macedonia)*, бр.56539/08, ЕКЧП, 03.01.2014.

<sup>613</sup> *Ibid.*, § 40.

<sup>614</sup> *Ibid.*, § 47.

<sup>615</sup> *Душко Ивановски ѓроѓив ѓоранешната југословенска Реѓублика Македонија (Duško Ivanovski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia)*, бр. 10718/05, 24.07.2014.

Истиот ден истражен судија издал два налози за претрес на два стана и други придружни простории во сопственост на таткото на апликантот (стан бр. 8 и 9 во зградата во која живеел апликантот), заради основано сомневање дека апликантот бил вмешан во трговија со дрога. При претресот пронајдени биле повеќе од 2.000 кг хероин во подрум кој припаѓал на друг стан, стан бр. 10 во истата зграда, а кој бил отворен со клуч одземен при првичниот личен претресот на апликантот. Според вештачењето, системот за заклучување на катанецот од подрумот на стан бр. 10 бил оштетен и можел да се отвори со било кој предмет, вклучувајќи и со сите клучеви конфискувани од апликантот. Друго вештачење утврдило дека на пакетот со хероин имало еден отпечаток од средниот прст на апликантот. Апликантот тврдел дека има повреда на членот 6 од ЕКЧП бидејќи неговата осуда се темели на незаконски докази и дека домашните судови ги одбиле неговите барања за сослушување на сведоци и дополнително вештачење.

ЕСЧП во својата одлука повторно нашол дека „Иако членот 6 го гарантира правото на правично судење што не содржи никакви правила во однос на доуштиноста на доказите или начинот на кои тие треба да бидат оценети, што се прашања кои примарно треба да бидат регулирани со домашното законодавство и одсирани на националните судови. Не е задача на Судот да утврди, како прашање на принцип, дали определени видови на докази – како на пример оние прибавени на незаконен начин – можат да бидат доуштинени или пак не, или пак дали апликантот е виновен или не. Прашањето кое мора да се одговори е дали постипањето како целина, вклучително и начинот на кој биле прибавени доказите, била правична. Ова вклучува и испитување на во случајот спорната „незаконност“.<sup>616</sup> Сепак, судот навел дека: „При утврдувањето на тоа дали постипањето како целина била правична, треба да се земе предвид и тоа дали биле почитувани правата на одбраната. Особено мора да се испита дали на апликантот му била дадена можност да ја осори автентичноста на доказите и можност да се сиропистави на нивната доуштиност. Дојолнително, мора да се земе предвид квалитетот на доказите, вклучително и тоа дали околностите во кои овие докази биле прибавени создаваат двојба во однос на нивната веродостојност или точност“, како и дека: „иако вообичаено националните судови се тие кои ги оценуваат доказите изведени пред нив како и релеванноста на доказите чие изведување го бара одбраната, можно е да постоејат исклучителни околности кои може да го наведат Судот на заклучок дека пројуситот одредено лице да биде сослушано како сведок е некомпатибилно со членот 6“.

Земајќи го сето ова предвид, во овој конкретен случај, судот сметал дека при разгледување на правичноста на постапката како целина, постои повреда на членот 6 ставови 1 и 3 (г) од Конвенцијата поради одбивањето

<sup>616</sup> Ibid. § 42.

на домашните судови на предлогот на одбраната за сослушување на сведоци и на барањето за алтернативно вештачење.

Во случај на *Ковач*<sup>617</sup> апликантот се жалел дека бил во кривичната постапка против него лишен од правично судење бидејќи не бил во можност да го испита М.В. како сведок против него, а со тоа имало повреда на член 6, став 1 и 3 (г) од Конвенцијата. Апликантот во 2002 година бил обвинет за непристојно дело против малолетник, дванаесет-годишна девојка со пречки во развојот. Наводната жртва, М.В. сведочела пред истражен судија во присуство на психолог, но апликантот, кој во таа фаза не бил застапуван од адвокат, не бил присутен. На судењето апликантот ги негирал обвиненијата. Жртвата тогаш била снимена дека ја потврдила изјавата дадена пред истражниот судија, но нејзината изјава не била прочитана. Биле испитани и други сведоци, но ниту еден од нив не го видел наводното дејство и сведочеле само за последователни настани. Судот го осудил апликантот за непристојно дело спрема малолетник и го казнил со шест месеци затвор. Осудителната пресуда во одлучувачки степен се базирала на изјавата на жртвата дадена пред истражен судија. Апликантот поднел жалба наведувајќи дека не му била дадена можност да ја испраша М.В. и дека нејзиното сведочење пред истражниот судија било преформулирано од страна на судијата и не било автентично на она што таа го изјавила, особено имајќи предвид дека на возраст од 12 таа не можела ниту да чита, ниту да пишува и не ги знаела имињата на сите нејзини наставници. Повисокиот суд ја одбил жалбата прифаќајќи дека изјавата од нејзиното сведочење била преформулирани од страна на истражниот судија и дека сведочењето би звучело уште поубедливо доколку биле репродуцирани зборовите на М.В., но не сметајќи дека овој пропуст извршил значајно влијание. Истовремено, повисокиот суд не коментирал на жалбата на апликантот за неможноста да ја испраша М.В.

ЕСЧП во овој случај истакнал дека: „ујоѝребаѝа на искази добиени во ѝекоѝ на ѝолицискаѝа и судскаѝа исѝраѓа за целиѝе на докажувањето сама ѝо себе не е ѝроѝивречна на сѝавовиѝе 1 и 3 (ѓ) од членоѝ 6, ѝод услов да се ѝочѝѝувани ѝраваѝа на одбранаѝа. Тие ѝрава, ѝо ѝравило, барааѝ на обвинетоѝоѝ на соодветен и ѝравичен начин да му се овозможи да ја осѝори веродостојноста на сведокоѝ кој сведочи ѝроѝив неѓо и да ѝо исѝѝѝува сведокоѝ додека ѝоѝ ѝо давал исказоѝ или во ѝодоцнежна фаза од ѝосѝаѝкаѝа“. Судот исто така навел дека „начелаѝа за ѝравично судење налаѓааѝ инѝересиѝе на одбранаѝа да се доведат во рамноѝежа со инѝересиѝе на сведоциѝе или жрѝвиѝе кои се ѝовикани да сведочат. Во ѝоѝ ѝоѓлед ЕСЧП ѝи има земено ѝредвид ѝосебниѝе каракѝерисѝѝики на кривичнаѝа ѝосѝаѝка кои се однесуваат на сексуалниѝе кривични дела. Жрѝваѝа

<sup>617</sup> Ковач ѝроѝив Хрваѝска (Kovač v. Croatia), бр. 503/05, ЕСЧП, 12.10.2007

Итаква иако честито ја доживува како тешко искушение, особено ако мора да се соочи со обвинетиот директно на својата волја. Тие карактеристики ќе бидат уште понајлесни во случај во кој се јавува малолетник. При оценување на прашањето дали во една таква иако на обвинетиот му било правично судено, мора да се земат предвид интересите на жртвата. ЕСПЧ зајавоа дека во кривична иако која се однесува на сексуално злоставување може да се преземат одредени мерки во функција на заштитата на жртвата, под услов таквите мерки да може да се усогласат со она што се нарекува соодветно и делотворно остварување на правата на одбраната. При осигурување на правата на одбраната, од правосудните тела може да се побара да преземат мерки кои ќе ги компензираат поштеностиите со кои се бори одбраната. Во овој конкретен случај Судот нашол дека „не може да се смета дека апликантиот имал соодветна и висшинска можност да ја доведе во прашање изјавата на сведокој која била од решавачка важност за негово осудување, иако според тоа апликантиот немал правично судење“.<sup>618</sup>

Во својата пресуда во случајот Тојик<sup>619</sup> ЕСПЧ исто така забележал дека: „(...) барањето на апликантиот да бидат сослушани сведоциите на настанот не било неосновано, дека било релевантно за предметот на обвинението и дека можело да ја зајакне позицијата на одбраната или дури и да доведе до ослободување на обвинетиот, ако се потврдено дека навистина во канцеларијата фрлил лименка од пиво, а не пакување со наркотици. (...) Меѓутоа, судот го отфрлил барањето на апликантиот забележувајќи дека сите релевантни факти се доволно потврдени (...) што не може само по себе да се смета за образложена одлука и може да посочи кон тоа дека изјавите од сведоци што биле изнесени пред домашниот суд биле еднострани. (...) Зајавоа, Судот смета дека, со отфрлањето на сите барања на одбраната и прифаќање на сите аргументи на обвинителството судечкиот суд му дал неправилна вредност на обвинителството и според тоа го лишил обвинетиот од каква било практична можност ефективно да ги оспори обвиненијата што му биле ставени на повар“.<sup>620</sup>

Во овој случај ЕСПЧ го нагласил значењето на зборовите „под исти услови“ и „еднаквост на оружјето“: „Со оваа одредба, тој им остава на националните органи да одлучат за релевантноста на предложениите докази, се додека тоа е усогласено со концепцијата на правично судење, којшто доминира во членот 6. (...). Следствено, не е доволно обвинетиот да се жали дека не му било дозволено да испраша одредени сведоци; покрај тоа, тој мора да го поткрепи барањето со образложение зошто е важно засегајќи сведоци да бидат сослушани и зошто нивните искази се неопходни за потврдување на вистината (...). Според тоа,

<sup>618</sup> Ibid. §26, §32.

<sup>619</sup> Тојик против Хрватска (Topic v. Croatia), бр. 51355/10, ЕСПЧ, 10.10.2013

<sup>620</sup> Ibid, §46, §47, §48.

ако апликантот и поднесе барање за сослушување сведоци што не е неосновано и коешто е доволно образложено, релевантно за предметот на обвинението и би можело да ја зајакне позицијата на одбраната или дури да доведе до ослободување на апликантот, домашните органи мора да дадат релевантни причини за одбивање на таквото барање (...). Судот забележува дека апликантот тврдел дека пакетот најден во кантата за отпад не му припаѓал нему, ја поради тоа одбил да го поднесе зајисничок за зајленување на пакетот и побарал вештачење за да се соберат докази за тоа дали тој бил во контакт со пакетот (...). Тој исто така тврдел дека фрлил лименка од пиво во кантата, а за да го поткрепи тоа тврдење, барал да бидат сослушани три лица што биле сведоци на настаној. Во текот на целото судење апликантот ги отфрлил обвиненијата што му се ставале на товар и тврдел дека во кантата за отпадоци фрлил лименка од пиво, а не пакувањето со наркотици (...). Во тој поглед, Судот забележува дека еден од полициските службеници што сведочеле пред судот, впрочем оној што го нашол пакувањето, потврдил дека во кантата нашол и лименки од пиво, со што одбраната на апликантот не била целосно неоснована или неверојатна. (...). Според тоа, доказите на полициските службеници, како сведоци на обвинителството, можеле да бидат побиеани од исказите на другите три сведоци (...). Во отсуство на материјални докази, како отпечатоци од прсти или праги од ДНК, коишто не биле земени од пакувањето, иако одбраната го барала тоа, тие искази од сведоците можеле да имаат важна улога во зајакнувањето на позицијата на одбраната на апликантот или дури и да доведат до негово ослободување (...), имајќи предвид дека кривичниот суд е обврзан од принципот *in dubio pro reo* (...).<sup>621</sup>

Повторно, во случајот Навалниј и Јашин<sup>622</sup> ЕСЧП утврдил дека на апликантот мора „да му се даде разумна можност да го прикстави својот случај во услови што не го стават во неволна положба од другата страна“. <sup>623</sup> Судот исто така навел дека: „(...) околностите на конфронтацијата на апликантите со полицијата биле предмет на спор меѓу страните во прекршочната постапка (...). Меѓутоа, судовите што поставувале во таа постапка одлучиле да ја засноваат својата пресуда исклучиво на верзијата на полицијата и одбиле да прифатат дојдливите докази, како видео снимки или да повикаат други сведоци кога апликантите побарале да докажат дека полицијата не издала наредби пред да ги уапса. Судот смета дека три постоење на спорни прашања во врска со клучните факти на кои се заснова обвинението, каде единствениите сведоци на обвинителството биле полициски службеници што играле активна улога во предметните настани, судијата во Окружниот суд во Тверској морал да ја искрпи секоја

<sup>621</sup> *Ibid.*, §40, §42, §43, §44, §45.

<sup>622</sup> Навалниј и Јашин против Русија (*Navalnyy and Yashin v. Russia*), бр.76204/11, ЕСЧП, 20.04.2015.

<sup>623</sup> *Ibid.*, §82.



разумна можност да ги потврди нивните инкриминирачки искази (...). Непосредноста на тој начин е сировно на основната обврска на обвинителството да го докаже обвинението и на едно од основните начела на кривичното право, имено *in dubio pro reo*(...)"<sup>624</sup> Јасно е дека на апликантите требало да им биде овозможено да ги докажат фактите во полза на одбраната, но тоа не им било дозволено од судот.

Интересни за обзервација се и становиштата на Судот кога станува збор за основаноста на мерката притвор, во смисла на тоа дали обвинителството успеало да приложи доволно докази за да покаже дека постоело основано сомневање во вината на обвинетиот.

Имено, во случајот *Стејцулаец*<sup>625</sup> била доведена во прашање, меѓу другото, законитоста на притворот и дали постоеле доволно причини за притвор. Апликантот бил сопственик на компанија за обезбедување, која обезбедувала компанија за снабдување со гориво. Откако компанијата за снабдување со гориво се пожалила дека еден од вработените на компанијата за обезбедување наводно украде гориво, апликантот откако била извршена интерна истрага ја информирал компанијата дека вработениот Г.Н. признал дека крадел гориво, но одбил да плати за штетата, па затоа апликантот предложил компанијата за снабдување со гориво да ја извести полицијата за тоа. Неколку месеци подоцна работникот Г.Н. пријавил во полиција дека лица од компанијата за обезбедување каде што бил вработен му се заканувале со насилство, со цел да добијат пари од него и дека тој бил незаконски држен во притвор. Следниот ден обвинителството отворило истрага против апликантот и против уште еден вработен во неговата компанија, а три дена подоцна апликантот бил притворен. Првото приведување завршило со тоа што апликантот бил ставен во домашен притвор, а подоцна ослободен со кауција од страна на Апелациониот суд. Во меѓувреме лиценцата на неговата компанија била укината и апликантот за медиумите изјавил дека неговото гонење и приведување било поврзано со намерата на Министерството за внатрешни работи да го монополизира пазарот на службите за обезбедување со тоа што ќе ги уништи конкурентите, вклучувајќи ја и неговата компанија. Потоа, следело уште едно приведување на основ на поширока кривична истрага против апликантот и уште две други лица за наводна уцена на две потенцијални жртви. Националниот суд одредил притвор и државниот Апелационен суд ја потврдил таа одлука.

ЕСЧП заклучил дека во жалбата поднесена од страна на лицето Г. Н. до полицијата не било директно наведено името на апликантот, а сепак единствениот основ што го навел обвинителскиот орган при приведувањето на апликантот и при доставувањето на барање до судот да му одреди мерка притвор бил тоа што жртвата Г. Н. директно го идентификувала

<sup>624</sup> *Ibid.* §83.

<sup>625</sup> *Стејцулаец против Молдавија (Stepuleac v. Moldova)*, бр. 8207/06, ЕСЧП, 06.02.2008.



апликантот како сторител на делото. Па така за Судот „е нејасно зошто неговото име се нашло во оваа одлука уште на самиот почеток на истражувањето и пред да бидат прибавени други докази“.<sup>626</sup> Исто така, Судот забележал дека „домашниот суд, при разгледување на барањето за одредување мерка приговор (...), утврдил дека најмалку еден од аргументите на жалбата од Г. Н. е неиздржан (...). Овој фактот требало да фрли двојба врз кредибилитетот на Г. Н. Конфликтот што тој го имал со администрацијата на команијата (...) дава доволни причини за човек да се осомнева во неговите мотиви. Меѓутоа, наместо да се проверат овие информации кои лесно можело да се добијат од организацијата за спроведување на законот, особено ако се земе предвид голем број јавни обвинители кои добиле задача да работат на овој случај, јавниот обвинител го привел апликантот делумно и врз основа на неговото наводно киднаирање на Г. Н. Ова оди во прилог на тврдeњето на апликантот дека истражните органи не ги провериле со искрена посветеност фактите со цел да утврдат постоење на разумно сомневање дека тој го сторил делото, туку дека итјене кон негово приведување, наводно заради лични интереси. (...)“<sup>627</sup>

Судот заклучил дека информациите со кои располага не „би убедиле објективен набљудувач дека обвинетиот може да е тој кој го сторил делото“.<sup>628</sup> Следствено, имало повреда на членот 5, став 1 од ЕКЧП во однос на првото приведување на апликантот.

Во врска со второто приведување, Судот сметал дека „Доколку апликантот навистина го сторил кривичното дело и доколку сакал да ѝ изврши приговор на жртвата или на сведоците или да уништи докази, тој имал доволно време да го стори тоа пред декември 2005 година, а никакви докази не биле доставени до ЕСПЧ за итјакви активности од страна на апликантот. Значи, не постоела никаква итјаквост за приведување за да би се прекинала некаква криминална активност, а дваесте и четворицата (24) истражители распоредени да работат на овој случај можеле да одвојат малку време за да проверат дали итјаквите се prima facie основани. Наместо итјаква проверка, апликантот бил приведен на денот на отпочнување на истражувањето (...). Уште повознемирувачки е тоа што од изјавите на двесте наводни жртви може да се заклучи дека една од жалбите била фабрикувана а истражниот орган не проверил со итјаквост на итјаквата дали тој навистина поднел итјаква итјаквост, додека итјаквост друкучина е резултат на директно влијание од страна на полицискиот службеник О. – итјаквост оној кој ја евидентирал и првата итјаквост итјаквост апликантот ... Ова ги прави и двесте итјаквост и релевантни за целта која се однесува на утврдување дали итјаквост разумно

<sup>626</sup> Ibid. §70.

<sup>627</sup> Ibid. §72.

<sup>628</sup> Ibid. §73.

сомневање дека апликантот го извршил делото, а причината не е наведена нишму една друга причина за неговото приведување (...). Судот е свесен за можноста жртвата да ги повлече своите изјави поради промена на претходното мислење или поради принуда. Сепак, дали една жртва попишала претставка може да се провери со помош на објективни форензички докази и не постои ништо во досието на случајот кое укажува на тоа дека лицето го лажело домашниот суд за тоа дека не ја попишало претставката. Доколку било покажано дека жртвата ја попишала претставката но подоцна ја повлекла истата под принуда, домашниот суд ќе имал сериозни причини да го одбие барањето на апликантот за ослободување. Судот воопшто не изразил загриженост околу тоа“ (...).<sup>629</sup>

Како и во случајот на првото приведување, Судот заклучил дека не гледа никакви докази кои поткрепуваат разумно сомневање дека апликантот го сторил кривично дело. Следува дека имало повреда на членот 5 став 1 од ЕКЧП и во однос на второто апсење на апликантот.

Слично, и во случајот *Лазороски*<sup>630</sup> апликантот се жалел по основ на членот 5, став 1, 2 и 3 од Конвенцијата дека неговото лишување од слобода не било во согласност со закон и дека тој не бил информиран за причините за неговото приведување. Имено, на 6 август 2003 година апликантот добил телефонски повик од службеник во службата за разузнавање да дојде во полициска станица на „разговор“. Еден службеник во Службата за разузнавање на висока положба Ј.С., дал усна наредба за притвор на апликантот под сомнение дека бил вооружен и дека би можел да ја напушти земјата. Во 23:15 истиот ден апликантот бил приведен од страна на полицијата во близина на границата, бил однесен во полициската станица и по извршениот претрес во извештајот било наведено дека кај него биле пронајдени мобилен телефон, пасош, лична карта и дозвола за носење оружје. Според странките, исто така бил пронајден и пиштол, но не бил внесен во записникот. Апликантот бил врзан со лисици и префрлен во полициска станица на разузнавачката служба во градот, но тој успеал да го повика својот адвокат на неговиот мобилен телефон. Во 2:00 утрото на 7 август 2003 година апликантот потпишал записник со кој се откажал од правото на адвокат. Нема записник од сослушувањето. Апликантот тврдел дека бил испрашуван во врска со работата на неговите претпоставени (еден од извршните директори на компанијата), во врска со одредени членови на политичката партија во опозиција и за одредени познати новинари. Неговите лични предмети му биле вратени и тој бил пуштен во 9:00. Апликантот го пријавил неговото наводно незаконско приведување во Министерството за внатрешни работи, Сектор за внатрешна контрола. Секторот констатирал дека апсењето и притворот

<sup>629</sup> *Ibid.* §76-78.

<sup>630</sup> *Лазороски против поранешната југословенска Република Македонија (Lazoroski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia)*, бр. 4922/04, ЕСЧП, 08.01.2010.

на апликантот бил спроведен во согласност со законот, освен некои мали грешки во записникот за претрес. Апликантот исто така побарал истражниот судија да ја испита законитоста на лишувањето од слобода, тврдејќи дека тој бил нелегално притворен, дека не бил информиран за причините за неговото приведување, дека неговиот адвокат бил спречен да присуствува на неговото испрашување и дека приведувањето било извршено без судски налог. На 26 јануари 2005 година, по пет барања од страна на апликантот за постапката да се забрза, истражниот судија утврдил дека апликантот бил законски лишен од слобода, под сомнение за трговија со оружје. На 18 февруари 2005 година, Судскиот совет ја одбил неговата жалба.

Апликантот поднел жалба до ЕСЧП. Судот нашол дека лишувањето од слобода на апликантот не претставува законско лишување од слобода засновано на „разумно сомнение“ и затоа постои повреда на член 5, став 1 (в) од Конвенцијата. Во своето објаснување ЕСЧП нагласил дека *„фактиите кои предизвикуваат сомнение не треба да бидат на исто ниво како оние кои се неопходни да оправдаат обвинение или дури осуда, што доаѓа во подоцнежната фаза од кривичната истража. Во конкретниот случај ништо не сугерирало дека апликантот бил инволвиран во трговија со оружје. Дури и во осмата фаза пред Судот државата не презентирала никакви материјали кои би довеле до убедување дека треба да се извлече поинаков заклучок. „Опративните индиции“ на Службата за разузнавање во отсуство на било каква изјава, информација или конкретна жалба не може да се сметаат за доволни да ја оправдаат „разумноста“ на сомнението на кое се заснова лишувањето од слобода и задржувањето на апликантот.“*<sup>631</sup>

Понатаму во текстот е обработена богатата пракса на Судот поврзана со повредата на презумпцијата на невиност кога службени лица изјавиле дека лицето е виновно пред истото да биде осудено со правосилна судска одлука.

Во случајот *Минели*<sup>632</sup> ЕСЧП нашол дека членот 6, став 2, од ЕКЧП е прекршен со одлука на еден национален суд во која стои дека одредено лице е виновно за соодветно кривично дело пред на тоа лице да му биде судено и да биде огласено за виновно за делото. Судот особено истакнал дека *„презумпцијата на невиност ќе биде повредена доколку одредена судска одлука оразува мислење дека обвинетиот е виновен пред претходно да му биде докажана винаа согласно со закон и особено, без обвинетиот да имал можност да го оствари своето право на одбрана. Ваква повреда на презумпцијата на невиност може да се случи дури и во отсуство на каков било формален заклучок, доволно е само да постои некакво размислување кое укажува на тоа дека (националниот) судот го смета обвинетиот за виновен.“*<sup>633</sup>

<sup>631</sup> Ibid. §48.

<sup>632</sup> Минели против Швајцарија (Minelli v. Switzerland), бр. 8660/79, ЕСЧП, 25 март 1983.

<sup>633</sup> Ibid. § 37.

Во конкретниот случај *Минели* имало приватна жалба за клевета против господинот Минели која била отфрлена затоа што делото застарело. И покрај овој факт националниот суд му наредил на господинот Минели да плати дел од судските трошоци со образложение дека обвинетиот веројатно ќе бил осуден доколку не дошло до застарување на делото. ЕСЧП истакнал дека со ваквата одлука на националниот суд дошло до повреда на членот 6 став 2 од ЕКЧП затоа што националниот суд покажал дека е убеден во вината на обвинетиот врз основа на една обична проценка без каков било формален заклучок за вината.

Во случајот *Лагардер*<sup>634</sup> таткото на апликантот кој се викал Жан Лук Лагардер бил генерален директор на две компании - Матра и Ашет. Една трета компанија со назив Ламбда, застапувајќи неколку акционери од Матра и Ашет, поднела жалба против Ж.Л. Лагардер за проневера на корпоративен имот, заедно со барање за вклучување во постапката како граѓанска странка. Резултатот од ова било тоа што Ж.Л. Лагардер, во својство на генерален директор на Матра и Ашет, бил обвинет за свесна злоупотреба и проневера на имот на овие компании против нивниот интерес. Парискиот кривичен суд го прогласил кривичниот прогон против Ж. Л. Лагардер за застарен и како последица од оваа одлука и жалбата на граѓанската странка била прогласена за недопуштена. Компанијата Ламбда ја обжалילה оваа одлука по што Врховниот суд, откако прво изјавил дека кривичниот прогон е застарен но овојпат како резултат на смртта на обвинетиот, ја поништил пресудата на апелациониот суд во врска со граѓанската жалба и предметот бил испратен на одлучување до друг апелационен суд. Тој друг апелационен суд ги прогласил делата за проневера на корпоративен имот извршена во 1988 година за застарени, но не и оние извршени во финансиските години 1989 до 1992 година, и изразил мислење дека починатиот татко на апликантот делувал спротивно на интересите на компаниите Матра и Ашет. Заклучокот на апелациониот суд бил дека системот воспоставен од страна на г-динот Ж.Л. Лагардер претставува кривично дело проневера на корпоративен имот и наредил наследниците на починатиот Ж.Л. Лагардер да ѝ исплатат отштета на граѓанската странка во износ од 14.345.452,52 евра.

Апликантот ја обжалил оваа одлука но барањето не му било прифатено по што тој на крајот поднел жалба до ЕСЧП. Во жалбата се пожалил дека француските судови го повредиле правото на неговиот татко на презумпција на невиност затоа што го прогласиле за одговорен за кривично дело и покрај тоа што кривичната постапка против него застарела а тој никогаш не бил огласен за виновен сè до неговата смрт. Во врска со ова прашање, ЕСЧП повторил дека мора да се прави разлика помеѓу одлуки или изјави кои изразуваат мислења дека обвинетиот е виновен и одлуки или изјави кои само опишуваат состојба на сомнеж.

<sup>634</sup> *Лагардер ѝрошив Франција (Lagardere v. France)*, бр.18851/07, ЕСЧП, 12.07.2012.

Првите ја повредуваат презумпцијата на невиност, додека за вторите ЕСЧП веќе утврдил во поранешни случаи дека се во согласност со духот на членот 6 од Конвенцијата. Исто така, ЕСЧП повторил дека членот 6, став 2 од Конвенцијата се однесува на ситуации кога засегнатото лице не е или не е повеќе предмет на „кривично обвинение“ (на пример, тоа се судски одлуки донесени по прекин на кривичната постапка или по донесена ослободителна пресуда), и дека доколку одлуката на националниот суд за отштета содржи изјава со која ѝ се импутира кривична одговорност на странката која се задолжува да ја плати отштетата, тоа би можело да создаде проблем кој потпаѓа под делокругот на членот 6, став 2 од ЕКЧП.

Во овој случај ЕСЧП забележал дека апелациониот суд во својата пресуда навел дека „*йосйоенеийо на консийиуийивниийе елеменйи на делойо йроневера на корйорайивен имой на шйеяа на комйаниийе Майра и Ашей е уййвргено за йериодой за кој сйанува збор йроийив йосйодиной Жан Лук Лаџарџер*“.<sup>635</sup> Една ваква изјава не остава простор за двојба дека апелациониот суд го сметал таткото на апликантот за виновен според обвинението и покрај тоа што кривичниот прогон против него застарел и ниту еден суд не го огласил за виновен за време на неговиот живот. Оттаму следува дека членот 6, став 2 од ЕКЧП бил повреден со одлуката на националниот суд.

Понатаму, во случајот *Клеве*<sup>636</sup> објаснувајќи го опсегот на презумпцијата на невиност Судот појаснил дека членот 6, став 2 не се однесува само на оперативниот дел од пресудата – одлуката со која обвинетиот се огласува за виновен или невин – туку и на образложението на истата. Во овој случај апликантот бил татко на девојче и во врска со него поранешната сопруга ја известила полицијата дека тој сексуално ја злоставувал ќерка си. Ќерката била испрашана од полицијата и притоа било ангажирано и вешто лице – психолог за да ја оцени веродостојноста на нејзиниот исказ. Апликантот бил обвинет за сексуална злоупотреба на дете и сексуална злоупотреба на лице кое му било доверено на воспитување. Регионалниот суд Мунстерго ослободил од сите обвиненија образложувајќи ја таквата своја одлука на следниов начин „...*Како еден вид резиме, судскиоий советй йреййосйавува дека клучниийе насйиани ойишани од сйрана на сведокоий имааий своја факйичка основаносй, односно дека обвинеийоий нависйина сексуално ја найасйивувал ќерка си во неговийоий авйомобил. Сейак, овие дела не можеле да бидаий йоййвргени од асйекйи на нивниоий инйензиийей или временска рамка на начин кој би бил доволен за донесување осудийиелна йресуда. Недоследносйиийе во сведочењейо на сведокоий биле йолку изразени шйо било невозможно да се уййвргай йрецизни факйи*“.

<sup>635</sup> Ibid. § 20.

<sup>636</sup> *Клеве йроийив Германија (Clave v Germany)*, бр. 48144/09, ЕКЧП, 15.01.2015

Апликантот сметал дека, и покрај тоа што Апелациониот суд го ослободил поради недостаток на докази, образложението на Апелациониот суд се сведува на тоа дека го смета за виновен. По поднесувањето жалба од страна на апликантот до Сојузниот уставен суд во која се жалел дека пресудата ја повредила презумпцијата на невиност, тој суд ја прогласил жалбата за недопуштена по што апликантот поднел жалба до ЕСЧП. Германската влада изјавила дека презумпцијата на невиност не се однесува на образложението на пресудата и дека одлуката на германскиот суд е во согласност со одредбата од членот 6, став 2 од ЕКЧП која бара обвинетиот да биде ослободен доколку не му биде докажана вината надвор од разумно двоумење.

ЕСЧП го отфрлил аргументот на германската влада дека презумпцијата на невиност не му наметнува никакви граници на судот при образложување на ослободителната пресуда. Напротив ЕСЧП ја нагласува важноста на образложението на пресудата велејќи дека јазикот што го користи оној кој одлучува е од критична важност при оценување на компатибилноста на одлуката и нејзиното образложение со членот 6, став 2. Во пресудата ЕСЧП го изјавил следново: „*Од аспект на овие елементи, ЕСЧП смета дека спорниот изјави на регионалниот суд ојшиле подалеку од нешто што би се нарекло опис на состојба на (преосианатио) сомнение преку корисење на несреќно избран јазик. Таквиот изјави на регионалниот суд во овие околности се во спротивност со ослободителната пресуда и истата ја „ставаат во втор план“, а истовремено доведуваат до заклучок дека апликантиот е виновен за делата за кои бил обвинет*“.

Во случајот Лавенис<sup>637</sup> ЕСЧП нашол дека дошло до повреда на членот 6 став 2 од ЕКЧП затоа што судечкиот судија дал интервјуа за печатот за време на судскиот процес во кои таа изјавила дека не е сигурна дали да го осуди обвинетиот за сите или само за некои од точките на обвинението и го искажала своето изненадување што обвинетиот во целост го отфрлил обвинението, со што таа всушност алудирала дека обвинетиот требало на некој начин да ја докаже својата невиност. Судот истакнал дека со давањето таква изјава во јавност пред да заврши судскиот процес судијката флагрантно го прекршила начелото на презумпција на невиност.

ЕСЧП го потврдил ваквиот пристап и во случајот Алне де Рибмон<sup>638</sup>. Во овој случај пратеник во францускиот парламент и поранешен министер бил убиен пред зградата во која живеел апликантот. Убиениот бил во посета на својот финансиски советник кој живеел во истата зграда и кој со господинот Рибмон требало да отворат заеднички ресторан во Париз. Овој план бил финансиран од страна на жртвата кој му ја дал позајмицата на апликантот кој на тој начин

<sup>637</sup> Лавенис против Летионија (*Lavents v. Latvia*), бр.58442/00, ЕСЧП, 28.02.2003.

<sup>638</sup> Алне де Рибмон против Франција (*Alenet de Ribemont v. France*), бр. 15175/98, ЕСЧП, 10 февруари 1995.



станал одговорен за враќање на заемот. Започнала судска истрага за кривичното дело убиство по што париската полиција привела неколку лица вклучувајќи го и господинот Рибмон. На денот на приведувањето францускиот министер за внатрешни работи заедно со неколку високи полициски функционери одржале прес конференција. Еден од тие високи функционери изјавил дека господинот Рибмон бил еден од поттикнувачите на убиството, а останатите негови колеги додале свои забелешки кои дополнително ја поткрепиле ваквата изјава. Понатаму, против господинот Рибмон и формално било покренато обвинение за помагање во извршување на убиство и истиот бил ставен во притвор. По 3 месеци бил пуштен од притвор, а конечно по 3 години била донесена наредба за негово ослободување од обвинение. Откако бил ослободен, господинот Рибмон поднел барање за отштета врз основа на членот 6, став 2 од ЕКЧП, но барањето било отфрлено од страна на националните судови. Поконкретно, господинот Рибмон побарал 10 милиони француски франци како отштета за нематеријална и материјална штета за кои тврдел дека ги претрпел поради погореспомнатите изјави на министерот за внатрешни работи и на високите полициски функционери.

ЕСЧП нашол дека Владата на Франција настапила со погрешна теза дека презумпцијата на невиност може да биде нарушена само од страна на судски орган. Напротив, ЕСЧП истакнува дека начелото на презумпција на невиност е пред сè процесен механизам за заштита во кривичните постапки но дека неговиот опсег е многу поширок, како и дека ова начело наметнува обврски не само за кривичните судови туку и за други органи на државата. ЕСЧП изјавил дека членот 6, став 2 од ЕКЧП е со сигурност нарушен во случаите кога судска одлука која се однесува на некој обвинет изразува мислење дека лицето е виновно пред тоа да биде докажано согласно со закон, истакнувајќи дека: *„Доволно е, дури и во отсуство на каков било формален заклучок, да постои некаква образложение кое укажува на тоа дека судот го смета обвинетиот за виновен“*.<sup>639</sup> ЕСЧП исто така укажува дека начелото презумпција на невиност може да биде прекршено не само од страна на судија или суд туку и од страна на други јавни службеници или органи.

За време на конференцијата за медиумите, неколку највисоки функционери во француската полиција го оквалификувале господинот Рибмон - без какво било ублажување на изјавата или макар со резерва - како еден од поттикнувачите на убиството, а со тоа и за соучесник во истото. Ова секако претставува изјава за вина на апликантот којашто, прво, ја навела јавноста на помислата дека господинот Рибмон е виновен, а второ, прејудиицирала оценка на фактите од страна на надлежниот судски орган. Заради сите овие причини, ЕСЧП изјави дека во случајов има повреда на членот 6, став 2 од ЕКЧП.

<sup>639</sup> Ibid. §35.



Во случајот Краузе<sup>640</sup> Комисијата го истакнала следново: „Членот 6, став 2 може да биде прекршен од страна на јавни службеници доколку тие изјават дека некој е одговорен за кривично дело без судење доаѓа до утврди. Ова секако не значи дека организацијата на државата не смеат да ја информираат јавноста за криминалистички истраги. Организацијата не го крши членот 6, став 2 доколку изјават дека постои некакво сомневање, дека некој бил приведен, дека некој го признал делото, итн. Она што е недозволено е формална изјава дека некој е виновен“. Во овој предмет подносителката на жалбата била приведена под сомнение дека извршила различни кривични дела и била притворена во самица. Пред почетокот на главната расправа првиот човек на Швајцарското сојузно министерство за правда и полиција дал интервју на телевизија во врска со киднапирањето на авион на авиокомпанијата Ер Франс кај местото Ентебе. Киднаперите барале ослободување на повеќе затвореници кои се наоѓале во затвори во Израел и низ Европа, меѓу другите и на Краузе. Швајцарската влада одбила да ја ослободи и министерот го изјавил следново на телевизија: „Петра Краузе не може да се смета само за борец за слобода на Палестина. Таа е некој кој извршил кривични дела поврзана со експлозив и за тоа мора да сноси одговорност. Наесен ќе ѝ се суди а докога остана во притвор. Не е можна борба против тероризмот со ослободување на терористи“.

Во врска со овие изјави дадени на телевизија, Комисијата смета дека немало повреда на членот 6, став 2 од ЕКЧП и покрај тврдењата на апликантката. Комисијата признава дека министерот на телевизија изјавил дека апликантката е одговорна за кривични дела, но тој веднаш додал дека допрва ќе ѝ се суди и дека тој не знае каква ќе биде пресудата. Затоа, според Комисијата, во еден таков контекст сосема е јасно дека министерот само сакал да ја информира јавноста за тековната криминалистичка истрага против апликантката. Комисијата заклучила дека изјавата на министерот, иако можела да биде срочена повнимателно, сепак треба да се сфати како информација од владата за сомневањето против апликантката и како најава за претстоен судски процес. Од овие причини Комисијата сметала дека во овој случај нема повреда на членот 6 став 2 од ЕКЧП. Сепак, ЕСЧП истакнал дека начелото кое лежи во основата на членот 6 став 2 од ЕКЧП не е само процесна гаранција која се применува во кривичните постапки, туку дека неговата практична примена е многу поширока затоа што ова начело би требало да го заштити секого од можноста да биде третиран од страна на било кој јавен службеник (не само од судската власт) како да е виновен за сторено кривично дело пред да заврши судењето.

Во случајот Дактарас<sup>641</sup> обвинителот напишал во своето решение за одбивање на барањето за прекинување на истрагата дека обвинетиот

<sup>640</sup> Краузе против Швајцарија (*Krause v. Switzerland*), бр.13126/87, ЕСЧП, 20 мај 1992.

<sup>641</sup> Дактарас против Литванија (*Daktaras v. Lithuania*), бр. 42095/98, ЕСЧП, 17.01.2001.

Дактарас е виновен. Врз основа на тоа, Дактарас поднел жалба до ЕСЧП во која тврди дека неговото право на презумпција на невиност било повредено со изјавата на јавниот обвинител. Во овој случај ЕСЧП забележал дека обвинувачките изјави ги дал јавен обвинител не во контекст кој е независен од кривичната постапка, како на пример на конференција за печатот, туку во своето образложено решение во рамките на претходната постапка, во коешто решение го одбива барањето на апликантот да биде прекинат кривичниот прогон. ЕСЧП ја смета употребата на зборот „докажано“ од страна на обвинителот во образложението со кое го отфрла барањето за прекинување на истрагата како несреќен избор, но во секој случај легитимен, затоа што обвинителот се осврнува не на прашањето дали вината на апликантот е утврдена со помош на докази туку на прашањето дали досието за случајот содржело доволно докази за вина на апликантот за да се оправда наредниот чекор случајот да оди на судење.

Врз основа на сето ова, ЕСЧП заклучил дека изјавите на обвинителот не го прекршиле начелото презумпција на невиност затоа што овде се работи за процесно решение кое цени дали постапката треба да продолжи или не, а не за одлука за вината на обвинетиот која би го прекршила членот 6, став 2 од Конвенцијата.

Во случајот *Караман*<sup>642</sup> ЕСЧП изјавил дека начелото на презумпција на невиност може да биде нарушено и поради предвремена изјава за постоење вина кај осомничениот дадена во склоп на пресуда против други осомничени лица кои се предмет на одделен кривично правен прогон. Апликантот бил основач на турска телевизиска станица која емитувала програма во Турција и во Германија. За време на некоја од програмите емитувани на телевизијата станало збор за некакви хуманитарни проекти и биле упатени апели за парични донации. Во тие апели здружението кое се занимавало со прибирање на финансиските средства (здружение во кое учествувале апликантот и други лица) потенцирало дека донираните средства ќе се користат директно и исклучиво за хуманитарни цели и за финансирање на социјални проекти. По извесно време обвинителството на градот Франкфурт покренало истрага против неколку лица под сомнение дека злоупотребиле најголем дел од донираните пари за комерцијални цели и во своја лична корист. Истрага против апликантот заснована врз истите основи започнала нешто подоцна, но постапките против апликантот и другите осомничени лица цело време останале одвоени. Некои од осомничените изјавиле дека тие не можеле да одлучуваат како ќе се користат донираните средства, дека тие биле дел од една хиерархиски подредена криминална организација чии водачи биле во Турција и во рамките на која апликантот играл водечка улога, како и тоа дека тие морале да добијат претходно одобрение од апликантот

<sup>642</sup> *Караман против Германија (Karman v. Germany)*, бр. 17103/10, ЕСЧП, 07.07.2014.

за секоја одлука која се однесувала на користењето на донациите. Во пресудата донесена против со-осомничените, националниот суд во неколку реченици ја истакнал одговорноста на апликантот и покрај тоа што тој не бил дел од таа постапка. Освен тоа, судечкиот судија при изрекувањето на пресудата изјавил дека „биле корисџени врски и влијанија на ниво на Канал 7“ (телевизиската станица) и дека осудените лица „дејствувале во согласносџ со насокиџе шџо џи добивале ... особено од Зекирија Караман, ... , ... и .... Оние кои биле глални во сеџо ова се наогале во Турџија“.<sup>643</sup> Апликантот поднел жалба до сојузниот уставен суд во која навел дека наводите во образложението на судот кои се однесуваат на неговата улога во измамничката употреба на донираните средства го нарушиле начелото на презумпџија на невиност. Откако жалбата била одбиена од германските национални судови, господинот Караман поднел жалба до ЕСЧП.

ЕСЧП прво кажува дека цел и намера на ЕКЧП е заштита на човекот и заради тоа нејзините одредби мора да се толкуваат и применуваат така што заштитните механизми кои ги нуди Конвенџијата да бидат практични и делотворни. Во овој контекст, Судот додава и дека соодветните пасуси од пресудата донесена против другите ко-осомничени кои се однесуваат на вмешаноста на апликантот во злоупотребата на донираните пари (дело кое било предмет на паралелна криминалистичка истрага против апликантот), и покрај тоа што таквите изјави не се обврзувачки во однос на апликантот сепак може да имаат прејудиџирачки влијанија врз постапката која се води против него. Со оглед на фактот дека апликантот бил предмет на одделен кривичен прогон, Судот смета дека во предметот против другите ко-осомничени апликантот не е странка во постапката и како таков тој е лишен од секаква можност да ги оспори обвинувањата изнесени во текот на таа постапка за неговата наводна вмешаност во ова дело. ЕСЧП сепак признава дека локалниот суд, за да може да ја одреди одговорноста на ко-осомничените, неизбежно морал да ја спомне и оцени конкретната улога па дури и намерите на сите лица „зад сцената“ во Турџија вклучувајќи го и апликантот, и дека поради ова не постои повреда на членот 6 став 2 од ЕКЧП. Оваа одлука на ЕСЧП не била едногласна поради тоа што двајџа од судиите на ЕСЧП дале спротивставени издвоени мислења во кое истакнуваат дека со одлуката на локалниот суд дошло до повреда на членот 6, став 2.

И покрај двете издвоени мислења, се чини дека одлуката на ЕСЧП тешко може да се оспори и дека повреда на членот 6, став 2 може да се случи само доколку изјавите за вина на одредено лице кое не е странка во одредена кривична постапка бидат дадени без да се наведе причината за такво нешто. Во инаков случај би било невозможно да се судат обвинети во одредени кривични постапки (на пример за

<sup>643</sup> *Ibid.* § 15.

кривичното дело злосторничко здружување) каде може да се случи судски процес да не може да се спроведе против сите обвинети поради најразлични причини (неможност да се суди во *оџсусџво*, или да се известат одредени обвинети за почеток на судењето, или поради тоа што истрагата во однос на некои осомничени е завршена а во однос на други не е), но и покрај тоа неопходно е да се оцени одговорноста на осомничените на кои не им се суди за да се донесе одлука во врска со вината на обвинетите на кои им се суди.

Во случајот *Буџкевичиус*<sup>644</sup> претседателот на Парламентот на Литванија дал изјава за медиумите во која кажал дека министерот за одбрана - кој кратко време пред тоа бил уапсен во фоајето на некој хотел веднаш откако примил плико полно со американски долари - зел мито и дека кај него нема никаква двојба дека министерот е корумпиран. ЕСЧП нашол дека ваквите забелешки претставуваат изјави дадени од јавен службеник за постоење вина кај апликантот, со што се повредува членот 6, став 2, од ЕКЧП. Поконкретно, ЕСЧП потсетил дека презумпцијата на невиност загарантирана во членот 6, став 2, од Конвенцијата е еден од елементите на правичното судење во кривичната материја и дека ова начело било нарушено со изјавата на јавниот службеник во врска со лице обвинето за сторено кривично дело, со која се вели дека лицето е виновно пред вината да му биде докажана во согласност со закон. И покрај тоа што обвинувачките забелешки на претседателот на Парламентот биле кратки и дадени во одделни прилики, според мислењето на ЕСЧП тие претставувале изјави на јавен службеник за постоење на вина кај апликантот, што можело да ја наведе јавноста на помислата дека обвинетиот е виновен и да ја прејудицира оценката на фактите од страна на надлежен судски орган. Затоа, во овој случај ЕСЧП ја потврдил својата непроменлива правна филозофија дека презумпцијата на невиност може да биде повредена не само од страна на судија или суд туку и од страна на други јавни органи.

Во случајот *Мулосмани*<sup>645</sup> ЕСЧП направил разлика помеѓу случаите кога изјавата дека некој е виновен е дадена од службени лица и од приватни лица или од службени лица но кои дејствувале како приватни лица, прецизирајќи дека само официјални изјави можат да го прекршат членот 6, став 2 од ЕКЧП. Во овој случај станува збор за тоа дека во еден пратеник на албанскиот парламент и во неговите двајца телохранители било пукано во моментите кога излегувале од просториите на седиштето на Демократската партија во Тирана. Пратеникот и еден од телохранителите починале истиот ден во болница, додека другиот телохранител бил тешко ранет. Веднаш по убиството, господинот Сали Бериша – тогашен претседател на Демократската партија и добро

<sup>644</sup> *Буџкевичиус против Литванија (Butkevicius v. Lithuania)*, бр.48297/99, ЕСЧП, 26.06.2002.

<sup>645</sup> *Мулосмани против Албанија (Mulosmani v. Albania)*, бр. 29864/03, ЕСЧП, 08.01.2014.

позната јавна личност – во изјавата за медиумите го обвинил апликантот дека тој стои зад ова кривично дело.

Против апликантот била спроведена истрага и јавниот обвинител побарал негово приведување. Следниов пасус од барањето на јавниот обвинителе шокантно: „*Нејосредно по убиството, на прес конференција пренесувана на телевизija прејсегашелој на Демокрајската партија го сомна името на обвинетиот Јахо Мулосмани како извршилел на кривичното дело. Истиот сав беше задржан и во соопшението за печатот објавено од страна на Демокрајската партија во денотието по убиството. Ваквиот сав... добива на кредибилитет со оглед на фактот дека убиството се случило блиску до седиштето на Демокрајската партија и што во околните барови и кафулиња најмногу престојуваат членови и симпатизери на оваа партија*“.<sup>646</sup>

Барањето на обвинителот било удоволено и апликантот бил приведен. Дури и националниот суд во своето решение со кое на апликантот му се одредува мерката притвор, упатува на изјавата дадена од г-динот Бериша: „*Авторството на обвинетиот зад ова кривично дело беше осочен од страна на прејсегашелој на Демокрајската партија – жосодиной Бериша - во неговата изјава за печатот дадена истиот ден, нејосредно по убиството. Ваквиот сав беше задржан и во соопшението за печатот што го објави Демокрајската партија во кое Јахо Мулосмани се осочува како извршилел на делото*“.<sup>647</sup> Поради сето ова, апликантот се пожалил до ЕСЧП дека изјавата на господинот Бериша го лишила од придобивката презумпција на невиност согласно со членот 6, став 2 од ЕКЧП.

Во врска со овој случај, ЕСЧП истакнал дека презумпцијата на невиност е повредена тогаш кога изјава на јавен службеник во врска со лице обвинето за кривично дело одразува мислење дека лицето е виновно пред вината да биде докажана согласно со законот. Судот понатаму навел дали одредена изјава на јавен функционер се коси со начелото на презумпција на невиност е прашање кое мора да се одговори во контекстот на посебните околности во кои била дадена обвинувачката изјава.

Во конкретниов случај, ЕСЧП забележал дека изјавата на господинот Бериша била дадена пред да биде покренато обвинение против апликантот или пред неговата ситуација да стане „значително влошена“ заради изјавата, иако е сосема сигурно дека истата остварила влијание врз постапката како што впрочем може да се види од барањето на јавниот обвинител и од одлуката на националниот суд. И покрај сето тоа, ЕСЧП го сметал за круцијален фактот што господинот Бериша не може да се смета дека дејствувал како јавен службеник и дека тој не учествувал во криминалистичката истрага за убиството на пратеникот ниту како полициски службеник, ниту како истражител, ниту како

<sup>646</sup> Ibid. § 27.

<sup>647</sup> Ibid. § 28.

јавен обвинител. Тој дејствувал како приватно лице, во својство на претседател на политичка партија која била правно и финансиски независна од државата. На неговата изјава, која била дадена во услови на вжештена политичка клима, може да се гледа како на осуда од страна на неговата партија на убиството на пратеникот. Поради ова ЕСЧП смета дека немало повреда на членот 6, став 2 од Конвенцијата во овој конкретен случај.

Од друга страна пак ваквото образложение е дискутабилно затоа што наспроти она што е содржано во пресудата, ЕСЧП сепак не го зел предвид контекстот во кој господинот Бериша ја дал изјавата. Фактички, иако не бил на никаква државна функција, господинот Бериша сепак бил еден од најпознатите личности во земјата и згора претседател на моќна политичка партија. Неговото влијание било толку релевантно што неговата изјава ја цитирале и јавниот обвинител и националниот суд. И покрај поинаквата одлука на Судот, се чини дека во конкретниов случај сепак имало повреда на членот 6, став 2 затоа што изјавата на господинот Бериша во секој случај можела да влијае врз судските органи кои учествувале во постапката.

Во случајот *Фатилулајев*<sup>648</sup> ЕСЧП укажува на фундаменталната разлика која постои помеѓу изјава во која се тврди дека некој само се сомничи дека извршил кривично дело, од една страна и јасна изјава - во отсуство на правосилна осудителна пресуда - дека некој го извршил кривичното дело за кое се товари од друга. Во овој предмет апликантот бил основач и главен и одговорен уредник на весници кои излегувале на азерски (азербејдански) и руски јазик. Весниците биле познати по тоа што често објавувале статии во кои жестоко се критикувала владата и разни државни функционери. На 30 март 2007 година, еден од овие весници објавил статија напишана од апликантот во која тој ги опишува можните последици од поддршката што државата Азербејџан ја дала за една „анти-иранска“ резолуција во Советот за безбедност на Обединетите Нации укажувајќи на можноста „борбениите средствија на иранското воено воздухопловство со далечен достиг, илјадници луѓе камикази терористи и стотици ракети Шахаб-2 и Шахаб-3“ да погодат одредени цели на територијата на Азербејџан – цели кои биле аналитички посочени во статијата. Кратко време по објавувањето на статијата, државниот јавен обвинител на Азербејџан дал изјава за медиумите во која кажал дека спорната статија содржи информации кои претставуваат закана со тероризам и дека против авторот на истата (апликантот во овој предмет) била покрената криминалистичка истрага. Како последица од објавувањето на статијата апликантот бил осуден за кривичните дела закана со тероризам и разгорување етничка нетрпеливост.

<sup>648</sup> *Фатилулајев против Азербејџан (Fatullayev v. Azerbaijan)*, бр.54204/08, ЕСЧП, 29.04.2015.



ЕСЧП повторил дека членот 6, став 2, од ЕКЧП има за цел да спречи нарушување на она што се нарекува правично судење во кривичната материја преку изјави кои прејудицираат, а биле дадени во тесна врска со постапката, како и дека презумпцијата на невиност не само што забранува судот предвреме да изрази мислење дека лицето „обвинето за кривично дело“ е виновно пред тоа да биде докажано согласно со закон, туку ова начело се однесува и на изјави дадени од други јави службеници во врска со претстојни криминалистички истраги коишто ја наведуваат јавноста на помислата дека осомничениот е виновен и ја прејудицираат оценката на фактите од страна на надлежниот судски орган. ЕСЧП нагласува дека членот 6, став 2 не ги спречува органите на државата да ја информираат јавноста за тековни криминалистички истраги, но бара тоа да биде направено со неопходна доза на дискреција и претпазливост. ЕСЧП исто така нагласува дека мора да се прави разлика помеѓу изјава во која се вели дека некој само е осомничен дека извршил кривично дело, од една страна, и јасна изјава - во отсуство на правосилна осудителна пресуда - дека некој извршил кривично дело. ЕСЧП истакнува дека е многу важно јавните службеници да внимаваат околу изборот на зборови кога даваат изјави пред некој да биде суден и евентуално огласен за виновен: дали одредена изјава на јавен службеник е во судир со начелото на презумпција на невиност е прашање кое мора да се одговори во контекст на посебните околности во кои била дадена обвинувачката изјава. Во конкретниов случај, обвинувачката изјава била дадена од страна на државниот јавен обвинител во интервју за медиумите, во контекст кој е независен од самата кривична постапка. ЕСЧП истакнува дека фактот што апликантот бил познат новинар изискувал државните функционери, вклучително и државниот јавен обвинител, да ја информираат јавноста за наводното кривично дело и последователната кривична постапка. Сепак, оваа околност не може да оправда апсолутно отсуство на претпазливост во изборот на зборовите кажани од функционери во нивните изјави. Згора на тоа, спорната изјава била дадена само неколку дена по отпочнувањето на криминалистичката истрага, а во почетната фаза е исклучително важно, дури и пред апликантот да биде формално обвинет, да не се изнесуваат никакви јавни обвинувања кои би можеле да бидат протолкувани како потврда за вината на апликантот во мислењето дадено од еден висок државен функционер.

Изјавата на државниот јавен обвинител јасно и недвосмислено кажува дека статијата напишана од апликантот содржи закана со тероризам односно дека „*овие информации претставуваат закана со тероризам*“. Со оглед на високата позиција на која се наоѓа државниот јавен обвинител требало многу попрепазливо да ги бира зборовите со кои ќе ја опише претстојната кривична постапка. Од овие причини



ЕСЧП смета дека конкретните наводи искажани од државниот јавен обвинител без каква било резерва или барем во некаква ублажена форма претставуваат изјава која вели дека апликантот го извршил кривичното дело закана со тероризам. На овој начин тие би можеле да ја прејудицираат оценката на фактите од страна на надлежен судски орган и би можеле да ја наведат јавноста на помислата дека апликантот е виновен пред тоа да биде докажано согласно со закон. Затоа, ЕСЧП нашол дека во овој предмет постои повреда на членот 6, став 2 од ЕКЧП.

Во случајот *Неаѓое*<sup>649</sup> се работи за изјава дадена од гласноговорник на апелационен суд пред овој суд да донесе одлука околу вината на апликантот, со што јавноста била наведена на помислата дека апликантот е виновен и за убиство, меѓу другите работи. Гласноговорникот на апелациониот суд ја дал следнава изјава пред медиумите: „Апелациониот суд веројатно ќе ја ирониши и пресудата на окружниот суд. Притоа јавувам дека обвинетиите ќе бидат огласени за виновни“.

ЕСЧП е свесен за важноста на овој случај во очите на јавноста (случајот предизвикал голем интерес во медиумите) и оттаму и интересот за информирање на медиумите за случувањата во врска со постапката. Сепак, гласноговорникот на апелациониот суд не се ограничил само на пренесување на информации во врска со постапката туку искажал и свое лично мислење околу вината на господинот Неаѓое. ЕСЧП истакнал дека мора да се прави разлика меѓу обично изразување сомнеж за вина на одредено лице, од една страна, и изнесување во јавноста на личен став во врска со нечија вина. Гласноговорникот на апелациониот суд не ги информирал медиумите само за обвинението против господинот Неаѓое туку го искажал јавно и своето лично мислење околу вината на обвинетиот, со што ја навел јавноста на помислата дека апликантот е виновен. Конечно, ЕСЧП истакнува дека фактот што г-динот Неаѓое на крајот бил огласен за виновен нема влијание врз правото на презумпција на невиност кое мора да биде испочитувано до донесувањето на судската одлука. ЕСЧП понатаму вели дека членот 6, став 2 од ЕКЧП ја уредува кривичната постапка во целост, „без оглед на резултатот на кривичниот прогон“. Од овие причини ЕСЧП нашол дека апликантот не ги уживал задолжителните заштитни механизми за правично судење, дека презумпцијата на невиност не била испочитувана и дека имало повреда на членот 6, став 2 од Конвенцијата.

<sup>649</sup> *Неаѓое против Романија (Neağoe v. Romania)*, бр. 23319/08, ЕСЧП, 21.10.2015.



# DOUBT IN FAVOUR OF THE DEFENDANT, GUILTY BEYOND REASONABLE DOUBT

Comparative study

Copyrights 2016 OSCE Mission to Skopje

This publication is available in pdf form on the web site of the OSCE Mission to Skopje

**ISBN**

**Published by**

OSCE Mission to Skopje

Boulevard 8 September, 1000 Skopje

[www.osce.org/skopje](http://www.osce.org/skopje)

Authors: Zoran Dimitrievski, Radmila Dragicevic-Dicic, Gianfranco Gallo, Michael G.Karnavas, Ruzica Nikolovska, Gordan Kalajdziev, Denis Pajic.

**Edited by:** Ljubica Mishevaska, OSCE Mission to Skopje

**Printed by:** Polyesterday

The content of this publication does not necessarily represent the view or the position of the OSCE Mission to Skopje. The Mission adheres to PC.DEC/81.

This study complements the efforts of the OSCE Mission to Skopje to support the transition in practicing the new adversarial model of criminal procedure in the country, largely based upon similar legislative transitions in countries across Europe.



## \* Editor's note

The principle of *in dubio pro reo* was introduced in the national criminal procedure legislation in 1997. The new, party driven, Law on criminal procedure from 2010, (hereinafter: domestic LCP)<sup>1</sup>, continues to regulate this principle in Article 4, which reads that “*The Court shall decide in favour of the defendant whenever there is doubt regarding the existence or non-existence of facts comprising the elements of crime, or facts which lead to the application of a certain provision of the Criminal Code*”. The domestic LCP goes a step further by introducing the standard, in Article 403, that the prosecution shall prove the guilt *beyond reasonable doubt*, without giving any further definition.

In order to make a distinction between the suspicion whether a person has committed a crime (suspicion that is detrimental to the defendant and is always in favour of the indictment) and the suspicion whether that person is really the perpetrator of the crime, i.e. suspicion which is in favour of the defendant's innocence (positive suspicion which is always in favour of the defendant and is reflected in the principle of *in dubio pro reo* as well as in the standard that the prosecution has the burden of proof *beyond reasonable doubt*), the countries in the Anglo-Saxon world, as well as Italy, have been using two different terminologies. Namely, the term suspicion (in Macedonian language: сомневање) is used in a detrimental sense for the defendant and is in favour of the indictment, while the term doubt (in Macedonian language: двојба, двоумење, несигурност) is used to favour the defendant and the definition of the principle of *in dubio pro reo*, as well as for the standard of the prosecution bearing the burden of proving the guilt *beyond reasonable doubt*.

Unfortunately, the domestic LCP does not offer different terminologies for these two types of suspicion. The Law uses the term “suspicion” (сомневање) when it refers to the required level of suspicion that a person has committed the crime so that certain investigative measures, restrictions or charges can be undertaken or pressed against him/her., it also refers to the application of the principle of *in dubio pro reo* and the standard that the guilt shall be proven *beyond reasonable doubt*. For the purposes of this research, however, efforts have been made to make terminological distinction between these two types of suspicion/doubt, despite the fact that such terminological distinction does not correspond with the current legal terminology.

---

<sup>1</sup> Law on criminal procedure, Official gazette 150/10, 200/12, 142/16 and Constitutional Court Decision no. 2/2016 Official gazette no.193/16.





## FOREWORD

“If you would be a real seeker after truth, it is necessary that at least once in your life you doubt, as far as possible, all things.” (Rene Descartes)

What is doubt and what kind of feeling is doubt? Should a judge being an independent arbiter not be doubtful for the most time of the trial? Nonetheless, is the judge not required to decide at the end? How can a judge decide if in doubt, and can a judge remain in doubt despite all?

The criminal procedure principle *in dubio pro reo*-when in doubt in favour of the defendant- and the standard that the guilt shall be proven *beyond reasonable doubt* deal with the doubt, so their essence and use could probably throw some light on the above questions.

Whilst *in dubio pro reo* principle is common for most of the continental law countries, the standard of *beyond reasonable doubt* developed in the Anglo-Saxon world, but it has been ‘recently’ introduced on the continent as well. Nowadays, the two can have very similar, if not identical, effect and probably could have had it at different stages in the past as well. It does not mean the origin and the circumstances in which the two emerged and developed were the same. Yet, most scholars would probably agree that today both of them reflect the realistic tendency of any conscientious person or a good society to protect themselves from injustice because the purpose of the overall criminal justice to punish the guilty at the same time has the other side, acquitting the innocent.

By comparing the two one can notice that unlike the standard of proving the guilt *beyond reasonable doubt* by the prosecution, which is applied in the end of the trial once the court has heard and seen all the evidence and is to decide on the guilt (or innocence) of the defendant, the *in dubio pro reo* principle literally does not restrict the moment of its application. Therefore, some may argue that *in dubio pro reo* has wider application and can be used in all stages of the criminal procedure, such as the stage when the court decides on imposing detention or when it accepts or rejects the Indictment, etc. However, given the fact that a judge can be doubtful during the trial, moreover, even prior to the trial, a question arises whether a judge should always apply the principle of *in dubio pro reo* and decide in favour of the defendant by halting the criminal procedure? Certainly not. Instead, the judge shall decide whether the prosecution has met the other necessary standards for undertaking certain investigative measures, restrictions and charges, such as the standard of reasonable suspicion that the defendant has committed the crime. Moreover, the domestic LCP requires that the court applies the principle of *in dubio pro reo* only when decides whether facts exist or not, which the court decides

on in the end of the trial. This basically means that the application of *in dubio pro reo*, more or less, focuses also on the ultimate question about the defendant's guilt. So, if the judge, having considered the evidence, has *doubts about the existence of facts that define the crime*, the judge basically doubts the defendant's guilt and, by applying the principle of *in dubio pro reo*, shall decide that those facts are not existent (were not proven beyond doubt) and shall adopt an acquitting decision.

Another obvious difference between the two principles is the level of doubt. While *beyond reasonable doubt* standard requires taking into consideration only 'reasonable' doubt, the principle of *in dubio pro reo* does not require it explicitly. The principle of *in dubio pro reo* does not give gradation of the doubt, so it is up to the judge to do the same (to determine whether he/she is in doubt or not). Although the doubt is an inner state of mind and it is connected with the process of thinking as well as the consciousness of the person, it cannot be detached from the society in general and the overall level of awareness of the society at a particular point in time. In other words, an individual cannot derogate much from what could be considered doubtful in a society in a particular period of time. For example, a judge cannot doubt whether the defendant has committed the crime only because they may have twin brother or sister nobody knows about, including the judge, and who may have committed the crime instead. Even if the judge has such doubts, these doubts will not be reasonable for most of the people around him/her. But, what if such evidence corroborating this theory exists? What if, for instance, the defence presents evidence showing that a twin brother really exists, that he is not in good relations with the defendant, and he actually wants to set the defendant up? In such a case, the judge may have solid grounds to reasonably doubt the prosecutor's case and the defendant's guilt. So, although not specifically stated, the principle of *in dubio pro reo* refers also to the reasonable doubt, because any unreasonable doubt is just an assumption that may lead to a *cul-de-sac* with reemerging doubts, doubts in everything and anything, with only limit being one's imagination.

The next question would be whether doubt always exists? Probably yes. Doubting is inevitable part of the thinking process and the judge should be doubtful throughout the trial. Having a doubt is equally important, as it is healthy. But whether the reasonable doubt always exists? Probably not. If the case is clear (that is, the prosecutor manages to refute the allegations of the defence about the twin brother beyond reasonable doubt), there will be no reasonable doubt.

When a person doubts reasonably, it is improbable that he/she will remain in a stage of doubt for too long. It is unnatural for a person to be in the state of pure doubt. When a person reasonably doubts something which has its opposite, it is natural to incline to the opposite. For example, if one reasonably doubts that the art piece is original, he/she actually inclines

to the opinion that the art piece is fake. There are situations when there is not one but many opposites. In such a case, it is improbable that the person would believe in all opposites that caused the reasonable doubt unless there is evidence that would lead him/her to be inclined to a particular opposite. However, the person will surely distance themselves or will fully abandon the thing that is uncertain about.

The standard that the *guilt* shall be proven *beyond reasonable doubt* already places the doubt in a position to benefit the defendant's innocence because the doubt is in the guilt. So, if there is a reasonable doubt in the guilt of the defendant, it is natural for one to incline towards the opposite, and that is defendant's innocence. Nonetheless, as afore mentioned, the principle of *in dubio pro reo* can also apply to the guilt. Namely, if at the end of the trial and after evaluating the evidence the judge doubts whether the facts that define the crime exist, the judge, in fact, doubts the defendant's guilt. Hence, even though the principle *in dubio pro reo* does not require acquittal *per se*, but requires a decision which is *more favourable* for the defendant, if the judge doubts the defendant's guilt, then it is logical for him/her to be inclined to the opposite, and that is the innocence.

Until 'recently', however, and throughout most parts of Europe, the investigative judge was the one who lead the investigation, and, in search of material truth, he/she collected and presented evidence both against and in favour of the defendant. The evidence was then presented before the trial judge, who also searched for material truth and had the authority to propose evidence in order to reach for the truth. So, the judge who had the authority and obligation to present all possible evidence in order to reach for the truth, all of a sudden and "just" because of the doubt, had to decide in favour of the defendant. These two issues hardly go along. Not so much because of the obligation of the court to search for the truth (because the truth to a certain extent can be identified with the word certainty, i.e. evidence that will eliminate any possibility of reasonable doubt), but because of the court's authority to introduce evidence which will aim for that truth. The latter did not really entitle the judge to doubt, meaning it restricted the judge's obligation to decide in favour of *the defendant*. If the judge would admit that he/she was in doubt, it would mean that he/she did not search for the truth at the right place (and failed to present the right evidence). It is superfluous to mention the possible feeling of guilt of the judge for acquitting the alleged perpetrator only because the judge had (certain) doubt. As mentioned afore, staying in a state of doubt is unnatural, and a person will either incline on the opposite or will find the doubt unreasonable and will accept as the truth what they originally doubted. Perhaps a person will not accept it as the ultimate truth but will accept it as a greater truth than the other truth. So, since the judge was the seeker after the truth, he/she should decide where to search for it.

Nowadays, the adversarial procedure releases the judge from the burden of seeking after the final truth, and, more importantly, they are released from the burden of presenting evidence in search for that truth. It is the parties that propose the evidence to prove facts, and the judge decides whether those facts are proven or not. Yet, the judge is the one who decides which evidence shall be presented. In case the judge disallows the defence to present its evidence on the twin brother during the trial, the judge will not be in a position to take into account this evidence when adjudicating. In other words, the judge will not have the possibility to corroborate the reasonable doubt in defendant's guilt with that evidence. In such a situation, one of the basic rights of the defendant, the right to fair/just procedure, can be put under question. Furthermore, it should be emphasised that even if this reasonable doubt does not arise from the evidence presented by the defence, it can arise from the insufficiency of evidence offered by the prosecution.

So, it can be that both of *beyond reasonable doubt* standard and *in dubio pro reo* principle in an adversarial procedure, which respects the equality of arms, the presumption of innocence, the burden of proof of the prosecution and the adequate defence, can have the same effect and can serve the same purpose when it comes to the ultimate question, and that is the guilt of the defendant.

The editor,

## TABLE OF CONTENT

Introduction.....	13
<b>HISTORICAL ASPECTS OF THE PRINCIPLE OF <i>IN DUBIO PRO REO</i> &amp; THE STANDARD OF PROOF BEYOND REASONABLE DOUBT .....</b>	<b>15</b>
CLASSICAL ANTIQUITY .....	15
LATE ANTIQUITY AND EARLY MIDDLE AGES.....	18
RISE OF THE JURY TRIAL IN ENGLAND .....	22
ROMANO-CANON INQUISITION IN CONTINENTAL EUROPE .....	23
EARLY MODERN PERIOD AND AGE OF ENLIGHTENMENT .....	27
FURTHER DEVELOPMENT OF JURY TRIALS AND THE REASONABLE DOUBT STANDARD IN THE ANGLO-SAXON WORLD.....	31
State Trials of High Treason .....	39
The Boston Massacre Trials of 1770 in the American Colonies.....	41
The Old Bailey Cases .....	43
Reasonable Doubt in Treatises .....	46
NAPOLEONIC PERIOD .....	49
<b>CONTEMPORARY APPLICATION OF THE PRINCIPLE <i>IN DUBIO PRO</i> <i>REO</i> &amp; THE STANDARD OF PROOF BEYOND REASONABLE DOUBT...53</b>	<b>53</b>
MORAL VALUES BUILDING THE FOUNDATION OF MODERN CRIMINAL PROCEDURE .....	53
Presumption of innocence .....	55
Burden of proof .....	58
Standard of proof of guilt .....	62
Two meanings of the burden of proof in the common law systems .....	66
<i>In dubio pro reo</i> .....	70
Numeric presentation of the standard of proof .....	72
FACTS PERTAINING TO THE IMPLEMENTATION OF THE PRINCIPLE OF <i>IN DUBIO PRO REO</i> .....	74
Scope and time of application .....	74
Internal and external doubt .....	77
Degree of doubt .....	79
Principle of unfettered consideration of evidence and <i>in dubio pro reo</i> .....	80
Court reasoning .....	83
<i>In dubio pro reo</i> on expert opinions .....	85
Violation of <i>in dubio pro reo</i> principle as ground for appeal .....	88

FACTS PERTAINING TO THE APPLICATION OF THE STANDARD BEYOND REASONABLE DOUBT IN THE ANGLO-SAXON WORLD .....	91
Commonwealth v. Harman (1846) and Commonwealth v. Rider (1905) .....	92
Giles v. Georgia (1849) .....	93
Commonwealth v. Webster (1850) .....	95
Miles v. United States (1881) .....	97
Hopt v. Utah (1887) .....	98
Holland v. United States (1954).....	99
In re Winship (1970) .....	99
Cage v. Louisiana (1990) .....	102
Sullivan v. Louisiana (1993) .....	103
Victor v. Nebraska (1994) .....	104
Post-victor jurisprudence of the US Circuit Courts of Appeal .....	108
Several examples of Lawyer's Interpretation of Beyond Reasonable Doubt Standard of Proof .....	113
The United Kingdom (England and Wales) .....	117
Canada .....	123
<b>ECTHR JURISPRUDENCE .....</b>	<b>123</b>
<b>THE STANDARD OF PROOF AT THE ECtHR .....</b>	<b>123</b>
<b>THE RIGHT TO FAIR PROCEDURE IN THE ECtHR CASE-LAW .....</b>	<b>127</b>



## INTRODUCTION

Undoubtedly, the hardest and most responsible job of a judge in the criminal proceeding is to decide upon the facts. In order to be able to render a verdict on the criminal responsibility of the defendant and, possibly, pronounce a proper sentence, the judge must decide about facts that happened in the past. The facts upon which the court grounds its decision, or in other words, the facts which the court uses to corroborate the answer to the question whether crime was committed, who the perpetrator is and whether criminal sanctions of the substantive criminal law can be applied, have to be accurately and fully proven.

Nevertheless, due to the limitations of human knowledge and imperfections of the information, the judge has a difficult task to decide about facts. Often, despite the comprehensive evaluation of the results of the evidentiary proceedings, the judge can remain doubtful about the facts and cannot decide whether a fact has been proven or not. In such circumstances, the theory and practice of criminal procedure have found the solution - the principle of *in dubio pro reo* and the standard of proving the guilt by the prosecutor *beyond reasonable doubt*. These two are a reliable guideline for the judge on the tough and responsible path to decide on the facts. They show the judge the way out of any doubt, they help him/her to not enter any sphere out of reach and relieve him/her of the duty of examining the unknown at all cost, or, transforming it into the known forcefully. In this way, the judge is protected from possible errors, arbitrariness, and capriciousness.

Both the principle of *in dubio pro reo* and the standard that the guilt shall be proven by the prosecutor *beyond reasonable doubt* have evolved over the centuries and have been generally accepted in the contemporary criminal procedural law and practice. At the first glance, they do not look debatable at all. Nevertheless, a more in-depth analysis of their meaning and scope raises a number of questions that remain open, or, which have not been fully consented to by neither the theory nor practice. The history of both is as complex and controversial as their definition which continues to confound jurists, lawyers, and academicians, to put it mildly. The elaboration that follows will show many gaps and unknown loopholes about these two, seemingly simple, principle and standard.



# HISTORICAL ASPECTS OF THE PRINCIPLE OF *IN DUBIO PRO REO* & THE STANDARD OF PROOF BEYOND REASONABLE DOUBT

## CLASSICAL ANTIQUITY

The *in dubio pro reo* principle can be traced back to the work *Problemata*, which is attributed to Aristotle (384 – 322 BC).<sup>2</sup> The chapter titled “Problems connected with Justice and Injustice” provides:

Further, anyone of us would prefer to pass a sentence acquitting a wrong-doer rather than condemn a guilty one who is innocent, in the case, for example, of a man being accused of enslavement or murder. For we should prefer to acquit either of such persons, though the charges brought against them by their accuser were true, rather than condemn them if they were untrue; *for when any doubt is entertained, the less grave error ought to be preferred*; it is a serious matter to decide that a slave is free, yet it is much more serious to convict a freeman of being a slave.<sup>3</sup>

According to a number of scholars the initial formal formulation of *in dubio pro reo* principle from the Roman time, even though it had not been known under this term<sup>4</sup>, can be found in a rescript by the emperor Trajan

<sup>2</sup> Daniel Epps, *The Consequences of Error in Criminal Justice*, 128(4) Harv. L. Rev. 1065, 1077 (2015). The authorship of *Problemata* is disputed; the time frame in which it was probably written ranges from the third century BC to the sixth century AD. See Ann Blair, *Authorship in the Popular “Problemata Aristotelis”*, 4(3) *Early Science and Medicine* 189-227 (1999).

<sup>3</sup> Aristotle, *Problemata*, Bk. XXIX (emphasis added); translated in E.S. Forster, *The Works of Aristotle* Vol. VII *Problemata* 951b (J.A. Smith and W.D. Ross eds., Clarendon Press 1927).

<sup>4</sup> In theory there are also different opinions: „For how long the principle *in dubio pro reo* has been applied is still unclear. The once present belief about its application in the Roman criminal law and criminal reception procedure has with recent works been challenged.“ (Kern, E., und Roxin, C., *Strafverfahrensrecht*, 14. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1976, p. 71).

(98-117 AD) addressed to a Adsidius Severus<sup>5</sup>. A rescript was a document issued by the Roman imperial court in response (in Latin *rescriptum* literally means written back) to a specific demand made by governors and other officials of the empire. The passage reads: “*Sed nec de suspicionibus debere aliquem damnarii divus Traianus Adsidio Severo rescipit: satius enim esse impunitum delinqui facinus nocentis quam innocentem condemnari*” (in case of mere suspicion it is preferable that a culprit should go unpunished, rather than an innocent be convicted).<sup>6</sup> This answer given by the emperor was most probably influenced by the humanitarian concepts preached by the Stoic philosophy which was the predominant line of thought during the Golden Age of the Antonines (98 A.D. – 180 A.D), when the Roman Empire reached the peak of its power and civilization, thanks to eighty years of uninterrupted enlightened government.

However, as it results from the wording of the rescript, the principle set forth by the emperor was considered applicable only in case of mere suspicion against the defendant, showing therefore that at the time the extent of the principle was rather limited. The reason was that the Roman law had a particular kind of *non liquet* (non clear) verdict, which was reached when criminal matter remained unresolved and when there was not enough evidence either for a conviction or for acquittal of the accused.<sup>7</sup> The consequence of such verdict was a repetition of the evidentiary procedure or its amendment, with the possibility of introducing new evidence, so, consequently such a verdict could be rendered several times in the same court proceeding. Such a verdict did not allow the application of the *in dubio pro reo*, as the courts, in situations of doubt, did not give preference to the accused neither would they be inclined to rule in his favour. The *non liquet* verdict only acknowledged that the guilt or innocence of the accused person was ‘unclear’ and that evidentiary procedure needed to be repeated, which did not benefit the accused in any way.

Still, even though the principle of *in dubio pro reo* was at an initial stage, the juridical ideas underlined in the above mentioned rescript were not isolated. On the contrary, there are several passages in the Digest<sup>8</sup> which reflect more or less, the same principle. As such, Juventius Celsus, jurist, gave a similar opinion, as put in the following excerpt of the Digest

<sup>5</sup> L. FERRAIOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1997, p. 643, n. 12, p. 92, n. 25; M.A. DE DOMINICIS, *Ancora sulla -formula dubitativa//*, in *Archivio Penale*, 1965, I, pp 535-536. The rescript was reported by *Ulpianus*, one of the most prominent jurists of the imperial period, who lived between the II and the III century A.D. The quotation is contained in the Digest, also known as the *Pandects* (from the ancient Greek word *pandektes*, meaning “all-containing”), a compendium of fragments of works and opinions of the most influential Roman jurists, divided by topics and compiled upon order of the Byzantine emperor Justinian I, in the 6th century, as well as and part of the *Corpus Iuris Civilis*.

<sup>6</sup> Bissacco Cristina, *Il canone In dubio pro reo: tra concezione classica e moderna della prova*, Padova, 2008, p.11 citing Dig. 48, 12, § 5, Libro septimo de officio proconsulis.

<sup>7</sup> Zlatarić, B., Damaška, M., *Rečnik krivičnog prava i postupka*, Zagreb, 1966, p. 188.

<sup>8</sup> See supra n. 5.

“*Benignius leges interpretandae sunt*”, thus suggesting an interpretation of the law in a more benign way. Gaius, again a jurist, promoted the same concept and deemed it applicable to any doubtful case, thus considering it a general principle: “*Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*” (in case of doubt the more lenient solution is to be preferred). And it is again Gaius who, in another part of the Digest, stated: “*Favourabiliores rei potius quam actores habentur*” (the condition of the defendant is to be favoured rather than that of the plaintiff).<sup>9</sup> Another segment of the Digest mentioned the opinion on this topic of Ulpianus himself: “*In ambiguiis rebus humaniorem sententiam sequi oportet*” (in case of ambiguity, it is preferable to go for the more lenient solution). Ulpianus Marcellus, a jurist contemporary with Ulpianus, in a segment reported in the Digest, asserted, more or less, the same: “*In re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justus sed est quam tutius*” (It is not only fairer, but it is also safer, in case of doubt, to choose the more lenient solution).<sup>10</sup>

Such line of thought continued also throughout the III century A.D., an age of crises. The jurist Aurelius Hermogeniano, who was active under the emperor Diocletian, wrote: “*Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae*”, suggesting that the interpretation of laws and punishments must make them softer instead of making them harder.<sup>11</sup> Furthermore, the Latin historian Ammianus reports on an anecdote which illustrates how deeply the principle was rooted in Roman law. Namely, Numerius, the governor of *Narbonensis*, a province of the vast Roman Empire, was on trial before the emperor and, contrary to the frequent practice in criminal cases, the trial was public. Numerius defended himself by denying his guilt and since there was not sufficient evidence against him, his adversary, Delphidius, realizing that the failure of the accusation was inevitable, could not restrain himself from exclaiming: “*Oh, illustrious Cæsar! If it is sufficient to deny, what hereafter will become of the guilty?*” The answer of Emperor Julian was equally famous: “*If it suffices to accuse, what will become of the innocent?*”<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Bissacco Cristina, Il canone *In dubio pro reo*: tra concezione classica e moderna della prova, Padova, 2008, p. 12 citing Celsus, 29 *digestorum*, D. 1.3.18.

<sup>10</sup> Paolo Moro, Il diritto come Processo, 2012, p. 204 citing Dig., 34,5,10,1, Ulpianus. See also Sič, M., Trajne vrednosti Rimskog prava (Sector values of Roman Law), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, year 43, no. 3-4/2006, p. 391; Bayer, V., *Jugoslovensko krivično procesno pravo (Yugoslavian criminal procedural law)*, Second edition, *Pravo o cinjenicama i njihovim utvrdzivanju u krivičnom postupku (Law on fact and its establishment in the criminal procedure)*, Second edition, Informer Zagreb 1978, p.37.

<sup>11</sup> Bissacco Cristina, Il canone *In dubio pro reo*: tra concezione classica e moderna della prova, Padova, 2008, p. 12 citing Hermogenianus, 1 ad *epitomarum*, D. 48.19.42.

<sup>12</sup> Ammianus Marcellinus, *Rerum Gestarum*, L. XVIII, c. 1.

## LATE ANTIQUITY AND EARLY MIDDLE AGES

The principle of *in dubio pro reo* notes an even greater development in post-classical age (IV and V century AD.), as a result of the influence of the Christian principle of “*favor miserorum*” (benevolence towards the poor) and humanism on the Roman law. Following the brutal persecutions which reached their peak under the reign of Diocletian, the emperors Galerius, Constantinus and Licinius in the edict of Nicomedia (311 A.D.) had already granted the Christians the freedom of worship; and just seventy years later, in 380 A.D., the emperor Theodosius declared the Christianity the official religion of the empire.

During the IV century the Christian Church started to influence life, as well as the socio-political organization of the state including the law. A citation of this evolution can be found in the Breviary of Alaric (*Breviarium Alaricianum* or *Lex Romana Visigothorum*)<sup>13</sup>. This collection includes a provision about manumission (liberation) of slaves: “*Communem servum unus ex sociis vincendo futurae libertati non nocebit; inter pares enim sententia clementior severiori praeferitur: prope et innocentes dicere, quos absolute nocentes pronuntiare non possunt*”. The case was as follows: one of the two owners chained their common servant, while the other owner decided to free him. The excerpts emphasize the prevalence of the will of the owner who wanted to free the servant. This shows that in the Alaric’s Code, the Roman law was evidently influenced and modified by the new principles preached by the Christianity, thus revising the rule in the classical Roman law, according to which the liberation of the slave would have required consent by all of the owners. This passage of the Breviary became the grounds for two other basic principles of crucial importance in most of the modern legal systems: the principle of *favor rei* (favour for the accused) and the principle of presumption of innocence.<sup>14</sup>

In the year 476 the barbarian king Flavius Odoacer ended the Western Roman Empire. The western part of Europe, including Italy, was conquered by barbaric people who imposed their customs and habits, while the power of the Roman Empire was redirected towards the East, ruling under the name of Byzantine Empire for the next 1000 years.

However, the Roman law in Western Europe did not eclipse with the fall of the Western Empire. The principle of personality of law was in force in the territories conquered by the barbarian population, meaning that the application of the law was governed not by the territory, but by the population

<sup>13</sup> Renzo Lambertini, I caratteri del Breviarum Alaricianum, Lecture held in Naples on 29.4.2008, p. 1. Breviary of Alaric was a collection of Roman law, compiled by order of Alaric II, King of the Visigoths. This compilation included his advice to his bishops and nobles and was promulgated on 2 February 506 A. D.

<sup>14</sup> Bissacco Cristina, Il canone *In dubio pro reo*: tra concezione classica e moderna della prova, Padova, 2008, p. 13 citing Brev. Pauli Sententiarum IV, 12, § 5 (which is later reported in Lex Romana Visigothorum); Polara Giovanni Lex Romana Visigothorum, CUEM, 2005 e Fabio Zunica LE REGULAE IURIS NELL’ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA, Università Federico II, 2011, p. 101.

which the persons involved in the dispute belonged to. Therefore, the law which was applied to the former subjects of the Roman Empire was still the Roman law, whilst the barbaric population which had become dominant, used their own juridical system which was mostly customary law.

Around the VI century, as the rule of the barbarians strengthened and the contacts between the winners and the defeated intensified, the barbaric law began to influence and to modify the Roman laws in Western Europe. The courts of the former Western Roman Empire slowly but surely started to adopt the structure of the barbaric court procedure which was completely different from the Roman procedure.

The trials were reduced to evidentiary procedure which presented two types of evidence: the judgment of God and the purgatorial judgment or *purgatio*. The judgment of God, called *ordal* (ordeal), could include full submersion of the body in cold water, or the holding a red-hot iron for some time. In order to pass the test, not only did it suffice to endure the pain, but the wounds had to heal within an exact time. Evidently, such tests were an assumption of the invisible presence of God during the trial, which would never have let an innocent fail the test.<sup>15</sup> The scorched hand was bandaged and examined after three days, and if the burn healed, it would be taken as a sign of innocence and the person would be acquitted. The ordeal with the cold water involved the accused being thrown into the water: those who would sink were acquitted, and those who would float were deemed guilty and were punished. These tortures required the participation of the clergy. A priest was present during the procedure and would pray to God to bless the water or iron and to deliver his judgment.<sup>16</sup> Unlike this judgment, the purgatory was a system of giving oath about the veracity of the accusation and the good reputation of the accused. The oath was taken by the accused and by the members of his/her family and it had the value of evidence since it was assumed that God would punish the perjurer with death or severe illness.

According to certain theological interpretations, however, such tortures, as well as the so called blood punishments, which included mutilation or execution of the accused, were treacherous for the judges as they could pollute their souls. Christian scriptures were irreconcilable with the application of blood punishments, starting with the Sixth Commandment, “Thou shalt not kill,”<sup>17</sup> and the Gospel of Matthew, “[J]udge not, lest ye be judged.”<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Bissacco Cristina, *Il canone In dubio pro reo: tra concezione classica e moderna della prova*, Padova, 2008, p. 17.

<sup>16</sup> J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History* 73 (4th ed., Butterworths 2002) (hereinafter “Baker”), discussing the rise of the jury trial and describing the abolition of ordeals as the prominent event in criminal procedure, p. 5. For more on history of trial by ordeal, see Thomas P. Gallanis, *Ordeal: English Common Law*, in 4 *Oxford Encyclopedia of Legal History* (Stanley N. Katz ed., Oxford University Press 2009).

<sup>17</sup> Num. 31:19.

<sup>18</sup> Matthew 7:1.



Therefrom, in his seminal text *The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial*, contemporary Professor James Q. Whitman argues that, although the reasonable doubt standard emerged in the course of the seventeenth and eighteenth centuries (as others conclude), its origins can be traced to the Middle Ages, where it was originally conceived not for the protection of the accused, but rather to protect the “souls of the jurors”: “*The reasonable doubt rule ... is the last vestige of a vanished premodern Christian world. At its origins, this familiar rule was not intended to perform the function we ask it to promote today: It was not primarily intended to protect the accused. Instead, it had a significantly different purpose. Strange as it may sound, the reasonable doubt formula was originally concerned with protecting the souls of the jurors against damnation*”.<sup>19</sup>

Other contemporary scholars, represented by Anthony A. Morano and Barbara J. Shapiro, share Whitman’s observations that early Christian theologians viewed any bloodshed as a pollution of the soul requiring purification.<sup>20</sup> However, they don’t share Whitman’s theological interpretation that reasonable doubt emerged in Middle Ages but see reasonable doubt as “a concept born of the secular Enlightenment and humanist philosophy of the XVIII century.” This is because, according to them, the *ordal* provided a transcendental truth which is indisputable by definition, so the case could hardly be considered doubtful.<sup>21</sup>

To protect judges, it has been also thought that it is the law that sheds the convicted criminal’s blood, not the judge. According to an early Christian theologian Saint Jerome (347 – 420): “To punish murderers, and those who commit sacrilege and poisoners, is not to shed blood. It is the ministry of the laws.”<sup>22</sup>

Latin philosopher and theologian, Saint Augustine of Hippo (354 – 430), similarly noted: “[W]hen a man is killed justly, it is the law that kills him, not you.” By placing the onus of taking the life or mutilating the body of a convicted criminal on the law, judges were mere conduits “[contributing] their efforts to killing criminals, without themselves suffering the loss of eternal life as ‘murderers.’”<sup>23</sup>

Centuries later Popes Clement III (1187 – 1191) and Innocent III (1198 – 1216) exhorted clergy to avoid the stain of bloodshed by following the *safer path*:

<sup>19</sup>James Q. Whitman, *The Origins of “Reasonable Doubt”* 2-3 (Yale University Press 2008) (hereinafter “Whitman”) p. 3.

<sup>20</sup>Barbara Shapiro, *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause: Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence* 4 (University of California Press 1991) (hereinafter “Shapiro, Doubt”); Anthony Morano, *A Reexamination of the Development of the Reasonable Doubt Rule*, 55 B. U. L. Rev. 507 (1975) (hereinafter “Morano”), p. 51.

<sup>21</sup>Miller W. Shealy Jr., *A Reasonable Doubt About “Reasonable Doubt”*, 65 Okla. L. Rev. 225, 229 (2012-2013) (hereinafter “Shealy”).

<sup>22</sup>Whitman, p. 39, note 36, *citing* Commentaria In Hieremiam IV, 35. In S. Hieronymi Opera, pt. I, 3, Corpus Christianorum Series Latina, vol. 74 (Turnholt: Brepols 1960), 201: “Homicidas enim et sacrilegos en venenarios punier, non est effusion sanguinis, se legume ministerium.”.

<sup>23</sup>Whitman, p. 40.

in cases of doubt, “*in dubiis*,” one should act in such a way as to minimize the possibility of pollution.<sup>24</sup> In other words, in order to punish, the judge needed to be convinced in a person’s guilt, otherwise, he himself would be punished by God.

The Pope’s declarations parallel the rediscovery of the *Corpus Iuris Civilis* in the twelfth century, including the *Digesta*.<sup>25</sup> As such, Canon lawyers of the twelfth century applied the ideas of the antique Church Fathers in the campaign against the judicial ordeal and the Canon law, the law of the Christian Church, played a fundamental role in its abolition.<sup>26</sup>

As a consequence, in 1215, after several decades of agitation by church reformers, the Catholic Church (through the Fourth Lateran Council)<sup>27</sup> forbade clergy from participating in ordeals. This effectively abolished the ordeals, save for their use in some cases involving witchcraft.<sup>28</sup>

The ideas of Church Fathers were embraced and elaborated by the canon lawyers of the twelfth century (and afterwards), who were largely responsible for creating modern law, while scholars regard the abolition of ordeals as marking the beginning of Western legal traditions.<sup>29</sup>

The decline of the ordeal has been subject to different interpretations. Shapiro argues that the judicial ordeal was about factual proof and that its abolition involved a change in the nature of fact-finding.<sup>30</sup> Whitman disagrees with this line of interpretation. Whitman argues that “factual proof was not the issue at all... Primarily at stake was the moral responsibility for judgment.”<sup>31</sup> In his view, ordeals were abolished “precisely because they subjected those who participated in them to the taint of bloodshed.”<sup>32</sup> Both Shapiro and Whitman agree that the result of the abolition of ordeals caused a formative crisis in adjudication, influencing procedural rules.<sup>33</sup>

<sup>24</sup> Pope Clemens, Clemens III, *Patrologia Latina* vol. 204 [col. 1485D]. Pope Innocent III, the lawyer-Pope who presided over the Fourth Lateran Council, produced the classic formulation: “*In dubiis via eligenda est tutior*,” i.e., “When there are doubts, one must choose the safer path.” cited in Whitman, p. 117.

<sup>25</sup> James Gordley & Arthur Taylor Von Mehren, *An Introduction To The Comparative Study Of Private Law – Readings, Cases, Materials* 33 (Cambridge University Press 2006).

<sup>26</sup> Whitman, p. 55.

<sup>27</sup> The Lateran Councils were synods of the Catholic Church held in Rome at the Lateran Palace from the twelfth to the sixteenth centuries. The purpose of the Lateran Councils was to address various problems of the Catholic Church, church property, patriarchal precedence, judicial and church reforms, and other issues. See Whitman, p. 53-54.

<sup>28</sup> Whitman, p. 49, 55, citing Canon 18 of the Fourth Lateran Council.

<sup>29</sup> See generally Shapiro, *Doubt*, p. 3, explaining that in the twelfth century, “irrational proofs,” such as trial by ordeal were replaced on the Continent by the Romano-canon inquisition process and in England by the jury trial; Morano, p. 509, stating that trial by jury developed as a substitute for older methods, such as trial by ordeal; Baker is also discussing the rise of the jury trial and describing the abolition of ordeals as the prominent event in criminal procedure.

<sup>30</sup> Shapiro, *Doubt*, p. 3-4.

<sup>31</sup> Whitman, p. 56.

<sup>32</sup> Whitman, p. 56.

<sup>33</sup> Shapiro, *Doubt*, p. 4, Whitman, p. 56.

In Continental Europe and in England, there were two different responses to this crisis that explain how the civil and common law systems split off. On the Continent, where inquisitorial procedure had been developing over the course of the twelfth century, ordeals were replaced by the Romano-canon inquisition process. In England, where an early form of the jury had been introduced in the late twelfth century, ordeals were replaced by jury trials.

## RISE OF THE JURY TRIAL IN ENGLAND

The practice of swearing men to furnish true information is ancient, with roots in Scandinavia and the old Carolingian empire.<sup>34</sup> In England, an early form of the jury trial was used in the late eleventh and twelfth centuries.<sup>35</sup> During the Norman invasion<sup>36</sup> in the eleventh century, the Normans brought with them other forms of proof and trial, such as ordeals, wager of law,<sup>37</sup> or trial by combat<sup>38</sup>. During the Norman period, the “accusing jury” was also common.<sup>39</sup> The “accusing jury” was sworn to give a true answer, called *verdictum*, which is Latin for “verdict.”<sup>40</sup> After the “accusing jury” named suspected criminals, the accused were sent to be tried by ordeal.<sup>41</sup> The resulting verdicts of these procedures were essentially statements about the accused’s character, rather than his guilt or innocence.<sup>42</sup>

The prohibition in 1215 of the clergy’s participation in ordeals, resulting in the effective abolition of the ordeals, was a turning point. Although the older methods of proof were still part of the procedures applied in the earliest phase of the English courts, the use of a jury proved to be a better alternative and the older methods gradually fell out of use.<sup>43</sup>

<sup>34</sup> Baker, p. 72. The Carolingian empire (800-924) was the historical period in the medieval France and Germany, ruled by the Frankish Carolingian dynasty. For more, see John W. Burgess, *Sanctity of Law: In What Does It Consist? The Story of Man’s Attainment of Law and Order from Roman Times to the Present* (1928), chapter 3, *The Carolingian Empire and its Dependence of the Pope’s Authority*.

<sup>35</sup> Baker, p. 72-73.

<sup>36</sup> The Norman invasion of England was the eleventh century occupation of England by an army of Norman, Breton, and French soldiers led by Duke William I of Normandy, later referred to as William the Conqueror. See Norman Davies, *Europe: a history 336-339* (HarperPerennial 1998); see also Edward E. Freeman, *The History of the Norman Conquest of England, Its Causes and Its Results*, Volume 5, *The Effects of the Norman Conquest*, (Cambridge Univ. Press 2011) (first published in 1876).

<sup>37</sup> Wager of law was a medieval defence used when an accused could establish his innocence by taking an oath and finding a required number of persons, typically twelve, to swear they believed the accused’s oath. See Baker, p. 73.

<sup>38</sup> Trial by combat (or wager of battle) was a method used to settle accusations in the absence of witnesses or a confession, in which two parties in dispute fought in single combat. The winner of the fight was proclaimed to be right. Essentially, it was a judicially sanctioned duel. Trial by combat remained in use throughout the Middle Ages, gradually disappearing in the course of the sixteenth century. See Baker, p. 73.

<sup>39</sup> Shapiro, *Doubt*, p. 5; Baker, p. 73.

<sup>40</sup> Baker, p. 73.

<sup>41</sup> Baker, p. 73.

<sup>42</sup> Shapiro, *Doubt*, p. 3; Baker, p. 73.

<sup>43</sup> Baker, p. 72-73.

Baker suggests that “[t]he king’s judges did not start out in the twelfth century with an inspired vision of things to come; they simply took over and continued what had gone before, what must have seemed part of the natural order of things.”<sup>44</sup> In the thirteenth century, the judicial practice settled on using men from the vicinity of the offense to speak under oath – *juratores* (which is Latin for *persons who have been sworn*) – about the accused’s innocence or guilt. This procedure became known as the jury trial. Jurors were viewed as representatives of the community’s opinion.<sup>45</sup> English judges were less frequently residents of the locality. They sat in Westminster and travelled to the country, and when in need of local knowledge, they depended on jurors.<sup>46</sup>

Early on, there was some overlap in the jurors’ judicial function and their role as witnesses.<sup>47</sup> Jurors delivered their judgment based on what they themselves knew or gathered in the process of independent investigation.<sup>48</sup> In other words, they were not impartial fact-finders or judges of the facts.

According to Whitman, in the Middle Ages jurors: (a) were permitted to enter a “special” verdict, making “mere findings of fact while forcing the judge to pronounce the perilous judgment on ultimate liability;”<sup>49</sup> (b) were immune from the attain – a procedure to punish civil trial jurors for committing perjury, as perjury was not yet a crime;<sup>50</sup> and (c) “could avoid inflicting blood punishments in some instances by allowing the accused the benefit of clergy,” by which the accused could claim to be outside the jurisdiction of the secular courts and be tried instead under canon law, which did not have juries.<sup>51</sup> These factors shielded criminal jurors from moral pressure.<sup>52</sup>

## ROMANO-CANON INQUISITION IN CONTINENTAL EUROPE

While the jury trials developed in England inquisitorial procedure was in power on the Continent. The procedure known as the action *per inquisitionem* (Latin for “by inquiry”) received official recognition from the Fourth Lateran Council, which employed highly rationalized procedures to determine the guilt or innocence of clerics suspected of crimes against the Catholic Church.<sup>53</sup> During the thirteenth century, this

<sup>44</sup> Baker, p. 72.

<sup>45</sup> Morano, p. 509. See also FREDERICK POLLOCK & FREDERIC W. MAITLAND, *THE HISTORY OF ENGLISH LAW* 622-26 (Cambridge University Press 1898) (hereinafter “Pollock”).

<sup>46</sup> Whitman, p.147, ns. 81-82.

<sup>47</sup> Baker states that, occasionally, judges would examine jurors one by one to evaluate their answers and even reserve the decision of guilt or innocence for themselves. See Baker, p. 75.

<sup>48</sup> Morano, p. 509.

<sup>49</sup> Whitman, p. 154.

<sup>50</sup> Whitman, p. 154.

<sup>51</sup> Whitman, p. 156.

<sup>52</sup> Whitman, p. 157.

<sup>53</sup> Whitman, p. 99, citing Mathias Schmoeckel, *Humanität und Staatsraison* 187-294 (Böhlau 2000) (hereinafter “Schmoeckel”).

procedure expanded into criminal law.<sup>54</sup> It was designed to obtain “full proof,” meaning rigid standards as to the quality and quantity of evidence necessary for a conviction, believing that as such could be ensured the objectivity of the judge.<sup>55</sup> As Shapiro described, a judge in the Romano-canon inquisition process was “essentially an accountant of who totalled the proof fractions.”<sup>56</sup>

By following the correct procedure, judges avoided the stain of judicial bloodshed, while Canon lawyers, theologians, and jurists responded to the moral danger by distinguishing the role of the judge as a “minister of the law.”<sup>57</sup> For example, Christian theologian Raymond de Peñafort (ca.1175 – 1275) explained that the judge does not sin if the criminal is “justly condemned,” meaning, among other things, that the judge must “observe the procedures of the law.”<sup>58</sup>

Medieval canon law developed the principle that “the judge judges according to the evidence presented, not according to his ‘conscience.’”<sup>59</sup> “Conscience” referred both to judges’ moral convictions and to their knowledge of particular facts. Whitman explains that this prohibition of the use of “‘private knowledge’ was a *moral comfort* rule, a way for professional judges to assure themselves that they had maintained a safe distance from the bloody consequences of the case they were judging.”<sup>60</sup> Continental judges, commonly priests, would have frequently taken confessions related to the cases they were deciding. As a consequence, the judge-confessor was likely to have had “private knowledge” of the facts at issue in the case. As a solemn rule, the secret confession could not be violated, and, by refusing to use their private knowledge, judges could escape personal moral responsibility for entering judgment.<sup>61</sup>

When it comes to the proof, testimony of two good witnesses (unimpeachable and trustworthy eyewitnesses) or a confession would be considered to have sufficiently high evidentiary value to constitute

<sup>54</sup> Whitman, p. 99. See also Brundage, p. 147.

<sup>55</sup> Whitman, p. 115. See also Shapiro, Doubt, p. 3; Bayer, V., *Kazneno procesno pravo – odabrana poglavlja. Book II. Povijesni razvoj kazneno procesnog prava*. Krapac, D.(Ed.), Zagreb, 1995, p. 95, 114.; Škulić, M., *Krivično procesno pravo. Second revised and updated edition*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, p. 12. There were exceptions to the legal evaluation of evidence such as the institute of sending case file to a distinct group of experienced and educated lawyers in order to get advice, as prescribed in *Constitutio Criminalis Carolina* (Constitution Criminalis Carolina in XVI century is the first body of the German criminal law that aimed to unify the legal system of the “Holy Roman Empire” in Western Europe, laying a foundation for mass which trials and confessions by torture) see Bayer, V, *Jugoslovensko krivično procesno pravo, Second edition, Pravo o cinjenicama i njihovim utvrđivanju u krivičnom postupku*, Second edition, Informer Zagreb 1978, p. 105.

<sup>56</sup> Shapiro, Doubt, p. 3.

<sup>57</sup> Whitman, p. 105.

<sup>58</sup> Knut W. Nörr, *Zur Stellung des Richters im Gelehrten Prozess der Frühzeit: Iudex Secundum Allegata non Secundum Cinscientium Iudicat* 66 (C. H. Beck 1967) (hereinafter “Nörr”), citing Raymond de Peñafort, *Summa de poenitentia*, (ed. Xaverio Ochoa and Aloisio Diaz), (Rome: Institutum iuridicum Claretianum, 1976).

<sup>59</sup> Whitman, p. 105, citing Nörr, p. 13. See also Jacques Delanglade, *Le Juge, Serviteur de la Loi ou Gardien de la Justice selon la Tradition Theologique*, 10 Rev. de Droit Canonique 141, 151-53 (1960).

<sup>60</sup> Whitman, p. 110 (emphasis added).

<sup>61</sup> Whitman, p. 110.

“full proof.”<sup>62</sup> The testimony of two witnesses was rarely available; thus, continental law sought a confession as a different means of “full proof.”<sup>63</sup> The confession became the “queen” of evidence (lat. *regina probationem*). But, to gain confession, judges could order torture. The torture and confession were also used because, from a certain Christian perspective, they had a cathartic function and were supposed to redeem the culprit. If the inquisitor believed that the witness lied or contradicted himself, the witness could be tortured as well; this option became compulsory in proceedings for the crime of treason or heresy, even when the witnesses were not false or recalcitrant.

However, judges were forbidden to order torture unless there was “*semiplena probatio*” or “half-full proof.”<sup>64</sup> Whitman explains that to determine whether there was “half-full proof,” judges were to follow the rigidly specified rules for weighing the evidence. The technical term for such evidence was “*indicium*” or “proof.” So, torture was used as the last resort, once all other means to get to the truth had been used. It could be repeated two or three times, only not on the same day. Prosecution record was taken, containing: the judge’s questions, the defendant’s answers, the screaming, the moaning, the length and the time of the torture, its quality and the scale of it, the reasons of its application, the person’s conditions before and after the torture; the purpose of this was to justify the legitimacy of the decision to apply torture, taking into consideration the type of the crime and the gravity of the indications. In addition, there was always a doctor to check the condition of the accused and to offer medical assistance as needed. Also, a practice was established to check the confession given under torture, in order to be considered as valid, this examination had to be performed in absence of any instruments of torture and it had to be done after a certain period passed since the statement had been issued.

The accused, subjected to repeated torture sessions and therefore weakened in body and in spirit, was forced to choose between confession, thus ending his suffering, and resistance, which would prolong his agony. Once the accused would confess, the proceeding would end, to be followed by, obviously, a conviction. If the accused would resist the torments, a possible outcome, although rare, could be his acquittal. It has to be highlighted that the suspect who had resisted the torture could be detained for a longer period of time, so that the judge could look for new evidence. Moreover, the court could reach a special verdict “absolving” the defendant from the court (lat. *absolutio ab instantia*).<sup>65</sup> The accused

<sup>62</sup> Whitman, p. 115. See also Shapiro, Doubt, p. 3.

<sup>63</sup> Shapiro, Doubt, p. 3.

<sup>64</sup> Persons of high social standing (members of the nobility and the like) could not be tortured at all. See Whitman, p. 115, referring to Schmoeckel, pp. 212-213, 219-228, 286-287.

<sup>65</sup> Sijerčić-Čolić, H., *Krivično procesno pravo*. Book I. *Krivičnoprocesni subjekti i krivičnoprocesne radnje*. Third revised and updated edition, Law fakulty Univerzity of Sarajevu, Sarajevo, 2012, p. 66.



was absolved due to the lack of evidence, but the process against him/her could be continued at any time.

Whitman argues that although the Continental criminal procedure was “highly rule-bound,” it still provided considerable discretion sufficient to create judicial dilemmas, such as the instruction to find “*indicia indubitata*” i.e. “proofs that did not permit of any doubt.”<sup>66</sup>

Namely, “If the ordeal threatened to involve a priest in bloodshed, the [inquisitorial] trial threatened to do exactly the same thing to the judge.”<sup>67</sup> Therefore, the blood punishments “could only be administered if there was perfect certainty about the guilt of the accused: as the canon lawyers put it, there could be no blood punishment unless there were proofs ... ‘clearer than the light of the midday sun.’”<sup>68</sup> According to Albertus Gandius, a thirteenth-century jurist, “When there are doubts and the evidence is uncertain it is better to leave the malefactor’s misdeed unpunished than to convict an innocent, since in cases of doubt punishments are better milder than harsher.”<sup>69</sup> As another example, the late twelfth-century canonist Huguccio (d.1210) analyzed the problems of criminal procedure, stating: a “‘doubtful matter’ was a matter not proven by witnesses, or documents, or evidence such as [a] confession.”<sup>70</sup>

Johannes Monachus, a French canonist who died in 1313, while glossing a decretal of Pope Boniface VIII, asked the question: *could the pope, on the basis of this decretal, proceed against a person if he had not cited him?*<sup>71</sup> The jurist concluded that the pope was indeed above positive law, but not above natural one and, since summonses had been established by natural law, the pope could not omit them. Monachus, therefore, stated that no judge, even the pope, could come to a fair decision without summoning the defendant. Even though the crime was evident, the judge could proceed in a summary way in some parts of the process, but sooner or later the summonses and the subsequent judgment had to be issued. He argued that a summons to court and a judgment were imposed by natural law according to what was written in the Bible, more precisely in Genesis 3.9-12: since God had felt obliged to summon Adam, judges had surely to do the same. Then he formulated an expression of a defendant’s right to a trial and to due process with the following words: *item quilibet presumitur innocens nisi probetur nocens* (anybody must be presumed innocent if that person is not proven guilty).

Similar example can be seen also in the following trial: in 1398, Salamon and his son Moyses, Jews living in Rimini, were accused by several Christian

<sup>66</sup> Whitman, p. 115.

<sup>67</sup> Whitman, p. 105.

<sup>68</sup> Whitman, p. 100, citing Giorgia Alessi Palazzolo, Provo Legale e Pena. La Crisi del Sistema Tra Evo Medio et Modern 3-5 (Naples 1979).

<sup>69</sup> Peter Holtappels, Die Entwicklung des Grundsatzes ‘in dubio pro reo’ (Cram de Gruyter 1965), cited in Whitman, n. 172.

<sup>70</sup> Whitman, p. 119.

<sup>71</sup> Kenneth Pennington, *Innocent Until Proven Guilty: The Origins of a Legal Maxim*, The Jurist, 2004, p. 115.



women of having had sexual relations with them. The case fell under the jurisdiction of the Inquisition because it was reported that Salamon and Moyses had used heretical arguments to seduce the women and was dealt with by a Franciscan inquisitor, Johannes de Poggiali. De Poggiali called witnesses before him, examined them, and took their oaths, to tell the truth and, in the end, he did not find that the accusations against Salamon and Moyses were proven. It was rare that a judge in the Middle Ages would justify his decision, but Johannes de Poggiali did so. He examined the facts and concluded that “*it was better to leave a crime unpunished than to condemn an innocent person*”. These words are a reconnaissance to what would be stated by the English jurist William Blackstone three and a half centuries later in a sentence that will become famous in common law jurisprudence as Blackstone’s formulation: “*the law holds that it is better that ten guilty persons escape than one innocent person suffer*”.<sup>72</sup>

## EARLY MODERN PERIOD AND AGE OF ENLIGHTENMENT

Early modern and Enlightenment period philosophers (ca. 1500 – 1800), affirmed the importance of reason and science and its prevalence over superstition and religion. The Enlightenment thinkers adhered to the doctrine of natural law which granted person certain inalienable rights since they pre-existed the state and were a heritage which belongs to every individual.

The precise term “*in dubio pro reo*” appears for the first time in this period, in 1566, in Egidio Bossi’s treatise on criminal law doctrine.<sup>73</sup> He writes “[Q]uod in dubio pro reo iudicandum est,”<sup>74</sup> i.e. *doubt must be adjudicated in favor of the accused*.<sup>75</sup> Less than a century later, in 1631, Friedrich Spee von Langenfeld (1591 – 1635) authored the *Cautio Criminalis*,<sup>76</sup> a major critique of witch trials that led to their widespread abolition.<sup>77</sup> Spee was a Jesuit priest and university professor who argued that torture (an instrument widely used to obtain confessions in witch trials) did not produce the truth.<sup>78</sup> In this context, Spee repeatedly refers to the possible conviction of innocent people.

<sup>72</sup> Kenneth Pennington, *Innocent Until Proven Guilty: The Origins of a Legal Maxim*, The Jurist, 2004, p. 117.

<sup>73</sup> Egidio Bossi & Francesco Bossi, *Tractatus Varii, Qui Omnem Fere Criminalem Materiam Excellenti Doctrina Complectuntur...* 458 (Apud Haeredes Jacobi Iunctae 1566) (hereinafter “Bossi”).

<sup>74</sup> Bossi, p. 458.

<sup>75</sup> Unofficial translation by author.

<sup>76</sup> Friedrich Spee von Langenfeld, *Cautio Criminalis Seu De Processibus Contra Sagas Liber* (Petrus Lucius Typog. Acad. 1631) (hereinafter “Spee”).

<sup>77</sup> Gottfried Wilhelm Freiherr von Leibniz et al., *Herrn Gottfried Wilhelms Freyherrn von Leibniz Theodicee...* 256 (Nicol. Försters und Sohns Erben 1744).

<sup>78</sup> Wolfgang Sellert, *Friedrich Spee von Langenfeld – Ein Streiter wider Hexenprozess und Folter*, NJW 1222, 1224-26 (1986).

Jan Zopfs lists all such passages in his contribution to the *Spee-Jahrbuch* 2009,<sup>79</sup> some of which are:

[That] only such men may become judges and inquisitors, who..., in doubtful cases, are rather of a mind favourable to the accused instead of unfavourable.<sup>80</sup>

[B]ecause one must rather go the safer path and release ten guilty men instead of exposing oneself to the danger of punishing even just one innocent man.<sup>81</sup>

The law demands that, in doubtful cases, one must rather be well-disposed towards the accused instead of the accuser.<sup>82</sup>

Furthermore, Cesare Beccaria, author of the well-known treatise *Dei delitti e delle pene* (Of crimes and punishments), stated that a person could not be considered responsible before the judge's decision had been issued. The logical consequence of that statement was that during the proceedings the accused could not be treated as if he was responsible for the crime and therefore detention on remand had to be utilized only if strictly necessary; furthermore, if criminal responsibility was not certain, unlike what happened during the age of absolutism, the defendant had to be acquitted: "*Either he is guilty, or not guilty. If guilty, he should only suffer the punishment ordained by the laws, and torture becomes useless, as his confession is unnecessary. If he be not guilty, you torture the innocent; for, in the eye of the law, every man is innocent, whose crime has not been proved.*" According to Beccaria, one witness was not sufficient for a conviction to be issued, because if the accused denies what only one person affirms, truth remains uncertain and the right of everyone to be believed innocent, weighs the scale in his favour: "*One witness is not sufficient; for whilst the accused denies what the other affirms, truth remains suspended, and the right that every one has to be believed innocent, turns the balance in his favour.*".<sup>83</sup>

Similar, the English philosopher and jurist, Jeremy Bentham (1748-1832, UK), in *Principles of Judicial Procedure* openly admits the more negative effects of cases, where innocent people are convicted, but warns that one mustn't exaggerate this argument:

<sup>79</sup> Jan Zopfs, *Unschuldsvermutung und "in dubio pro reo" in der Cautio Criminalis*, in *Spee-Jahrbuch* 2009 79, 86-88 (Arbeitsgemeinschaft der Friedrich-Spee-Gesellschaften Düsseldorf und Trier ed. 2009).

<sup>80</sup> "[Dass] nur solche Männer Richter und Inquisitoren werden, die ... in zweifelhaften Fällen dem Angeklagten eher günstig als ungünstig gesonnen sind." Spee, p. 52 (unofficial translation by author).

<sup>81</sup> "[W]eil man den sichreren Weg gehen und lieber zehn Schuldige loslassen musste, als sich der Gefahr auszusetzen, auch nur einen Unschuldigen zu bestrafen." Spee, p. 193 (unofficial translation by author).

<sup>82</sup> "Das Recht verlangt, dass man in zweifelhaften Fällen eher dem Angeklagten als dem Ankläger geneigt sein soll." Spee, p. 276 (unofficial translation by author).

<sup>83</sup> Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (Of crimes and punishments), Tuscany 1764, Chapter 13, Of the credibility of witnesses, Chapter 16 of Torture; <http://www.thefederalistpapers.org/wp-content/uploads/2013/01/Cesare-Beccaria-On-Crimes-and-Punishment.pdf> (last accessed 07 November 2016).

Thus, then, although a judge should have an internal presumption against the accused, he should not hesitate to act on the presumption of his innocence, and, in doubtful cases, to consider the error which acquits as more justifiable, or less injurious to the good of society, than the error which condemns. In listening to the voice of humanity, he will only be following that of reason.

But we must be on our guard against those sentimental exaggerations which tend to give crime impunity, under the pretext of ensuring the safety of innocence. Public applause has been, so to speak, set up to auction. At first, it was said to be better to save several guilty men than to condemn a single innocent man; others, to make the maxim more striking, fixed on the number ten; a third made his ten a hundred, and a fourth made it a thousand. All these candidates for the prize of humanity have been outstripped by I know not how many writers, who hold, that, in no case, ought an accused person to be condemned unless the evidence amount to mathematical or absolute certainty. According to this maxim, nobody ought to be punished, lest an innocent man be punished.<sup>84</sup>

Whitman also notes that the jurists who shaped the *in dubio pro reo* principle understood the conflict between a rule that counselled mildness and the public interest that crimes should not go unpunished. This conflict concerning judicial discretion and the judge's role as a "public person" would be fought repeatedly in the subsequent centuries.<sup>85</sup>

From the philosophers of the Age of Reason came as well new ideas about certainty and probability.<sup>86</sup> Therefore, systematizing the levels of probability, English philosopher John Locke (1632 – 1704) reasoned:

The first, therefore, and highest degree of probability, is, when the general consent of all men, in all ages, as far as it can be known, concurs with a man's constant and never-failing experience in like cases, to confirm the truth of any particular matter of fact attested by fair witnesses: such are all the stated constitutions and properties of bodies and the regular proceedings of causes and effects in the ordinary course of nature.... These probabilities rise so near to certainty, that they govern our thoughts as absolutely ... as the most evident demonstration.... We make little or no difference between them and certain knowledge...

The next degree of probability is when I find by my own experience, and the agreement of all others that mention it, a thing to be for the most part so, and that the particular instance of it is attested by many and undoubted witnesses: v.g. history giving us such an account of men in all ages, and my own experience, as far as I had an opportunity to observe, confirming it, that most men prefer

<sup>84</sup> See J. Bentham, *A Treatise on Judicial Evidence* (M. Dumont Ed.) London, 1825, p.198.

<sup>85</sup> See Richard M. Fraher, *Conviction According to Conscience: The Medieval Jurists' Debate Concerning Judicial Discretion and the Law of Proof*, 7 *Law & Hist. Rev.* 23, 88 (1989).

<sup>86</sup> Shapiro, *Doubt*, p. 2, 6-7.

their private advantage to the public: if all historians that write of Tiberius, say that Tiberius did so, it is extremely probable. And in this case, our assent has a sufficient foundation to raise itself to a degree which we may call confidence...<sup>87</sup>

According to Locke, the highest level of probability was “so near to certainty” and commanded universal assent. The lower levels of probability were “confidence,” “confident belief,” and “mere opinion.”<sup>88</sup> The level of assent was to be determined according to “the different evidence and probability of the thing: which rises and falls, according as those two foundations of credibility, viz. common observation in like cases, and particular testimonies in that particular instance, favor or contradict it.”<sup>89</sup> Locke’s systematization became so influential that the first treatises on legal evidence built on Locke’s ideas.<sup>90</sup>

Another influential philosopher of the Age of Reason, who classified levels of certainty, was Bishop John Wilkins (1614 – 1672). In his treatise *Of the Principles and Duties of Natural Religion* (1675), Wilkins distinguished between “*Knowledge or Certainty*,” and “*Opinion or Probability*.”<sup>91</sup> “*Knowledge or Certainty*” was “[t]hat kind of Assent which doth arise from such plain and clear Evidence as doth not admit of any reasonable Cause of doubting.”<sup>92</sup> According to Wilkins, there were three kinds of certainty: physical, mathematical, and moral.<sup>93</sup> Physical knowledge or certainty depended on the “Evidence of *Sense*, which is the first and *highest Kind of Evidence* of which human Nature is capable.”<sup>94</sup> Mathematical certainty could be established by logical demonstration, such as geometry proofs.<sup>95</sup>

Moral certainty:

[Has] its Object such Beings as are *less simple*, and do more depend upon mixed Circumstances. Which though they are not capable of the same kind of Evidence ... so as to necessitate every Man’s Assent, though his Judgment be never so much prejudiced against them; yet may they be so plain, that every Man whose Judgment is free from prejudice will consent unto them. And though there be no natural Necessity, that such things must be so, and that they

<sup>87</sup> John Locke, Of the Degrees of Assent in *An Essay Concerning Human Understanding*, Bk. IV, Ch. XVI, section 6, 7(II) (1690) (hereinafter “Locke”), available at <http://enlightenment.supersaturated.com/johnlocke/BOOKIVChapterXVI.html> (last accessed 14 April 2016).

<sup>88</sup> Locke, sections 6, 7(II), 9.

<sup>89</sup> Locke, section 9.

<sup>90</sup> Shapiro, *Doubt*, p. 8, suggesting that Locke’s highest level of probability was what others later called “moral certainty,” and that it was determined by the weight of the evidence. See also *infra* subsection *Reasonable Doubt in Treatises*.

<sup>91</sup> John Wilkins, *Of the Principles and Duties of Natural Religion* 5 (London: J. Walthoe, J. Knapton 1734) (hereinafter “Wilkins”) (emphasis in original). available at <https://archive.org/details/ofprinciplesduti00wilk> (last accessed 14 April 2016). The first edition was published in 1675 after the author’s death.

<sup>92</sup> Wilkins, p. 5 (emphasis in original).

<sup>93</sup> Wilkins, p. 5 (emphasis in original).

<sup>94</sup> Wilkins, p. 5 (emphasis in original).

<sup>95</sup> Wilkins, p. 6.

cannot possibly be otherwise, without implying a Contradiction; yet may they be so certain as not to admit of any reasonable Doubt concerning them.<sup>96</sup>

As Steve Sheppard interprets Wilkins' classification of certainty, "when evidence for a point is less than that which would necessitate every unprejudiced person's assent, the point was, as he put it, a matter of reasonable doubt."<sup>97</sup> Thus, moral certainty depended upon mixed circumstances and evidence that are so certain that there can be no reasonable doubt about it.

Gratian, a canon lawyer from Bologna, in his *Decretum*, introduced the doctrine of "doubt" into canon criminal law:

C.LXXIV. A decision that purports to be certain does not resolve a doubtful matter. It is a serious and unseemly business to go giving certain judgments in doubtful cases.

C.LXXV. Things that are not proved through certain evidence are not to be believed. Even though certain things may be true, nevertheless they are not to be believed by the judge, unless they are proved by certain evidence.<sup>98</sup>

## FURTHER DEVELOPMENT OF JURY TRIALS AND THE REASONABLE DOUBT STANDARD IN THE ANGLO-SAXON WORLD

The development and increasing mobility of society modified the character of the jury trial, so the pressure over jury intensified in the XVI and XVII century. The role of the jury was gradually limited to considering sworn evidence in court.<sup>99</sup> Jurors were no longer self-informing, but listened to and assessed the evidence advanced by the parties.<sup>100</sup> Residential requirements became less important and the selection of jurors was based more on status and administrative experience, rather than geography.<sup>101</sup>

<sup>96</sup> Wilkins, p. 7.

<sup>97</sup> Stephen M. Sheppard, *The Metamorphosis of Reasonable Doubt: How Changes in the Burden of Proof Have Weakened the Presumption of Innocence*, 78 Notre Dame L. Rev. 1165 (2003) (hereinafter "Sheppard"), p. 1180.

<sup>98</sup> *Decreti Pars Secunda*, C.11, q. 3 c. 74, available at [http://geschichte.digitale-sammlungen.de/decretum-gratiani/kapitel/dc\\_chapter\\_1\\_1077](http://geschichte.digitale-sammlungen.de/decretum-gratiani/kapitel/dc_chapter_1_1077) (last accessed 14 April 2016), cited and translated in Whitman, p. 118.

<sup>99</sup> Baker, p. 75. See also Shapiro, Doubt, p. 5, citing Kevin M. Teeven, *Seventeenth-Century Evidentiary Concerns and the Statute of Frauds*, 9 Adelaide L. Rev. 225 (1983).

<sup>100</sup> Baker, p. 75-76, citing *Anonymous Case* (1577) Dyer's circuit notes, 110 SS 410, pl. 37, *Graves v. Short* (1598) Cro. Eliz. 616. See also Shapiro, Doubt, p. 5-6, 72, citing John M. Mitnick, *From Neighbor Witness to Judge of Proofs: The Transformation of the English Civil Juror*, 32 Am. J. Legal Hist. 203, 204 (1988); THOMAS A. GREEN, VERDICT ACCORDING TO CONSCIENCE: PERSPECTIVES ON THE ENGLISH CRIMINAL TRIAL JURY, 1200-1800 (University of Chicago Press 1988) (hereinafter "Green"); GUIDE TO ENGLISH JURIES, SETTING FORTH THEIR ANTIQUITY, POWER, AND DUTY, FROM THE COMMON-LAW AND STATUTES. BY A PERSON OF QUALITY, 71, 73, 76 (London 1682).

<sup>101</sup> Shapiro, Doubt, p. 5, 52, 71. See also P. G. Lawson, *Lawless Juries? The Composition and Behavior of Hertfordshire Juries, 1573-1624*, in *Twelve Good Men and True* 117, 123-24 (Cockburn & Green eds., 1988); Baron John Somers, *The Security of Englishmen's Lives or the Trust, Power, and Duty of the Grand Juries of England, Explained According to the Fundamentals of the English Government, and the Declarations of the Same Made in Parliament by Many Statutes*, 82, 119, 122, 145, 147-148, 151 (W. Dyde 1798).

By the XVI century, the distinction between jurors and witnesses became clear. In the mid-sixteenth century, legislation provided for means to compel witnesses to testify and made them liable in case of perjury.<sup>102</sup> Witnesses became more important and discussions of witness credibility and the evaluation process entered the legal literature and continued throughout the next centuries. Jurors gradually became “third parties who now had to evaluate and analyze facts and events they had not personally witnessed or previously known....”<sup>103</sup>

In the late XVI and XVII centuries, the Tudor and Stuart monarchies used disciplinary measures, such as fines and imprisonment until payment, for criminal juries that refused to enter guilty verdicts in prosecutions related to religious and political sedition.<sup>104</sup> By 1516, and for the next century and a quarter, criminal trial juries were subjected to punishment by the Star Chamber,<sup>105</sup> and fines and imprisonment were imposed by the judges of the English Courts of Common Law.<sup>106</sup>

The turning point in the status of juries occurred in the mid-seventeenth century and was related to the prosecution of Quakers (members of a Protestant religious movement, known among other things for their pacifism.)<sup>107</sup> After the Stuart Revolution in 1660, the Conventicles Act of 1664<sup>108</sup> prohibited gatherings that might foster political or religious sedition, providing imprisonment, fines, or transportation<sup>109</sup> as

<sup>102</sup> Shapiro, Doubt, p. 6.

<sup>103</sup> Shapiro, Doubt, p. 6.

<sup>104</sup> Whitman, p. 162.

<sup>105</sup> When first introduced in the fourteenth century, the Star Chamber was the King's Council, which met to deal with State affairs and petitions of justice. After 1540, a smaller body named the Privy Council split from the Star Chamber, becoming a secret meeting in which to discuss government policy and administration, while the Star Chamber's formal jurisdiction extended to civil and criminal matters, such as riots, unlawful assembly, perjury, and forgery. In the seventeenth century, during the Stuart era, the criminal jurisdiction of the Star Chamber increased because the law officers of the Crown began to use the Star Chamber to bring prosecutions. The advantage to the prosecution was that cases were tried summarily without the jury. Such trials were convenient for the prosecution of cases related to rebellions and other offenses undermining the authority of the State, where there were risks that the jury might not cooperate. Also, the Star Chamber disciplined juries that refused to enter convictions. The Star Chamber gained an infamous reputation because of its humiliating punishments and irregular methods of examination and procedure. It was abolished by the British Parliament in 1641. See Baker, p. 118-119. See also Edward P. Cheyney, *The Court of Star Chamber*, 18 Am. Hist. Rev. 727-50 (1913), providing a detailed history of the Star Chamber and explaining how it became a synonym for secrecy, severity, and injustice.

<sup>106</sup> There were three English Courts of Common Law: the Court of Common Pleas (dealing with civil matters), the Exchequer (dealing with money and administrative matters) and the King's Bench (criminal jurisdiction). In the fifteenth century, the Court of Chancery was established, with jurisdiction over matters of equity, including trusts, land law, and the administration of certain kinds of estates. See Jim Corkery, *The English Courts and the Rise of Equity*, 7(2) Nat'l Legal Eagle Art. 6, (2001), available at <http://epublications.bond.edu.au/nle/vol7/iss2/6> (last accessed 14 April 2016).

<sup>107</sup> Whitman, p. 173, citing Green, p. 200-264.

<sup>108</sup> Whitman, p. 173, citing Stat. 16 Chas. 2, c.4 (1664), online version available at <http://www.british-history.ac.uk/statutes-realm/vol5/pp648-651> (last accessed 14 April 2016). The Conventicles Act was an act of the Parliament of England titled “An Act to prevent and suppress Seditious Conventicles.” The Act imposed a fine on any person who attended a conventicle (any religious assembly other than the Church of England) of five shillings for the first offence and ten shillings for a second offence. Any preacher or person who allowed their house to be used as a meeting house for such an assembly could be fined 20 shillings and 40 shillings for a second offence.

<sup>109</sup> The term “transportation” refers to being exiled.



punishments. Quakers resisted this prohibition and continued to gather, which led to their prosecution. When jurors delivered not guilty verdicts despite incriminating evidence, it called into question whether judges had the disciplinary powers to fine and imprison juries that refused to convict as directed.<sup>110</sup>

*The King v. Wagstaffe and Others* (1664) settled the matter, at least temporarily. The King's Bench decided that it was well-established authority to fine jurors who refused to enter guilty verdicts as directed.

Wagstaffe and other London citizens were sworn in as jurors at the Old Bailey<sup>111</sup> to try Quakers indicted under the Statute of Conformity (part of the Conventicles Act).<sup>112</sup> Wagstaffe and the other jurors refused to find the accused guilty, despite the judge's opinion that a not guilty verdict was contrary to the evidence.<sup>113</sup> The jurors were fined and put in prison until the payment of the fine. Wagstaffe and other jurors brought a *habeas corpus* writ (a claim of unlawful detention).<sup>114</sup> The King's Bench rejected the petition and sent them back to prison. The King's Bench reasoned that "the jurors are not judges of fact, so as to go clearly against it."<sup>115</sup> It further reasoned that "also in civil causes, if the jury misbehave themselves, they may be fined ... if the Court cannot fine, the law would be very defective."<sup>116</sup> With its decision, the King's Bench confirmed that judges could fine and imprison jurors until payment of the fine if the jurors refused to enter guilty verdicts as directed.

In response to this case, Matthew Hale (1609 – 1679), an influential English barrister and a famous critic of the practice of fining and imprisoning jurors, laid out his views on the moral responsibility of judges in *The History of the Pleas of the Crown* (1736).<sup>117</sup> Relying on the continental law of conscience of the *safer path* doctrine "when you are in doubt, do not act, especially in Cases of Life),"<sup>118</sup> Hale emphasized:

[T]he jury are judges as well of the credibility of the witnesses, as of the truth of the fact, for possibly they might know somewhat of their own knowledge, that what was sworn was untrue, and possibly they might know the witnesses to be such as they could not believe, and it is the conscience of the jury, that must pronounce the prisoner guilty or not guilty.<sup>119</sup>

<sup>110</sup> Whitman, p. 173.

<sup>111</sup> The Central Criminal Court of England and Wales in London.

<sup>112</sup> *The King v. Wagstaffe and Others*, (1664) 83 E.R. 1328 (hereinafter "*Wagstaffe*").

<sup>113</sup> *Wagstaffe*, at 1328.

<sup>114</sup> *Wagstaffe*, at 1331.

<sup>115</sup> *Wagstaffe*, at 1331.

<sup>116</sup> *Wagstaffe*, at 1331.

<sup>117</sup> Matthew Hale, George Wilson, Thomas Dogherty Payne, the History of the Pleas of the Crown, in two volumes, (1800) (hereinafter "*Hale*"). See *infra* subsection *Reasonable Doubt in Treatises*.

<sup>118</sup> Whitman, p.174, n. 9,10, citing Hale, 1 P.C. 300.

<sup>119</sup> Whitman, p.174, n.14, citing Hale, 2 P.C. 313.



Opposition to the practice of coercing jurors was growing. The English government's policy shifted in the late XVII and XVIII centuries.

In 1670, *Bushel's case* established the principle of juror independence, holding that a juror could not be fined or imprisoned for a verdict given according to the juror's conscience.<sup>120</sup> Chief Justice John Vaughan reasoned:

The Judge cannot know the fact but by the evidence which the jury ha[s], and all their evidence he cannot know, for they may have other evidence that is deposed in open Court; for they may have evidence from their own personal knowledge, which may be directly contrary to the evidence deposed; they may also know the witnesses to be infamous; also evidence may arise on their view; in all these cases the jury cannot be coercively directed by the Court.<sup>121</sup>

In holding that jurors could not be punished for a verdict given according to their conscience, the King's Bench confirmed that jurors could use their personal knowledge of the case in reaching a verdict.

Whitman interprets *Bushel's case* as a major watershed for jury independence,<sup>122</sup> protecting the jury from the influence of the judge and the sovereign.<sup>123</sup> Conversely, John Langbein argues that *Bushel's case* had no real significance until about a century later.<sup>124</sup> Regardless of whether or not *Bushel's case* had an immediate effect on criminal trial practice, it nonetheless paved the way for jury independence and in jury verdicts reflecting the sum total of the individual conscience of the jurors.<sup>125</sup>

Once it became clear that a verdict depended on a juror's conscience, the question that begged an answer was: *what should guide the jurors' decision-making?* It is not clear whether the jury charges in the cases that have survived articulate *the* standard of proof.<sup>126</sup> Jury charges in cases from the 1660s contain phrases such as: "if you believe," "if you are satisfied with the evidence,"<sup>127</sup> "belief," and "satisfied conscience."<sup>128</sup>

<sup>120</sup> *Bushel's case*, on Habeas Corpus, (1670) 84 E.R. 1123 (hereinafter "*Bushel's case*"). See also Whitman, p. 179.

<sup>121</sup> *Bushel's case*, at 1125.

<sup>122</sup> Whitman, p. 178.

<sup>123</sup> Whitman, p. 173.

<sup>124</sup> John H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial* 33 (Oxford University Press 2003) (hereinafter "Langbein, *Adversary Criminal Trial*"), p. 324, n. 429, quoting Old Bailey Session Paper (May 1680), 1-2.

<sup>125</sup> It should be however noted that the criminal prosecution in England remained "private" for a long time in a sense that the parties were responsible for pre-trial investigations. In most criminal cases (excluding some cases of national importance, such as treason cases) the victim of a crime or their relatives would initiate prosecution, hire private counsel, bring witnesses etc. Public prosecution would only emerge in late 18th century; an official prosecutorial office was not established until in 19th century.

<sup>126</sup> Langbein, *Adversary Criminal Trial*, p. 264.

<sup>127</sup> 6 *State Trials*, 67, 82; 6 *State Trials*, 530, 559.

<sup>128</sup> 6 *State Trials*, 566, 614, 615.

Some scholars, such as Morano and Shapiro, refer to the standard of proof at that time as the *satisfied conscience* standard.<sup>129</sup> Scholars (Morano, Langbein, Shapiro, and Sheppard) advance different viewpoints as to whether the early standard of proof was higher or lower compared to the later reasonable doubt standard.

Morano argues that, when the degree of proof was determined by the juror's own conscience, the result was that the jury "controlled the kind, quality and quantity of evidence needed to satisfy themselves in performing their duty...."<sup>130</sup> He explains that jury deliberations were influenced by Christian religious beliefs.<sup>131</sup> For instance, in the oath taken by jurors in criminal cases, they swore to God that they would determine the truth of the matter. Morano refers to *Britton*, the thirteenth century French summary of the law of England (purportedly written by command of King Edward I), which stated that jurors had to acquit if they were in doubt because they had taken an oath.<sup>132</sup> Morano argues that *Britton* reflects a high burden of proof, close to absolute certainty: jurors had to acquit if they had "any doubt."<sup>133</sup> He further surmises that since *Britton* did not explicitly qualify the standard of persuasion, a jury could have acquitted based on irrational or frivolous doubts.<sup>134</sup>

By the XVII century, according to Morano, English criminal procedure and the means of proof had gradually evolved to the point where jurors were required to reach their verdicts based on the evidence presented in court.<sup>135</sup> Courts required jurors who had personal knowledge of the facts related to the alleged crimes to declare their knowledge as sworn witnesses and to limit their deliberations to evidence produced in court.<sup>136</sup> Morano argues that these limitations facilitated the development of a more "uniform standard of persuasion" – the *satisfied conscience* standard.<sup>137</sup>

The *satisfied conscience* standard, according to Morano, appears most frequently in the documented charges given to jurors in the XVII century.<sup>138</sup>

<sup>129</sup> Shapiro, Doubt, p. 14; Morano, p. 511; Whitman, p. 166. Whitman argues that Shapiro read the cases in a limited way, focusing on the epistemology and proof as the law of *satisfied conscience*, while the correct approach would be to focus on the moral responsibility of judge and the law of safe conscience. See also Langbein, Adversary Criminal Trial, p. 264, n. 52, referring to Shapiro to argue that early jury instructions required jurors to achieve a *satisfied conscience*, as opposed to absolute certainty.

<sup>130</sup> Morano, p. 510, citing William S. Holdsworth, A History of English Law 317-18, 341 (Methuen & Co. Ltd. 1956) (hereinafter "Holdsworth"); Theodore F. T. Plucknett, A Concise History of the Common Law 125 (Little, Brown and Co. 1956); Pollock, p. 657.

<sup>131</sup> Morano, p. 510.

<sup>132</sup> Morano, p. 510, citing Francis M. Nichols, Britton – an English translation and Notes 26-27 (John Byrne & Co. 1901).

<sup>133</sup> Morano, p. 511.

<sup>134</sup> Morano, p. 511.

<sup>135</sup> Morano, p. 511, citing Holdsworth, p. 334-36; James B. Thayer, A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law 166-70 (Little, Brown and Co. 1898) (hereinafter "Thayer").

<sup>136</sup> Morano, p. 511, citing Thayer, p. 173-74.

<sup>137</sup> Morano, p. 511, relying on Brommich's Case, 7 How. St. Tr. 715, 726 (1679); Wakeman's Case, 7 How. St. Tr. 591, 682 (1679); Green's Case, 7 How. St. Tr. 159, 220 (1679); Ireland's Case, 7 How. St. Tr. 79, 135 (1678); Dover's Case, 6 How. St. Tr. 539, 559 (1663); Moder's Case, 6 How. St. Tr. 274, 282 (1663); James' Case, 6 How. St. Tr. 67, 82-84 (1661).

<sup>138</sup> Morano, p. 511.

Under this test, “jurors were to convict the accused only if they were satisfied in their consciences that he was guilty.”<sup>139</sup> Morano suggests that this test implied that “unless [jurors] were morally certain of the correctness of a guilty verdict, they would violate their oath if they failed to acquit.”<sup>140</sup> He concludes that the *satisfied conscience* standard of the XVII century reaffirmed the *any doubt* standard that appeared in *Britton* in the thirteenth century.<sup>141</sup>

Morano explains that Sir Edward Coke’s<sup>142</sup> writings support the argument that the *any doubt* standard applied. Specifically, he refers to Coke’s statement “that the defendant was adequately protected because the prosecution’s evidence had to be so persuasive that there could be no defence against it.”<sup>143</sup> Morano interprets this statement as a demonstration of the standard of persuasion approximating absolute certainty.<sup>144</sup> He observes that, although the jury charges of the eighteenth century lacked uniformity, the most frequently used standard required the jury to acquit upon the existence of *any* doubt. For instance, in *Maha Rajah Nundocomar’s Case*, jurors were instructed to acquit “unless your consciences are fully satisfied beyond all doubt of his guilt.”<sup>145</sup> Interestingly, this standard of proof remarkably approximates the essence of the civil law concept of *intimate conviction*.<sup>146</sup>

However, Langbein is uncertain that the standard of proof before the eighteenth century can be gleaned from the Old Bailey cases of the 1680s and 1720s.<sup>147</sup> He disagrees with Morano’s interpretation that the early degree of proof was determined by the *any doubt* standard and approximated absolute certainty.<sup>148</sup> Namely, Langbein observes that some of the convictions in the

---

<sup>139</sup> Morano, p. 511-12.

<sup>140</sup> Morano, p. 512.

<sup>141</sup> Morano, p. 512.

<sup>142</sup> Sir Edward Coke (1552-1624) was an English barrister, judge and politician, considered to be one of the greatest of the seventeenth century. See also William L. Snyder, *Great Opinions by Great Judges. A Collection of Important Judicial Opinions by Eminent Judges with an Introduction, Notes, Analyses, etc.* (New York: Baker, Voorhis 1883).

<sup>143</sup> Morano, p. 512, referring to Edward Coke, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*, 29, 137 (E. & R. Brooke 1797), justifying the rule prohibiting criminal defendants from presenting witnesses in their own defence.

<sup>144</sup> Morano, p. 512.

<sup>145</sup> See Morano, p. 512, quoting *Maha Rajah Nundocomar’s Case*, 20 How. St. Tr. 923 (India 1775).

<sup>146</sup> French Code of Criminal Procedure, (as amended of 2005), Art. 427: “Except where the law otherwise provides, offences may be proved by any mode of evidence and the judge decides according to his innermost conviction.” unofficial English translation is *available at* <https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations> (last accessed 14 April 2016); German Code of Criminal Procedure, (as amended of 2014) Section 261: “[t]he court shall decide on the result of the evidence taken according to its free conviction gained from the hearing as a whole.” official English translation is *available at* [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stpo/englisch\\_stpo.html#p1737](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html#p1737) (last accessed 14 April 2016); Dutch Code of Criminal Procedure, (as amended of 2012), Section 338: “[the court may convict] only when the court through the hearing has become convinced...from legal means of evidence.” Unofficial English translation; [http://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/2014%20seminars/Omsenie/WetboekvanStrafvordering\\_ENG\\_PV.pdf](http://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/2014%20seminars/Omsenie/WetboekvanStrafvordering_ENG_PV.pdf) (last accessed 14 April 2016).

<sup>147</sup> Langbein, *Adversary Criminal Trial*, p. 262-63.

<sup>148</sup> Langbein, *Adversary Criminal Trial*, p. 264, n. 52.

Old Bailey seem “impossible to square with a high standard of proof.”<sup>149</sup> He argues that “a case that would in later times have been dismissed at the end of the prosecution evidence resulted in a conviction, apparently on account of character evidence that would have later been excluded ... and because the defendant mishandled her defence.”<sup>150</sup>

Langbein argues that “the jury standard of proof made it unnecessary to provide for extensive and refined evidence-gathering. An English jury could convict on whatever evidence persuaded it, it could still convict on less evidence than was required as a precondition for investigation under torture on the Continent.”<sup>151</sup> He concludes that jurors in the seventeenth century would convict when persuaded by the prosecution that the accused was guilty, and the question for the jurors to decide was “whether the accused had adequately explained away the evidence.”<sup>152</sup>

Shapiro also disagrees with Morano that the early standard of proof was the *any doubt* standard and that this standard approximated absolute certainty.<sup>153</sup> She observes that by the 1660s jury verdicts were based on *belief* and *satisfied conscience*, and were determined upon the evaluation of the evidence.<sup>154</sup> In her view, the *satisfied conscience* standard was influenced by new methods of evaluating facts which “gradually became synonymous with rational belief, that is, belief beyond reasonable doubt.”<sup>155</sup> She explains that these new standards were borrowed from religious and philosophical foundations which encompassed notions of moral certainty and the four degrees of probability. And as such, the evolution of the formulation of the standard of proof depended on and reflected contemporaneous epistemological formulations.<sup>156</sup>

Shapiro analyzed the language of the early XVIII century jury instructions. She observes that the language in the jury instructions remains consistent, although there were fewer references to “conscience.” Rather, references were made to “mind” and “judgment.”<sup>157</sup> The terms “satisfaction” and “belief” formed by evaluating evidence were common in this period.<sup>158</sup> According to Shapiro, during the second half of the XVIII century the “if you *think* the evidence” phrase gradually replaced the “if you *believe* the evidence” phrase in the jury instructions.<sup>159</sup>

Shapiro concludes that by the late XVIII century when the concepts of probability, degrees of certainty, and moral certainty were widely

<sup>149</sup> Langbein, *Adversary Criminal Trial*, p. 262.

<sup>150</sup> Langbein, *Adversary Criminal Trial*, p. 263.

<sup>151</sup> Langbein, *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime* 138 (University of Chicago Press 1976).

<sup>152</sup> Langbein, *Adversary Criminal Trial*, p. 14.

<sup>153</sup> Shapiro, *Doubt*, p. 23.

<sup>154</sup> Shapiro, *Doubt*, p. 14, *citing* *State Trials* past 1668.

<sup>155</sup> Shapiro, *Doubt*, p. 13.

<sup>156</sup> Shapiro, *Doubt*, p. 13.

<sup>157</sup> Shapiro, *Doubt*, p. 20.

<sup>158</sup> Shapiro, *Doubt*, p. 20.

<sup>159</sup> Shapiro, *Doubt*, p. 19-20 (emphasis added).

circulated in the moral and philosophical literature, they “were poured into the old formulas so that they emerged at the end of the century as the secular moral standard of ‘beyond reasonable doubt.’”<sup>160</sup> Shapiro concludes that reasonable doubt was “simply a better explanation of the satisfied conscience standard that resulted from increasing familiarity with the ‘moral certainty’ concept.”<sup>161</sup>

Similarly, Sheppard links the early standard for convictions with certainty, rather than persuasion. He argues that the juror’s “obligation of an oath before God suggests that the jurors believed in an independent conviction of the guilt of the accused. Such an obligation would be unlikely to be met by persuasion to a lesser degree than certainty.”<sup>162</sup>

Sheppard explains that from the XVII to XIX centuries European philosophical debates turned on ideas of knowledge, understandings of probability, and levels of certainty. He concludes that as these divisions between different forms of certainty – including moral certainty – became widely accepted, they were applied in the common law.<sup>163</sup> Sheppard concludes that the “moral element” of certainty can be seen as both “a neutral concept related to practical action,” as well as “an ethical concept related to judgments of right and wrong.”<sup>164</sup> He argues that “there is no evidence that requirements of moral certainty would have been meant to alter the way in which jurors reached their beliefs.”<sup>165</sup> Rather, moral certainty was “merely an addition by the educated to their description of what jurors would do, and had in fact been doing.”<sup>166</sup>

Not all records of the English cases prior to the XVII and early XVIII centuries survived. Because few other reports contain jury charges (instructions), scholars mostly rely on the *State Trials*<sup>167</sup> and *The Old Bailey Sessions Papers*.<sup>168</sup> The *State Trials* were cases brought under English law on offenses against the State. *The Old Bailey Session Papers* are transcripts of ordinary criminal trials in the Old Bailey Criminal Court in London.<sup>169</sup>

---

<sup>160</sup> Shapiro, *Moral Certainty*, p. 171.

<sup>161</sup> Shapiro, *Moral Certainty*, p. 171.

<sup>162</sup> Sheppard, p. 1174.

<sup>163</sup> Sheppard, p. 1177-78.

<sup>164</sup> Sheppard, p. 1180.

<sup>165</sup> Sheppard, p. 1181.

<sup>166</sup> Sheppard, p. 1181.

<sup>167</sup> William Cobbett, Thomas Bayly Howell & Thomas Jones Howell, *Cobbett's Complete Collection of State Trials and Proceedings for High Treason and Other Crimes and Misdemeanors From the Earliest Period to the Present time* (T.C. Hansard & R. Bagshaw 1816) (hereinafter “*State Trials*”), available at <https://archive.org/details/acompletcollec03cobbgoog> (last accessed 14 April 2016).

<sup>168</sup> Green, p. 251-52. Shapiro, *Doubt*, p. 22.

<sup>169</sup> The transcripts and summaries of the cases are available at <http://www.oldbaileyonline.org>.

## State Trials of High Treason

In the last decades of the XVII century, public interest in the so-called “treason trials” (criminal trials involving State interests) piqued. Reports of these trials were often printed in pamphlets and discussed by the general public.<sup>170</sup> A series of major trials occurred before the outbreak of the Revolution of 1688<sup>171</sup> that contributed to the perception of innocent people being convicted in political prosecutions.<sup>172</sup> Treason trials raised many questions as to witness credibility and the standards for conviction.<sup>173</sup> The treason trials were related to political instability in England in the 1670s and 1680s when the monarchy had recently been restored after the Interregnum (1649 – 1660). The Interregnum was a republican “gap” period between the execution of King Charles I and the restoration of King Charles II when the government was controlled by the Commonwealth and the Protectorate of Oliver Cromwell.<sup>174</sup> The Anglican Church was concerned that King Charles II would be succeeded by his Roman Catholic brother James, the Duke of York.<sup>175</sup>

This political situation led to religious prosecutions, a prime example of which was the Popish Plot of 1678.<sup>176</sup> There were numerous cases connected with the Popish Plot. The Trial of William Viscount Stafford for High Treason provides a general overview of the proof upon which the crime of conspiracy was established.<sup>177</sup>

In November 1680, the House of Commons presented the House of Lords with an Impeachment (indictment) for High Treason. As a Peer, Stafford invoked his privilege to be tried by the House of Lords (Peers).<sup>178</sup> The trial

<sup>170</sup> Shapiro, p. 19. See also Langbein, *Adversary Criminal Trial*, p. 69-73.

<sup>171</sup> The Revolution of 1688 involved the overthrow of King James II of England by a union of English Parliamentarians acting together with Dutch stadtholder (head of state) William III of Orange-Nassau (William of Orange). See Langbein, *Adversary Criminal Trial*, p. 69.

<sup>172</sup> Langbein, *Adversary Criminal Trial*, p. 69.

<sup>173</sup> Shapiro, p. 19-20.

<sup>174</sup> Langbein, *Adversary Criminal Trial*, p. 69.

<sup>175</sup> Langbein, *Adversary Criminal Trial*, p. 69.

<sup>176</sup> The Popish Plot was an alleged conspiracy concocted by Titus Oates that there was an extensive Catholic conspiracy to assassinate King Charles II. Oates' accusations led to the execution of at least 22 men. Eventually, Oates' web of accusations fell apart, leading to his arrest and conviction for perjury. Other major prosecutions were related to the Rye House Plot (1683) and Monmouth's Rebellion (1685). The Rye House Plot alleged the opposition Whig conspired to assassinate or mount an insurrection against King Charles II of England because of his pro-Roman Catholic policies. The Duke of Monmouth's armed rebellion was an attempt to overthrow James II, who had become King upon the death of his elder brother King Charles II on 6 February 1685. See Langbein, *Adversary Criminal Trial*, at 69-77. See also John Pollock, *The Popish Plot: A Study in the History in the Reign of Charles II 3* (Duckworth and Co. 1903), available at <https://archive.org/stream/popishplotstudyi00poll#page/n13/mode/2up> (last accessed 14 April 2016).

<sup>177</sup> John Bill, Thomas Newcomb, & Henry Hills, *The Trial of William Viscount Stafford for High Treason* (Jos. Ray 1680) (hereinafter “Bill”), available online at <http://quod.lib.umich.edu/e/eebo/A63208.0001.001?rgn=main;view=fulltext> (last accessed 14 April 2016).

<sup>178</sup> The British Parliament is formed by the House of Commons and House of Lords. The members of the House of Commons are voted by the public, while the members of the House of Lords inherit their status. For more on the history of the Parliament see *The History of Parliament*, available at <http://www.parliament.uk/education/about-your-parliament/history-of-parliament/> (last accessed 14 April 2016).



by Peers was presided over by the Lord High Steward, Lord Finch (1621 – 1682).<sup>179</sup>

Stafford was implicated by Titus Oates, who stated that he saw a document naming Stafford as a conspirator against King Charles II.<sup>180</sup> Two other witnesses testified that Stafford had tried to persuade and bribe them to kill the King.<sup>181</sup>

In addressing the Lords, who acted as the jury in the proceedings, the prosecution argued:

But this indeed is but *presumptive* Evidence which will induce a *moral* persuasion.

We shall now produce such *positive* Evidence as will make a *judicial certainty*, and will abundantly suffice to *convince* your Lordships and *convict* this Lord.<sup>182</sup>

After hearing the evidence, the Lord High Steward directed the prosecution, to sum up the evidence, i.e. “to state the Fact”:<sup>183</sup>

My Lords, The Evidence is so strong, that I think it admits of no doubt, and the Offences proved against my Lord and the rest of his Party are so foul that they need no aggravation.

....

If the matter be fully proved (as I see no reason to doubt but that it is) I am sure your Lordships will do that Justice to Your King and Countrey [sic] as to give Judgment against these Offenders, which will not only be a Security to us against them, but a Terror to all others against committing the like Offences.<sup>184</sup>

Another member of the prosecution proceeded further in summing up the “Points in Law”:<sup>185</sup>

We very well know your Lordships sit now in the Seat of Justice, and whatsoever credit or regard your Lordships please to give to the Protestations of a Peer in another Case, your Lordships will proceed here only according to your Proofs and your Evidence (*secundum allegata & probata*) and therefore all we shall say to this, is, that we hope our Proofs are so clear and evident, as will leave no room to your Lordships to believe this Noble Lords[sic] Protestations.<sup>186</sup>

The language in these early cases is not necessarily used with precision and consistency. Sheppard argues that the Stafford case demonstrates that “[m]oral certainty and its correlative forms of doubt were already accepted

<sup>179</sup> Bill, p. 6. Lord Finch was the Lord Chancellor of England, a senior functionary in the government with judicial functions. See also J.P. Kenyon, *The Popish Plot* 86 (Phoenix Press Reissue 2000).

<sup>180</sup> Bill, p. 36-41.

<sup>181</sup> Bill, p. 30-35 (testimony of Dugdale) and p. 144-46 (testimony of Turberville).

<sup>182</sup> Bill, p. 55 (italics in original).

<sup>183</sup> Bill, p. 217(italics in original).

<sup>184</sup> Bill, p. 238-239 (italics in original).

<sup>185</sup> Bill, p. 239 (italics in original).

<sup>186</sup> Bill, p. 240 (italics in original).



forms of discourse in the religious treason trials” in the late seventeenth century.<sup>187</sup> Regarding the prosecution’s argument, Sheppard interprets this argument as equating “moral persuasion” to “judicial certainty,” and suggests that either could be sufficient for moral certainty.<sup>188</sup> Sheppard concludes that this equation reflects Wilkins’ requirements for “moral certainty – an amount of testimony, in the light of personal knowledge and experience, that could persuade a person who must judge that the basis for the judgment was beyond doubt.”<sup>189</sup>

The language of the eighteenth century cases does not differ substantially from the late seventeenth century cases. Shapiro observes that, in cases from 1700 – 1750, the use of the terms “mind” and “judgment” increased and references to “conscience” decreased.<sup>190</sup> Judges’ use of the terms “satisfaction” and “belief” became more common when discussing the evaluation of evidence.<sup>191</sup>

Although in the early eighteenth century cases the terms “judgment” and “understanding” appear more frequently than “belief” or “conscience,” Shapiro warns that this increased frequency should not be interpreted as reflecting the loss of religious authority and secularization of society, since terms such as “judgment” and “belief” often appeared together.<sup>192</sup> Instead, Shapiro suggests that these changes in terminology demonstrate a greater concern for situations in which juries might have doubts about the evidence and their verdicts.<sup>193</sup>

### The Boston Massacre Trials of 1770 in the American Colonies

The reasonable doubt standard first appears in the American colonies in *Rex v. Preston* (“*Preston*”) and *Rex v. Wemms* (“*Wemms*”). These two cases also were known as the Boston Massacre Trials of 1770.<sup>194</sup> The parties’ closing arguments and the judge’s instructions to the jury in *Preston* were not reported so there is no confirmation whether the reasonable doubt standard was actually applied in this case. Supposedly, *Wemms* was the first case to specifically distinguish between the *any doubt* and *reasonable doubt* standards of proof. Before further discussing the cases, a short introduction to the events leading to the Boston Massacre trials is necessary.

<sup>187</sup> Sheppard, p. 1181.

<sup>188</sup> Sheppard, p. 1181.

<sup>189</sup> Sheppard, p. 1181.

<sup>190</sup> Shapiro, Doubt, p. 20.

<sup>191</sup> Shapiro, Doubt, p. 20.

<sup>192</sup> Shapiro, Doubt, p. 20. See also, Shapiro, Moral Certainty, p. 171.

<sup>193</sup> Shapiro, Doubt, p. 20-22.

<sup>194</sup> A comprehensive account of the Boston Massacre Trials can be found in Legal Papers of John Adams, L. Kinvin Wroth and Hiller B. Zobel, eds. (Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press 1965), Vol. 3, p. 46-98 (hereinafter “Legal papers of John Adams”). See also Morano, p. 516; Whitman, pp. 193-194; Shapiro, Doubt, p. 22; Sheppard, p. 1190.

On 5 March 1770 in Boston, Massachusetts, a patrol of British soldiers was confronted by a crowd of Bostonians. The soldiers of the patrol were provoked by the crowd and fired at it, killing five people. This incident resulted in the indictment of the patrol's leader – Captain Preston – and eight soldiers for murder. John Adams (who would go on to become the second US President) appeared for the defence in both cases. Robert Treat Paine argued for the prosecution. In *Preston*, the patrol's leader was acquitted. In *Wemms*, six of the eight soldiers were acquitted, but the remaining two soldiers were convicted of the lesser charge of manslaughter.<sup>195</sup>

Adams, defending the British soldiers, argued in his closing arguments that “the best rule in doubtful cases, is, rather to incline to acquittal than conviction... If you doubt the prisoner's guilt, never declare him guilty...”<sup>196</sup> Paine agreed that jurors had to acquit if they had doubts; however, he argued that their doubts must be reasonable:

If therefore in the examination of this Cause the Evidence is not sufficient to Convince you beyond reasonable Doubt of the Guilt of all or any of the Prisoners by the Benignity and Reason of the Law you will acquit them, but if the Evidence be sufficient to convince you of their Guilt beyond reasonable Doubt the Justice of the Law will require you to declare them Guilty...<sup>197</sup>

The judges' charges to the jury were only partially preserved so it is not clear if they used the reasonable doubt language.<sup>198</sup> Chief Justice Matthew Hale instructed the jury: “Where you are doubtful, never act; that is, if you doubt the prisoner's guilt, never declare him guilty; this is always the rule, especially in cases of life.”<sup>199</sup> Superior Court Justice Peter Oliver instructed the jury that “if upon the whole, ye are in any *reasonable doubt* of their guilt, ye must then, agreeable to the rule of law, declare them innocent.”<sup>200</sup>

Scholars suggest different interpretations of the use of the reasonable doubt language in the jury instructions in the Boston Massacre trials. In Morano's view, to employ the reasonable doubt terminology was “to break with tradition.”<sup>201</sup> To the contrary, Shapiro notes that the “Boston cases do not suggest that the standard was considered innovative, for both the prosecution and the bench emphasized that the accused were being tried according to traditional English usage.”<sup>202</sup> For Whitman, the “Boston massacre trial arguments ... were framed in the language

<sup>195</sup> Legal Papers of John Adams, Vol. 3, p. 46-98.

<sup>196</sup> Legal Papers of John Adams, Vol. 3, p. 243.

<sup>197</sup> Legal Papers of John Adams, Vol. 3, p. 271.

<sup>198</sup> Morano, p. 517.

<sup>199</sup> Legal Papers of John Adams, Vol. 3, p. 243.

<sup>200</sup> Legal Papers of John Adams, Vol. 3, p. 309.

<sup>201</sup> Morano, p. 518.

<sup>202</sup> Shapiro, *Doubt*, p. 22.

of safer path theology.”<sup>203</sup> He explains that Paine’s arguments should be understood in the context of the moral theological literature, resisting excessive radicalism such “that qualms of conscience must not be allowed to prevent the satisfactory workings of public justice.”<sup>204</sup>

Morano and Shapiro disagree as to the significance and the effect of the jury instructions in this case. Morano argues that the requirement of reasonableness was advanced by the prosecution to lower the degree of proof and make convictions easier.<sup>205</sup> In contrast, Shapiro argues that the reasonable doubt qualification of the standard of proof was no real departure from the earlier standard of conscience or doubt, but rather a natural consequence of the application of contemporaneous thinking.<sup>206</sup> Sheppard attempts to reconcile Morano’s and Shapiro’s points of view, concluding that both of them might be correct: “The instruction both accords with the new language of the times and contrasts with the language of the defence, to the benefit of the state in jury deliberations.”<sup>207</sup> Thus, “the prosecutor’s use of the argument both was designed subtly to help the prosecution’s case but accorded with contemporary views about the nature of judgment.”<sup>208</sup>

### The Old Bailey Cases

The next series of reasonable doubt cases discussed by scholars are the cases from the Old Bailey in the mid-1780s. The transcripts are published in *The Old Bailey Sessions Papers*. Langbein refers to *The Old Bailey Sessions Papers* as “probably the best accounts we shall ever have of what transpired in ordinary English criminal courts before the later eighteenth century.”<sup>209</sup> However, *The Old Bailey Sessions Papers* are not complete transcripts of everything that was said in court. The details of defence cases and legal arguments were regularly omitted.<sup>210</sup> The first published collection of trials dates back to 1674; early editions were just short summaries of the trials that were most interesting to the general public.<sup>211</sup> The reports of the eighteenth century trials are more detailed and include judges’ comments summing up the evidence. These comments are the most important for analyzing the standard of proof because judges would occasionally provide guidance for the jurors to follow during their deliberations.

<sup>203</sup> Whitman, p. 194.

<sup>204</sup> Whitman, p. 193.

<sup>205</sup> Morano, p. 514.

<sup>206</sup> Shapiro, Doubt, p. 20-22.

<sup>207</sup> Sheppard, p. 1192.

<sup>208</sup> Sheppard, p. 1192.

<sup>209</sup> Langbein, Adversary Criminal Trial, p. 271.

<sup>210</sup> See online edition of *The Old Bailey Sessions Papers* 1674-1913, available at <http://www.oldbaileyonline.org> (last accessed 14 April 2016).

<sup>211</sup> See *The Proceedings of The Old Bailey*, The Value of the Proceedings as a Historical Source, available at <http://www.oldbaileyonline.org/static/Value.jsp#reading> (last accessed 14 April 2016).

For instance, regarding the 1783 trial of John Clarke, who was charged with murder, *The Old Bailey Sessions Papers* provide a short summary of the indictment and transcripts of the testimony of several witnesses. At the end of the trial, the judge summed up the evidence and advised the jury:

It is there four[sic] for you to consider gentlemen, first whether, you are *clearly satisfied* with the truth of the evidence, and the result of the whole evidence taken together, the prisoner is the man the deceased that wound; ... unless you are *satisfied clearly* from the evidence, that he has the actual occasion of the man's death, he is not guilty of murder....

If from all these circumstances you are *clearly satisfied* that the wound was the cause of his death, and are also *clearly satisfied* with the truth of the rest of the evidence and that the result of that evidence is proved clearly to your satisfaction, that the prisoner is the man that gave the wound ... in that case be your duty to find the prisoner guilty of this indictment: If on the other hand you think there is *any room to doubt* the truth of the evidence, or that believing the truth of the evidence is not sufficient proof... in that case, it is your duty to acquit the prisoner wholly... Therefore, give your verdict according to your own *consciences*, you must be clearly satisfied... If on the other [hand] you think there is any *reasonable cause for doubt*, either upon the fact of his warning the man or of the wound being the cause of his death, you will acquit him.<sup>212</sup>

The language of this jury instruction does not make it clear whether the reasonable doubt standard had become the rule of law. The terms “clearly satisfied” and the reference to “consciences” resemble what scholars labeled as the early *satisfied conscience* standard. Regarding the truth of the evidence, the judge warns of “any room to doubt.” Regarding the finding of guilt or innocence, the judge speaks of “reasonable cause for doubt,” which doubtfully is a synonym for proof beyond a reasonable doubt.

In the 1783 trial of John Higginson, who was charged with theft and embezzlement, the judge summed up the evidence and advised the jury:

In almost every case that comes before you, there is a strict possibility where the positive fact itself is not proved by witnesses, who saw the fact, there is a strict possibility, that somebody else might have committed it: But that the nature of evidence requires, that Juries should not govern themselves, in questions of evidence, that come before them, by that strictness, is most evident, for if it were not so, it is not possible that offenders of any kind should be brought to Justice. Where there is *reasonable probability*, that notwithstanding the appearances a man may be innocent, it is very fair to make use of them: But if it goes further, and if there

<sup>212</sup> *Trial of John Clarke*, The Proceedings of the Old Bailey, Ref: T17831210-4 (emphasis added).

is nothing but *absolute possibility*, where all the *moral probabilities* of evidence are against the prisoner, where nothing can save but *absolute possibility* that he may be innocent, it would be going too far to conclude him innocent from that, that would make it impossible that public Justice should take its course. Therefore, the true question for your consideration is, whether judging of this fact, as you judge of all other facts, that happen in the course of your dealings with mankind, and your correspondence with one another, it appears to you be proved satisfactorily, and to moral demonstration, that this prisoner must have been the person that secreted this letter, and took these notes out of it, if that be the fair result of this evidence, then the prisoner is guilty, and it will be your duty to find him so. If on viewing the evidence *any reasonable doubt* remains on your minds, that he is a person that secreted this letter, and took the notes out of it, he will be entitled to your acquittal.<sup>213</sup>

In this case, the judge distinguished between “absolute possibility” and “moral probability,” suggesting that an absolute possibility of innocence would not be sufficient to acquit the accused. The judge states that if the evidence “proved satisfactorily” the guilt of the accused, it is jurors’ “duty to find him [guilty].” Where there is “reasonable doubt,” the accused is “entitled to ... acquittal.”

The reasonable doubt language was repeated in other cases thereafter. In 1784, in the case against Richard Corbett, who was charged with arson (setting fire to buildings), the judge advised the jury in his summation of the evidence:

But you gentlemen will weigh all these circumstances in your minds, in such a case you certainly will not convict the prisoner on a mere suspicion; but if you think his conduct such as can by no possibility be accounted for consistent with his innocence, you will be obliged to find him guilty; I do not mean to say that you are to strain against all evidence, or that if you are clearly and truly convinced of his guilt in your own minds you ought to acquit him, but I say if there *is a reasonable doubt*, in that case, that doubt *ought to decide in favor* of the prisoner.<sup>214</sup>

This case shows that the jurors were “obliged” to find the accused guilty if there is no “possibility ... consistent with his innocence,” however, it appears to be left to the jurors’ discretion to acquit in case of “reasonable doubt.”

In the 1786 trial of Joseph Rickards, who was charged with murder, there is no discretionary formulation: “If you are satisfied, Gentlemen, upon the whole, that he is guilty, you will find him so; if you see *any reasonable*

<sup>213</sup> *Trial of John Higginson*, The Proceedings of the Old Bailey, Ref: T17830430-67 (emphasis added).

<sup>214</sup> *Trial of Richard Corbett*, The Proceedings of the Old Bailey, Ref: T17840707-10 (emphasis added).

*doubt*, you will acquit him.”<sup>215</sup> Moreover, when the verdict was read out, it stated that the accused “ha[d] been convicted, *upon evidence which excludes all possibility of doubt....*”<sup>216</sup>

These cases illustrate that it is difficult to discern any consistently applied or defined standard of proof. Not all of *The Old Bailey Sessions Papers* contain the full verbatim transcripts.<sup>217</sup> Different judges seemed to formulate the degree of proof differently. Although judges used reasonable doubt language in the jury instructions, the various formulations are used inconsistently. The reasonable doubt standard of proof does not appear to have crystallized as a standard by the late eighteenth century.

### Reasonable Doubt in Treatises

In the Anglo-Saxon world, the reasonable doubt language appeared not only in jury instructions but also in treatises. In the eighteenth century, legal treatises were so influential that they “had replaced justice of the peace manuals as authoritative texts.”<sup>218</sup> The eighteenth and nineteenth centuries’ common law treatises on evidence built upon the foundations of the Age of Reason philosophers.<sup>219</sup>

For instance, one of the first treatises on evidence, *The Law of Evidence*<sup>220</sup> (first published in 1754) by Sir Geoffrey Gilbert (1674 – 1726) was influenced by Locke’s ideas of degrees of probability.<sup>221</sup> Sir Gilbert also refers to Wilkins’ levels of certainty.<sup>222</sup> According to Sir Gilbert, assessment of probability required careful consideration of the witness’s credibility. If the witness was credible, there was no reason to doubt his statements.<sup>223</sup> He explains that verdicts do not possess absolute certainty, but trials based upon credible witnesses proceed to verdicts that the jury has no reason to doubt.<sup>224</sup>

Shapiro argues that Gilbert’s use of Locke’s formulation, as well as the language used in the trials of the eighteenth century, suggests that the “beyond reasonable doubt rule was first applied only to direct testimony and was not initially applied to circumstantial evidence.”<sup>225</sup>

<sup>215</sup> Trial of Joseph Rickards, The Proceedings of the Old Bailey, Ref: T17860222-1 (emphasis added).

<sup>216</sup> *Trial of Joseph Rickards*, The Proceedings of the Old Bailey, Ref: T17860222-1 (emphasis added).

<sup>217</sup> See Langbein, *Adversary Criminal Trial*, p. 264-65, discussing the inconsistencies in the jury instructions of this period.

<sup>218</sup> Shapiro, *Doubt*, p. 140.

<sup>219</sup> Shapiro, *Doubt*, p. 26.

<sup>220</sup> Geoffrey Gilbert, *The Law of Evidence* (Joseph Cruikshank, 1805) (hereinafter “Gilbert”). His treatise was composed before 1726, the year of his death. Editions appeared in 1756, 1760, 1761, 1764, 1769, 1777, 1788, 1790, 1791-1794, 1795-1797, 1801. Volume 2 of the 1791 edition is available at <https://archive.org/details/lawevidence00gilgoog> (last accessed 14 April 2016).

<sup>221</sup> Gilbert, p. 1-2.

<sup>222</sup> Gilbert, p. 1-3.

<sup>223</sup> Gilbert, p. 1-4.

<sup>224</sup> Gilbert, p. 2-4.

<sup>225</sup> Shapiro, *Doubt*, p. 26.

Another influential treatise was authored by James Wilson, Associate Justice of the US Supreme Court and Professor of Law.<sup>226</sup> Wilson relied on a different philosophical school, the Scottish common sense school. The common sense school developed a philosophy that modified Locke's principles, rejecting the old philosophical tradition that certainty could be reached by demonstration only. Philosophers of the common sense school insisted that such a position had no meaning in ordinary life, as it would classify any testimony as merely probable.<sup>227</sup> For the common sense philosophers, well-attested facts were classified as knowledge, as opposed to opinion or probability.<sup>228</sup>

Wilson distinguished between two varieties of reasoning: demonstrative and moral. Demonstrative reasoning yielded abstract truths, while moral reasoning was about "real but contingent truths and connections which take place among things actually existing."<sup>229</sup> According to Wilson, testimony was one of the most important sources of moral evidence.<sup>230</sup> He discussed the reasons for doubting the credibility of witness testimony, such as the competence of the witness, prior false testimony by the witness, the witness's reputation, and the manner in which the witness testified.<sup>231</sup> Also, in capital (death penalty) cases, according to Wilson, the evidence must be so strong as to "force belief."<sup>232</sup> Wilson raised the issue of jurors' doubt while considering the problem of unanimous verdicts. For instance, if a "single doubt" remains in the mind of any juror, he must dissent. If other jurors believe that dissent, they must agree to an acquittal.<sup>233</sup>

The growing importance of the term "reasonable doubt" can be seen in nineteenth century treatises. For instance, the *Rules of Evidence on Pleas of the Crown* by Leonard Macnally "played a crucial role in enunciating and publicizing the beyond reasonable doubt standard."<sup>234</sup> Macnally observed that it is a rule of law that "if a jury entertain[s] a reasonable doubt upon the truth of the witness's testimony," it must acquit.<sup>235</sup> He further suggests that "unless [a witness's] testimony be supported by clear and unsuspecting collateral proof of the facts charged on the prisoner by the indictment, *doubt* must arise in the minds of jurors; and, by the humanity of the law, where doubt is created, an acquittal ought to be the consequence."<sup>236</sup>

<sup>226</sup> The Works of James Wilson, in 2 vols., (James DeWitt Andrews ed., 1896) (hereinafter "Wilson"). Online version is available at <http://www.constitution.org/jwilson/jwilson.htm> (last accessed 14 April 2016).

<sup>227</sup> For a discussion of the Scottish common sense school see Selwyn A. Grave, *The Scottish Philosophy of Common Sense*, (Oxford 1960).

<sup>228</sup> Shapiro, *Doubt*, p. 29.

<sup>229</sup> Wilson, vol. 1, p. 518-19.

<sup>230</sup> Wilson, vol. 1, p. 508, 510.

<sup>231</sup> Wilson, vol. 1, p. 508.

<sup>232</sup> Wilson, vol. 1, p. 503-04, vol. 2, p. 232.

<sup>233</sup> Wilson, vol. 2, p. 235.

<sup>234</sup> Shapiro, *Doubt*, p. 29.

<sup>235</sup> Leonard Macnally, *The Rules of Evidence on Pleas of the Crown: Illustrated from Printed and Manuscript Trials and Cases 2* (J. Butterworth and J. Cooke 1802) (hereinafter "Macnally"), available at <http://catalog.hathitrust.org/Record/008620484>.

<sup>236</sup> Macnally, p. 3 (italics in original).



It was the judges' duty:

[I]n charging the jury, to remind them, that as they are intrusted with the administration of public justice on the one hand, and with the life, the honour and the property of the prisoner on the other, their duty calls on them, before they pronounce a verdict of condemnation, *to ask themselves whether they are satisfied, beyond the probability of doubt, that he is guilty....*<sup>237</sup>

Another influential treatise, *Practical Treatise on the Law of Evidence* by Thomas Starkie noted:

Evidence which satisfies the minds of the jury of the truth of the fact in dispute, *to the entire exclusion of every reasonable doubt, constitutes full proof of the fact*; absolute mathematical or metaphysical certainty is not essential...<sup>238</sup>

Starkie further explained that:

To acquit upon light, trivial and fanciful suppositions and remote conjectures is a virtual violation of the juror's oath... On the other hand, a juror ought not to condemn unless the evidence exclude from his mind all reasonable doubt as to the guilt of the accused, and ... unless he be so convinced by the evidence that he would venture to act upon that conviction in matters of the highest concern and importance to his own interest.<sup>239</sup>

In Simon Greenleaf's *Treatise on the Law of Evidence*, the amount of proof required in a criminal case is described as "that amount of proof, which ordinarily satisfies an unprejudiced mind *beyond reasonable doubt*."<sup>240</sup>

Finally, there is American preeminent and highly influential expert on the law of evidence, Dean John Wigmore's famous *Treatise on Evidence*, stating that:

In *criminal cases*, a rule has grown up that the persuasion must be *beyond a reasonable doubt*. This precise distinction seems to have had its origin no earlier than the end of the 1700s and to have been applied at first only in capital cases, and by no means is a fixed phrase but in various tentative forms. "A clear impression," "upon clear grounds," "satisfied," are the earlier phrases; and then "rational doubt," "rational and well-grounded doubt," "beyond the probability of doubt," and "reasonable doubt" come into use.<sup>241</sup>

<sup>237</sup> Macnally, p. 3 (emphasis added).

<sup>238</sup> Thomas Starkie, *Practical Treatise on the Law of Evidence* 724 (T & J. W. Johnson & Co. 1860) (hereinafter "Starkie") available at <https://archive.org/details/cu31924020112888> (last accessed 14 April 2016) (emphasis added).

<sup>239</sup> Starkie, p. 761.

<sup>240</sup> Simon Greenleaf, *A Treatise on the Law of Evidence*, Vol. 1, § 2, at 4 (Little, Brown & Co., 13th ed., 1876) available at <https://archive.org/details/cu31924020130112> (last accessed 14 April 2016) (emphasis added).

<sup>241</sup> John Wigmore, *A Treatise on the System of Evidence in trials at Common Law*, § 2497 (Toronto: Canada Law Book 1905) (hereinafter "Wigmore") (italics in original) available at [https://archive.org/details/cihm\\_73414](https://archive.org/details/cihm_73414) (last accessed 14 April 2016).

Interestingly, regarding the definition of reasonable doubt, Wigmore observes that:

[W]hen anything more than a simple caution and a brief definition is given, the matter tends to become one of mere words, and the actual effect upon the jury, instead of being enlightenment, is rather confusion, or, at the least, a continued incomprehension. In practice, these detailed amplifications of the [reasonable doubt] doctrine have usually degenerated into a mere tool for counsel who desire to entrap an unwary judge into forgetfulness of some obscure precedent, or to save a cause for a new trial by quibbling, on appeal, over the verbal propriety of a form of words uttered or declined to be uttered by the judge.... The effort to perpetuate and develop these unserviceable definitions is a useless one and serves to-day chiefly to aid the purposes of the tactician. It should be wholly abandoned.<sup>242</sup>

## NAPOLEONIC PERIOD

The progressive ideas of the Enlightenment period could finally find a practical implementation on the Continent as well, through the French Revolution in 1789. During the revolutionary period the inquisitorial process, based on the presumption of guilt, was abolished and replaced by an accusatorial system modeled after the English procedure. The Anglo-Saxon legal system was so different from the one of the *Ancien Regime* that it naturally attracted the attention of the Enlightenment thinkers on the Continent, determined to find an alternative model of trial. Therefore, it was obvious for the French jurists to look towards Great Britain in search of a different model of criminal proceedings and that the choice was for an accusatorial system.

Although, as it has been shown above, the principle of presumption of innocence, which is strictly linked to the principle of *in dubio pro reo*, had been affirmed for the first time by the Roman jurisprudence, it was only with the *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (Declaration of the rights of man and citizen), which derived from the revolution, that it became a rule of positive law. Article 9 of the Declaration stated the following: “*Any man being presumed innocent until he is declared culpable, if it is judged indispensable to arrest him, any rigor which would not be necessary for the securing of his person must be severely reprimanded by the law*”.

By that, the Enlightenment condemned the practice of utilizing torture in the criminal proceedings, since it would be unfair to torment a citizen who could be innocent and since the accused had to be considered innocent unless the crime was proven with certainty.

<sup>242</sup> Wigmore, § 2497.

Unfortunately, this phase did not last long. In fact, in the year 1808, at the time of Napoleon, the *Code d'instruction criminelle* (Code of Criminal Procedure) entered into force in France, giving birth to a form of proceedings, the so called "mixed proceedings" that some legal scholars consider a sort of juridical monster. It resulted from the combination of the accusatorial and the adversarial system. The criminal proceeding was characterized by two distinct phases: the first one predominantly inquisitorial, written, secret, dominated by the prosecution, without participation of the accused and conducted before a judge; and the second one, basically oral and adversarial, due to the presence of both the prosecution and the defence, but destined to become a mere repetition of the investigative stage. The critical point of the entire system was the investigating judge, who not only did adjudicate the case but was conducting the investigation aimed at finding evidence, which compromised the independence of his judgment.

However, some jurists of that time believed that the new form of procedure did not rule out the principle of *in dubio pro reo* and the reference of the principle of presumption of innocence, since the judge had to look for both incriminatory and exculpatory evidence. Assigning this dual task to the judge was aimed at finding balance between the two extremes – the protection/defence of the state versus the freedom of the individual; however, due to the renewed authoritarianism of the political regime, the balance ended inexorably tipped in favour of the state. Furthermore the system was such that, while the prosecution had to present full evidence to get the conviction, the defence had only to demonstrate that the guilt of the defendant was not fully proven so as to obtain the acquittal; as a consequence, the institute of provisional acquittal could no longer be sustainable, showing that the principle of *in dubio pro reo*, although weakened by the double role of the investigative judge, was still in application in the period which followed the French revolution.

This understanding, although present to a certain extent in the legal theory and practice in some parts of the Continent, was not a part of a law. In his commentary to the LCP of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia (hereinafter: SFRY), therefore, lawyer Branko Petric<sup>243</sup> has stated the following:

Without any hesitation, or doubt, one can with certainty claim that our law does not acknowledge that so-called "principle", and likewise it cannot be deducted from any legal provision. (...) The evaluation of the evidence is a complicated process, which in any case must move in the area of the real, actual world and changes in it, and not in unreal combinations, regarding what is more favourable and for

<sup>243</sup> Branko Petric, Commentary of the Law on Criminal Procedure 1986, 2-nd edition, Official Gazette of the SFRY 26/86, Belgrade, Article 2, (quotation taken from available translation of the Commentary in English language).

whom. A certain fact, which is relevant for rendering a decision, must be established in an appropriate way, free of admixtures of arbitrariness. The facts in the criminal procedure are either proven or unproven and the options are and must be within the domain: proven – unproven, and it is unacceptable to refer to the so-called principle *in dubio pro reo*, which our law does not even know, and which, objectively, is a line of least resistance and escaping from difficulties of argumentation when they arise.

During the XIX century, the Napoleonic model spread throughout Europe, and somewhat survived until mid XX and early XXI century. It, for example, stayed in Italy until 1988, when the new Law on Criminal Procedure<sup>244</sup> adopted a system which was mostly adversarial. The same reform towards more adversarial criminal procedure took place later in Germany, most of the Balkan countries and wider.

---

<sup>244</sup> Gazzetta Ufficiale n.250 del 24-10-1988 - Suppl. Ordinario n. 92, <http://www.gazzettaufficiale.it/anteprema/codici/penale> (last accessed 21 December 2016). The text published online is the current consolidated version, including all the modifications from the amendments published to date).



## CONTEMPORARY APPLICATION OF THE PRINCIPLE *IN DUBIO PRO REO* & THE STANDARD OF PROOF BEYOND REASONABLE DOUBT

### MORAL VALUES BUILDING THE FOUNDATION OF MODERN CRIMINAL PROCEDURE

An issue of general consent nowadays is that one of the main goals of the criminal justice is to avoid conviction of innocent persons. Convicting an innocent person would undermine the legitimacy of the criminal law itself, as it is morally unacceptable for the law to allow the innocent to suffer. Observing the system as a whole, this indeed makes sense. One need not elaborate in detail that criminal law encompasses grave limitations to human rights and liberties - not only as sanctions but also in the procedure itself. Therefore, the rhetoric of modern criminal law prioritises the protection of the innocent from wrongful conviction before the conviction of the guilty.

However, nobody is actually claiming that it is better to have a hundred or a thousand guilty people set free, in order to avoid any possibility of convicting the innocent. Protecting the innocent from conviction is not, and cannot be, the only concern. Modern criminal procedure aims to reduce the risk of convicting the innocent, but, at the same time, is fully aware that public interest would not be served if only rules that impede efficient law enforcement are developed.<sup>245</sup> Surely, a procedure that would eliminate all errors would satisfy both interests of protecting the innocent and punishing the guilty, without generating conflict between the two. But is there really such a procedure?

<sup>245</sup> See A. Sanders/ R. Young, *Criminal Justice*, 2nd edition, Butterworths, London, 2000, 10.

Although for a long period of time the continental system was based on the assurance that a pro-active court, with strong investigative authorities, and not burdened by strict rules of evidence, will easily determine what really happened, i.e. the truth, the obvious deficiencies of judicial procedures resulted in the conclusion that they can be considered structurally dysfunctional for establishing the truth.

Many factors can contribute to wrongful convictions. For example, witnesses to disturbing events often remember the details of those events incorrectly. Similarly, confessions given by suspects while in police custody are always questionable, because of common psychological pressures, and not infrequently, even open coercion.

Recognising that there is a certain degree of distrust in the determination of facts by people, since criminal justice is based on decisions made by people, and people make mistakes<sup>246</sup>, it would be honest to proceed in a manner, in which one could be sure, as much as a human being can be sure, that the innocent would not be convicted. An author, who has received much attention lately with his theory of justice as fairness, is John Rawls. The problem he focuses on is that there is no criminal procedure that will always objectively and impartially lead to the correct conclusion:

Imperfect procedural justice is exemplified by a criminal trial. The desired outcome is that the defendant should be declared guilty if and only if he has committed the offense with which he is charged. The trial procedure is framed to search for and to establish the truth in this regard. But it seems impossible to design the legal rules so that they always lead to the correct result. The theory of trials examines which procedures and rules of evidence, and the like, are best calculated to advance this purpose consistent with the other ends of the law. Different arrangements for hearing cases may reasonably be expected in different circumstances to yield the right results, not always but at least most of the time. A trial, then, is an instance of imperfect procedural justice. Even though the law is carefully followed, and the proceedings fairly and properly conducted, it may reach the wrong outcome. An innocent man may be found guilty, a guilty man may be set free. In such cases, we speak of a miscarriage of justice...<sup>247</sup>

As such, the focus is shifted from the truthfulness to the fairness of the procedure. The common idea is quite simple: a fair procedure is an appropriate tool and an acceptable method for determining the truth. A fair procedure demands that the procedure for determining the outcome must be carried out consistently, and the procedure itself must contain certain main features. It represents a procedure that justifies the

<sup>246</sup> See J. B. Weinstein, Some Difficulties in Devising Rules for Determining Truth in Judicial Trials, 66 *Columbia Law Review*, 1966, 223, 229-41.

<sup>247</sup> See J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge 1971, Fourth printing, 1972, p. 85-86.



outcome. Ideally, it provides a high degree of assurance, which should not be underestimated:

A conscientious effort must be made to determine whether an infraction has taken place and to impose the correct penalty. Thus a legal system must make provisions for conducting orderly trials and hearings; it must contain rules of evidence that guarantee rational procedures of inquiry. While there are variations in these procedures, the rule of law requires some form of due process: that is, a process reasonably designed to ascertain the truth, in ways consistent with the other ends of the legal system, as to whether a violation has taken place and under what circumstances.<sup>248</sup>

If an inadequate procedure results in injustice, such a procedure cannot be justified. The relationship between procedures and rights can be expressed in the following manner: if procedures are the essential tools for guaranteeing rights, the problem that remains is how to reconcile this with the fact that procedures are often inadequate.

It is quite logical that judgements will be better, and the number of errors and abuses will decrease if procedures are more demanding, but they are also more expensive. Therefore, even though the risk of erring will obviously be reduced thanks to improved procedures, there are limits as to how much can be spent. It is becoming apparent that a certain level of risk of wrong decisions must be tolerated; but, the question how to calculate this is not an easy one. This balancing process is more than complex and, roughly put, confronts against one another the interest of society for an efficient fight against crime and the rights of the victims, on one side, and the rights and freedoms of the defendants, on the other. While the possibility of errors due to the imperfection of procedures will always exist, the risk can undoubtedly always be partially reduced. Surely, with well framed procedures, good organisation and quality training, a higher degree of correctness and fairness can be reached. If the society truly put the best efforts within the existing objective limitations of guaranteeing fair procedures, incidental failures could be accepted as unavoidable.

Below are elaborated some of the basic principles of the contemporary fair procedure.

### Presumption of innocence

The key guarantee granted to the accused persons as part of the concept of fair procedure (fair trial) these days is the presumption of innocence:

*Good men everywhere praise the presumption of innocence. And be they Frenchmen, Germans, or Americans, they agree on the demand of the presumption in practice. Both here and abroad, the state's invocation of criminal sanctions demands a high degree of proof that the accused has*

<sup>248</sup> See J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge 1971, Fourth printing, 1972, 60.

*committed the offense charged. To express the requisite standard of proof, common lawyers speak of the prosecutor's duty to prove his case beyond a reasonable doubt. And Continental lawyers invoke the maxim in dubio pro reo – a precept requiring triers of fact to acquit in cases of doubt.*<sup>249</sup>

The legislative provisions stipulating presumption of innocence are numerous and can be found in different juridical systems.

For instance, the Charter of Rights and Freedoms of Canada states: “*Any person charged with an offence has the right (...) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal*”.<sup>250</sup>

The Constitution of Colombia states that “*Every person is presumed innocent until proven guilty according to the law*”.<sup>251</sup>

In France, Article 9 of the Declaration of the Rights of Man and Citizen of 1789, which foresees the principle of presumption of innocence, is still in force as constitutional law.

In Iran, the Constitution states: “*Innocence is to be presumed, and no one is to be held guilty of a charge unless his or her guilt has been established by a competent court*”.<sup>252</sup>

In Italy, the Constitution states: “*A defendant shall be considered not guilty until a final verdict has been issued*”.<sup>253</sup>

In Romania, the Constitution states that “*any person shall be presumed innocent until found guilty with a final decision of the court*”.<sup>254</sup>

The LPC of Serbia states that “*Everyone is considered innocent until proven guilty with a final decision of the court*”.<sup>255</sup>

The LCP of Bosnia and Hercegovina reads: “*A person shall be considered innocent of a crime until guilt has been established with a final verdict*”.<sup>256</sup>

<sup>249</sup> See George P. Fletcher, *Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases*, 77 Yale L. J. 880, 916-917 (1967-1968) p. 880 (internal citations omitted) (hereinafter “Fletcher”). In his comparative study of the US and Germany, Fletcher analyzed the German system of criminal liability, explaining that defensive issues, such as self-defence or insanity, are considered as “unavoidable steps in the process of determining guilt.” He concluded that all claims which have a bearing on the accused's guilt or innocence are an integral consideration in the overall evaluation of the case. As a result, the prosecutor bears the risk of residual doubt on all of the issues.

<sup>250</sup> Charter of Rights and Freedoms of Canada, Section 11(d), <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html> (last accessed 23 November 2016).

<sup>251</sup> Constitution of Colombia, Title II, Chapter 1, Article 29, [http://confinder.richmond.edu/admin/docs/colombia\\_const2.pdf](http://confinder.richmond.edu/admin/docs/colombia_const2.pdf) (last accessed 23 November 2016).

<sup>252</sup> Constitution of Iran, Article 37, <http://www.iranonline.com/iran/iran-info/government/constitution-3.html> (last accessed 23 November 2016).

<sup>253</sup> Constitution of Italy, Article 27, paragraph 2, [http://www.quirinale.it/qnrw/costituzione/pdf/costituzione\\_inglese.pdf](http://www.quirinale.it/qnrw/costituzione/pdf/costituzione_inglese.pdf) (last accessed 23 November 2016).

<sup>254</sup> Constitution of Romania, Article 23, <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ro/ro021en.pdf> (last accessed 23 November 2016).

<sup>255</sup> LCP of Serbia, Article 3, Official Gazette 72/11, 101/11.

<sup>256</sup> LCP of Bosnia and Hercegovina, Official Gazette no. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13; LCP of Federation of Bosnia and Hercegovina, Official Gazette 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13, 59/14; LCP of Brčko District, Official Gazette 10/03, 48/04, 6/05, 12/07, 14/07, 21/07, 2/08, 17/09, consolidated text 33/13, 27/14; LCP of Republika Srpska, Official Gazette 50/03, 111/04, 115/04, 29/07, 68/07, 119/08, 55/09, 80/09, 88/09, 92/09, 100/09, consolidated text 53/12; Article 3.

The domestic LCP states that: *“The person charged with a crime shall be considered innocent until his/her guilt is determined with a final court decision.”*<sup>257</sup>

United Nations incorporated the maxim in its Declaration of Human Rights in 1948 under article 11, section one: *“Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence”*. The maxim also found a place in the European Convention for the Protection of Human Rights of 1953, in Article 6, par. 2: *“Everyone charged with a penal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law”*.

As to the American system, the maxim formally entered the American law through a Supreme Court decision of 1895, *Coffin vs. U.S* which overturned a decision of a lower court finding that: *“A charge that there cannot be a conviction unless the proof shows guilt beyond a reasonable doubt does not so entirely embody the statement of presumption of innocence as to justify the court in refusing, when requested, to instruct the jury concerning such presumption, which is a conclusion drawn by the law in favor of the citizen by virtue whereof, when brought to trial upon a criminal charge, he must be acquitted unless he is proven to be guilty”*.<sup>258</sup>

A significant number of theoreticians still claim that the presumption of innocence is illogical and does not correspond to the reality of the criminal justice system, in which the defendant is subjected to a serious procedure with many negative consequences against him/her. How can it be possible, they ask, to conduct searches of homes of innocent people, put them in pre-trial detention, follow their movement and wiretap their conversations, freeze their assets, measures that constitute serious intrusions in their dignity and integrity, and limit their fundamental rights and freedoms. Are these not violations of the presumption of innocence? Therefore, they claim that the positive definition of the presumption of innocence stipulated in international human rights agreements and in most modern constitutions does not correspond with reality. Professor Vasiljević<sup>259</sup> finds that there is an essential difference between the wording “not found to be guilty” and the wording “found innocent”. The second formulation is, in his view, meaningless, because it negates the true position of the defendant, who is obliged to suffer limitations, which may not be imposed on an innocent person. The defendant cannot be considered innocent because he is suspicious.

Apart from these terminological issues and comments, the right to be presumed innocent is today a fundamental human right that shapes contemporary criminal procedure. But, for the presumption of innocence to

<sup>257</sup> Domestic LCP, Article 2, *See supra* n.1.

<sup>258</sup> *Coffin v. United States*, 156 U.S. 432, 453 (1895).

<sup>259</sup> T. Vasiljević - M. Grubac, *Komentar Zakona o Krivičnom Postupku (Commentary to the Law on Criminal Procedure)*, III edition, Belgrade, 1987. p. 7- 8.

be effective, of course to an extent that will not jeopardize the investigation, limitations to state authority in contemporary law are expressed in a set of defendant's rights (right to life, and the prohibition of torture and inhuman and degrading treatment and punishment, right to a fair trial, right to respect for private and family life, home and correspondence, etc.) and procedural guarantees. Those procedural guarantees include principles, such as the principle of legality and proportionality, principle of *in dubio pro reo*, principle *ne bis in idem*, principle no crime-no punishment, standard of proof *beyond reasonable doubt* (or high level of certainty) and the prosecutorial burden of proof, principle of unfettered consideration of evidence, principle of objectivity/equality of arms, reformation in peius, contradictory principle, etc.

Defence's rights and procedural guarantees are not the obstacles in the procedure. To the contrary, they serve to improve the credibility of the process of establishing the 'truth' or certainty, and fairness.<sup>260</sup> All the above rights and guarantees are strictly interconnected and must work together in order to be fully effective and ensure fair trial and a just decision.

### Burden of proof

There are two basic procedural aspects of the presumption of innocence, namely, placing the burden of proof on the prosecution on one hand, and demanding a high standard of proof that the defendant has committed the crime on the other.

As established in the Roman jurisprudence, the presumption of innocence shifts the burden of proof onto the prosecution and therefore it is the prosecutor's responsibility to prove the guilt and to refute the presumption that the defendant is innocent: *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* – the burden of proof is on the one who declares, not on the one who denies.<sup>261</sup>

Or, as stated by the European Court of Human Rights (hereinafter ECtHR): *"In any prosecution, the presumption of innocence puts the burden of proof on the prosecution and this means that an accused cannot be compelled to incriminate him or herself and that there must be evidence to substantiate a conviction."*<sup>262</sup>

It is questionable whether in the European countries which had accepted the Napoleon code the burden of proof falls on the prosecution, considering that the court was obliged to do all in its power to determine the truth *ex officio*, including presenting evidence in search for that truth.

<sup>260</sup> See: N. Matovski, G. Buzharovska, G. Kalajdjiev, *Казнено процесно право (Criminal Procedural Law)*, Second edition, Akademik, Skopje, 2011.

<sup>261</sup> Declarations and covenants on fundamental human rights provide for the right to be presumed innocent until proved guilty. International Covenant on Civil and Political Rights ("ICCPR"), Art. 14(2); European Convention on Human Rights ("ECHR"), Art. 6(2); American Convention on Human Rights ("ACHR"), Art. 8(2).

<sup>262</sup> Jeremy McBride, *Human rights and criminal procedure-The Case law of the European Court of human rights*, Council of Europe Publishing 2009, p.15

However, most of the European countries today, just like the common law ones, even explicitly state that the burden of proof is on the prosecution and have abandoned such position of the court to propose evidence, or at least such role is diminished to the benefit of court's impartiality. Judges tend to be overly cautious not to give any appearance of favouring one party over the other. Any attempts by the judges to seek the truth – be it by investigating for evidence or excessively questioning witnesses during the trial (beyond asking the occasional question for clarification purposes) – would, at a minimum, give rise to an appearance of bias or lack of judicial independence. As a result, it is completely inappropriate for the Court to insist on further discussion about the evidence when the evidence presented by the prosecution is obviously leading to acquittal.

Therefore, judges are *generally* restricted to the evidence presented to them by the parties since trials are party-driven. *“The adversarial system trusts the parties to properly and honestly present their side of the argument, and expects that the truth will emerge from a robust presentation of each side’s case.”*<sup>263</sup> This system requires the parties (prosecution and defence lawyers) to be active: to investigate and gather evidence and to select the witnesses and documents they believe are relevant to their respective cases, subject to judicial scrutiny and approval. Defence lawyers are responsible for consulting with their client, developing a theory of the case, deciding whether to question prosecution witnesses at trial, selecting any witnesses from whom they may wish to adduce evidence, examining witnesses and presenting arguments at trial. The court is required to give the defendant an opportunity to comment on any evidence against him/her, even when the defendant used the right to not present his/her defence or answer questions: *“... As a rule, these rights require that the defendant be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him either when he was making his statements or at a later stage of the proceedings.”*<sup>264</sup> Namely, if the court does not allow the defendant to present a defence and refute the evidence of the prosecution, it shall basically infringe the defendant's right to presumption of innocence, by restricting the possibility of doubt that such defence can raise with the judge on the prosecutorial charges.

Actually, defence lawyers are ethically bound to represent zealously their clients<sup>265</sup> by, *inter alia*, raising every conceivable doubt by every conceivable acceptable means. Cynical as it may seem from Judge John W.

<sup>263</sup> Felicity Nagorcka, Michael Stanton & Michael Wilson, *Stranded between Partisanship and the Truth? A Comparative Analysis of Legal Ethics in the Adversarial and Inquisitorial Systems of Justice*, 29 *Melb. U. L. Rev.* 448, 465-66 (2005).

<sup>264</sup> *Saidi v France*, 14647/89, paragraph 43, ECHR.

<sup>265</sup> This duty is universally recognized in virtually all national and international codes of professional ethics: The United States (“US”), American Bar Association Model Rules, Rule 1.3: “act with reasonable diligence and promptness in representing a client”; The United Kingdom (“UK”), Board Standard Bar Handbook, CD7: “to provide a competent standard of work and service to each client.”

May's observation, raising reasonable doubt during the presentation of the evidence is an essential obligation for the defence:

*Now, we all know, that, when a criminal lawyer has to defend a case where the facts are all against him, his uniform and too often unfailing resource is the law. Upon this he falls back. The doctrine of "reasonable doubt" is kept always in the front. The reports are ransacked for loose definitions by careless judges in insignificant cases. The extravagant and unsupported dicta of text-writers made perhaps in support of a theory of what the law ought to be, rather than as proof of what it has been authoritatively declared to be, are hunted up with untiring zeal. These are reinforced by a series of cases – fabulous and authentic – scattered through the musty annals of crime, in which, it is said that innocent persons have been convicted. The whole mass of bewildering definitions, extravagant dicta, astounding facts, or fictions, as the case may be, is then arrayed with greater or less skill, according to the ability of counsel, and paraded before the jury with pathetic solemnity. Of course, the object of all this is to confound and befog; to bring the jury into that state of amazement, apprehension, and uncertainty, which will disqualify them to deal calmly and rationally with the facts of the case before them...*<sup>266</sup>

While judges control the flow of the proceedings and in some instances may question witnesses (primarily for clarification purposes), they are not engaged in a truth-seeking mission. "The court is not required actively to seek the truth but simply to decide whether the evidence produced in court is sufficient to substantiate the charges and prove beyond a reasonable doubt that the defendant is guilty."<sup>267</sup> It is not their task to search for evidence or witnesses believed to be essential for establishing the truth, even though in some common law jurisdictions, judges are permitted to call witnesses,<sup>268</sup> including expert witnesses,<sup>269</sup> raise defences on behalf of the accused and to instruct the jury to consider the defence as an **alternative to any other defences raised by the accused**,<sup>270</sup> and sum up or

<sup>266</sup> May, *Some Rules of Evidence*.

<sup>267</sup> Antonio Cassese, *International Criminal Law* 362, Oxford University Press 2008.

<sup>268</sup> In the US, FRE Rule 614(a): "The court may call a witness on its own or at a party's request. Each party is entitled to cross-examine the witness." In the UK, a judge may call a witness who has not been called by either party, but as Lord Chief Justice Parker noted in *Regina v. Cleghorn*, (1967) 2 Q.B. 584, this discretion should be used sparingly and with the sole purpose of ensuring that justice be served, so as not to interfere with the discretion of counsel to mount its case. For an excellent discussion on these and other allowances made to judges during the course of a trial, such as summing up and commenting on the evidence, which many scholars, judges and practitioners have disparate views on whether such allowances are in keeping with the fundamental tenants of the common law / adversarial system, see Stephen A. Saltzburg, *The Unnecessarily Expanding Role of the American Trial Judge*, 64(1) *Virginia L. Rev.*, 1-81 (1978).

<sup>269</sup> In the US, FRE Rule 706: "The court may appoint any expert that the parties agree on and any of its own choosing."

<sup>270</sup> In *Regina v. Johnson*, [1989] 1 W.L.R. 740, the Court of Appeal found that the judge had a duty to instruct the jury on provocation, even though the accused had maintained a claim of self-defence throughout the trial, while the evidence was not "powerfully suggestive" it was "more than tenuous" and so should have been left to the jury. The operation of this duty was discussed again in *Regina v. Newell*, [1989] Crim. L.R. 906, holding that the judge must even instruct the jury on alternative defences which conflict with the accused's theory of the case. See also Sean Doran, *Alternative defences: the "invisible burden" on the trial judge*, Crim. L.R. 878 (1991), describing the duty on the judge as an "invisible burden" to put before the jury a possible defence which has not been raised by either party.



comment on the evidence for the jury's consideration in its deliberation.<sup>271</sup> Thus, even in common law systems, there is an element of *truth-seeking*. Judges have expressed mixed views on these discretionary powers being entrusted to judges, as seen by US Federal Judge, Jack B. Weinstein, and US Supreme Court Justice, Felix Frankfurter.

Judge Weinstein:

A great deal of the dispute about the matter is caused by differences between rhetoric affirming the court's power and the practice where the judge tends to act as an impartial arbiter in our adversarial system. Much difficulty would be avoided if it were clearly understood that the court trying a case should have, and does have, no views as to which side ought to win, or how much plaintiff in a civil case should recover, or whether a defendant in a criminal case – unless and until he is convicted – should be punished.

If a reasonable juror could find, either way, the juror is entitled not to have the court throw its enormous prestige in to the scale on the side of one litigant or the other.<sup>272</sup>

Justice Frankfurter has a different opinion:

Federal judges are not referees at prize fights, but functionaries of justice ... As such, they have a duty of initiative to see that the issues are determined within the scope of the pleadings, not left to counsel's chosen argument ... [A] Federal judge ... has the power to call and examine witnesses to elicit the truth ... He surely has the duty to do so before resorting to guesswork in establishing liability for fault.<sup>273</sup>

The judges in the region no longer seek for the objective, material truth, either. For example, judges in BiH are no longer obliged to fully and truthfully establish the facts which are important for rendering a legal verdict. Instead, it kept the provision according to which "*the Court, the prosecutor and other bodies participating in the proceedings are bound to objectively study and establish with equal attention facts that are exculpatory as well as inculpatory for the suspect or the accused*".<sup>274</sup>

<sup>271</sup> In the UK, the judge usually sums up the evidence for the jury. In *Regina v. Brower*, [1995] Crim. L.R. 746, the Court of Appeal stated that in the majority of cases the judge should sum up the evidence to the jury in order to assist the jury and to ensure a fair trial. In *Regina v. Evans*, (1990) 91 Cr.App.R. 173, the Court of Appeal held that the judge is not limited to the points made by the parties, but is entitled to comment on all the matters given in evidence. Of course, the judge's comments must be kept within proper bounds, but in *Regina v. Sparrow*, [1973] 1 W.L.R. 488, 495, Justice Lawton noted the judge's duty to assist the jury and stated: "...in our experience a jury is not helped by a colourless reading out of the evidence as recorded by the judge in his notebook. The judge is more than a referee who takes no part in the trial save to intervene when a rule of procedure is broken. He and the jury try the case together and it is his duty to give them the benefit of his knowledge of the law and to advise them in the light of his experience as to the significance of the evidence." See generally Saltzburg, disagreeing with the judge's authority to sum up and to comment upon evidence and urging that trial judges be granted only the most limited authority to call and to interrogate witnesses.

<sup>272</sup> Jack B. Weinstein & Margaret A. Berger, Weinstein's Evidence: Commentary on Rules of Evidence for the United States Courts and State Courts, § 107[1], at 8, as cited in Saltzburg, p. 41.

<sup>273</sup> *Johnson v. United States*, 333 U.S. 46, 54 (1948), Frankfurter J. dissenting. (internal citations omitted).

<sup>274</sup> Article 14.



According to the Serbian LCP, the court has only the exceptional opportunity to introduce ex-officio evidence.<sup>275</sup> However, throughout the proceedings, judges must preserve their dignity, act completely independently and impartially, and not allow even a semblance of biased treatment in favour of one of the parties.

The domestic LCP enshrines that the trial is adversarial and is based on the activity of the parties, who present evidence and confront their positions in order to prove facts, for which the court decides whether are proven or not. The court no longer proposes evidence on its own initiative, except for the so called super expertize, which is also questionable as it will be seen later on.<sup>276</sup>

### Standard of proof of guilt

So, if the burden of proof is on the prosecution, the logical question is to what degree of certainty this shall be proven. This question leads to the issue of the degree of proof as presented both in the standard of the prosecution having to prove the defendant's guilt *beyond reasonable doubt*, and the principle of any reasonable doubt favouring the defendant-*in dubio pro reo*. This standard/principle means that the probability of the defendant's guilt is so high that it eliminates all (reasonable) doubt, because, if there is (reasonable) doubt in the defendant's guilt, he/she must be acquitted:

(...) Proof beyond reasonable doubt is the highest standard of proof, which must be reached in any criminal case. Reasonable doubt is defined as the real doubt based on common sense and logical judgement after conscientious, full, and impartial evaluation of all evidence, or the lack thereof, in the case under trial. Consequently, proof beyond reasonable doubt is proof of such a convincing nature that any person can rely on it and act upon it without dilemmas in their most significant personal affairs. It does not, however, mean absolute certainty.(...) <sup>277</sup>

As it was presented before and will be presented further, it can be seen that the *reasonable doubt* standard of proof has evolved and matured ever since it first came into existence in the common law systems several centuries ago.

<sup>275</sup> Article 15: "(1) Evidence is collected and examined in accordance with this Code. (2) The burden of proof is on the prosecutor. (3) The court examines evidence upon motions by the parties.(4) The court may order a party to propose additional evidence, or, exceptionally, order such evidence to be examined, if it finds that the evidence that has been examined is contradictory or unclear, and finds such action necessary in order to comprehensively examine the subject of the evidentiary action.

<sup>276</sup> Article 408(6): "In the rationale of the judgment, the court shall present the reasons for each item in the verdict, and especially the facts that are deemed proven or unsubstantiated, the evidence that was considered to establish those facts, (...)".

<sup>277</sup> Handbook for defence counsel in international criminal law -Association of Defence Counsel practising before the ICTY, p. 10.

The US Supreme Court read this right into the US Constitution in the *Winship*<sup>278</sup> case, holding the State (prosecuting authorities) to the standard of proof beyond a reasonable doubt. Quoting from *Coffin v. United States*<sup>279</sup> (1895), the US Supreme Court in *Winship* noted:

The reasonable-doubt standard plays a vital role in the American scheme of criminal procedure. It is a prime instrument for reducing the risk of convictions resting on factual errors. *The standard provides concrete substance for the presumption of innocence – that bedrock “axiomatic and elementary” principle whose “enforcement lies at the foundation of the administration of our criminal law.”*<sup>280</sup>

In the common law systems the trial judge instructs and gives guidance to the jurors throughout the trial. The judge must make it explicitly clear in these instructions that the jurors should give the benefit of the doubt to the accused. If there is any reasonable doubt from the totality of the evidence, the jury must acquit the accused. The process of instructing the jury throughout the trial and how the reasonable doubt instruction at the end of the trial is to be appreciated is cogently described by Richard Uviller:

Jurors are invariably instructed by the judge – usually several times – that they have the exclusive responsibility to find the facts; they are then told at length just how they are to go about finding those facts. Addressing the raw data accumulated during the trial (actually, the evidence is hardly raw, having been refined by evidentiary and constitutional filtration), the judge will enjoin the jury to use their ordinary faculties of judgment and common sense. Jurors are told how to weigh credibility, taking into account the demeanour of witnesses on the stand, tone of voice, eye movements, body language, attitude – all the various sorts of unconscious communications that often betray the liar and confirm the account of the truthful. The jury is told that the credibility of a witness may be attacked (“impeached”) by evidence of bias, by contradiction of evidence from another source, or by inconsistency between the witness’s trial testimony and some statement on the same matter previously made by the same witness. They are instructed that the defendant (if he testifies in his own behalf) and, in some instances, co-conspirators are biased as a matter of law because of their inherent stake in the outcome. Jurors are also instructed that other witnesses may be biased in fact for any one of a number of reasons, among them a personal or professional relationship to the defendant or victim or some personal interest in the outcome. At the same time, the jurors are reminded that even a biased witness may tell the truth. In general, they are advised they may either discard the discredited portions of an impeached

<sup>278</sup> *In re Winship*, 397 US 358 (1970) (hereinafter “*Winship*”).

<sup>279</sup> *Coffin v. United States*, 156 U.S. 432, 453 (1895).

<sup>280</sup> *Winship*, at 362-63, (emphasis added).

witness's testimony or retain the rest, or they may disregard it all as the suspect product of an incredible source. Although they are enjoined to use their own "judgment" on these matters, they are warned not to "speculate." They should find the facts on the basis of the supporting evidence, they are instructed, but they are also told that they may consider the lack of evidence along with the evidence on a point.<sup>281</sup>

But the jury is not merely charged at the end of the trial with the reasonable doubt instruction (however defined). The trial judge cautions the jury throughout the trial on how to consider the evidence presented under the appropriate standard. At the end of the trial, the jury is reminded that it has the exclusive responsibility of assessing the evidence. It is for the jury to determine whether, and to what extent, all elements of all charged crimes have been proven to the standard of proof beyond a reasonable doubt – a standard that for all intents and purposes amounts to near certainty (since few things in life can be proved with absolute certainty).<sup>282</sup> Yet when the jury is told to apply the reasonable doubt standard in evaluating the evidence, they are told nothing about whether they must apply some objective, majoritarian perspective in evaluating doubt or to apply their own individualistic, subjective evaluations. Uviller has insightfully described the tension between the "objective" and "subjective" interpretations of the reasonable doubt standard. He explains that the "objective" and "subjective" are two possible ways of understanding the reasonable doubt standard:

Under the objective understanding, if juror A concedes that juror B has a persistent, good faith doubt based on the evidence, then juror A must vote "not guilty" even though she does not share juror B's doubt. Even if jurors conclude only that some imaginary, conscientious juror might entertain some doubt concerning the defendant's guilt, the objective view would acknowledge a reasonable doubt in the case and require the jury to acquit though none of them actually doubts the defendant's guilt.

Under the subjective interpretation, the question is first whether an individual juror, carefully weighing all the evidence and giving due consideration to the views of fellow jurors, personally doubts the guilt of the defendant. If this step produces a subjective sense of doubt in a juror's mind, the juror must ask himself the next question: whether the doubt is reasonable. Under this subjective reading, if a juror personally has no reasonable doubt, then notwithstanding the imperfections in the proof that might give others reason for doubt, the juror should vote "guilty."<sup>283</sup>

<sup>281</sup> H. Richard Uviller, *Acquitting the Guilty: Two Case Studies on Jury Misgivings and the Misunderstood Standard of Proof*, 2 Crim. L. F. 1, 39-40 (1990) (hereinafter "Uviller"), p. 18-19.

<sup>282</sup> Fletcher, p. 933.

<sup>283</sup> Uviller, p. 30.

Uviller correctly argues that the subjective understanding is the right one: doubt is an individual matter; jurors must not abandon their personal conclusions or vote against their judgment.<sup>284</sup>

Relying on observations by US Federal Circuit Court Judges, Patricia Wald, and Jerome Frank, Robert C. Power argues:

Experience with the reasonable doubt standard, as well as common sense, support the realist criticism that judges and academics overstate the importance of legal doctrine. Our modern and somewhat jaded “realistic” view is that jurors generally disregard the judge’s instructions and just do what they want to do. Judge Wald writes that “the reasonable doubt standard is essentially irrelevant to the everyday workings of the criminal justice system.” This irrelevance results not only from the use of guilty pleas and prosecutorial discretion but also because juries do not apply the standard. For example, “few judges ... believe that every jury slavishly and precisely follows the beyond-a-reasonable-doubt standard in deciding guilt or innocence.” Judge Wald’s connection to the realist view is cemented by her affirmation of Judge Frank’s comment that “were the full truth declared [sic] [as to what goes on in the jury room] it is doubtful whether more than one percent of verdicts could stand.”<sup>285</sup>

Today, the *reasonable doubt* standard of proof is widely spread on the Continent as well, in the so called hybrid systems<sup>286</sup>. As such, many criminal justice systems throughout Europe require from the prosecution to prove the guilt of the defendant beyond reasonable doubt or with high certainty, otherwise, the defendant shall be acquitted.

<sup>284</sup> Uviller, p. 32.

<sup>285</sup> Robert C. Power, *Reasonable and Other Doubts: The Problem of Jury Instructions*, 67 *Tenn. L. Rev.* 45, 57 (1999-2000) (hereinafter “Power”), p. 48, relying on Patricia M. Wald *Guilty Beyond a Reasonable Doubt: A Norm Gives Way to the Numbers*, *U. Chi. Legal F.* 101, 101 (1993), stating “My opening gambit is that the reasonable doubt standard is essentially irrelevant to the everyday workings of the criminal justice system. The criminal justice system is a well-tempered clavichord encompassing many different standards of proof governing different responses by police, prosecutors, and courts to different kinds of levels of evidence. ‘Beyond a reasonable doubt’ is but one of these standards.”

<sup>286</sup> An example of a hybrid system can be seen at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (“ECCC”). The ECCC, which is primarily civil-law based as modelled after France, with some adversarial modalities, including applying the reasonable doubt standard of proof. For more on the criminal procedures characterized as hybrid see Kai Ambos, *International Criminal Procedure: ‘Adversarial’, ‘Inquisitorial’ or ‘Mixed’*, 3 *Int. Crim. L. Rev.* 1, (2003); Patrick L. Robinson, *Ensuring Fair and Expedient trials at the ICTY*, 11 *E.J.L.L.* 569 (2000), Alphonse Orié, *Accusatorial v. Inquisitorial Approach in International Criminal Proceedings in The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 3, 1439-1459 (Judge A. Cassese et al. eds., Oxford University Press 2002). The Italian criminal procedure is another example of a hybrid system. In reforming the Italian criminal procedure, legislators introduced some adversarial modalities, tools for cross-examination, and investigation by the parties. The reformed Italian criminal procedure also adopts the common law standard of proof beyond a reasonable doubt. See Italian Code of Criminal Procedure, (as amended of 2011), Art. 533. See also David M. Siegel, *Training the Hybrid Lawyer and Implementing the Hybrid System: Two Tasks for Italian Legal Education*, 33(2) *Syracuse J. Int’l L. & Com.* 445, 466 (2006).

For instance, in Germany the judge's conviction of the defendant's guilt "*must be subjective and must be based on persuasive factors, which leave no room for reasonable doubt.*"<sup>287</sup>

In Italy, when referring to convicting judgment the LCP states that: "*The judge shall convict the defendant only if the defendant is found guilty beyond reasonable doubt of the crime he is charged with.*"<sup>288</sup>

In the LCP of Serbia, accused individuals may not be convicted unless the prosecution proves their guilt with certainty.<sup>289</sup>

The domestic LCP, when referring to acquitting decision, states that the court shall acquit whenever *the prosecution fails to prove beyond reasonable doubt that the defendant is guilty.*<sup>290</sup>

An interesting proposition about how the judges/jurors should use the maxim beyond reasonable doubt in order to minimize the possibility of mistakes has been made by the distinguished philosopher of science Larry Laudan, the objective of which is to not only reduce the number of false convictions, but also the number of false acquittals. He claims that there should be just one simple rule that the jurors should use in the context of the required standard of proof, and that rule being: "*Figure out whether the facts established by the prosecution rule out every reasonable hypothesis you can think of that would leave the defendant innocent. If they do, convict; otherwise, acquit.*"<sup>291</sup>

## Two meanings of the burden of proof in the common law systems

Going back to the burden of proof of guilt, in common law systems, the term "burden of proof" can have two different meanings. Distinguishing between these two meanings is important and necessary due to the distribution of functions between the judge and the jury. Generally, the trial judge decides questions of law, whereas the jury decides questions of fact. This explains why juries are referred to as the *fact-finder* (also known jury trial, known as a *bench trial*).<sup>292</sup> It is within this division of labor between the judge (as the law-giver) and the jury (as the fact-finder) that the judge throughout the trial proceedings will instruct the jury on its obligations and the various rights afforded to the accused as stated above.

<sup>287</sup> Richard S. Frase & Thomas Weigend, *German Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: Similar Problems, Better Solutions?*, 18(2) B. C. Int'l & Comp. L. Rev. 317, 343-44 (1995) (hereinafter "Frase & Weigend"), p. 344. See generally Section III, *Reasonable Doubt Standard in Other Jurisdictions*.

<sup>288</sup> LCP of Italy, Article 533 (1).

<sup>289</sup> LCP of Serbia, Article 18.

<sup>290</sup> Domestic LCP, Article 403 (3).

<sup>291</sup> Youngjae Lee, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Volume 105, Reasonable Doubt and Moral Elements, 2015, p. 14 footnote 49, referring to LARRY LAUDAN, TRUTH, ERROR, AND CRIMINAL LAW 82 (2006).

<sup>292</sup> Under US law, trial by jury in criminal cases is a constitutional right under the Sixth Amendment to the US Constitution and is usually a matter of course for most criminal cases. However, under certain circumstances, there is a possibility for a bench trial (trial by judge). Rule 23 of the Federal Rules of Criminal Procedure provides: "If the defendant is entitled to a jury trial, the trial must be by jury unless: (1) the defendant waives a jury trial in writing; (2) the government consents; and (3) the court approves." In a criminal case tried without a jury, the judge plays the role of the jury as trier of fact.

The judge gives instructions on the duty of the jurors to find the facts using their own judgement and common sense. The judge reminds the jurors that it is their duty to find the facts and follow the law as instructed without being influenced by any personal likes or dislikes, prejudices, or sympathies. The judge also reminds the jury of the accused's right to remain silent and that the accused is presumed to be innocent unless and until his or her guilt is established beyond a reasonable doubt. The judge instructs the jury that the burden of proof is always on the prosecution and that the accused has the right to rely upon the failure or inability of the prosecution to establish beyond a reasonable doubt any essential element of a crime charged.<sup>293</sup>

The standard of proof that the trier of fact will apply in determining whether the prosecution has proved all the elements of the charges is the reasonable doubt standard. Any evidence adduced during the questioning of witnesses by the defence should be considered as any other evidence. Presumed innocent throughout the trial, the accused is under no obligation to present any evidence, and no adverse inferences can be drawn from a failure to advance any evidence contrary to what is presented by the prosecution or from remaining silent.<sup>294</sup> The defence is not required to present any evidence, save for when raising a defence, and, even then, the evidence need not rise to the reasonable doubt standard. The defence can remain silent during the trial proceedings yet still argue that the prosecution failed to prove the charges beyond a reasonable doubt. In other words, an accused's silence or lack of presentation of evidence does not factor into the equation as to whether the prosecution has proved its case beyond a reasonable doubt.

So, the primary meaning of the term "burden of proof" refers to the duty of a party to persuade the trier of fact by the end of the case of the truth of certain allegations as presented by the parties.<sup>295</sup> This is also called the "burden of persuasion" or "the risk of non-persuasion."<sup>296</sup> The prosecution always bears the burden of persuasion in establishing the guilt of the accused by proving the charges beyond a reasonable doubt. This burden of proof remains on the prosecution throughout the trial.

<sup>293</sup> See sub-section "Standard of proof of guilt" above.

<sup>294</sup> "The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence....' It is the task of the prosecution to prove the guilt of the accused. The latter thus does not have to establish his or her innocence. *A fortiori* there is not the slightest duty on the defence to contribute to a conviction of, for that matter, to contribute in any way to the proceedings." Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings* 348 (Oxford University Press, 2006), quoting and interpreting *Saunders v. United Kingdom* (1996) ECHR, para. 68.

<sup>295</sup> Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence Before International Tribunals* 22 (Martinus Nijhoff Publishers 1996) (hereinafter "Kazazi"), providing general comparative observations regarding the burden and standard of proof in common and civil law systems.

<sup>296</sup> Kazazi, p. 22. See also Kokott, clarifying the terminology and comparing the German and American systems with regard to the issue of burden of proof.



The secondary meaning of the term “burden of proof” relates to the duty of going forward in producing evidence to support an allegation of fact, also referred to as the “burden of production,”<sup>297</sup> or “evidential burden.”<sup>298</sup> This burden applies to the prosecution as well as the accused when advancing a defence, such as the affirmative defence of self-defence.<sup>299</sup> In such instances, the prosecution will need to prove beyond a reasonable doubt that the accused did not act in self-defence, or that he or she exceeded the limits of self-defence.

The accused, however, will first need to present the requisite amount of evidence for advancing self-defence, (which could vary from a mere “scintilla” of evidence to the proof by a preponderance of evidence). Once the accused has produced the requisite amount of evidence for advancing self-defence, thus discharging its burden of production, the judge *must* instruct the jury to consider this defence and find in favour of the accused if the prosecution fails to disprove self-defence beyond a reasonable doubt. The amount of evidence that the accused must adduce to discharge the burden of production in relation to raising a defence varies significantly among jurisdictions.<sup>300</sup> In some states in the US, to advance mental disability as a defence, the accused must submit some evidence, which could mean “more than a scintilla, yet, of course, the amount need not be so substantial as to require, if uncontroverted, a directed verdict of acquittal.”<sup>301</sup> In advancing self-defence, some US jurisdictions require evidence which “when viewed in the light most favourable to the accused, might arguably lead a juror to entertain a reasonable doubt as to the defendant’s guilt.”<sup>302</sup> Other US state jurisdictions require the accused to establish self-

<sup>297</sup> Kazazi, p. 22.

<sup>298</sup> Colin Tapper, *Cross and Tapper on Evidence* 121-23 (Butterworth, 8th ed. 1995), discussing the “evidential burden,” as a party’s obligation to show that there is sufficient evidence to establish the existence or non-existence of a fact in issue.

<sup>299</sup> Affirmative defences are generally defined as “an excuse or justification peculiarly within the knowledge of the accused, on which he can fairly be required to adduce supporting evidence.” See Model Penal Code of the American Law Institute (1985), § 1.12(3)(c). An affirmative defence is sometimes also described as one saying: “Yes, I did it, but I had a good reason.” See *State v. Cohen*, 568 So 2d 49, 51-52 (Fla. 1990). Examples of affirmative defences include self-defence, insanity, and defence of others. See also Stephen M. Everhart, *Putting a Burden of Production on the Defendant before Admitting Evidence that Someone Else Committed the Crime Charged: Is It Constitutional?* 76(2) Neb. L. Rev. 272, 288-292 (1997), analyzing various affirmative defences and alibi.

<sup>300</sup> For an excellent, albeit dated research and analysis of US jurisprudence in relation to the burden of proof practices and the differing standards for raising defences, see Fletcher.

<sup>301</sup> See *McDonald v. United States*, 312 F.2d 847, 849 (D. C. Cir. 1962), in relation to the accused’s claim of mental disability as a defence, the US Court of Appeals District of Columbia Circuit stated: “[I]f there is ‘some evidence’ supporting the defendant’s claim of mental disability, he is entitled to have that the issue submitted to the jury...[T]here can be no sharp quantitative or qualitative definition of ‘some evidence.’ Certainly it means more than a scintilla, yet, of course, the amount need not be so substantial as to require, if uncontroverted, a directed verdict of acquittal.” (internal citations omitted.)

<sup>302</sup> See generally *Lamont v. State*, 934 P.2d 774, 777 (1997), where in relation to self-defence, the Court of Appeals of Alaska stated: “It is well recognized that the burden is on the defendant to produce some evidence in support of a claim of self-defence before he will be entitled to a jury instruction. The burden to produce some evidence of self-defence is not, however, a heavy one; this standard is satisfied when self-defence has been fairly called into issue. In each case, the relevant inquiry is, ‘did the evidence, viewed in the light most favourable to the defendant, generate the issue of self-defence for jury consideration?’ A jury question will be presented and an instruction required if the evidence, when viewed in the light most favourable to the accused, might arguably lead a juror to entertain a reasonable doubt as to the defendant’s guilt.” See also *Frazier v. Weatherholtz*, 572 F.2d 994, 995 (4th Cir, 1978), holding that the burden of proving self-defence is on the accused, “but only to the extent of raising in the minds of the jury a reasonable doubt.”



defence and other defences by a “preponderance of evidence.”<sup>303</sup> This standard also referred to as the “balance of probabilities,” is satisfied if there is a greater than fifty percent chance that the proposition is true.<sup>304</sup> In raising an insanity defence, the US Supreme Court has held that it is not a violation of due process rights for a state to require the accused to establish the insanity defence beyond a reasonable doubt.<sup>305</sup> However, notwithstanding the constitutionality of imposing such a high burden on the accused in raising an insanity defence, the majority of states in the US require a much lower evidentiary threshold.<sup>306</sup>

Similarly, in the UK, judges are not required to leave to the jury “every facile mouthing of some easy phrase of excuse” submitted by the accused,<sup>307</sup> nor claims for which there is no “scintilla of evidence.”<sup>308</sup> For instance, when raising a defence of insanity, the accused has to establish it by a preponderance of evidence.<sup>309</sup>

Put differently, whether the accused has discharged its burden of production in putting forward a defence is not an issue of fact for the jury. It is an issue of law. The judge decides the legal issue as to whether there is sufficient evidence to instruct the jury to consider the factual issue and make a finding of fact. If the accused adduces the requisite amount of

<sup>303</sup> See generally *Martin v. Ohio*, 480 US 228 (1987), requiring the proof by a preponderance of evidence for self-defence; *Patterson v. New York*, 432 U.S. 197 (1977), requiring the proof by a preponderance of evidence for the affirmative defence of extreme emotional distress.

<sup>304</sup> *Miller v. Minister of Pensions* [1947] 2 All ER 372. For further discussion on the standards and burdens of proof see generally James P. McBaine, *Burden of Proof: Degrees of Belief*, 32(3) Cal. L. Rev. 242 (1944); William Trickett, Preponderance of Evidence and Reasonable Doubt, 10 Forum 75, 86 (1905-1906) (hereinafter “Trickett”); Jefferson Ingram, *Criminal Evidence* 73 (Routledge, 2014); Ronald Bacigal, *Criminal Law and Procedure: An Overview* 13 (Cengage Learning, 2008).

<sup>305</sup> See *Leland v. Oregon*, 343 U.S. 790, 791 (1952), where the US Supreme Court held that the state’s requirement to establish the defence of insanity beyond a reasonable doubt was not a violation of due process rights. The US Supreme Court cited Henry Weihofen, *Insanity as a Defence in Criminal Law* 148-151, 172-200 (1933), listing twelve states as requiring proof by a preponderance of the evidence, four as requiring proof “to the satisfaction of the jury,” two which combine these formula, one where by statute the defence must be “clearly proved to the reasonable satisfaction of the jury,” one where it has been held that the jury must “believe” the defendant insane, and one where the quantum of proof has not been stated by the court of last resort, but which appears to follow the preponderance rule. Twenty-two states, including Oregon, are mentioned as holding that the accused has the burden of proving insanity, at least by a preponderance of evidence.

<sup>306</sup> Requiring preponderance of evidence, see *Lackey v. State*, 615 So. 2d 145, 151-152 (Ala. Crim. App. 1992); *McCarlo v. State*, 677 P.2d 1268, 1272 (Alaska App. 1984); *Diaz v. State*, 508 A.2d 861, 863 (Del. 1986); *Flowers v. State*, 353 So. 2d 1259, 1270 (Fla. App. 1978); *Johnson v. State*, 209 Ga. App. 514, 516, 433 S.E.2d 717, 719 (1993); Requiring “clear and convincing evidence,” see *Mitchell v. State*, 323 Ark. 116, 120, 913 S.W.2d 264, 266 (1996); Ariz. Rule Crim. Proc. 11.5 (1987 and Supp. 1995). As the US Supreme Court reasoned: “Today, Oregon is the only state that requires the accused, on a plea of insanity, to establish that defence beyond a reasonable doubt. Some twenty states, however, place the burden on the accused to establish his insanity by a preponderance of evidence or some similar, measure of persuasion. While there is an evident distinction between these two rules as to the quantum of proof required, we see no practical difference of such magnitude as to be significant in determining the constitutional question.” *Leland v. Oregon*, 343 U.S. 790, 798 (1952).

<sup>307</sup> *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] AC 386, 416-417.

<sup>308</sup> *DPP v. Walker*, [1974] 1 W.L.R. 1090, 1094. See, generally, Richard May, *Criminal Evidence* mn. 4-08 – 4-46 (Sweet & Maxwell, 3rd ed. 1995).

<sup>309</sup> *Sodeman v. Regem*, [1936] W. N. 190, requiring the proof on the balance of probabilities (preponderance of evidence) to establish the defence of insanity. See also Timothy H. Jones, *Insanity, Automatism, and the Burden of Proof on the Accused* 11 L. Q. Rev. 475 (1995), criticizing this standard as applied to the defence of insanity as conflicting with the presumption of innocence.

evidence in advancing a claimed defence, the judge *must* instruct the jury to consider whether the prosecution has disproved beyond a reasonable doubt the claimed defence before finding a guilty verdict.

Namely, the burden of production is distinct from and should not be confused with the burden of persuasion imposed upon the prosecution. Once the accused has provided sufficient evidence on a specific defence it raised, the burden of proof is on the prosecution to disprove that defence beyond a reasonable doubt.

### *In dubio pro reo*

Talking about the *in dubio pro reo* principle, it should be mentioned that it is not explicitly cited in the Anglo-Saxon world. It primarily exists on the Continent, often implied in the legal codes and constitutions.

For instance, in France, the *in dubio pro reo* principle is derived directly from the presumption of innocence,<sup>310</sup> while in Germany it was applied well before the presumption of innocence had been recognized.<sup>311</sup> *“In German criminal proceedings, the in dubio pro reo principle is now in wide use. It is applied to the facts composing essential characteristics of a criminal offense or criminal responsibility, facts that preclude crime or criminal responsibility, facts that make a crime privileged or qualified, facts that are criminal procedure prerequisites. France has a similar situation with respect to the frequency of application of this principle. Italian theory and practice also knows of it and the application of it is, on a smaller scale, similar to the German and French criminal procedure.”*<sup>312</sup>

In the LCP of Italy<sup>313</sup>, although not specifically stated, the principle of *in dubio pro reo* emerges from the Law, which requires that the judge shall acquit the defendant in case of lacking, insufficient or contradictory evidence, due to which it would be impossible to establish the crime or that it was committed by the defendant; the judge shall also acquit the defendant in case of lacking, insufficient or contradictory evidence due to which it cannot be established that the defendant had the will (*mens rea*) to commit the crime or that the crime was committed due to negligence, imprudence or malpractice. Furthermore, the Article states that in case of lacking, insufficient or contradictory evidence pertaining to the fact that the defendant is older than fourteen years of age or that he is mentally

<sup>310</sup> The French *présomption d'innocence* derives from Article 9 of the 1789 Declaration of the Rights of Man, which has force of the constitutional law and begins with: “Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable...(As all persons are presumed innocent until proven guilty...)” Fletcher, p. 881 note 41, citing L. Duguit, H. Monnier & R. Bonnard, *Les Constitutions De La France Depuis 1789*, at 2 (7th ed. 1952). See also P. Campbell & B. Chapman, *The Constitution Of The Fifth Republic: Translation and Commentary* 11 (2d ed. Oxford 1959).

<sup>311</sup> In 1952, the presumption of innocence established by Article 6(2) of the ECHR has had the status of domestic law in the German Republic. See Ratifying law of August 7, 1952, [1952] *Bundesgesetzblatt [BGBl.]* II 685, 953.

<sup>312</sup> Pavlović, Š., *Tri načela kaznenog prava (pravičan postupak, non bis in idem, in dubio pro reo)*, Libertin naklada, 2012, p. 490.

<sup>313</sup> LCP of Italy, Article 530(2)(3).

fit, the defendant shall be acquitted. Finally, the article stipulates that the judge shall acquit the defendant in cases when criminal responsibility has not been ruled out, but it has not been proven with certainty.

In the LCP of Serbia, the *in dubio pro reo* principle, although not expressed in this terminology, is also one of the fundamental principles: “*In case there is any doubt in the facts which govern the manner of the criminal proceeding, the existence of elements of a crime, or in the implementation of a different provision from the criminal law, in its judgment, or the ruling with the status of a judgment, the court shall adjudicate in favour of the defendant.*”<sup>314</sup>

LCP of Bosnia and Hercegovina also regulates the *in dubio pro reo* principle, and it is, together with the presumption of innocence, considered as one of the basic principles of the national criminal proceedings. The principle of *in dubio pro reo* reads as follows: “*If there is a doubt about the existence of the adjudicating facts of the crime which the implementation of the appropriate criminal provisions shall depend on, the court shall reach a decision in a manner which will be more favourable to the accused.*”<sup>315</sup>

This principle is also existent in the domestic LCP<sup>316</sup> requiring that: “*The Court shall decide in favour of the defendant whenever there is doubt regarding the existence or non-existence of facts comprising the elements of crime, or facts which lead to the application of a certain provision of the Criminal Code*”.

In addition to the national legislation, the ECtHR also clearly explains that the *in dubio pro reo* principle is fused within the meaning of Article 6 (2) of the Convention: “*Paragraph 2 embodies the principle of the presumption of innocence. It requires, inter alia, that when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence for which he is charged; the burden of proof is on the prosecution and any doubt should benefit the accused. It also follows that it is for the prosecution to inform the accused of the case that will be made against him, so that he may prepare and present his defence accordingly and to adduce evidence sufficient to convict him*”.<sup>317</sup>

Furthermore, in its General Comment to Article 14 of the Covenant on Civil and Political Rights, the UN Human Rights Committee mentions the principle *in dubio pro reo* when claiming that the burden of proof falls on the prosecution, and any doubt must benefit the defendant.<sup>318</sup>

Just like the standard that the guilt shall be proven beyond reasonable doubt, the *in dubio pro reo* principle gives the defendant the benefit of the presumption of innocence. The judge (trier of fact) must be convinced

<sup>314</sup> LCP of Serbia, Article 16 (5).

<sup>315</sup> LCP of Bosnia and Hercegovina, Article 3 (2).

<sup>316</sup> Domestic LCP, Article 4.

<sup>317</sup> Barbera, Messegué and Jabardo v. Spain, no. 10590/83, § 77, ECHR, 06.12.1988

<sup>318</sup> General Comment No.32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, Human Rights Committee, 2007, para.30.

of the facts establishing the accused's guilt before he or she can find the accused guilty, by the evidence viewed in the way most favourable to the accused.<sup>319</sup>

In other words, and when it comes to the acquittal, the right to presumption of innocence would be emptied of all its significance without this principle, since any doubtful situation would not be solved any more in favour of the defendant. The legal presumption that the defendant is innocent would be easily overcome by contradictory and infirm evidence presented by the prosecutor who could rely on doubtful factual reconstruction and not solid evidence to obtain a conviction. The defendant would still be presumed innocent, but such presumption would be practically ineffective. And vice versa, without the right to presumption of innocence, the principle of *in dubio pro reo* would be of hardly any benefit to the defendant, since the suspect should bear the burden of proving their innocence.

It is, therefore, evident how the principle of presumption of innocence and the principle *in dubio pro reo*, i.e. the standard that the guilt shall be proven beyond reasonable doubt, are actually entwined and must work together in order to ensure full fairness of the proceedings. This principle is applied with other constitutional rights fundamental to the guaranteed due process rights – rights that are explicitly set out in the International Covenant on Civil and Political Rights (“ICCPR”), and other regional conventions, such as the ECHR.<sup>320</sup>

### Numeric presentation of the standard of proof

People, including jurors, and frequently also lawyers, tend to represent probability mathematically, by representing it as a number on a scale from 1 to 100, or as a degree of probability from 0 to 1.<sup>321</sup> Taking into consideration that there are startling discrepancies in such representations, many surveys have been carried out in USA and in the United Kingdom in order to measure the quantitative expression of reasonable doubt.<sup>322</sup> While the position most commonly expressed in jurisprudence is that the standard of proof beyond reasonable doubt requires proof higher than 90%, the research mentioned above shows that the degree of proof required by respondents is sometimes much lower.

<sup>319</sup> Frase & Weigend, The German Criminal Procedure Code section 261 requires the court to adjudicate each case on the basis of its “free conviction derived from the totality of the trial”.

<sup>320</sup> The fundamental rights of the accused include the right to a fair and public hearing, ICCPR, Art. 14(1), ECHR, Art. 6(1). “If burdens and standards of proof reflect fundamental societal value determinations, as Justice Harlan [*Winship*, 368-375, Harlan J. concurring] has so convincingly espoused, then constitutional value, such as are embodied in the United States’ Bill of Rights and in solemnly proclaimed international treaties must have some impact.” See also Juliane Kokott, The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law: Civil and Common Law Approaches With Special Reference to the American and German Legal Systems 2-9 (Martinus Nijhoff Publishers 1998) (hereinafter “Kokott”), p. 27.

<sup>321</sup> See: M. K., Dhani, On Measuring Quantitative Interpretation of Reasonable Doubt, 14 *Journal of Experimental Psychology: Applied*, 2008, 353-363, available at: [www.psychwiki.com](http://www.psychwiki.com)

<sup>322</sup> See D. K. Kagehiro, W. C. Stanton, Legal vs. quantified definitions of standards of proof, 9 *Law and Human Behavior*, 1985, 159-178.

It must be noted that the research papers mentioned above use different methods to measure the quantitative interpretation of reasonable doubt in different groups of citizens. Two methods (or, more precisely, two groups of methods) are most commonly used for these types of measurements. With the application of the so-called “direct methods” of assessment, one measures the abstract attitude of respondents on the minimum degree of proof that they believe is required for conviction. These are called “self-report” methods.<sup>323</sup> These are simpler methods that generally yield higher results, namely around 0.9 on a probability scale of 0 to 1 or 90% on a scale of 0 to 100%, and are in this regard closer to the moral and theoretical discussions.<sup>324</sup> On the other hand, methods called indirect methods appear to be closer to the real situation of making decisions in practice, because, in addition to the interests of suspects, they include a more complex evaluation of the interests of society and of the victim, and thus comprise a process of finding the appropriate balance between the favourable and detrimental effects of conviction and acquittal.<sup>325</sup> In this regard, the decision-making criteria include more complex formulae that measure the use (detriment) of 4 values or situations: 1) acquitting the innocent; 2) convicting the innocent; 3) convicting the guilty, and 4) acquitting the guilty.<sup>326</sup> It appears that these “indirect methods” are closer to real life situations, because, in addition to abstract liberal values, they also reflect real concerns about fighting crime, victims’ interests etc.

It is more than understandable that, in addition to the difference of results depending on the method applied, results also differ depending on the population sample of the specific survey, with the value of the standard of proof beyond reasonable doubt varying from 50 to 100% probability. Most research shows that the degree of probability expressed by judges is approximately 90%,<sup>327</sup> with the highest values measured among university students (91-99%).<sup>328</sup>

The modest domestic research on the standard of proof conducted amongst legal practitioners (judges, prosecutors, attorneys and civil society observers) and law students did not give at substantially different results than those expressed in corresponding surveys in the USA when it comes to the application of the direct method. The standard was evaluated with highest values by judges and university students as proof of approx. 90% probability.<sup>329</sup>

<sup>323</sup> See R. Hastie (Ed.), *Inside the juror: The psychology of juror decision making*, Cambridge: Cambridge University Press, 1993, pp. 84-115; Kagehiro, D. K., Defining the standard of proof in jury instructions, *1Psychological Science*, 1990, 194-200.

<sup>324</sup> See Dhami, *supra*.

<sup>325</sup> See S. S. Nagel, Bringing the values of jurors in line with the law, *63 Judicature*, 1979, 189-195; S. S. Nagel, M. G. Neef, *Decision theory and the legal process*, Lexington Books, 1979.

<sup>326</sup> See Dhami, *supra*.

<sup>327</sup> See R. J. Simon, Judges’ translations of burdens of proof into statements of probability, *13 Trial Lawyer’s Guide*, 1969, 103-114; R. J. Simon, L. Mahan, Quantifying burdens of proof. A view from the bench, the jury, and the classroom. *Law and Society Review*, 1971, 319-330.

<sup>328</sup> See McCauliff, *supra*; Dhami, *supra*.

<sup>329</sup> For the purposes of this study conducted was the first modest attempt to quantify the degree of probability by surveying a100 number of domestic legal practitioners, law students and observers from civil society organisations monitoring court proceedings.

## FACTS PERTAINING TO THE IMPLEMENTATION OF THE PRINCIPLE OF *IN DUBIO PRO REO*

### Scope and time of application

When analysing the principle of *in dubio pro reo*, as defined in the legal systems on the Continent, it can be concluded that it is basically consisted of two segments. The first segment contains the prerequisite for existence of doubt and specifies on to what it can refer, while the second prerequisite is that the court shall reach a decision which is more favourable for the defendant.

Depending on the jurisdiction, the doubt can refer to whether facts that define the crime and are relevant for the application of other provisions from the material criminal law exist or not, but also to the question whether facts relevant for the application of the criminal procedural law exist or not.

When it comes to the facts that define the crime, those are the elements of crime known as *mens rea*-guilty mind and *actus reus*-guilty acts, but we will include here also the general provisions about the criminal responsibility and ways of conducting the crime. When it comes to the facts that are relevant for the application of other provisions from the material criminal law, those are the facts based on which the act shall not be considered a crime, or those facts that exclude criminal liability, such as: act of minor significance, self-defence, extreme necessity, factual and legal misconception and mental competence (facts that are in favour of the defendant and are basis for acquittal).

This would mean that, in case of doubt whether it exists or it does not exist the fact that the defendant was at the crime scene (*actus reus*), the court shall apply the principle of *in dubio pro reo* by deciding that this fact does not exist and by bringing an acquittal.

Alike, in case of doubt whether the defendant before committing the theft, broke down the door of the flat by using the correct tool or whether the door had already been open (*actus reus*), the court shall determine that there was no burglary, and convict the defendant of theft and not of severe theft. Similar situation may be when the court needs to distinguish wilful negligence from conditional intent as types of guilt (*mens rea*), since in both cases the perpetrator is aware of the possibility that a prohibited consequence may arise, with the difference being that, in the case of conditional intent, the perpetrator agrees to the occurrence of the harmful consequence, while in the case of wilful negligence, the perpetrator gullibly believes that he/she can prevent the prohibited consequence or that the consequence will not arise. This means that the line between wilful negligence and conditional intent is, in fact, the line between consent and gullibility in relation to the



prohibited consequence. Having in mind that these are degrees of will, i.e. psychological phenomena, it is obvious that this line cannot be strict, but flexible. Therefore, the conclusion is that the upper limit of reckless action in some way overlaps with or moves very close to the lower limit of agreeing to the consequence. In such cases, the court can obviously find itself in doubt on whether the specific case is a case of wilful negligence or conditional intent, and can, by applying the principle of *in dubio pro reo*, rule more favourably for the defendant - in this case, determine that there was wilful negligence.

Also, in case of doubt whether the fact based on which the act shall not be considered a crime, or a fact that exclude criminal liability (for example: that the crime was performed in self-defense or the defendant was in factual misconception), exists or not, the court shall again apply this principle in favour of the defendant and shall bring an acquittal. Still, in this case it is up to the court to decide if this fact exists (is proven) or to decide that, based on evidence that goes towards proving such fact, the court is doubtful about facts that define the crime and therefore shall decide that those facts are not existent (not proven).

Since the court decides on facts based on evidence presented at trial, it means that the court applies this principle after the trial and in the phase of decision making.

When it comes to procedurally relevant facts those are facts in relation to the application of procedural criminal law. For example, if there is a doubt about the statute of limitations or immunity from criminal prosecution etc. the application of the principle of *in dubio pro reo* by the court shall lead to dismissal of charges.

On the other hand, *in dubio pro reo*, generally, does not apply to auxiliary facts. Auxiliary facts enable the authentication of sources of the legally relevant facts. Considering their function, the auxiliary facts are only used to audit other facts. For example, an auxiliary fact is a fact that the letter, in which the suspect allegedly confesses to a criminal offense, was forged by a third person, so the fact whether the letter is forged or not is an “auxiliary fact”, because it is used to determine the credibility of the source of this legally relevant fact.<sup>330</sup> Hence, the auxiliary facts are used to decide on the opposites (yes or no) as a positive or negative fact; there is not a third option.

The principle of *in dubio pro reo* also does not apply to interpretation of provisions of criminal legislation. It is a question of achieving the *ratio legis* of the laws. Having decided about the facts, the court must apply the legal solution which best serves the meaning of the laws, regardless of whether that solution is more favourable to the accused.<sup>331</sup> In fact, this is not about the doubt in the genuine sense, but about the correct application

<sup>330</sup> Tomašević, *op. cit.*, p. 277-278.

<sup>331</sup> Pavišić, B., *op. cit.*, p. 68-69.



of criminal legislation. For example, the jurisprudence considers that ambush homicide is not a homicide committed in a sly manner, which would be an aggravating feature of the offense. Even though such a perception is in favour of the defendant, it is not the result of the court's application of the *in dubio pro reo* principle, but the interpretation of the term "in the sly manner" as the feature of the offense.

If the court uses circumstantial (indirect) evidence to substantiate decisive facts then *in dubio pro reo* can apply in cases where there is either insufficient number of indications (deficiency of indications) or when the probative value of indications does not allow for a reliable conclusion (the unreliability of indications). Both situations are elaborated by the Supreme Court of Croatia below:

However, all of the prosecutor's statements don't cast a doubt on the correctness of the decision of the Court of first instance according to which it was not proven that the accused committed the crime he is charged with because the presented evidence still leave doubt as to the possibility that someone other than the accused found cocaine held in gutter of the house. Prosecutor's claims in the appeal are indications that indeed point to the accused as the most suspicious person, but still he was not the only person who possibly could have left the drugs in that gutter. Therefore, since these indications together with the other evidence presented still leave open the possibility that another person held the seized cocaine in the gutter of the house, which the First instance court took into consideration, the accused should indeed have been acquitted, applying the *in dubio pro reo* principle.<sup>332</sup>

and:

In conclusion, it should be noted that, given the absence of necessary evidence which would undoubtedly point to the participation of the accused in this otherwise utterly abhorrent crime, the results of the procedure in fact are reduced to the existence of certain clues, which don't have the necessary quality to be considered solid grounds for a guilty verdict, so in respect of the *in dubio pro reo* principle the accused should be acquitted from charges for the crime, as was done by the Court of first instance<sup>333</sup>.

Regarding the application of the rule *in dubio pro reo* in connection with indications, it is worth to mention the research done by Davor Krapac on direct and indirect evidence in criminal proceedings, which comes to the conclusion that courts were more frequently in doubt and applied the rule *in dubio pro reo* in those criminal cases in which the indictment was based on indications than in cases where the indictment was based on direct evidence.<sup>334</sup>

<sup>332</sup> Supreme Court of Croatia, Judgment no. I Kž-38/99-3 23.11.2000.

<sup>333</sup> Supreme Court of Croatia, Judgment I Kž-479/97, 01.06.2000.

<sup>334</sup> Davor Krapac, *Neposredni I posredni dokazi u krivičnom postupku* (Direct and indirect evidence in criminal proceedings), Informator, Zagreb, 1982, p. 122

The understanding that, in order to decide about the existence of certain facts on the basis of indications, a larger number of logically related indications are required, was accepted in the case law of the courts of former SFRY. For example, the Supreme Court of former SFRY in its judgement from 1970 found that, *“where there is no direct evidence that the defendant perpetrated the criminal offence he/she is charged with, but the facts of the case are determined on the basis of circumstantial evidence, the defendant can only be found guilty on the basis of a series of facts established on the basis of circumstantial evidence, which were undoubtedly established and are strongly and logically interrelated, so that they present a closed circle and lead, with complete certainty, to the only possible conclusion that the defendant perpetrated the criminal offence that is subject of the indictment, and that the presented evidence exclude any other possibility”*.<sup>335</sup>

The Supreme Court of Croatia expressed a similar opinion in an older decision, from 1969, in which it assessed that *“even in the absence of direct evidence, the defendant shall be found guilty if the interrelation of the circumstantial evidence is such that it represents the links of a chain in full harmony, and if they, in their entirety, exclude any other possibility”*<sup>336</sup>.

### Internal and external doubt

The principle of *in dubio pro reo* is certainly applicable to the proof of an uncertain decisive fact. For instance let us assume that, in murder case, evidence presented by the defendant casts doubt about his presence on the crime scene. It is possible that things took place as follows: the prosecutor proved that the defendant had a good motive to kill, that he was on the crime scene and close enough to stab the victim and that he had a knife, but eyewitnesses saw another man on the crime scene who had a knife too, was close enough to stab the victim and after the murder fled the crime scene; therefore it could be possible that this other man and not the suspect was the murderer.

In a different case, the evidence presented by the prosecutor may not be sufficient to establish with certainty whether or not the defendant actually perpetrated the crime. For instance, the defendant was seen on the crime scene of the murder, but he was too far to stab the victim who was stabbed to death. Or, the hypothesis of the prosecution explains certain facts, but not all of the facts necessary for a guilty verdict: the prosecutor proved that the defendant had a good motive to kill, that he was on the crime scene and close enough to stab the victim, but, since the suspect was blocked by the police immediately after the murder, the prosecutor should have explained also how it was possible that no knife was found on the crime scene or in the possession of the defendant. The failure to explain such a circumstance may leave a reasonable doubt that somebody else was the killer.

<sup>335</sup> Supreme Court of former SFRY, Judgment KZh. no. 38/70, 22.12.1970.

<sup>336</sup> Supreme Court of Croatia, Judgment KZh. no. 1744/68-6, 29.10.1969.

From the above two perspectives, the doubt can be external and internal. The external doubt is the one that opposes the hypothesis of the prosecutor with an alternative view which does not have the characteristic of a mere logical possibility or *ad hoc* hypothesis, but the character of practical rationality and feasibility. On the other hand, the internal doubt is related to the case of self-contradictoriness of the hypothesis of the prosecutor or to its inability (or failure) to demonstrate the defendant's responsibility. In other words, even if the defendant did not present any piece of evidence in his favour and remained silent throughout the entire proceedings, the principle of *in dubio pro reo* imposes the decision maker to resolve the doubtful situation in favour of the defendant.

An example of internal doubt is elaborated below by the Appellate Court Stip deciding upon an appeal raised by the prosecution: *The discovered narcotics in the house of the defendant is not a reliable evidence to determine the criminal responsibility of the defendant for the crime 'Unauthorized manufacture and sale of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors' (...)*.<sup>337</sup>

In this case the Appellate Court confirmed the first instance judgement which released the defendant from charges, finding that:

(...) less than 50 grams of marijuana found during the search in the defendant's home does not represent sufficiently reliable evidence on the basis of which the criminal responsibility of the defendant for the criminal offense he is charged for cannot be determined. None of the evidences presented at the main hearing could establish with certainty that the found narcotic drug was intended for sale, especially when facts were established that the defendant was a long-time registered drug addict and that in the respective period he was undergoing methadone therapy. The statement of the medical expert witness confirmed that the relevant narcotic drug was for personal use, given the fact that in the respective period the defendant had his methadone therapy reduced, and he really needed to consume marijuana; according to the expert, it was normal for him to smoke 5 cigarettes a day. The defence that the relevant narcotic drug - marijuana was purchased for personal use was corroborated with the determined facts and circumstances at the main hearing, that during the search, the drug - marijuana was found in a prominent place - over the washing machine in the bathroom and the fact that several butts from handmade cigarettes were found in the defendant's home; they were a mixture of tobacco and dried, crushed tips and leaves of cannabis plant, but also the fact that during the analysis of the defendant's urine sample presence of metabolites and tetra-hydrocannabinol - a psychoactive substance contained in the plant cannabis, was detected.. In such a situation of established facts, as well as in case of absence of evidence proving that the defendant kept the subject

<sup>337</sup> Court of Appeal – Stip, Judgment No. KZH – 457/2013.

narcotics for sale, the intention of the defendant to use the seeds for production of narcotic drugs cannot be established.<sup>338</sup>

### Degree of doubt

The question whether any degree of doubt or only a higher degree of doubt is necessary for the principle of *in dubio pro reo* to apply, becomes a relevant issue that requires more precise determination.

Namely, although the court has to find that all facts that define the crime are proven (exist) with certainty based on evidence, often this certainty cannot reach 100 per cent, leaving always a possibility for doubt. Nevertheless, when there is certainty, the doubt, even if there, becomes irrelevant, unjustifiable, and as such it will not be taken into consideration. However, when the doubt is reasonable, it shall mean that the certainty about the existence of facts that define the crime is not reached (they are not proven), which results in the application of the principle of *in dubio pro reo* in favour of the defendant and his/her acquittal. Therefore, the doubt whether facts that define the crime exist or not, which is the prerequisite for application of the principle of *in dubio pro reo*, must be reasonable.

But, it is a justifiable question whether the degree of doubt for the existence/non-existence of facts based on which the act shall not be considered a crime and facts that exclude criminal liability, act of minor significance, self-defence, extreme necessity, factual and legal misconception and mental competence (facts in favour of the defendant), need to be equal with the degree of doubt about facts against the defendant? Namely, unlike the facts against the defendant, where *in dubio pro reo* can apply only if there is a reasonable doubt, for facts in favour of the defendant the lesser the doubt the better, because the fact, which is already in defendant's favour will be less contested if there is less doubt in it.

In that same direction is the opinion of the Supreme Court of Croatia given in 2014:

(...) This procedural rule, known as the principle *in dubio pro reo* lays down the standard of proof, according to which facts to the detriment of the defendant must be established with certainty, meaning that their existence must be proven beyond reasonable doubt. As long as there is doubt in these facts, they may not be considered established. From this legal provision one can draw the rule on the standard of proof regarding decisive facts in favour of the defendant - these facts should be accepted as proven, even if they are only likely, i.e. if there is still doubt about their existence, and even if the existence of the fact to the detriment of the defendant is more likely than the existence of the fact in favour of the defendant (...)<sup>339</sup>.

<sup>338</sup> *Ibid.*

<sup>339</sup> Supreme Court of Croatia, Judgement Kž. no. 1014/02-8.

Similar explanation was given by the Appellate Court Belgrade in 2012:

(...)All facts that the accused is charged with must be determined – proven with certainty in the criminal proceedings, and if not proven (if there is doubt in their existence) it shall be considered that they do not exist. Contrary to this, if doubt arises about the existence of the facts that are in favour of accused, and that evidence does not exclude such doubt, it shall be considered that such facts exist.(...)<sup>340</sup>

Although the domestic LCP<sup>341</sup> obliges the court to determine whether facts in favour of the defendant exist (are proven) or not, this can be observed also from a different angle.

Namely, if there is evidence presented by the defence that is proving a fact based on which the act shall not be considered a crime, or that can exclude criminal liability, (for example, evidence of self-defence or factual misconception), those evidence may raise reasonable doubt in the prosecutor's case (i.e. in the facts that define the crime).

If the prosecutor does not manage to refute those beyond reasonable doubt, the court shall apply the principle of *in dubio pro reo* not because there is a reasonable doubt whether facts in favour of the defendant exist or not, but because there is a reasonable doubt that facts that define the crime exist. As such, the court shall decide that facts that define the crime are not proven with certainty, i.e. they do not exist, because the evidence presented by the defense (that goes in favour of the exclusion of criminal liability for example) raised reasonable doubt in their existence.

This is because, although the defendant needs to make allegations that exclude him/her from criminal liability probable, that is to prove it to a degree which does not mean certainty or truthfulness, he/she does not have the obligation to prove his/her innocence.: „*The Court finds that the results of the evidence presented at the first instance trial, and the trial before the court of second instance, did not provide a reliable basis for the conclusion that the accused committed the criminal offense in the manner described in the indictment, and the second instance court acted correctly when it acquitted the accused of charges.*”<sup>342</sup>

### Principle of unfettered consideration of evidence and in dubio pro reo

An important achievement of the modern criminal proceedings in respect of fact-finding is the application of the principle of unfettered consideration of evidence. In accordance with this principle, the court evaluates the presented evidence by using logical and psychological analysis and is not bound by other legal rules.

<sup>340</sup> Court of Appeal Belgrade, Judgment no. 108/12.

<sup>341</sup> Article 15: “*The court and the state authorities shall be obliged to pay equal attention to the investigation and determination of both facts against and facts in favour of the defendant.*”

<sup>342</sup> Supreme Court of Republic Srpska, Judgment 84 0 K 009669 10 kž, 15.02.2011

When discussing the relationship between the principle of unfettered consideration of evidence and *in dubio pro reo*, the question arises whether these principles are in collision. In theory, there are two different standpoints. According to one, mainly present in older literature, the *in dubio pro reo* principle is a formal evidentiary rule which limits the unfettered consideration of evidence because it instructs the court on how to resolve the doubt it might find itself in when deciding about facts. „If the *in dubio pro reo* rule is regarded as the method for assessment of evidence or instruction to the Court that any doubt in the existence of facts should be resolved to the benefit of the accused, then this rule is contrary to the principle of unfettered consideration of evidence.“<sup>543</sup>

Such an opinion is not acceptable as it does not take into account the fact that *in dubio pro reo* principle applies only when the court has finished assessing the evidence according to its free consideration, and has not established with certainty the existence of a decisive fact, but has remained in doubt. *In dubio pro reo* principle, which, in such a situation, requires from the court to decide in favour of the accused is hence not a rule for evaluating the evidence, but a method for resolving the doubt which occurs once the evidence has been evaluated. The German Federal court was right when it warned about the frequent incorrect practice where *in dubio pro reo* principle was considered as a rule of evidence rather than a principle applied in the process of making a judgment.<sup>544</sup>

The same position was shared by the Supreme Court of Croatia in few consecutive decisions, as stated below:

In this regard, it should be noted that the notions contained in the appeal of the accused are not legally feasible, since it required that the court, in line with the *in dubio pro reo* principle, should have accepted the alternative presented by the defence that is more favourable for the accused. Namely, this case is not about the doubt in the facts that is resolved during the criminal proceedings in a manner that shall be more beneficial for the accused, but simply about evaluating the credibility of the defendant's testimony as an evidentiary instrument, which has been approved by the Appellate and Supreme Court, to which the appellant was referred to. The opposite understanding of the meaning and application of the *in dubio pro reo* principle, on which the appeal insists, would lead to absurd situations where the court should accept any, even the most illogical version of the accused's defence, only if that version is more favourable for him.<sup>545</sup>

and

<sup>543</sup> Zlatarić, B., *Krivično pravo*. Opći dio, Zagreb, 1977, p. 89.

<sup>544</sup> Safferling, C., *Terror and Law – Is the German legal System able to deal with Terrorism?* (The Federal Court of Justice decision in the case against El Motassadeq), *German Law Journal*, no. 5, 2004, p. 524.

<sup>545</sup> Supreme Court of Republic of Croatia, Judgment I Kž-349/1990-3, 04.09.1990.



*In dubio pro reo* is not an evidentiary rule. It only implies that in criminal proceedings the Court shall decide by reaching a verdict in a manner that is more favourable for the accused, only if the court, having thoroughly assessed the individual pieces of evidence and their relevance with other evidence, still has doubts that cannot be resolved regarding the existence or nonexistence of facts that define the crime, or which determine the implementation of certain provisions of criminal legislation, and it does not contain criteria which the Court of first instance would be obliged to consider in the adjudicating process, if certain facts are proven to a certain degree of probability compared with the others.(...)<sup>346</sup>

The same approach is shared by the Federal Supreme Court of Bosnia and Hercegovina and Supreme Court of Republika Srpska:

When even after complete and meticulous evaluation of every piece of evidence and their relevance to other evidence, the court could not exclude the possibility that the deficit which incurred in the business transactions of the company, could have been caused by other reasons other than the accused appropriating the money, the court was right to resolve the doubt about the existence of that adjudicating fact, the defendant's appropriation of the money she was entrusted with, by deciding in a way that is more favourable for the accused.<sup>347</sup>

The *in dubio pro reo* principle does not mean that the existence of contradictory evidence by itself excludes the possibility of reliably determining the relevant facts and that it imposes an obligation on the court to conclude about the existence or nonexistence of such facts in the way which is more favourable for the accused. This principle implies the obligation of the court to conscientiously evaluate every piece of evidence and its relevance with the rest of the evidence, especially an assessment of the credibility of contradictory evidence, and in accordance with such an assessment to conclude whether certain adjudicating facts can be considered proven or not proven. If the court, despite of this, remains in doubt with regard to certain adjudicating facts that define the essential elements of the criminal offense and on which the application of a criminal law depends on, that doubt must be resolved in a manner that is more favourable for the accused.<sup>348</sup>

Therefore, the *in dubio pro reo* principle does not present a limitation or derogation from the principle of free evaluation of evidence but, on contrary, it practically emanates from it.<sup>349</sup> When the court is convinced of the existence of the decisive facts, based on the unfettered consideration of evidence, the court expresses a belief by rendering a decision resolving

<sup>346</sup> Supreme Court of Republic of Croatia, Judgement U-III/80/2010, 06.04.2011.

<sup>347</sup> Supreme Court of Federation Bosnia and Hercegovina, Judgment 09 O K 014393 13 Kž, 14.01.2014.

<sup>348</sup> Supreme Court of Federation Bosnia and Hercegovina, Judgement Kž-610/06, 06.02.2006.

<sup>349</sup> Škulić, M., op. cit., p. 68.



the case. However, it is possible that the court, after the assessment of all evidence, remains in doubt, or does not get convinced of the existence of decisive facts. In this case, the facts about which the court is in reasonable doubt are to be interpreted in favour of the defendant. Otherwise, if the principle of free evaluation of evidence was not part of the criminal proceedings, and there was a legal value of evidence instead (the law stipulating explicitly the quantity and quality of evidence required for conviction as it was the case in the inquisitorial criminal procedure), then the court would not be able to determine that there is doubt regarding the existence of decisive facts.

### Court reasoning

It is of course worth noting that the free evaluation of evidence by the court, as a prerequisite for application of the principle of *in dubio pro reo* when deciding about decisive facts, cannot be arbitrary, or, as stated in a decision of the Supreme Court of the Autonomous Province of Vojvodina “*The determination of facts based on the free evaluation of the court shall not rest solely on the internal subjective conviction of the judge, but must also be based on the real accuracy of the court’s conclusion based on objective facts*”.<sup>350</sup>

The conclusion for the existence of decisive facts, drawn on the basis of conscientious evaluation, must be explained by the judge in the rationale to the written guilty verdict. In the guilty verdict the court shall state the facts that are not disputed, and in regards to the disputed facts, the court shall elaborate the reasons due to which these facts have been evaluated as proven or not proven, the evidence from which the facts derived, the reasons due to which specific motions by the parties were dismissed, and the reasons based on which the court decided on the legal issues and especially in ascertaining whether the criminal offense was committed and whether the accused was criminally responsible. Failing to do so, and failing to explain its conclusion in the rationale, or failing to transparently demonstrate the process in which facts were found proven based on the evidence, constitutes a substantive and absolute violation of the legal provisions governing the criminal procedure, which must result in the higher court revoking the judgement.

Legality of evidence can also be seen as an exception to the principle of unfettered consideration of evidence. Evidence obtained by violating constitutional principles, international conventions and laws is illegal, and so is evidence which is a result of illegal evidence, known as *the fruit of poisonous tree*.<sup>351</sup> As such, the court must at any stage of the proceedings dismiss any illegal evidence, especially the one obtained by use of torture, inhumane and degrading treatment.

<sup>350</sup> Supreme Court of the Autonomous Province of Vojvodina, Judgement Kž 1206/62, 11.01.1963.

<sup>351</sup> See *Gafgen v Germany*, no. 22978/05, § 161, 164-167, ECHR, 01.06.2010.

Below can be found an exhaustive elaboration by the Constitutional Court of Bosnia and Hercegovina from 2006 and 2014 on the court reasoning and how it may affect the application of the principle of *in dubio pro reo*:

(...) The unfettered consideration of evidence is, hence, freed of the legal rules that would a priori determine the probative value of certain evidence. However, the unfettered consideration of evidence requires that every item of evidence and its relevance with the rest of the evidence be explained, and that they be brought into a logical mutual connection. The principle of unfettered consideration of evidence does not represent an absolute freedom. This freedom is limited by general rules and regulations of human thinking, logic and experience. This is why the court has an obligation to describe in the verdict rationale the process of evaluation of individual evidence, to bring every single evidence in relation with other available evidence and make conclusions as to whether certain facts are proven. (...) In the light of this, the Constitutional court stresses that the Court of first instance evaluated the testimonies of several witnesses as arbitrary, without providing more detail on the basis of which the Court gained that impression, and not explaining the process of evaluation of the evidence as required by the principle of unfettered consideration of evidence. The Constitutional Court holds that such an explanation does not satisfy the requirement of careful and conscientious assessment of evidence since the subjective belief of the court that the appellant committed the criminal offense he is charged with is not sufficient, but there must be real truth in the conclusion of the court, explained and grounded on the objective facts. Regular courts cannot just say that they do not believe a particular witness just because his testimony is in contradiction with the testimony of another witness they trust, nor is it enough to subjectively qualify the evidence as “arbitrary”. (...) Taking this into account, the Constitutional court finds that the lack of satisfactory explanation of the appellant’s guilt, and the lack of objectification of court’s subjective evaluation with a comprehensive analysis and assessment of the presented evidence, does not correspond to the demand of a fair trial prescribed in Article 6 Paragraph 1 of the European convention. The court also considers that the opinions of the challenged judgments do not satisfy the obligation of respecting the *in dubio pro reo* principle. Based on everything said, the Constitutional Court considers that the opinions of the disputed judgments do not meet the requirements of a fair trial, but give the impression of arbitrariness, so they violated the appellant’s right to a fair trial under Article 6 paragraph 1 of the European Convention.(...) <sup>352</sup>

(...) With regard to the appellant’s allegations about the violation of the principle of *in dubio pro reo*, the Constitutional Court

<sup>352</sup> Constitutional Court of Bosnia and Hercegovina, Judgment AP 1603/05, 21.12.2006.

observes that the appellant considers that there was a violation of the principle *in dubio pro reo* in this case because the courts should have interpreted all the dilemmas and contradictions in favour of the appellant and not against him as they had done. The Constitutional court emphasizes that the *in dubio pro reo* principle is guaranteed in Art. 6 Para. 2 of the European Convention. According to this principle, everyone is presumed innocent until proven guilty in accordance with the law. In this sense, if there is doubt whether a certain person committed a criminal offense he or she is charged with, such a doubt should be resolved to the benefit of the accused. However, in the opinion of this court, the application of the principle of *in dubio pro reo* can be challenged in absence of a comprehensive analysis of all evidence presented in the opinion of the judgment which eliminates such a doubt. In this particular case, the Constitutional court states that the explanation of the analysis performed on all the presented evidence leaves no room for doubt about the court's conclusion about the accused's guilt. Hence, the Constitutional court finds that the principle of *in dubio pro reo* contained in Art. 6 Para. 2 of the European convention has not been infringed in this particular case, so the appeal is deemed unfounded.(...)<sup>353</sup>

### *In dubio pro reo* on expert opinions

The testimony of the expert witness is assessed as any other evidence, according to the principle of unfettered evaluation of evidence. Expert's opinion is not binding for the court but represents evidence which the court evaluates freely, so the court can either accept or reject it. If the court rejects expert's opinion, it shall ground its decision on other evidence, and if there is no such evidence, the court shall conclude that the facts that were supposed to be proven by an expert witness remain unproven.<sup>354</sup>

But the question is what the court should do in a situation when it does not accept the final opinion of the expert witness because it is not convinced in his/her accuracy whilst the fact must be determined through expertise (mandatory forms of expertise). There are two solutions on this. According to the first, the court can establish the questionable fact despite the opinion of the expert witness, while according to the other, the court shall consider the given fact unestablished and shall apply the *in dubio pro reo* principle. The first solution can be unacceptable because the court would, in that case, undertake the function of the expert witness and violate the principle of division of functions in a criminal procedure aimed at providing objectivity of the criminal proceeding. According to the second solution, if the court does not accept the final opinion of the expert witness, it must conclude that the fact subject of expertise remains

<sup>353</sup> Constitutional Court of Bosnia and Hercegovina, Grand Chamber, Judgment AP 4578/10, 24.04.2014.

<sup>354</sup> In this context see the judgment of the Supreme Court of Bosnia and Hercegovina, Kž. 1005/77, See also Kreho, S., *Zbirka sudskih odluka iz oblasti Zakona o krivičnom postupku*, Sarajevo, 1996, p. 124.

unproven, i.e. doubtful. This is why in such a case, as well as in other cases when the court has reasonable doubt about the existence of decisive facts of the case, it shall apply the *in dubio pro reo* principle. This theoretic approach is also supported by case law of the Supreme Court of Croatia:

In the given case there were serious omissions during the investigation, primarily because the evidence was not gathered on basis of which it could have been confirmed with great certainty who was driving the vehicle during the traffic accident, as well as the fact that there were no eyewitnesses of the event, nor has the accused provided relevant data in that respect. Bearing in mind that during the proceedings three medical and one traffic expert witnesses provided their findings and opinions, and that a combined medico-legal and traffic expertise were performed, and what is particularly important, all of the expert witnesses agreed that it could not be determined with certainty who was behind the wheel in the moment of the accident, and that none of the evidence exculpates the accused directly, the conclusion of the First instance court that in determining these adjudicating facts and following the complete assessment of the evidence a dilemma remains, can be considered logical. This dilemma was correctly resolved by the court who acquitted the accused of the charges in compliance with the *in dubio pro reo* principle contained in Art. 340 point 3 CPC”.<sup>355</sup>

In practice, it is possible that the expert witness cannot give a definite answer to a certain question and his/her opinion only allows the possibility of existence of a decisive fact. Therefore, the question is whether the court can accept the opinion of the expert witness that is not adamant but only expresses the possibility of existence of a fact which was subjected to the expertise. The court can accept an opinion of the expert witness who expresses only possibility that a decisive fact exists, as it can be seen from the case law of the Supreme Court of the Federation of BiH:

Therefore, this Court examined, whether due to the expert’s use of the phrase “most likely”, which relates to the assessment whether the injury caused to the victim was a result of assault, a doubt incurred as to the existence of facts defining the criminal offense, which would, if such is the case, result in the application of the principle of *in dubio pro reo* prescribed in Article 3, paragraph 2 of the CPC FBiH. This principle provides that any such doubt or uncertainty about the existence of facts that define the crime shall be adjudicated by the Court in a manner that is most favourable for accused, so the significance and validity of the use of the aforementioned words by the expert witness should have been appropriately evaluated. Before answering these questions, the Court took into account the explanations given by the forensic expert witness and therefore opted for the conclusion that the stab

<sup>355</sup> Supreme Court of Croatia, Judgment I Kž-28/1995-3, 21.01.1997.

wound that the accused inflicted on the victim's right side of the neck (an indisputable fact) is a wound received during an assault. The expert primarily based such an assessment on the depth of the wound of 15 cm, which required a strong swing, which is not the case with defensive injuries where the effect of the knife is not direct, but the victim merely inflicts lacerations to the attacker. Having all of this in mind, the descriptions of injuries inflicted on during assault or in defence are clear and do not overlap, they are mutually exclusive, because according to the expert witness' opinion and description, the wound on the right side of the victim's neck was a wound inflicted in an attack, and was not defensive. He, then superfluously and needlessly used the phrase that it was "a most likely assault wound", knowing that with the previously given statement it could only be described as such. (...) If all this is taken into account then, in opinion of this Court, we cannot say that there is any doubt about the existence of an activity perpetrated by the defendant in which, during an assault, the victim received a stab wound in the right side of her neck, so that in line with *in dubio pro reo* principle, the case could be resolved in a way that is more favourable for the accused. Hence, there is no doubt in the certainty of this fact which the court established on the grounds of the forensic expertise that this was a case of a wound inflicted on the victim during an assault. Precisely due to the fact that there is no doubt about this relevant circumstance which is a part of the structure, that is, presents an element of crime, the application of *in dubio pro reo* principle is not an option.<sup>356</sup>

Considering the fact that during the main hearing, both the prosecution and the defence may call for an expert witness, it is possible that the two separate expert witness give different results. In this situation, the Court must assess both findings and opinions, and opt for the one that is more convincing, and if in doubt in line with the *in dubio pro reo* principle, the court shall accept the one that is more favourable for the defendant. Such a conduct may not always be accepted, and the Court may engage a third expert in order to eliminate the existing dilemma. The third finding and opinion will usually side up with one of the previous two. In this situation, the Court will accept the finding and opinion of the expert that is confirmed by the third expertise. But is such a conclusion by the Court correct? It could be widely discussed whether the court should accept the fact as proven only based on the circumstance that findings and opinion of the expert witness were confirmed by another expert witness. What would happen if the fourth expertise were conducted, which supported the opinion of the expert witness whose findings and opinion were not upheld by the third expert witness? If the court was in such a situation, where there are two different expert findings and opinions supported by

<sup>356</sup>Supreme Court of Federation Bosnia and Hercegovina, Judgment 04 0 K 00097110 Kžk, 13.05.2011.

two pairs, ordering any further expert evaluations would not make any sense, as the next finding and opinion would logically opt for one of the opposed findings and opinions, so the court should apply the *in dubio pro reo* principle and accept the one which is more favourable for the defendant.<sup>357</sup> Therefore, in case of reasonable doubt whether a certain decisive fact exists or not, the court shall apply the *in dubio pro reo* principle, stating the reasons for it in the rationale of the judgement.<sup>358</sup>

### Violation of *in dubio pro reo* principle as ground for appeal

Since the principle of *in dubio pro reo* is contained in the law the party dissatisfied with the decision may ground the appeal on the failure of the court to apply this principle as a substantive procedural violation, if that may have influenced the legal and righteous adoption of the judgement. If the court of appeal finds that there is a substantive procedural violation because of failure of the basic court to apply the *in dubio pro reo* principle, it may repeal the first instance decision and refer the case back to the court of first instance for re-trial.

The court of appeal may also indirectly take into consideration this principle while checking *ex officio* if the decision is unclear, contradictory, or does not contain the reasons for the decisive facts, which is also a substantive procedural violation. So, if the court of appeal, when examining the appealed decision, finds that the facts considered proven do not result from the presented evidence, it may decide that the first instance court in its rationale to the judgement, reasoned on the decisive facts significantly contrary to the contents of the presented evidence, thus committing substantive violation of the criminal procedure law, and that due to the established violation the facts are considered questionable. In such case the court of appeal may even hold a hearing in order to correctly establish the facts of the case and then render a verdict.

For example, the Belgrade Court of Appeal in 2014 found that the trial Court rightfully concluded that the evidence presented by the prosecutor was not sufficient since the persons accused of attacking the police during riots following a political rally, were not identified and it was not confirmed that they have been in the place of the riots beyond reasonable doubt. Therefore, the Court of Appeal confirmed the trial Court's judgement which correctly concluded that there was no evidence to prove that the accused committed the crime offense. The Court based its ruling on the LCP provisions stating that the Court is not entitled to *ex officio* collect and present evidence in order to determine the material truth. The First Instance Court, in the absence of relevant evidence, correctly applied the rule embodied in Article 16, paragraph 4 of the CPC:

<sup>357</sup> Garačić, A., Vještačenja u kaznenom postupku, *Vještak*, br. 1, Zagreb, 1997, p. 3.

<sup>358</sup> Krapac, D., *op. cit.*, p. 477.



The court may base its judgment, or ruling corresponding to a judgment, only on facts of whose certainty it is convinced” and on principle *in dubio pro reo* referred to in Article 16, paragraph 5 of the CPC. In case the Court has any doubts about the facts on which criminal proceedings are resting, or about the existence of the elements of a criminal offence, or about the application of provisions of criminal law, it shall, in its judgment, or ruling corresponding to a judgment, rule in favour of the defendant.<sup>359</sup>

In another case this court sent the case for a re-trial reasoning that:

During the retrial the court is obliged to examine the existing and the new evidence, as needed, and to perform a comprehensive analysis of the examined evidence and of the defence of the accused, bringing these two together so that the factual evidence can be established. Accordingly, the same court of first instance is particularly obliged to assess the credibility of the evidence presented. The First Instance Court shall comply with the *in dubio pro reo* principle, as per Article 18, paragraph 3 of the LCP. This means that the court has to determine with certainty all facts against the accused.<sup>360</sup>

When the appellant claims violation of criminal procedure due to no application of the principle of *in dubio pro reo*, he/she must elaborate on the doubt in the decisive facts in the case and to point the moment in the first instance decision that caused such a doubt. Cases in which, surely, the court failed to apply the principle of *in dubio pro reo* are those where the court, in its rationale to the judgement, explicitly refers to it or uses a wording which states that the existence of certain decisive facts has been established as a possibility only, e.g. “*the existence of that fact is likely*”, “*it is possible that the fact exists*”, and yet the court failed to apply the principle of *in dubio pro reo*. The wrongly established facts, which resulted from such action of the court, are merely a consequence of the failure to apply the principle.

Here one needs to take into account that the rationale of the first-instance decision often does not provide grounds for such claims, simply because the court does not elaborate, at least not frequently, that it had doubts about whether a particular decisive fact exists or not. The opposite situation is significantly more common in practice, where the basic court in its rationale does not invoke any doubt when it comes to the decisive facts. In such cases, obviously, it cannot be concluded that the first instance court made a wrong decision because it acted contrary to the *in dubio pro reo* principle violating the legal provisions from the criminal procedure, but only that it has wrongly established the facts<sup>361</sup>, and as a result of it failed

<sup>359</sup> Court of Appeal Belgrade, Judgment Kz 1 668/14.

<sup>360</sup> Court of Appeal Belgrade, Judgment 108/12.15.03.2013.

<sup>361</sup> Sijerčić-Čolić, H., *Krivično procesno pravo*. Book II. Tok redovnog krivičnog postupka i posebni postupci (Criminal Procedural Law, Regular criminal procedure and separate procedures), Third updated and revised edition, Law Faculty at the Sarajevo University, Sarajevo, 2012, p. 139.



to apply the legal provisions which refer to *in dubio pro reo*. That is visible in the Supreme Court of Croatia rationales below:

The non-implementation of Article 3 para. 2 of LPC, i.e. the principle of *in dubio pro reo* the accused defined as a major violation of the provisions of the criminal procedure which, in the opinion of the court did not take place. Namely, the application of this principle is closely linked to establishing and evaluating the facts which constitute a criminal offence, i.e. on which the application of certain provision of criminal legislation depends. In essence, this is an objection of factual nature and not an objection about the major violation of the provisions of criminal procedure.<sup>362</sup>

And:

As part of the essential violations of criminal procedure as grounds for appeal, the defendant points out that the court did not apply the principle *in dubio pro reo*, thus clearly pointing to a substantial violation of the criminal procedure. However, contrary to these appeal arguments, in this particular case, there was no violation of Article 3, paragraph 2 of the LPC, because, after the presentation of evidence, none of the relevant facts remained in doubt, which is why there was no need for the application of this provision.<sup>363</sup>

Hence, it is obvious why parties invoke violations to the principle of *in dubio pro reo* in its pure form only in exceptional cases. Instead, parties use other grounds for appeal such as the violation of the right to defence as a substantive procedural violation, or violation of the Criminal Code or wrongly established factual situation.

---

<sup>362</sup> Supreme Court of Croatia, Judgment I Kž-827/05-5, 07.11.2007.

<sup>363</sup> Supreme Court of Croatia, Judgment I Kž-125/07-6, 17.04.2007.

## FACTS PERTAINING TO THE APPLICATION OF THE STANDARD BEYOND REASONABLE DOUBT IN THE ANGLO-SAXON WORLD

As it has been stated before, although the reasonable doubt language appears in numerous cases from the 1780s onwards, it was not until the nineteenth century that reasonable doubt as a standard was incorporated into the US jurisprudence. Scholars observe that US states gradually accepted the reasonable doubt standard in their own time.<sup>364</sup>

Long before 1970, when the US Supreme Court held in its seminal case *In re Winship*<sup>365</sup> that the reasonable doubt standard is required under the US Constitution, state courts had imposed this standard in state criminal proceedings. For example, in *Robbins v. Ohio* (1857), the Ohio Supreme Court quoted the trial judge's jury instruction:

In most cases of murder in the first degree, it is necessary to establish by proof, *beyond a reasonable doubt*, the fact of killing, the intent to kill, and the deliberate and premeditated malice...<sup>366</sup>

This instruction is quite progressive, although it is not clear from the Court's pithy reference whether the trial judge actually defined the reasonable doubt standard.

In some of the early cases (discussed below), the courts were not explicitly dealing with the definition of reasonable doubt. Rather, the courts attempted to describe reasonable doubt in the context of dealing with other issues, such as the use of circumstantial evidence, the proper application of the standard of proof, or whether the jury has the discretion to acquit when entertaining a reasonable doubt. In dealing with these issues, the courts never settled on a clear definition of the reasonable doubt standard, resulting in the confusion and inconsistency that persists to this day.

In various attempts to describe or clarify the term "reasonable doubt," the courts often used even more confusing terms, such as "moral certainty," "satisfied conscience," and "substantial doubt," or attempted to explain reasonable doubt by way of analogy or through real-life examples. The courts did not always use these terms consistently. As a result, despite the judicial attention devoted to the definition of the reasonable doubt standard, it remains as unsettled and elusive today as it was when it was first introduced in the eighteenth century.

After chronologically discussing the early state and US Supreme Court

<sup>364</sup> To trace the development of the reasonable doubt standard in different US States, see Morano, p. 520-21; Shelagh Kenney, Note, *Fifth Amendment Upholding the Constitutional Merit of Misleading Reasonable Doubt Jury Instructions*, 85(4) J. Crim. L. & Criminology 989, 989-95 (1995) (hereinafter "Kenney").

<sup>365</sup> *Supra* n.278.

<sup>366</sup> *Robbins v. Ohio*, 8 Ohio St. 131, 167-68 (1857).

cases regarding the development of the reasonable doubt standard, several seminal US Supreme Court cases framing reasonable doubt in jury instructions are discussed. This will provide the backdrop on how US Federal Circuit Courts have dealt with instructing on reasonable doubt in the absence of a settled definition. Throughout this discussion, various insightful criticisms of the courts decisions are included for contextual purposes, as well as the author's views regarding the need to define the reasonable doubt standard.

### Commonwealth v. Harman (1846) and Commonwealth v. Rider (1905)

One of the early examples of how reasonable doubt was used and described as a standard of proof is the 1846 Supreme Court of Pennsylvania case *Commonwealth v. Harman*,<sup>367</sup> which was later reviewed and clarified in *Commonwealth v. Rider*.<sup>368</sup>

In *Harman*, the Court discussed the issue of the level of doubt of an accused's guilt that is necessary for an acquittal, stating that the doubt must be "serious and substantial," as opposed to "the mere possibility."<sup>369</sup> Harman was charged with the murder of her infant child. The Court noted that since all evidence was circumstantial, such evidence would be sufficient to instruct the jury to exclude in their mind disbelief or doubt regarding Harman's guilt.<sup>370</sup> The Court indicated that the disbelief or doubt that a juror has must be an "actual and not technical disbelief," and that it will be "enough that his conscience is clear."<sup>371</sup> The Court concluded that "the law exacts a conviction wherever there is *legal* evidence to show the prisoner's guilt beyond a reasonable doubt, and circumstantial evidence is legal evidence."<sup>372</sup> It instructed the jury that a doubt to reach an acquittal must be "serious and substantial – not the mere possibility of a doubt."<sup>373</sup> However, if the jury "can reconcile [the evidence] to any reasonable hypothesis of innocence, [they] *may* acquit."<sup>374</sup> The use of this discretionary language suggests that the jury *may* acquit, as opposed to *must* acquit, in the presence of an actual reasonable doubt as to the guilt of the accused.

Later in 1905, in *Rider*, the Superior Court of Pennsylvania clarified the position taken in *Harman* regarding the jury's discretion to acquit. In *Rider*, the instruction given to the jury at trial stated: "[i]f you have any doubt of the guilt of the defendants ... on the indictments, under the testimony and the law in the case, you *may* give the defendants ... the

<sup>367</sup> *Commonwealth v. Harman*, 4 Pa. 269 (1846) (hereinafter "*Harman*").

<sup>368</sup> *Commonwealth v. Rider*, 29 Pa. Super. 621 (1905) (hereinafter "*Rider*").

<sup>369</sup> *Harman*, at 274.

<sup>370</sup> *Harman*, at 273.

<sup>371</sup> *Harman*, at 273.

<sup>372</sup> *Harman*, at 273 (italics in original).

<sup>373</sup> *Harman*, at 274.

<sup>374</sup> *Harman*, at 274 (emphasis added).

benefit of that doubt.”<sup>375</sup> Citing *Harman* with approval, the Court held that “[a] doubt, to work an acquittal, must be serious and substantial, not the mere possibility of a doubt.”<sup>376</sup> However, the Court then distinguished the position taken in *Harman* as to how the jury must treat a reasonable doubt:

An instruction which must reasonably be held to have given a jury the impression that if they found that such a doubt as the law recognizes existed ... then they were vested with a discretion to determine whether the defendant should have the benefit of that actually existing reasonable doubt, is certainly misleading. The discretion of the jury is to be exercised in determining whether the reasonable doubt exists, if they find that such doubt does exist, then, the legal principle applicable is that they must give the defendant the benefit of the doubt; *not that they may do so in their discretion.*<sup>377</sup>

*Harman* and *Rider* illustrate that the term “reasonable doubt” was not treated as a novelty by the Pennsylvania Courts. It had gained some acceptance in articulating the standard of proof required to reach a guilty verdict.

### Giles v. Georgia (1849)

In *Giles v. Georgia*,<sup>378</sup> the Supreme Court of Georgia discussed the issue of a faulty jury instruction regarding the reasonable doubt standard. *Giles* concerned an appeal of a conviction for libel. The defendant appealed on the basis that the trial judge erred in instructing the jury on “the degree of conviction which should rest on their minds before they found the prisoner guilty.”<sup>379</sup> The defendant specifically contested the trial judge’s statement that though “the defendant was entitled to the benefit of any doubts ... they *must* be reasonable doubts, not a ‘may be so,’ or a ‘might be so.’”<sup>380</sup> In addressing this issue, the Court attempted to define the reasonable doubt standard.

The Court relied on several English treatises on the development of the term “reasonable doubt.” One of the treatises relied upon was Macnally’s *Rules of Evidence on Pleas of the Crown*, wherein he stated that “if a jury entertain a reasonable DOUBT upon the truth of the testimony of witnesses, given upon the issue, they are sworn well and truly to try, they are bound in conscience to deliver the prisoner from the charge found against him in the indictment, by giving a verdict of not guilty.”<sup>381</sup> Macnally referred to Sir Edward Coke, who “exhort[ed] juries not to give their verdict against a prisoner, without plain, direct, and manifest proof

<sup>375</sup> *Rider*, at 625 (emphasis added).

<sup>376</sup> *Rider*, at 625.

<sup>377</sup> *Rider*, at 626 (emphasis added).

<sup>378</sup> *Giles v. Georgia*, 6 Ga. 276 (1849) (hereinafter “Giles”).

<sup>379</sup> *Giles*, at 284.

<sup>380</sup> *Giles*, at 284 (emphasis added).

<sup>381</sup> Macnally, p. 2 (emphasis in original).

of his guilt, which implies, that where there is doubt, the consequence should be acquittal of the party on trial.”<sup>382</sup>

The Court acknowledged that although Macnally’s statement was “well calculated to mislead Juries,” it agreed with his interpretation of the standard.<sup>383</sup> The Court referred to Macnally’s reminder that jurors have the duty “before they pronounce a verdict of condemnation, to ask themselves whether they are satisfied, beyond the *probability of doubt*, that he is guilty of the charge alleged against him in the indictment.”<sup>384</sup> The Court noted Justice Chamberlain’s jury charge in *The King v. Patrick Finny* that “if there be a doubt, I take it to be a clear maxim, founded in humanity as well as law, that you must acquit the prisoner.”<sup>385</sup>

The Court also noted with approval the work of Starkie, stating that “absolute, mathematical or metaphysical certainty is not essential; and besides, in judiciary investigations, it is wholly unattainable. *Moral certainty* is all that can be required.”<sup>386</sup> Starkie stated that “to acquit upon light, trivial and fanciful suppositions, and remote conjectures, is a virtual violation of the juror’s oath[;]” however, “a juror ought not to condemn unless the evidence exclude[s] from his mind all reasonable doubt as to the guilt of the accused, and ... unless he be so convinced by the evidence that he would venture to act upon that conviction in matters of the highest concern and importance to his own interest.”<sup>387</sup> The Court agreed that the treatises fairly reflected the language used in the jury instruction given by the trial judge.<sup>388</sup>

The Court stressed that guilt need not “*always* be established by demonstrative and *irrefragable* evidence. It is enough that the evidence, whatever its character, whether positive or presumptive, direct or circumstantial, satisfies the understanding and conscience of the Jury.”<sup>389</sup> The Court used multiple terms to describe the standard of proof in criminal cases: “reasonable doubt,” “moral certainty,” and “satisfied conscience.” As discussed in the previous subsections, these are vague and loaded terms, which convey different meanings and add to the confusion. It does not appear that the Court used these terms to communicate distinct standards, but rather as synonyms in an attempt to clarify the reasonable doubt standard, whether successfully or not. The Court’s interchangeable use of these terms demonstrates a substantial lack of clarity in the definition of reasonable doubt.

<sup>382</sup> *Giles*, at 285, citing Macnally, p. 2.

<sup>383</sup> *Giles*, at 284.

<sup>384</sup> *Giles*, at 285, citing Macnally, p. 3 (emphasis added).

<sup>385</sup> *Giles*, at 285, citing Macnally, p. 5, citing *The King v. Patrick Finny*, at a *Commission of Oyer and Terminer*, Dublin, January 1798, 38 Geo. III, Ridgeway’s Rep. 147.

<sup>386</sup> *Giles*, at 285 (emphasis added), citing Starkie, p. 514.

<sup>387</sup> Starkie, p. 514.

<sup>388</sup> *Giles*, at 285.

<sup>389</sup> *Giles*, at 286 (italics in original).

## Commonwealth v. Webster (1850)

The Supreme Court of Massachusetts case *Commonwealth v. Webster*<sup>390</sup> has endured to this day for the instruction given to the jury by Chief Justice Lemuel Shaw, but it was nonetheless infamous at the time due to the public profile of the victim and the accused. Dr. John Webster, a professor of chemistry at Harvard University, was accused of murdering his colleague, Dr. George Parkman, who was a well-known figure around Boston.<sup>391</sup> *Webster* discussed the level of certainty necessary to warrant a conviction based on circumstantial evidence and provided a definition of the reasonable doubt standard.<sup>392</sup>

The Court noted that this was a case “to be proved, if proved at all, by circumstantial evidence.”<sup>393</sup> It indicated that because “[c]rimes are secret” it becomes necessary to use “all other modes of evidence besides that of direct testimony, provided such proofs may be relied on as leading to safe and satisfactory conclusions.”<sup>394</sup> However, “great care and caution ought to be used in drawing inferences from proved facts,” as “[t]he common law appeals to the plain dictates of common experience and sound judgment; and the inference to be drawn from the facts must be a *reasonable and natural* one, and, to a *moral certainty*.... It is not sufficient that it is probable only: it must be *reasonable and morally certain*.”<sup>395</sup> The Court then added that “inferences drawn from independent sources, different from each other, but tending to the same conclusion, not only support each other but do so with an increased weight.”<sup>396</sup> “[A]ll the facts proved must be consistent with each other, and with the main fact sought to be proved....”<sup>397</sup> Thus, if any fact “necessary to the conclusion is wholly inconsistent with the hypothesis of the guilt of the accused, it breaks the chain of circumstantial evidence upon which the inference depends; and, however, plausible or apparently conclusive the other circumstances may be, the charge must fail.”<sup>398</sup> Furthermore, “[i]t is not sufficient that [the circumstances] create a probability, though a strong one; and if, therefore, assuming all the facts to be true which the evidence tends to establish, they may yet be accounted for upon any hypothesis which does not include the guilt of the accused, the proof fails.”<sup>399</sup>

<sup>390</sup> *Commonwealth v. Webster*, 59 Mass. 295 (1850) (hereinafter, “*Webster*”).

<sup>391</sup> *Webster*, at 295, 300.

<sup>392</sup> *Webster*, at 310-20.

<sup>393</sup> *Webster*, at 310.

<sup>394</sup> *Webster*, at 311, citing Edward Hyde East, *A Treatise of the Pleas of the Crown* c. 5, § 11 (P. Byrne 1806).

<sup>395</sup> *Webster*, at 312-13 (emphasis added).

<sup>396</sup> *Webster*, at 317.

<sup>397</sup> *Webster*, at 318.

<sup>398</sup> *Webster*, at 318-19.

<sup>399</sup> *Webster*, at 319.

Chief Justice Shaw went on to define the reasonable doubt standard:

Then, what is reasonable doubt? It is a term often used, probably pretty well understood, but not easily defined. It is *not mere possible doubt*; because every thing relating to human affairs, and depending on moral evidence, is open to some possible or imaginary doubt. It is that state of the case, which, after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds of jurors in that condition that they cannot say they feel *an abiding conviction, to a moral certainty*, of the truth of the charge. The burden of proof is upon the prosecutor. All the presumptions of law independent of evidence are in favor of innocence, and every person is presumed to be innocent until he is proved guilty. If upon such proof there is reasonable doubt remaining, the accused is entitled to the benefit of it by an acquittal. For it is not sufficient to establish a probability, though a strong one arising from the doctrine of chances, that the fact charged is more likely to be true than the contrary, but the evidence must establish the truth of the fact *to a reasonable and moral certainty*; a *certainty that convinces and directs the understanding*, and satisfies the reason and judgment, of those who are *bound to act conscientiously* upon it. This we take to be proof beyond reasonable doubt; because if the law, which mostly depends upon considerations of a moral nature, should go further than this, and require absolute certainty, it would exclude circumstantial evidence altogether.<sup>400</sup>

Chief Justice Shaw's definition of reasonable doubt would be widely adopted by other courts. For instance, in *Victor v. Nebraska* (1994), the US Supreme Court noted with approval the *Webster* definition as "probably the most satisfactory definition given to the words 'reasonable doubt' in any case known to criminal jurisprudence."<sup>401</sup>

Some commentators criticized the *Webster* charge.<sup>402</sup> Judge May, a contemporary of Justice Shaw, noted that although the attempt to define reasonable doubt in *Webster* was "unsuccessful" and "unfortunate," "the effort to give it a more practical and comprehensible exposition gives promise of a reform which must be hailed with satisfaction."<sup>403</sup> William Trickett in his article, *Preponderance of Evidence, and Reasonable Doubt* (1906), criticized Chief Justice Shaw's instruction arguing that "it is impossible to see how an ordinary juror is to be aided by being told that if he is morally certain of the prisoner's guilt, he is to convict him."<sup>404</sup>

<sup>400</sup> *Webster*, at 320 (emphasis added).

<sup>401</sup> *Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 1, 7 (1994) (hereinafter "*Victor*").

<sup>402</sup> See *infra* subsection *Post-Victor Jurisprudence of the US Circuit Courts of Appeal*.

<sup>403</sup> May, p. 663-64.

<sup>404</sup> Trickett, p. 85.



## Miles v. United States (1881)

*Miles v. United States* was the first case in which the US Supreme Court addressed the issue of the definition of the reasonable doubt standard. As one of the grounds of error, the petitioner referred to the jury instruction defining reasonable doubt:<sup>405</sup>

The prisoner's guilt must be established beyond reasonable doubt. Proof beyond a reasonable doubt is such as will produce an abiding conviction in the mind to a moral certainty that the fact exists that is claimed to exist so that you feel certain that it exists. A balance of proof is not sufficient. A juror in a criminal case ought not to condemn unless the evidence excludes from his mind all reasonable doubt; unless he be so convinced by the evidence, no matter what the class of the evidence, of the defendant's guilt, that a prudent man would feel safe to act upon that conviction in matters of the highest concern and importance to his own dearest personal interests.<sup>406</sup>

The US Supreme Court found no error in this instruction. The US Supreme Court relied on several state cases, including *Webster* and *Giles*, reasoning that:

The evidence upon which a jury is justified in returning a verdict of guilty must be sufficient to produce a conviction of guilt, to the exclusion of all reasonable doubt. Attempts to explain the term "reasonable doubt" do not usually result in making it any clearer to the minds of the jury. The language used in this case, however, was certainly very favourable to the accused and is sustained by respectable authority.<sup>407</sup>

Portentously, the US Supreme Court observed that attempts to clarify the term "reasonable doubt" would likely result in confusion, rather than clarity. Although the US Supreme Court explicitly recognized the dangers of attempting to define the term "reasonable doubt," it did not suggest any solution to the potential problem.

Professor Miller W. Shealy Jr. notes in his analysis of *Miles* the failure of the Court at this early stage "to firmly settle on a definition marks the origin of the problem."<sup>408</sup>

<sup>405</sup> *Miles v. United States*, 103 U.S. 304, 312 (1881) (hereinafter "*Miles*").

<sup>406</sup> *Miles*, at 309.

<sup>407</sup> *Miles*, at 312, citing *Webster*; *Arnold v. State*, 23 Ind. 170 (1864); *State v. Nash*, 7 Iowa 347 (1858); *State v. Ostrander*, 18 Iowa 435 (1865); *Donnelly v. State*, 26 N.J.L. 601 (1857); *Winter v. State*, 20 Ala. 39 (1852); *Giles*.

<sup>408</sup> Shealy, p. 233, *supra* n.21.

## Hopt v. Utah (1887)

As predicted, in 1887, six years after *Miles*, the US Supreme Court was confronted again with the definition of the reasonable doubt standard in *Hopt v. Utah*.<sup>409</sup> A district court in Utah had convicted the petitioner of murder and sentenced him to death.<sup>410</sup> One of the grounds of appeal was the trial judge's instruction to the jury on the meaning of reasonable doubt.<sup>411</sup> The trial judge had charged the jury as follows:

[I]f you can reconcile the evidence before you upon any reasonable hypothesis consistent with the defendant's innocence, you should do so, and in that case find him not guilty...

[A] reasonable doubt is a doubt based on reason, and which is reasonable in view of all the evidence. And if, after an impartial comparison and consideration of the evidence, you candidly say that you are not satisfied of the defendant's guilt, you have a reasonable doubt; but if, after such impartial comparison and consideration of all the evidence, you can truthfully say that you have an abiding conviction of the defendant's guilt, such as you would be willing to act upon in the more weighty and important matters relating to your own affairs, you have no reasonable doubt.<sup>412</sup>

The US Supreme Court approved this definition and, in doing so, also discussed the *Webster* jury instruction. It noted that difficulty arises from the *Webster* instruction because "the words 'to a reasonable and moral certainty' add nothing to the words 'beyond a reasonable doubt; one may require explanation as much as the other."<sup>413</sup> The US Supreme Court further referred to *Webster*, stating:

It was there also said, that an instruction to the jury that they should be satisfied of the defendant's guilt beyond a reasonable doubt, had often been held sufficient, without further explanation. In many cases, it may undoubtedly be sufficient. It is simple, and as a rule to guide the jury is as intelligible to them generally as any which could be stated, with respect to the conviction they should have of the defendant's guilt to justify a verdict against him. But in many instances, especially where the case is at all complicated, some explanation or illustration of the rule may aid in its full and just comprehension.<sup>414</sup>

<sup>409</sup> *Hopt v. Utah*, 120 U.S. 430 (1887) (hereinafter "*Hopt*"). This appeal arose out of Hopt's fourth conviction for the murder of John F. Turner. The three previous convictions had each been overturned by the US Supreme Court. The repeated appeals led to a total time span of seven years between the murder and Hopt's execution, which frustrated the people of Utah and caused the public lynching of five alleged criminals. See Kimberly S. Hanger, *The Frederick Hopt Murder Case: A Darker Side of Utah Territorial History*, 6(0) UCLA Hist. J. 83 (1985).

<sup>410</sup> *Hopt*, at 430.

<sup>411</sup> *Hopt*, at 431.

<sup>412</sup> *Hopt*, at 439.

<sup>413</sup> *Hopt*, at 440.

<sup>414</sup> *Hopt*, at 440.

The US Supreme Court regarded with favour the trial judge's reference to weighty and important concerns in the jurors' lives:

[A]n illustration like the one given in this case ... would be likely to aid them to a right conclusion, when an attempted definition might fail.<sup>415</sup>

By this statement, the US Supreme Court generally approved of the use of analogies when instructing juries on the meaning of reasonable doubt. Shealy argues that instead of leaving the discretion of whether or not to define the term "reasonable doubt" to the trial judges, the US Supreme Court should have embraced the *Webster* definition more firmly. By doing so, the US Supreme Court might have "spared the confusion that currently reigns in this area of the law."<sup>416</sup>

### Holland v. United States (1954)

In *Holland v. United States*, the US Supreme Court approved of a jury instruction describing reasonable doubt as "the kind of doubt ... which you folks in the more serious and important affairs of your own lives might be willing to act upon."<sup>417</sup> This description reinforced the use of analogies to describe reasonable doubt.<sup>418</sup>

The US Supreme Court also approved of the statement in *Miles* that "[a]ttempts to explain the term 'reasonable doubt' do not usually result in making it any clearer to the minds of the jury."<sup>419</sup> While the Court noted that the jury instruction should have been phrased in terms of "hesitate to act" rather than "willing to act upon," it believed that "the instruction as given was not of the type that could mislead the jury into finding no reasonable doubt when in fact there was some."<sup>420</sup>

### In re Winship (1970)

The year 1970 was a watershed moment for the reasonable doubt standard. The US Supreme Court in *Winship* granted constitutional status to the reasonable doubt standard.

*Winship* dealt with the question of "whether proof beyond a reasonable doubt is among the 'essentials of due process and fair treatment' required during the adjudicatory stage when a juvenile is charged with an act which would constitute a crime if committed by an adult."<sup>421</sup> The Court put forward two reasons to support its holding. First, the Court reasoned that the reasonable doubt standard "is a prime instrument for reducing the risk of convictions resting on factual error" since "[it] provides

<sup>415</sup> *Hopt*, at 441.

<sup>416</sup> Shealy, p. 235.

<sup>417</sup> *Holland v. United States*, 348 US 121, 140 (1954) (hereinafter "*Holland*").

<sup>418</sup> Power, p. 57.

<sup>419</sup> *Holland*, at 140, citing *Miles*, at 312.

<sup>420</sup> *Holland*, at 140.

<sup>421</sup> *Winship*, at 359.

concrete substance for the presumption of innocence,”<sup>422</sup> and “because of the possibility that he may lose his liberty upon conviction and because of the certainty that he would be stigmatized by the conviction.”<sup>423</sup> Second, the Court reasoned that the reasonable doubt standard is “indispensable to command the respect and confidence of the community in applications of the criminal law,” giving individuals the confidence that “[their] government cannot adjudge [them] guilty of a criminal offence without convincing a proper factfinder of [their] guilt with utmost certainty.”<sup>424</sup>

The Fourteenth Amendment to the US Constitution provides that no State “shall deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law.” The Court explicitly held that “the Due Process Clause [of the Fourteenth Amendment to the US Constitution] protects the accused against conviction except upon proof beyond a reasonable doubt of every fact necessary to constitute the crime with which he is charged.”<sup>425</sup> This was a radical decision with broad implications.<sup>426</sup> The Court read the reasonable doubt standard into the US Constitution, though it is not explicitly in it. Forlornly, the Court did not define reasonable doubt. Some have criticized the US Supreme Court for failing to address the central issue of how and to what extent should the reasonable doubt standard be defined in jury instructions?

Jon O. Newman (Chief Judge of the US Court of Appeals for the Second Circuit) advances several compelling arguments. He argues that in *Winship* the Court failed to consider “the critically related issue of whether the Constitution set some standard for assessing the sufficiency of evidence that would permit a valid conviction under the ‘reasonable doubt’

---

<sup>422</sup> *Winship*, at 363.

<sup>423</sup> *Winship*, at 363.

<sup>424</sup> *Winship*, at 364.

<sup>425</sup> *Winship*, at 364. See also Section 1 of the Fourteenth Amendment to the United States Constitution.

<sup>426</sup> Shealy aptly notes that “the implications of the Court’s holding in *Winship* were nothing less than revolutionary to criminal law. Ultimately, *Winship* and its progeny substantially changed the rules applying to many affirmative defences and some lesser included offenses. In the case of affirmative defences, the defendant no longer has the burden of persuasion. Once such defences are raised, that is, once the defendant has met a ‘burden of production,’ the burden to disprove the existence of an affirmative defence shifts to the prosecution.” See Shealy, p.231, note 28. Shealy relies on several post-*Winship* cases, dealing with claims that the jury instruction regarding the standard of proof violated due process rights: *Montana v. Egelhoff*, 518 U.S. 37, 54 (1996), holding that “[t]he Due Process Clause, U.S. Const. amend. XIV, requires proof beyond a reasonable doubt of every fact necessary to constitute the charged crime, and a jury instruction which shifts to the defendant the burden of proof on a requisite element of mental state violates due process”; *Martin v. Ohio*, 480 U.S. 228, 230-31 (1987), holding that “[u]nder Ohio law, every person accused of an offense is presumed innocent until proven guilty beyond a reasonable doubt, and the burden of proof for all elements of the offense is upon the prosecution.... The burden of going forward with the evidence of an affirmative defence and the burden of proof by a preponderance of the evidence, for an affirmative defence, is upon the accused.” See also *Francis v. Franklin*, 471 U.S. 307, 313 (1985), holding that “[t]he Due Process Clause of the Fourteenth Amendment protects the accused against conviction except upon proof beyond a reasonable doubt of every fact necessary to constitute the crime with which he is charged. This constitutional principle prohibits the state from using evidentiary presumptions in a jury charge that have the effect of relieving the state of its burden of persuasion beyond a reasonable doubt of every essential element of a crime.” See also *Sandstrom v. Montana*, 442 U.S. 510, 516-17 (1979); *Patterson v. New York*, 432 U.S. 197, 220-21 (1977); *Mullaney v. Wilbur*, 421 U.S. 684, 706 (1975).

standard.”<sup>427</sup> By failing to consider this issue, Newman rightly observes that the Court left room for controversial interpretations of the standard of proof.<sup>428</sup> Referring to *Jackson v. Virginia*<sup>429</sup> – in which the US Supreme Court addressed the issue of whether and how the reasonable doubt standard affected the constitutional sufficiency of evidence in a criminal case – Newman argues that the Court incorrectly interpreted the *Winship* holding by making two different statements about its requirements.<sup>430</sup>

In *Jackson*, the Court stated: (1) “[a]fter *Winship* the critical inquiry ... must be ... whether the record evidence could reasonably support a finding of guilt beyond a reasonable doubt;” and (2) “the relevant question is whether *any* rational trier of fact could have found the essential elements of the crime beyond a reasonable doubt.”<sup>431</sup> Newman interprets the first statement as follows: “whether the law’s ubiquitous reasonable person, in this case, a reasonable jury, could find the matter proven by the requisite degree of persuasion, in this case beyond a reasonable doubt.”<sup>432</sup> In his view, this is the correct test for determining sufficiency of evidence.<sup>433</sup>

The second statement, according to Newman, presents the idea of a “random distribution of reasonable juries, with the risk of creating the misleading impression that just one of them needs to be persuaded beyond a reasonable doubt.”<sup>434</sup> Newman argues that the second statement “shifts the emphasis away from the law’s construct of the reasonable jury and conjures up the image of a vast random distribution of reasonable juries.”<sup>435</sup> He also observes – as the case law that follows shows – that only the second sentence has been followed by most appellate courts since the *Jackson* case.<sup>436</sup>

Newman suggests “courts must do more than verbalize the ‘reasonable doubt’ standard in jury instructions,”<sup>437</sup> and jury instructions *must* be made clearer. He recommends the Federal Judicial Center Pattern Criminal Jury Instructions:<sup>438</sup>

Proof beyond a reasonable doubt is proof that leaves you firmly convinced of the defendant’s guilt. There are very few things in this world that we know with absolute certainty, and in criminal

<sup>427</sup> Jon O. Newman, Beyond “Reasonable Doubt”, 68 N.Y.U. L. Rev. 979, 986 (1993) (hereinafter “Newman”).

<sup>428</sup> Newman, p. 986.

<sup>429</sup> *Jackson v. Virginia*, 443 US 307, (1979) (hereinafter “*Jackson*”).

<sup>430</sup> Newman, p. 987, citing *Jackson*, at 316-317.

<sup>431</sup> *Jackson*, at 318-319 (italics in original).

<sup>432</sup> Newman, p. 987.

<sup>433</sup> Newman, p. 987.

<sup>434</sup> Newman, p. 987.

<sup>435</sup> Newman, p. 987.

<sup>436</sup> Newman, p. 988, citing *United States v. Gordils*, 982 F.2d 64, 70 (2d Cir. 1992), cert. denied, 113 S. Ct.1953 (1993); *United States v. Chaney*, 964 F.2d 437, 448 (5th Cir. 1992); *United States v. Beddow*, 957 F.2d 1330, 1334 (6th Cir. 1992); *United States v. Long*, 905 F.2d 1572, 1576 (D.C. Cir.), cert. denied, 498 U.S. 948 (1990); *United States v. Linn*, 880 F.2d 209, 215 (9th Cir. 1989).

<sup>437</sup> Newman, p. 990.

<sup>438</sup> The Pattern Instructions are non-binding model instructions developed by the Federal Judicial Center, an education and research agency for the federal courts, established in 1967 to promote improvements in judicial administration.

cases, the law does not require proof that overcomes every possible doubt. If based on your consideration of the evidence, you are firmly convinced that the defendant is guilty of the crime charged, you must find him guilty. If on the other hand, you think there is a real possibility that he is not guilty, you must give him the benefit of the doubt and find him not guilty.<sup>439</sup>

Newman points out that “the misleading phrase about a doubt ‘based on reason’” and the “ambiguous language about ‘hesitating on important matters’” are absent from the Federal Judicial Center Pattern Criminal Jury Instructions.<sup>440</sup> Newman also maintains that the appellate standard for assessing the sufficiency of evidence should be redefined as the “reasonable jury” standard, instead of the “*any* rational trier” standard.<sup>441</sup> The US Supreme Court next discussed the jury instructions defining reasonable doubt in *Cage v. Louisiana*,<sup>442</sup> *Sullivan v. Louisiana*<sup>443</sup> and *Victor v. Nebraska*.<sup>444</sup> In *Cage*, the US Supreme Court invalidated the trial court’s use of the terms “substantial doubt” and “grave uncertainty” in describing reasonable doubt, finding the trial jury instruction unconstitutional.<sup>445</sup> Subsequently, in *Sullivan* the Court addressed the issue of the effects that errors during trial have on an appellate court’s review, holding that a constitutionally deficient reasonable doubt instruction was an error resulting in the automatic reversal on appeal. In *Victor*, the US Supreme Court discussed the concept of “moral certainty,” concluding that the jury’s understanding of “moral certainty” was unlikely to suggest a lower standard of proof than due process requires.<sup>446</sup>

### Cage v. Louisiana (1990)

In *Cage*, the US Supreme Court delivered a *per curiam* (unanimous) opinion reversing the judgment of the Supreme Court of Louisiana and holding that the jury instruction given at trial “violated the reasonable doubt requirement protected by the due process clause.”<sup>447</sup>

The trial judge instructed the jury:

[A reasonable doubt] is one that is founded upon a real tangible substantial basis and not upon mere caprice or conjecture. *It must be such doubt as would give rise to a grave uncertainty*, raised in your mind by reasons of the unsatisfactory character of the evidence or lack thereof. A reasonable doubt is not a mere possible doubt. *It is an actual and substantial doubt*. It is a doubt that a reasonable

<sup>439</sup>Newman, p. 991, citing Federal Judicial Center, Pattern Criminal Jury Instructions 28, instruction 21 (1987).

<sup>440</sup>Newman, p. 991.

<sup>441</sup>Newman, p. 991.

<sup>442</sup>*Cage v. Louisiana*, 498 U.S. 39 (1990) (hereinafter, “*Cage*”).

<sup>443</sup>*Sullivan v. Louisiana*, 113 S. Ct. 2078, 2082 (1993) (hereinafter “*Sullivan*”).

<sup>444</sup>*Victor supra* n. 401.

<sup>445</sup>*Cage*, at 39.

<sup>446</sup>*Victor*, at 9-17.

<sup>447</sup>*Cage*, at 39.

man can seriously entertain. What is required is not an absolute or mathematical certainty, but a *moral certainty*.<sup>448</sup>

The US Supreme Court found that the words “substantial” and “grave” used in the jury instructions at trial suggested a higher degree of doubt required for acquittal than under the reasonable doubt standard. The US Supreme Court reasoned that “[w]hen those statements are then considered with reference to “moral certainty,” rather than evidentiary certainty, it becomes clear that a responsible juror could have interpreted the instruction to allow a finding of guilt based on a degree of proof below that required by the Due Process Clause.”<sup>449</sup> Critics note that *Cage* failed to clarify whether the unconstitutionality of a jury instruction depended on the presence of the critical terms “substantial doubt,” “grave uncertainty,” and “moral certainty.”<sup>450</sup>

### Sullivan v. Louisiana (1993)

In *Sullivan*, the US Supreme Court dealt with the effects that errors during trial have on an appellate court’s review of the case.<sup>451</sup> The Court held that a constitutionally deficient reasonable doubt instruction was an error resulting in automatic reversal on appeal.<sup>452</sup>

In *Sullivan*, the petitioner was charged and convicted of first-degree murder. At trial, the judge gave a definition of reasonable doubt essentially identical to the one held to be unconstitutional in *Cage*.<sup>453</sup> On appeal, the Supreme Court of Louisiana upheld the conviction, finding that the erroneous instruction was a harmless error.<sup>454</sup>

The US Supreme Court reversed the Supreme Court of Louisiana’s decision. It reasoned that in deciding whether the error was harmless, the reviewing court must consider what effect the error had upon the guilty verdict in the case at hand.<sup>455</sup> The US Supreme Court further elaborated:

The inquiry, in other words, is not whether, in a trial that occurred without the error, a guilty verdict would surely have been rendered, but whether the guilty verdict actually rendered in *this* trial was surely unattributable to the error.<sup>456</sup>

The US Supreme Court reasoned “to hypothesize a guilty verdict that was never in fact rendered – no matter how inescapable the findings to support that verdict might be – would violate the jury-trial guarantee.”<sup>457</sup>

<sup>448</sup> *Cage*, at 40 (italics in original).

<sup>449</sup> *Cage*, at 41.

<sup>450</sup> See Matt Nichols, *Victor v. Nebraska: The “Reasonable Doubt” Dilemma*, 73 N.C. L. Rev. 1709, 1720 (1995) (hereinafter “Nichols”). See also Uviller, p. 35.

<sup>451</sup> *Sullivan*, at 275.

<sup>452</sup> *Sullivan*, at 282.

<sup>453</sup> *Sullivan*, at 277.

<sup>454</sup> *Sullivan*, at 277.

<sup>455</sup> *Sullivan*, at 279, citing *Chapman v. California*, 386 U.S. 18, 24 (1967).

<sup>456</sup> *Sullivan*, at 279, (italics in original).

<sup>457</sup> *Sullivan*, at 279.



The Court further reasoned:

[T]he essential connection to a ‘beyond a reasonable doubt’ factual finding cannot be made where the instructional error consists of a misdescription of the burden of proof, which vitiates all the jury’s findings. A reviewing court can only engage in pure speculation – its view of what a reasonable jury would have done. And when it does that, ‘the wrong entity judge[s] the defendant guilty.’<sup>458</sup>

The Court recalled the distinction between structural errors, being “structural defects in the constitution of the trial mechanism, which defy analysis,” and harmless errors, “which may be quantitatively assessed in the context of other evidence presented.”<sup>459</sup> Thus, the Court held that the deprivation of the right to a jury verdict of guilt beyond a reasonable doubt “with consequences that are necessarily unquantifiable and indeterminate, unquestionably qualifies as structural error.”<sup>460</sup>

### Victor v. Nebraska (1994)

The US Supreme Court revisited the issue of faulty jury instructions in *Victor*. However, it did not take the opportunity to provide a clear definition of the reasonable doubt standard.

*Victor* concerned two separate actions: the petitioners in *State v. Victor*<sup>461</sup> and *People v. Sandoval*<sup>462</sup> were individually convicted of murder and sentenced to death, and appealed the constitutionality of their respective jury instructions defining reasonable doubt.

Sandoval had been convicted of a double homicide.<sup>463</sup> In his case, the jury was instructed:

Reasonable doubt is defined as follows: It is *not a mere possible doubt*; because everything relating to human affairs, and *depending on moral evidence*, is open to some possible or imaginary doubt. It is that state of the case which, after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds of the jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction, *to a moral certainty*, of the truth of the charge.<sup>464</sup>

Victor was convicted of first-degree murder. Similar instructions were given to the jury in his trial:

“Reasonable doubt” is such a doubt as would cause a reasonable and prudent person, in one of the graver and more important transactions of life, to pause and hesitate before taking the

<sup>458</sup> Sullivan, at 279.

<sup>459</sup> Sullivan, at 281, citing *Arizona v. Fulminante*, 499 U.S. 279, 309 (1991).

<sup>460</sup> Sullivan, at 281-82.

<sup>461</sup> *State v. Victor*, 235 Neb. 770 (1990).

<sup>462</sup> *People v. Sandoval*, 4 Cal. 4th 155 (1992).

<sup>463</sup> *Victor*, at 7.

<sup>464</sup> *Victor*, at 7 (italics in original).

represented facts as true and relying and acting thereon. It is such a doubt as will not permit you, after full, fair, and impartial consideration of all the evidence, to have an abiding conviction, *to a moral certainty*, of the guilt of the accused. At the same time, absolute or mathematical certainty is not required. You may be convinced of the truth of a fact beyond a reasonable doubt and yet be fully aware that possibly you may be mistaken. You may find an accused guilty upon the *strong probabilities of the case*, provided such probabilities are strong enough to exclude any doubt of his guilt that is reasonable. A reasonable doubt is an *actual and substantial doubt* reasonably arising from the evidence, from the facts or circumstances shown by the evidence, or from the lack of evidence on the part of the State, as distinguished from a doubt arising from mere possibility, from bare imagination, or from fanciful conjecture.<sup>465</sup>

Sandoval and Victor argued that these instructions, which included references to “moral certainty,” “substantial” and “grave” doubts, and “strong probabilities” of the case, overstated the degree of doubt necessary for acquittal and therefore unconstitutionally lowered the prosecutions’ burden of proof.<sup>466</sup> After the respective state Supreme Courts of California and Nebraska affirmed their convictions, the defendants filed petitions to the US Supreme Court, and their cases were consolidated.

On appeal, the US Supreme Court reaffirmed the convictions by majority. The Court held, Justice O’Connor delivering the judgment for the majority, that the Constitution neither prohibited nor required trial courts to define the term “reasonable doubt.”<sup>467</sup> She noted that the Court had only once held an instruction on the definition of reasonable doubt to be unconstitutional, that the use of the terms “substantial” and “grave” suggest to an ordinary juror a higher degree of doubt than the standard required for an acquittal.<sup>468</sup> Justice O’Connor noted that no particular form of words is required in jury instructions; “[r]ather ‘taken as a whole, the instructions [must] correctly convey the concept of reasonable doubt to the jury.’”<sup>469</sup>

Both Sandoval and Victor challenged the use of the term “moral certainty” in their respective jury instructions.<sup>470</sup> The Court stated that it “do[es] not condone the use of the phrase”<sup>471</sup> and “do[es] not countenance its use[.]”<sup>472</sup> however, the inclusion of the phrase did not render the instructions unconstitutional.<sup>473</sup>

<sup>465</sup> *Victor*, at 18 (italics in original).

<sup>466</sup> *Victor*, at 14-22.

<sup>467</sup> *Victor*, at 26.

<sup>468</sup> *Victor*, at 6, citing *Cage*, at 41.

<sup>469</sup> *Victor*, at 5, citing *Holland*, at 140.

<sup>470</sup> *Victor*, at 16, 21.

<sup>471</sup> *Victor*, at 16.

<sup>472</sup> *Victor*, at 21.

<sup>473</sup> *Victor*, at 22.

Regarding Sandoval's claim, Justice O'Connor noted that the instruction given to the jury, in that case, was based on Chief Justice Shaw's instruction from *Webster*.<sup>474</sup> She noted with approval that the *Webster* definition was "probably the most satisfactory definition given to the words 'reasonable doubt' in any case known to criminal jurisprudence."<sup>475</sup>

Sandoval's main objection was to the use of the terms "moral evidence" and "moral certainty" used by the trial judge in the jury instruction.<sup>476</sup> Justice O'Connor stated that "when Chief Justice Shaw penned the *Webster* instruction in 1850, moral certainty meant a state of subjective certitude about some event or occurrence."<sup>477</sup> She noted that previous US Supreme Court cases have stated that "proof to a 'moral certainty' is an equivalent phrase with 'beyond a reasonable doubt.'"<sup>478</sup> While acknowledging that the term "moral certainty" "might not be recognized by modern jurors as a synonym for 'proof beyond a reasonable doubt,'" Justice O'Connor found that the use of the term did not make the instruction unconstitutional. Justice O'Connor found that, although "moral certainty is ambiguous in the abstract, the rest of the instruction given in Sandoval's case lends content to the phrase."<sup>479</sup> Justice O'Connor reasoned that "the moral certainty language cannot be sequestered from its surroundings," distinguishing its use in Sandoval's case from *Cage*, because the context of the instruction meant that "there [was] no reasonable likelihood that the jury would have understood moral certainty to be disassociated from the evidence in the case."<sup>480</sup> Accordingly, the Court rejected Sandoval's contention that "the moral certainty element ... invited the jury to convict him on proof below that required by the Due Process Clause."<sup>481</sup>

Victor's main argument was that "equating a reasonable doubt with a 'substantial doubt' overstated the degree of doubt necessary for acquittal."<sup>482</sup> While the Court acknowledged that the "construction is somewhat problematic,"<sup>483</sup> *Victor* was distinguished from *Cage*, with Justice O'Connor stating "we did not hold that the reference to substantial doubt alone was sufficient to render the instruction unconstitutional."<sup>484</sup> The Court examined the dictionary definition of the word "substantial," and determined that the context in the present case shows that the word was clearly being used to describe the "*existence* rather than *magnitude* of the doubt."<sup>485</sup> With regard to the "hesitate to act" language,<sup>486</sup> the Court

<sup>474</sup> *Victor*, at 8, citing *Webster*, at 320.

<sup>475</sup> *Victor*, at 7.

<sup>476</sup> *Victor*, at 10.

<sup>477</sup> *Victor*, at 12.

<sup>478</sup> *Victor*, at 12, citing *Fidelity Mutual Life Association. v. Mettler*, 185 U.S. 308, 317 (1902).

<sup>479</sup> *Victor*, at 14.

<sup>480</sup> *Victor*, at 16.

<sup>481</sup> *Victor*, at 15.

<sup>482</sup> *Victor*, at 19.

<sup>483</sup> *Victor*, at 19.

<sup>484</sup> *Victor*, at 19-20 (emphasis added), citing *Cage*, at 41.

<sup>485</sup> *Victor*, at 20 (emphasis added).

<sup>486</sup> *Victor*, at 18, "...to pause and hesitate before taking the represented facts as true and relying and acting thereon."

stated that this provided a common sense context in which to interpret the term “substantial doubt.” According to the Court, the jury instruction stayed within constitutional parameters.

In concurring, Justice Kennedy remarked that the phrase “moral evidence” although not fatal to the jury instruction given in Sandoval’s case, was nonetheless so obscure and so malleable that in other circumstances it could put an instruction on reasonable doubt at risk.<sup>487</sup>

In a concurring separate opinion, Justice Ginsburg made some keen observations. She took the view that the “hesitate to act” language, the analogy used in Victor’s jury instruction, was particularly confusing, noting judicial criticism of this language.<sup>488</sup> She also criticized the confusing wording of the jury instruction, which she believed amounted to the trial judge defining reasonable doubt as “doubt ... that is reasonable.”<sup>489</sup> Justice Ginsburg rightly noted that despite the many attempts by trial judges to define the reasonable doubt standard, a clear definition remained wanting.<sup>490</sup> She recommended the model instruction put forward by the Federal Judicial Center.<sup>491</sup>

Justice Blackmun entered a dissenting opinion, joined in part by Justice Souter. His dissent was based on what he believed was a misapplication of *Cage* by the majority.<sup>492</sup> He maintained that “[a]ny jury instruction defining ‘reasonable doubt’ that suggests an improperly high degree of doubt for acquittal or an improperly low degree of certainty for conviction offends due process.”<sup>493</sup> He noted the US Supreme Court’s finding in *Cage* that “the phrases ‘actual substantial doubt’ and ‘grave uncertainty’ suggested a ‘higher degree of doubt’ than is required for acquittal under the reasonable-doubt standard.”<sup>494</sup> He also noted that “those phrases taken together with the reference to ‘moral certainty,’ rather than ‘evidentiary certainty,’ rendered the instruction as a whole constitutionally defective.”<sup>495</sup> He opined that the “majority’s attempt to distinguish [the Victor] instruction from the one employed in *Cage* [was] wholly unpersuasive.”<sup>496</sup>

Justice Blackmun also noted that “the majority’s speculation that the jury in Victor’s case interpreted ‘substantial’ to mean something other than ‘that specified to a large degree’ simply because the word ‘substantial’ is used at one point to distinguish mere conjecture is unfounded and

<sup>487</sup> *Victor*, at 22.

<sup>488</sup> *Victor*, at 24, citing Pattern Criminal Jury Instructions, Report of the Subcommittee on Pattern Jury Instructions, Committee on the Operation of the Jury System, Judicial Conference of the United States Federal Judicial Center (1987).

<sup>489</sup> *Victor*, at 25.

<sup>490</sup> *Victor*, at 26.

<sup>491</sup> *Victor*, at 27; *supra* n. 438.

<sup>492</sup> *Victor*, at 28.

<sup>493</sup> *Victor*, at 29.

<sup>494</sup> *Victor*, at 30-31, citing *Cage*, at 41.

<sup>495</sup> *Victor*, at 30-31, citing *Cage*, at 41.

<sup>496</sup> *Victor*, at 31.

is foreclosed by *Cage* itself.”<sup>497</sup> Justice Blackmun observed that the US Supreme Court did not concern itself with the difference between “substantial doubt” and “grave uncertainty,” remaining unconvinced that there was any possible interpretation of the term “substantial doubt” that would be constitutionally acceptable.<sup>498</sup>

Justice Blackmun agreed with Justice Ginsburg that the “hesitate to act” language is “far from helpful, and may, in fact, make matters worse by analogizing the decision whether to convict or acquit ... to the frequently high-risk personal decisions people must make in their daily lives.”<sup>499</sup> He took the view that the language used in the Victor’s jury instruction, in particular, the term “strong probabilities” and “hesitate to act” did, in fact, make it likely that the jury would apply the incorrect standard of proof.<sup>500</sup>

Regarding the use of the phrase “moral certainty,” Justice Blackmun believed that this phrase was especially dangerous because it was used in conjunction with language that already overstated the degree of doubt necessary to convict.<sup>501</sup> He distinguished the instruction given in Sandoval’s trial from the one in Victor’s trial, and deemed the latter instruction to be particularly egregious as all of the misleading terms used were mutually reinforcing.<sup>502</sup>

Although all the US Supreme Court Justices seemed to agree that “moral certainty” was confusing and ought to be removed, the Court did not provide any alternative definition of the reasonable doubt standard. The Court did not resolve the confusion in *Victor*, which resulted from *Cage*, as to whether all three phrases – “substantial doubt,” “grave uncertainty,” and “moral certainty” – must be present to result in a violation of due process.

### Post-victor jurisprudence of the US Circuit Courts of Appeal

In analyzing the differences between jury instructions within the federal courts of appeal, Robert Power demonstrates in his chart the subtle but potentially significant differences in four areas: (1) Reasonable doubt (RD) and beyond a reasonable doubt (BRD); (2) Subject (who); (3) Verb (action); and (4) Object (which matters).<sup>503</sup> Some of the instructions call on jurors to consider how an objective “reasonable person” would interpret the evidence. By contrast, other instructions call on jurors to consider their own personal opinion on the evidence, presented in Power’s chart as “you.” Power notes that there is no practical distinction between the “reasonable person” or “you,” as the courts acknowledge that in any event jurors will inevitably self-identify with the “reasonable person.”<sup>504</sup>

<sup>497</sup> *Victor*, at 33.

<sup>498</sup> *Victor*, at 33-34.

<sup>499</sup> *Victor*, at 34.

<sup>500</sup> *Victor*, at 35.

<sup>501</sup> *Victor*, at 37.

<sup>502</sup> *Victor*, at 38.

<sup>503</sup> Power, p. 75-76 (The chart is reproduced as presented in Power’s article, including the citations to column 1 “Circuit”), *supra* n.285.

<sup>504</sup> Power, p. 77, citing, *inter alia*, *United States v. Ivic*, 700 F.2d 51, 68-69 (2d Cir. 1983).

<u>Circuit</u>	<u>Doubt</u>	<u>Subject</u>	<u>Verb</u>	<u>Object</u>
D.C. <sup>505</sup>	RD	Reasonable and prudent man	hesitate and pause	graver and more important transactions of life
1st <sup>506</sup>	RD	Reasonable person	hesitate to act	transaction of importance and seriousness
2nd <sup>507</sup>	BRD	Reasonable person	not hesitate to rely and act upon it	most important of his own affairs
3rd <sup>508</sup>	BRD	You	willing to rely and act	most important of your own affairs
5th <sup>509</sup>	BRD	You	willing to rely and act	most important of your own affairs
6th <sup>510</sup>	BRD	You	not hesitate to rely and act	most important decisions
7th <sup>511</sup>	RD	Reasonably prudent person	hesitate	more important affairs
8th <sup>512</sup>	BRD	Reasonable person	not hesitate to rely and act	(none mentioned)

<sup>505</sup> *Egan v. United States*, 287 F. 958, 967 (D.C.Cir.1923). Variations of this analogy are found in other District of Columbia cases. See generally, *Moore v. United States*, 345 F.2d 97, 98 & n. 1 (D. C. Cir. 1965) (describing this instruction as exemplary”).

<sup>506</sup> *United States v. Munson*, 819 F.2d 337, 345 (1st Cir. 1987). This analogy is not found in the circuit's recent pattern instructions. COMMITTEE ON PATTERN CRIMINAL JURY INSTRUCTIONS, DISTRICT JUDGES ASS'N FIRST CIRCUIT, PATTERN JURY INSTRUCTIONS CRIMINAL CASES § 3.02, at 38-40 (1998) (rejecting analogy). The First Circuit has one of the longest pattern reasonable doubt instructions, but rejects moral certainty, the analogy, and the FJC model. *Id.* at 39-41.

<sup>507</sup> *United States v. Delibac*, 925 F.2d 610, 614 (2d Cir. 1991); see also *United States v. Birbal*, 62 F.3d 456, 459-60 (2d Cir. 1995).

<sup>508</sup> *United States v. Jacobs*, 44 F.3d 1219, 1225 (3d Cir. 1995).

<sup>509</sup> COMMITTEE ON PATTERN CRIMINAL JURY INSTRUCTIONS, DISTRICT JUDGES ASS'N FIFTH CIRCUIT, PATTERN JURY INSTRUCTIONS – CRIMINAL CASES § 1.06, at 16 (1990). This instruction was upheld in *United States v. Hunt*, 794 F.2d 1021, 1023 n.2 (7th Cir. 1986).

<sup>510</sup> COMMITTEE ON PATTERN CRIMINAL JURY INSTRUCTIONS, DISTRICT JUDGES ASS'N SIXTH CIRCUIT, PATTERN JURY INSTRUCTIONS-CRIMINAL CASES § 1.03, at 6 (1993), cited with approval in *United States v. Goodlett*, 3 F.3d 976, 979 (6th Cir. 1993).

<sup>511</sup> *United States v. Shaffner*, 524 F.2d 1021, 1023 n.2 (7th Cir. 1975). This instruction is no longer given.

<sup>512</sup> MANUAL OF MODEL CRIMINAL JURY INSTRUCTIONS FOR THE DISTRICT COURTS OF THE EIGHTH CIRCUIT 78 (1989) (instruction 3.11), upheld in *United States v. Harris*, 974 F.2d 84, 85-86 (8th Cir. 1992).

10th <sup>513</sup>	BRD	You	willing to rely and act upon it	more important of your own personal affairs
11th <sup>514</sup>	BRD	You	willing to rely and act upon it without hesitation	most important of your own affairs

Power demonstrates the wide range of language tolerated in US Federal Courts in defining reasonable doubt:

- What “you” (as a juror) personally:
  - Would be “willing to rely and act” upon in the “most important of your own affairs”;
  - Would “not hesitate to rely and act” upon in your “most important decisions”;
  - Would be “willing to rely and act upon it” in the “more important of your own personal affairs”;
  - Would be “willing to rely and act upon it without hesitation” in the “most important of your own affairs”;

Or:

- What would cause a “reasonable and prudent man” to “hesitate and pause” in the “graver and more important transactions of life”;

Or:

- What would cause a “reasonable person”:
  - To “hesitate to act in a “transaction of importance and seriousness”;
  - “Not hesitate to rely and act upon” in the “most important of his own affairs”;
  - “Not to hesitate to rely and act.”

Or:

- What would cause a “reasonably prudent person” to “hesitate” in their “more important affairs.”

Perhaps the only consistent element across the Circuits<sup>515</sup> after *Victor* is that the Courts will assess the constitutional validity of an impugned

<sup>513</sup> *United States v. Smaldone*, 485 F.2d 1333, 1347-48 (10th Cir. 1973).

<sup>514</sup> COMMITTEE ON PATTERN CRIMINAL JURY INSTRUCTIONS, DISTRICT JUDGES ASS'N ELEVENTH CIRCUIT, PATTERN JURY INSTRUCTIONS – CRIMINAL CASES § 3, at 6 (1985), *cited with approval in United States v. Daniels*, 986 F.2d 451, 456 (11th Cir. 1993).

<sup>515</sup> The US Federal Courts of Appeals (or Circuit Courts) are the intermediate appellate courts of the US federal court system. A Court of Appeals decides appeals from the district courts located within its federal judicial circuit. There are eleven judicial circuits, which are not bound by decisions of the other circuits.



jury instruction as a whole, and not based on its individual elements. However, while this assessment may be the theory, in practice it is not applied consistently across the Circuits.

A number of Circuits have approved particular language, providing definitions by analogy, or using terms such as “moral certainty,” “hesitate to act,” and “substantial doubt.” These terms may be approved in one case, and then overturned in another case involving substantially similar jury instructions. In a number of cases, the Courts have acknowledged that certain terms are misleading or confusing but have still upheld their constitutionality. Shealy concludes that “[t]hese kinds of decisions demonstrate that the *Winship* standard is so ill-defined and ill-understood that virtually any charge on ‘reasonable doubt’ which contains certain buzz words can be found to be permissible or impermissible in an ad hoc manner.”<sup>516</sup> As Shealy puts it, this situation was “the logical outcome of the US Supreme Court’s refusal to define ‘reasonable doubt’ and its continued flirtation with the idea that ‘reasonable doubt’ is self-evident and needs no definition.”<sup>517</sup>

Several commentators offered as an alternative the model instructions prepared by the Federal Judicial Center.<sup>518</sup>

Following the example of the Federal Judicial Center, jury instruction committees of different Circuits prepare “model” or “pattern” jury instructions to help district court judges effectively communicate with jurors. Some of the proposed model instructions, drawing from existing jurisprudence, provide a more or less satisfactory explanation of the standard of proof.<sup>519</sup> Yet, the model instructions do not try to explain every nuance of the standard of proof so as to avoid rendering it more complex and confusing.

For instance, the Pattern Criminal Jury Instructions of the US Court of Appeals for the Sixth Circuit (last updated in September 2015) explain:

Proof beyond a reasonable doubt does not mean proof beyond all possible doubt. Possible doubts or doubts based purely on speculation are not reasonable doubts. A reasonable doubt is a doubt based on reason and common sense. It may arise from the evidence, the lack of evidence, or the nature of the evidence.

<sup>516</sup> Shealy, p. 264-65.

<sup>517</sup> Shealy, p. 268.

<sup>518</sup> Newman, p. 991 (observing that the instruction “contains very useful language”); Power, p. 82, 85 (observing that this instruction “represents the modern trend toward brevity and simplicity,” and “focuses the jury’s attention on the prosecution’s burden instead of implying a burden on the defence to prove a doubt.”); Henry A. Diamond, *Reasonable Doubt: To Define, or not to Define*, 90 Colum. L. Rev. 1716, 1726 (1990) (noting that such definitions have been held to withstand constitutional scrutiny by the Supreme Court).

<sup>519</sup> Some of the pattern jury instructions do not provide any definition, stating only: “On the other hand, if, after fair and impartial consideration of all the evidence, you are satisfied beyond a reasonable doubt of [defendant]’s guilt of a particular crime, you should find [him/her] guilty of that crime.” See Pattern Criminal Jury Instructions for the District Courts of the First Circuit (2015), instruction 3.02; *supra* n. 438.

Proof which is so convincing that you would not hesitate to rely and act on it in making the most important decisions in your own lives. If you are convinced that the government has proved the defendant guilty beyond a reasonable doubt, say so by returning a guilty verdict. If you are not convinced, say so by returning a not guilty verdict.<sup>520</sup>

The Model Criminal Jury Instructions of the US Court of Appeals for the Third Circuit (last updated in April 2015) define reasonable doubt as:

[A] fair doubt based on reason, logic, common sense, or experience. It is a doubt that an ordinary reasonable person has after carefully weighing all of the evidence, and is a doubt of the sort that would cause him or her to hesitate to act in matters of importance in his or her own life. It may arise from the evidence, or from the lack of evidence, or from the nature of the evidence.<sup>521</sup>

Similar language is found in the Manual of Model Criminal Jury Instructions for the District Courts of the Eighth Circuit (last updated in May 2014):

Reasonable doubt is doubt based upon reason and common sense, and not doubt based on speculation. A reasonable doubt may arise from careful and impartial consideration of all the evidence, or from a lack of evidence. Proof beyond a reasonable doubt is proof of such a convincing character that a reasonable person, after careful consideration, would not hesitate to rely and act upon that proof in life's most important decisions. Proof beyond a reasonable doubt is proof that leaves you firmly convinced of the defendant's guilt.<sup>522</sup>

The Seventh Circuit contains no instruction regarding the definition of the reasonable doubt standard. The Commentary to the Pattern Jury Instructions explains that the Seventh Circuit repeatedly held that it is inappropriate for the trial judge to define the reasonable doubt standard for the jury.<sup>523</sup> In *United States v. Glass*, the Court of Appeals of the Seventh Circuit stated that attempts to explain the term "reasonable doubt" do not usually result in making it any clearer to the minds of the jury.<sup>524</sup> In *Glass*, the Court stated:

[T]hat is precisely why this circuit's criminal jury instructions forbid them. 'Reasonable doubt' must speak for itself. Jurors know what

<sup>520</sup> Sixth Circuit Committee, Pattern Criminal Jury Instructions, (last updated March 2014), instruction 1.03.

<sup>521</sup> The US Court of Appeals for the Third Circuit, Model Criminal Jury Instructions (last updated 2015) instruction 3.06. The Model Criminal Jury Instructions for the Fifth Circuit (2015) contain nearly identical language: "a doubt based upon reason and common sense after careful and impartial consideration of all the evidence in the case. Proof beyond a reasonable doubt, therefore, is proof of such a convincing character that you would be willing to rely and act upon it without hesitation in making the most important decisions of your own affairs."

<sup>522</sup> Eighth Circuit, Manual of Model Criminal Jury Instructions for the District Courts of the Eighth Circuit, (last updated March 2014), instruction 3.11.

<sup>523</sup> Seventh Circuit, Pattern Criminal Jury Instructions (2012), citing *United States v. Glass*, 846 F.2d 386, 387 (7th Cir. 1988) (hereinafter "Glass"). See also *United States v. Hatfield*, 590 F.3d 945, 949 (7th Cir. 2010); *United States v. Bruce*, 109 F.3d 323, 329 (7th Cir. 1997).

<sup>524</sup> *Glass*, at 387 (7th Cir. 1988), citing *Holland*, at 140.

is 'reasonable' and are quite familiar with the meaning of 'doubt.' Judges' and lawyers' attempts to inject other amorphous catch-phrases into the 'reasonable doubt' standard, such as 'matter of the highest importance,' only muddy the water. This jury attested to that. It is, therefore, inappropriate for judges to give an instruction defining 'reasonable doubt,' and it is equally inappropriate for trial counsel to provide their own definition. Trial counsel may argue that the government has the burden of proving the defendant's guilt 'beyond a reasonable doubt,' but *they may not attempt to define 'reasonable doubt.'*<sup>525</sup>

### Several examples of Lawyer's Interpretation of Beyond Reasonable Doubt Standard of Proof

It is interesting to see how the attorneys interpreted this standard in their closing statements before the jury in some American courts:

Well, how do you know what presumption of innocence is? When do you know you have it? I have read as much as I could about this and not much is written. Although it is a basic tenet, there is surprisingly little written, but the best explanation I have heard was the explanation offered by the former president on the California Bar Association, Mr. Joseph Ball, who practiced in these courtrooms quite a bit. He said imagine, if you can, if the closest member of your family or your dearest, most trusted friend was accused of wrongdoing. What would your reaction be? Disbelief? Rejection of the accusation? Belief in the innocence of your friend and your family members? A refusal to change until you were shown bit by piece proof that the presumption of innocence was not correct? That is the attitude you should have in the presumption of innocence. You would be of a mind set that resists this accusation that has disbelief in it. That insists that proof, solid proof, quality proof be given to you that would enable you to have a moral conviction to an abiding certainty of guilt. Your oath requires nothing less than that, and that is why to be a juror is a particular discipline because you have to think differently than we ordinarily think in our regular affairs. We all are subject to suspicion. We hear a story, there is an inclination to believe it. Rumor, the same. You have got to as a juror reverse that inclination, that very human tendency, and you have got to sit there and resist that charge, this accusation. What does that mean? It means you take every piece of evidence in this case and you examine it, and you be skeptical of it and disbelieving in it and you turn it over and you see if it has flaws or if it has taint, and if you find it to be in that condition, you reject it, and you are particularly careful when you are called upon to examine a theory of the prosecution as opposed to evidence, and I am going to be talking quite a bit about the difference in a case

<sup>525</sup> *Glass*, at 387, (italics in original, internal citations omitted).

between evidence and theories, and you are particularly careful when a prosecutor, and I have no quarrel with this, who has the mind-set that the defendants are guilty, and then roams through 20,000 pages of transcript pointing out every quotation, every word he could generate to hook into that theory that the defendants are guilty. You actually should go through the transcript with an opposite mind; that the defendants are innocent, and so when they can weave skillfully and laboriously over seven days of patchwork a quilt of guilt by picking and plucking and choosing and selecting and omitting and overlooking everything to hook into a theory of guilt, you have to be careful because that is precisely what you shouldn't do. You should be doing just the opposite. The presumption of innocence has a very practical effect also aside from that. The presumption of innocence places the burden of proving this case upon one side, and the court will tell you reading directly from the instructions that you will get in writing as well as orally from the court, this presumption, referring to the presumption of innocence, places upon the State, the prosecution, the burden of proving him guilty beyond a reasonable doubt. In other words, it is the presumption of innocence that says the prosecution and only the prosecution has the burden because the defence need not prove innocence. That is presumed in law, and if you shift that burden onto the defence for any reason and require the defence to prove something in this courtroom, you are in violation of that commandment and your oath. Time and again it's been my experience when the prosecution is short on evidence when the prosecution doesn't have a case, the prosecution will perform the old trick of turning the tables and will say to you rhetorically in argument, "Why haven't the defendants proven that?" They will ask questions when they don't have evidence. "Where is the raincoat? Where is Little Bear?" They will point to the opening which the court has told you time and again is not evidence of anything in this case and they will say, "Where is that evidence?" That is done when the prosecution doesn't have the evidence and they would like to somehow shift the burden, but you have to be mindful that is precisely what is happening and you have to guard against it ... be mindful of the fact that what the prosecution is saying to you, in effect, is I don't have a case. I want you to look at the defendants' failure to prove innocence. But that is not what you are to do that is precisely what you are not to do ... So the presumption of innocence is the first commandment of the courtroom, and it carries with it necessarily the rules on the burden of proof and who has the burden. The second commandment is that no one could have their liberty taken from them in this country unless the prosecution offers proof, proof beyond a reasonable doubt. In other words, that presumption that the defendants are innocent, which you must keep in your mind, is a presumption that can only be overcome if there is proof beyond a reasonable doubt that overwhelms the presumption. This, too, calls upon you to break with the ordinary

thought patterns that you have because if at the end of this case-- and I have no doubt but that innocence is amply shown here--but if at the end of this case you have a suspicion of guilt or you think there's a possibility of guilt, even a probability of guilt, under the law that the court will give to you, you cannot vote for a guilty finding unless you have an abiding conviction to a moral certainty of guilt, which transcends and is much beyond the question of possibility, probability, a maybe, a perhaps, and speculation. Oftentimes jurors have walked out of a courtroom voting not guilty for someone who they thought might have committed the crime. They have performed their duty precisely in accordance with their oath. I don't think it is close in this case, but I think it is important to think about it. Your function actually is a narrow function in the law. The question before you is not really question of guilt or innocence. It is not that. You will be given verdict forms, and when you look at those verdict forms as to which way you vote, there is no verdict for innocence. There is none. There's only a verdict form for guilty and not guilty on each of the charges ... because you are not to concern yourself with the question of innocence. The sole issue is: Has the prosecution offered enough evidence, proof, that satisfied you beyond a reasonable doubt, an abiding conviction to a moral certainty? That's the only question. If they have, guilty; if they haven't, irrespective of any other attitude you might have on innocence or suspicion, it is not guilty. So what we are engaged in, in this process of eleven months, is the question of, has there been presented to you enough evidence, proof, that you are satisfied that the prosecution has sustained its burden of bringing your mind to an abiding conviction to a moral certainty.<sup>526</sup>

And:

Now, the two principles of law that I want to discuss with you are the presumption of innocence and the Commonwealth's burden of proving its case beyond a reasonable doubt. The presumption of innocence has been discussed with you. The judge explained it to you. When you sat out there before you were selected as jurors, there were questions asked of you during the selection, and the presumption of innocence means basically that the fact that someone has been arrested, charged, against whom a bill of information was issued and stands in court, that is not evidence against him. He is cloaked with the presumption of innocence and he carries that with him through the entire proceedings, until such time as twelve people are convinced beyond a reasonable doubt that he has committed the offense charged. Now, the judge explained to you the practical significance presuming someone innocent before hearing any evidence. But I would like to indicate to you that there is a more basic fundamental reason as to why there is a presumption of innocence. You

<sup>526</sup> Matthew Bender Inc.2001, Criminal Law Advocacy, summation in People v. Skyhorse by defense lawyer Leonard Weinglass, available at:<http://www.claraweb.us/wp-content/uploads/2013/07/Reasonable-Doubt-NC-2002.htm> (last accessed 14 November 2016).

know, we have all kinds of rules in the criminal process. We have procedural and technical rules, then we have some fundamental, substantial rules. The presumption of innocence is that type of rule. It is unwavering. It is part of our criminal justice system ... And I would like you to understand it fully and entirely, so that when the judge describes or explains the law to you, and you analyze and deliberate on the evidence, and you are told about the presumption of innocence and the Commonwealth's burden of proof, that it is not something that goes in one ear and out the other. It is not something that you take as some technical or procedural rule. It is part of our criminal justice system. And it relates to our actual idea of what a prosecution is... The point I'm making is that there are fingerprint experts, there are ballistics experts, there are medical technicians, there are investigators; anything that you can conceive of to investigate and to prosecute, the Commonwealth of Pennsylvania has it at its disposal. So what does the person accused of the crime have? The person accused of a crime, you, me, any other citizen in the Commonwealth of Pennsylvania, he has the presumption of innocence. I mention that to you so that when you review the evidence in the case, when you deliberate on it, that you think of it in those terms. Now, the other concept in the law is that the Commonwealth of Pennsylvania has to prove its case beyond a reasonable doubt. Now, what is a reasonable doubt? The judge will define it. The judge will say something like this: He will say a reasonable doubt is that type of doubt that would cause a reasonable person to hesitate from acting in a matter of importance to himself. That kind of doubt that would cause a reasonable person to restrain from acting in a matter of the highest importance to himself. It is a real doubt. It is not a fanciful doubt, the kind of a doubt that you conjure up in your mind to avoid the unpleasant duty of convicting someone. The Commonwealth does not have to prove its case beyond all doubt because there is a doubt about everything, but it must be a reasonable doubt. Now, you make decisions everyday in the week. The kind of decisions that you make everyday in the week are not the kind of decisions that you are to make in determining guilt or innocence, that is embodied in the concept of beyond a reasonable doubt. You may decide whether you will take the 8:30 train or drive into work. Whether you will wear a suit and tie or go casual. Whether you will go out to lunch or to Horn and Hardart's, whether you will go with your girlfriend or not. You make that decision, decide whether or not to wear a suit and tie, whether or not to go out to lunch, say you don't like to go out with her anyway. So you weigh that and come to a decision. But that is not the kind of decision I am talking about because the definition is that kind of doubt that would cause a reasonable person to be restrained from acting in a matter of the highest importance to himself or herself. What kind of decision involves a matter of the highest importance to yourself? Well, that may very well be whether you are going to get married, whether you are going to have a baby, whether you are going to change your job, whether you are going to



buy your new home, what college you're going to send your son to. These--this is the type of decision--this is the type of decision that is embodied in the concept of reasonable doubt. So when you go through the evidence in this case, when you evaluate it and sift through it, when you come to the point of making a decision, I want you to think of it as the type of decision like the examples that I just gave you.<sup>527</sup>

### The United Kingdom (England and Wales)

The United Kingdom's ("UK") judiciary has repeatedly tried to define reasonable doubt, but to date, the higher courts have just as often found these definitions to be incorrect. While the higher courts suggest that judges should generally abstain from providing juries with a definition, the following cases still give an impression of the ways in which the reasonable doubt standard *cannot* or *should not* be defined.

In *Regina v. Summers* (1952), the UK Court of Criminal Appeal held that it is advisable not to instruct the jury on the definition of reasonable doubt since the explanation results in more confusion.<sup>528</sup> In *Summers*, the appellant appealed his conviction and sentence for theft by the Surrey Court of Quarter Sessions (a local criminal court in England and Wales).<sup>529</sup> Although the Court of Criminal Appeal found no grounds for interfering with either the conviction or sentence and dismissed the appeal, Lord Chief Justice Goddard made some observations on the use of the expression "reasonable doubt."<sup>530</sup>

While summing up the evidence at the end of the trial, the presiding judge stated:

We have used the words "reasonable doubt." Some people have difficulty in understanding that. I feel sure you will not have any difficulty in understanding it. If you come to the conclusion on the evidence when you are dealing with these conversations: "This might have happened, or it might not," that is a reasonable doubt. I do not want you to bring yourself into that frame of mind if your real view is: "It is just barely possible." ... Look at it from the point of view of ordinary people, as if you were considering something in your ordinary lives. Would you, as ordinary people, if this had been something you had been told about by friends of yours, be inclined to believe them or disbelieve them? That is the sort of thing which is meant by "reasonable doubt." It is nothing to do with lawyers' jargon; it is merely the sort of judgement which the ordinary man of the world brings to bear on his own affairs, and look at it from that point of view.<sup>531</sup>

<sup>527</sup> Matthew Bender Inc.2001, Criminal Law Advocacy, summation in *Commonwealth v. Hammen* by defence lawyer Richard DiMaio, available at: <http://www.claraweb.us/wp-content/uploads/2013/07/Reasonable-Doubt-NC-2002.htm> (last accessed 14 November 2016).

<sup>528</sup> *Regina v. Summers*, [1952] 1 All E.R. 1059 (hereinafter "*Summers*").

<sup>529</sup> *Summers*, at 1059.

<sup>530</sup> *Summers*, at 1059.

<sup>531</sup> *Summers*, 1059-60.



On appeal, Lord Chief Justice Goddard<sup>532</sup> stated:

I have never yet heard any court give a satisfactory definition of what is a “reasonable doubt,” and it would be very much better if that expression was not used. Whenever a court attempts to explain what is meant by it, the explanation tends to result in confusion rather than clarity. It is far better, instead of using the words “reasonable doubt” and then trying to say what is a reasonable doubt, to say to a jury: “You must not convict unless you are satisfied by the evidence given by the prosecution that the offence has been committed.” The jury should be told that it is not for the prisoner to prove his innocence, but for the prosecution to prove his guilt, and that it is their duty to regard the evidence and see if it satisfies them so that they can feel sure, when they give their verdict, that it is a right one.<sup>533</sup>

*Summers* demonstrates that it may be difficult to define reasonable doubt, and that attempts to explain it may confuse the jury, rather than clarify the term. Based on this, the Court of Criminal Appeals advised against defining the term and concluded that the better decision would be to stop using the expression.

Lord Chief Justice Goddard reaffirmed his opinion regarding the risk of confusion in defining reasonable doubt in *Regina v. Hepworth & Fearnley* (1955).<sup>534</sup> Noting that “[a] case is never proved if any jury is left in any degree of doubt,”<sup>535</sup> Lord Chief Justice Goddard stated that it is more confusing for the jury to attempt to define reasonable doubt:

Another thing that is said is that the recorder only used the word “satisfied.” It may be, especially considering the number of cases recently in which this question has arisen, that I misled courts when I said in [*Summers*] ... that I thought it was very unfortunate to talk to juries about “reasonable doubt,” because the explanations given as to what is, and what is not, a reasonable doubt were so very often extraordinarily difficult to follow, and it is very difficult to tell a jury what is a reasonable doubt. To tell a jury that it must not be a fanciful doubt is something that is without any real guidance. To tell them that a reasonable doubt is such a doubt as to cause them to hesitate in their own affairs never seems to me to convey any particular standard; one member of the jury might say he would hesitate over something and another member might say that that would not cause him to hesitate at all. I, therefore, suggested that it would be better to use some other expression, by which I meant

<sup>532</sup> Rayner Goddard (1877–1971) was Lord Chief Justice of England from 1946 to 1958. Goddard was known for his strict sentencing and conservative views, and was nicknamed “The Tiger.” He once dismissed six appeals in one hour in 1957. See Allan Wingate, Lord Goddard: His career and cases by Glyn Jones and Eric Grimshaw (London, 1958); *The Last of the Tiger*, *Time*, 1 September 1958, available at <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,863716,00.html> (last accessed 14 April 2016).

<sup>533</sup> *Summers*, at 1060.

<sup>534</sup> *Regina v. Hepworth & Fearnley*, [1955] 2 Q.B. 600 (hereinafter “*Hepworth & Fearnley*”).

<sup>535</sup> *Hepworth & Fearnley*, at 603.

to convey to the jury that they should only convict if they felt sure of the guilt of the accused.<sup>536</sup>

He further stated:

I should be very sorry if it were thought that cases should depend on the use of a particular formula or particular word or words. The point is that the jury should be directed first, that the onus is always on the prosecution; secondly that before they convict they must feel sure of the accused's guilt. If that is done, that is enough.<sup>537</sup>

Lord Chief Justice Goddard concluded:

I hope it will not be thought that we are laying down any particular form of words, but we are saying it is desirable that something more should be said than merely "satisfied" – we think that the conviction should be quashed.<sup>538</sup>

In *Regina v. Ching* (1976), the Court of Criminal Appeals cautioned judges against any attempts to "gloss on what is meant by 'sure' or what is meant by 'reasonable doubt.'"<sup>539</sup>

In *Ching*, the appellant was accused of theft from a supermarket. The accused put some grocery items into a shopping bag and some items in a trolley. When he reached the check-out point, he handed the bag to his girlfriend and paid only for the goods in the trolley. He was then stopped by the store detective, who called the police.<sup>540</sup>

During the jury's deliberations, although the case seemed to be of a type tried every day in many criminal courts, the jury had difficulty in reaching a verdict. The foreman of the jury informed the judge:

The problem seems to centre around the question of the doubts that we have. Several of you, yourself included, your Honour, saw fit to point out that, if we had any doubts, then we were to find him not guilty. It is on this particular point.<sup>541</sup>

It is not clear whether the jurors meant that they were merely telling the judge that they had doubts, or that they needed a clarification of what "doubt" means.<sup>542</sup> The judge interpreted the comment as if the jury had asked for further directions, and instructed:

It is the duty of the prosecution to prove the charge on the whole of the evidence beyond a reasonable doubt. A reasonable doubt, it has been said, is a doubt to which you can give a reason as opposed to a mere fanciful sort of speculation such as "Well, nothing in this world is certain nothing in this world can be proved." As I say, that

<sup>536</sup> *Hepworth & Fearnley*, at 603, (internal citation omitted).

<sup>537</sup> *Hepworth & Fearnley*, at 604.

<sup>538</sup> *Hepworth & Fearnley*, at 604.

<sup>539</sup> *Regina v. Ching*, 63 Cr. App. R. 7, 10 (1976) (hereinafter "*Ching*").

<sup>540</sup> *Ching*, at 8.

<sup>541</sup> *Ching*, at 8.

<sup>542</sup> *Ching*, at 8.

is the definition of a reasonable doubt – something to which you can assign a reason. It is sometimes said the sort of matter which might influence you if you were to consider some business matter. A matter, for example, of a mortgage concerning your house, or something of that nature.<sup>543</sup>

After this instruction the jury left the courtroom to deliberate, returning four minutes later with a verdict. The jury convicted the appellant by a majority of eleven to one of the first count of theft and acquitting him of the second count of theft.<sup>544</sup>

On appeal, the appellant argued that this jury instruction resulted in a lower standard of proof, because, upon receiving the instruction, the jurors were able to reach a final decision within four minutes, although they had spent hours discussing the first count.<sup>545</sup>

The Court of Criminal Appeals dismissed the appeal.<sup>546</sup> The Court reasoned that in most cases judges would be advised not to “attempt any gloss upon what is meant by ‘sure’ or what is meant by ‘reasonable doubt.’”<sup>547</sup> The Court recalled that in “the last two decades there have been numerous cases before this Court, some of which have been successful, some of which have not, which have come here because judges have thought it helpful to a jury to comment on what the standard of proof is.”<sup>548</sup> The Court noted that experience “has shown that such comments usually create difficulties.”<sup>549</sup> Lord Justice Lawton stated that this case was exceptional:

This is the sort of case in which, as I have already pointed out, the jury possibly wanted help as to what was meant by “doubt.” The judge thought they wanted help and he tried to give them some. He was right to try and that is all he was doing. He seems to have steered clear of the formulas which have been condemned in this Court such as “such doubt as arises in your everyday affairs or your everyday life” or using another example which has been before the Court, “the kind of doubts which you may have when trying to make up your minds what kind of motor car to buy.”<sup>550</sup>

The Court further stated that by the time a judge sums up the evidence, he has had an opportunity to observe the jurors and should choose the most appropriate words with which to make that particular jury understand that it must not return a verdict against a defendant unless it is sure of his guilt.<sup>551</sup> The Court relied on *Walters v. The Queen* (1969).<sup>552</sup> In *Walters*,

---

<sup>543</sup> *Ching*, at 8.

<sup>544</sup> *Ching*, at 8.

<sup>545</sup> *Ching*, at 8.

<sup>546</sup> *Ching*, at 11.

<sup>547</sup> *Ching*, at 10.

<sup>548</sup> *Ching*, at 10.

<sup>549</sup> *Ching*, at 10.

<sup>550</sup> *Ching*, at 10.

<sup>551</sup> *Ching*, at 10.

<sup>552</sup> *Walters v. The Queen* [1969] 2 A.C. 26 (hereinafter “*Walters*”).

the trial judge in Jamaica gave the jury a long explanation as to what was meant by reasonable doubt, which was criticized upon the same lines as the jury instruction in *Ching*. The criticisms were considered by the Privy Council,<sup>553</sup> which concluded:

By the time he sums up the judge at the trial has had an opportunity of observing the jurors. In their Lordships' view it is best left to his discretion to choose the most appropriate set of words in which to make *that* jury understand that they must not return a verdict against a defendant unless they are sure of his guilt; and if the judge feels that any of them, through unfamiliarity with court procedure, are in danger of thinking that they are engaged in some task more esoteric than applying to the evidence adduced at the trial the common sense with which they approach matters of importance to them in their ordinary lives, then the use of such analogies as that used by Small J. in the present case, whether in the words in which he expressed it or in those used in any of the other cases to which reference has been made, may be helpful and is in their Lordships' view unexceptionable.<sup>554</sup>

Reasonable doubt remains undefined in British jurisprudence.<sup>555</sup>

## Canada

Similar to the courts in the UK, Canadian appellate courts have declined to define reasonable doubt. The following case illustrates one trial judge's definition, which the Canadian Supreme Court held to be deficient.

In *Regina v. Brydon*, the appellant was convicted of five counts of sexual assault.<sup>556</sup> After commencing deliberations, the jury sent a note to the trial judge requesting further instructions concerning the definition of reasonable doubt. The trial judge instructed:

(i) ...if you believe that the accused is probably guilty or likely guilty but still have a reasonable doubt, you must give the benefit of that doubt to the accused; ... (ii) ...after examining all of the evidence you may be left with a reasonable doubt as to whether the accused is guilty or not guilty; ... (iii) ...if you are unanimous in that doubt you must give the benefit of that doubt to the accused.<sup>557</sup>

The Canadian Court of Appeal upheld the conviction, being satisfied that

<sup>553</sup> The Judicial Committee of the Privy Council is the court of final appeal for the UK overseas territories and Crown dependencies, and for those Commonwealth countries that have retained the appeal to Her Majesty in Council or, in the case of Republics, to the Judicial Committee. See *Judicial Committee*, Overview, available at <http://privycouncil.independent.gov.uk/judicial-committee/> (last accessed 14 April 2016).

<sup>554</sup> Walters, at 30 (italics in original).

<sup>555</sup> See David Pannick, *Jurors Who Are in Reasonable Doubt*, Times (London), 17 January 1995, at 2. See also Thomas V. Mulrine, *Reasonable Doubt: How in the World is it Defined?* 12(1) Am. U. Int'l L. Rev. 195, 218 (1997).

<sup>556</sup> *Regina v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R., 253, para. 4 (hereinafter "*Brydon*").

<sup>557</sup> *Brydon*, para. 5.

the instruction did not amount to reversible error.<sup>558</sup> The case went to the Canadian Supreme Court, which granted the appeal and ordered a new trial.<sup>559</sup>

The Canadian Supreme Court noted that questions from the jury must be answered in a “careful, complete and correct manner.”<sup>560</sup> It reasoned that, “[i]n light of the importance of the burden of proof and reasonable doubt filter to the integrity and reliability of a verdict and to the fairness of an accused’s trial, a trial judge’s instructions must be careful, lucid and scrupulously sound.”<sup>561</sup>

The Court held that in assessing whether a trial judge’s instructions on the burden of proof amount to reversible error, a court must consider:

- i. whether the impugned instruction is inconsistent with what was said in the initial charge or is simply erroneous standing by itself; and
- ii. whether, after placing the inconsistency or error in the context of the charge as a whole, there is a reasonable possibility that the jury might have been misled by those instructions into either applying a standard of proof less than proof beyond a reasonable doubt or improperly applying the burden of proof or reasonable doubt standard in arriving at their verdict.<sup>562</sup>

The Court considered the first instruction of the trial judge, when read in the context of the entire jury charge, could not have misled the jury into applying a standard of proof less than the required standard of proof beyond a reasonable doubt.<sup>563</sup> It considered that, although the second impugned instruction was confusing for the jury, “in itself [it] would not be sufficient to order a new trial.”<sup>564</sup> However, the Court considered the third instruction, which instructed the jury that they must be unanimous in their doubt before they could acquit “[was] clearly an error.”<sup>565</sup> The Court reasoned:

[W]hile a jury’s verdict had to be unanimous, jurors could arrive at that verdict by taking different routes. This instruction tainted all of the trial judge’s earlier instructions on reasonable doubt.... coupled with the previous instruction, there is a reasonable possibility that the trial judge’s erroneous instruction may have misled the jury into improperly applying the reasonable doubt standard in arriving at their verdict.<sup>566</sup>

The Court granted the appeal and ordered a new trial.<sup>567</sup>

<sup>558</sup> *Brydon*, para. 9.

<sup>559</sup> *Brydon*, para. 25.

<sup>560</sup> *Brydon*, para. 16.

<sup>561</sup> *Brydon*, para. 18.

<sup>562</sup> *Brydon*, para. 19.

<sup>563</sup> *Brydon*, para. 21.

<sup>564</sup> *Brydon*, para. 23.

<sup>565</sup> *Brydon*, para. 24.

<sup>566</sup> *Brydon*, para. 24-25.

<sup>567</sup> *Brydon*, para. 25.

## ECTHR JURISPRUDENCE

The ECtHR jurisprudence deserves careful consideration. Countries that have signed the ECHR are subject to the jurisdiction of the ECtHR. Thus, its interpretation and application of the reasonable doubt standard, *in dubio pro reo* principle, the burden of proof, presumption of innocence, and what constitutes a just procedure in general, is instructive and could serve as a minimum definition for the national legislation and jurisprudence.

### THE STANDARD OF PROOF AT THE ECtHR

In the *Greek*<sup>568</sup> case from 1969, the European Commission of Human Rights (“Commission”) had to decide what standard of proof to apply in evaluating evidence related to allegations of a violation of Article 3 of the ECHR.<sup>569</sup> The Commission held that allegations of breaches of Article 3 must be proved beyond a reasonable doubt. It further explained that “‘reasonable doubt’ is ‘not a doubt based on a merely theoretical possibility,’” but is “a doubt for which reasons can be given.”<sup>570</sup>

In the *Greek* case, the applicant governments (Denmark, Norway, and Sweden), extended<sup>571</sup> their applications to the Commission to include

<sup>568</sup> *Denmark v. Greece*, no.3321/67, *Norway v. Greece*, no.3322/67, *Sweden v. Greece* no.3323/67, and the *Netherlands v. Greece* no.3344/67, European Commission, 1969, (hereinafter: “Greek”).

<sup>569</sup> Article 3 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms provides: “No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.” Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5.

<sup>570</sup> *Greek*, p. 196, para. 30.

<sup>571</sup> The initial applications included allegations under Articles 5, 6, 8, 9, 10, 13 and 15 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. See Report of the Sub-Commission, Volume 1, p. 1; *The Greek case*, 12 Y. B. Eur. Conv. H.R., para. 3 (1969).

allegations of torture and ill-treatment of political detainees under Article 3 of the ECHR. The applicants submitted evidence such as reports of different forms of torture and ill-treatment and a list of alleged victims.<sup>572</sup> The respondent government (Greece) challenged the admissibility of this evidence, arguing that it was insufficient.<sup>573</sup> Greece also introduced evidence contesting the allegations of torture and ill-treatment, such as Greek legislation, documentary evidence and statistics, and several International Committee of the Red Cross reports.<sup>574</sup>

The Commission declared the applicants' allegations admissible, reasoning that although the applicants' evidence was insufficient at this stage, considering the current situation in Greece,<sup>575</sup> the remedies indicated by the Greek government were not sufficient or effective.<sup>576</sup> The Commission stated that, before addressing the substance of the allegations, it was necessary "to take [a] position on certain issues which must determine [the Commission's] examination of the evidence."<sup>577</sup> Thus, the question before the Commission was the "standard and means of proof to be applied" in evaluating the evidence submitted by the applicants.<sup>578</sup>

The Commission stated that the allegations "must be proved beyond reasonable doubt."<sup>579</sup> The Commission defined reasonable doubt as:

A reasonable doubt means not a doubt based on a merely theoretical possibility or raised in order to avoid a disagreeable conclusion, but a doubt for which reasons can be given drawn from the facts presented.<sup>580</sup>

The Commission did not provide any authority to support its choice of the reasonable doubt standard, which was subsequently reaffirmed by the ECtHR and applied in several other cases.

In *Ireland*<sup>581</sup> case, one of the parties contested the applicability of the reasonable doubt standard in assessing evidence alleging a violation of Article 3 of the ECHR. Reaffirming that the reasonable doubt standard applied based on the Commission's decision in the *Greek* case, the ECtHR further elaborated on the sufficiency of evidence required to meet this standard. It added that proof beyond reasonable doubt may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear, and concordant inferences, or of similar un rebutted presumptions of fact.

<sup>572</sup> *Greek*, p. 187, paras. 6-7.

<sup>573</sup> *Greek*, p. 187, para. 4.

<sup>574</sup> *Greek*, p. 188, para. 8.

<sup>575</sup> The Commission specifically pointed to the dismissal of thirty judges and public prosecutors on 29 May 1968. See *Greek*, p. 187, para. 5.

<sup>576</sup> *Greek*, p. 187, para. 5.

<sup>577</sup> *Greek*, p. 194, para. 23.

<sup>578</sup> *Greek*, p. 194, para. 23.

<sup>579</sup> *Greek*, p. 196, para. 30.

<sup>580</sup> *Greek*, p. 196, para. 30.

<sup>581</sup> *Ireland v. United Kingdom*, 25 ECtHR, Ser. A, (1978), (hereinafter: *Ireland*).



In *Ireland*, the UK government was dealing with acts of terrorism perpetrated by members of the Irish Republican Army (“IRA”) and Loyalist groups in Northern Ireland.<sup>582</sup> The government introduced special powers of arrest and detention without trial. These powers were widely used against members of the IRA and against persons suspected of being involved with the IRA.<sup>583</sup>

The Irish government submitted an application to the Commission alleging that various interrogation practices used by the UK authorities amounted to torture and ill-treatment that violated Article 3 of the ECHR.<sup>584</sup>

The UK government did not contest the allegations regarding the breaches of Article 3 of the ECHR. However, it maintained that the use of interrogation practices belonged to the past; the techniques had been abandoned and would not be reintroduced in the future.<sup>585</sup> The UK government argued that it had implemented various measures to prevent torture and ill-treatment and to provide reparation for their consequences.<sup>586</sup>

In assessing the evidence submitted by the applicant, the Commission referred to the *Greek* case and adopted the reasonable doubt standard.<sup>587</sup>

The Irish government contested the application of the reasonable doubt standard at the ECtHR. It argued that this standard was excessively rigid. The Irish government submitted that if the reasonable doubt standard were to be applied, the system of enforcement would prove ineffective. The government further argued that in cases of *prima facie* evidence, States that fail to assist the Court in finding the truth would not bear a risk of finding a violation of Article 3.<sup>588</sup>

The UK government requested the ECtHR to follow the standard adopted in the *Greek* case.<sup>589</sup> The ECtHR reaffirmed the approach of the Commission concerning “proof beyond reasonable doubt” relying on the *Greek* case.<sup>590</sup> The ECtHR stated that:

[T]o assess [the] evidence, the Court adopts the standard of proof ‘beyond reasonable doubt’ but adds that such proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar un rebutted presumptions of fact.<sup>591</sup>

<sup>582</sup> *Ireland*, paras. 4, 11-12, 16. The conflict between these two groups was representative of the antagonism between Catholics and Protestants in Northern Ireland. The IRA, predominantly Catholic, was seeking independence from the UK and the Loyalists, predominantly Protestants, opposed the idea of independence. *Ireland*, para. 15.

<sup>583</sup> *Ireland*, paras. 38-39.

<sup>584</sup> These interrogation practices, the so-called “five techniques,” included wall-standing, hooding, deprivation of sleep and food, and other practices. These practices were considered to amount to torture and inhuman or degrading treatment according to the Irish government. See *Ireland*, paras. 2, 96-104, 106-07, 161, 167, 169.

<sup>585</sup> *Ireland*, paras. 153-54.

<sup>586</sup> *Ireland*, paras.152-53.

<sup>587</sup> *Ireland*, para. 161.

<sup>588</sup> *Ireland*, para. 161.

<sup>589</sup> *Ireland*, para. 160.

<sup>590</sup> *Ireland*, para. 160.

<sup>591</sup> *Ireland*, para. 161.

In this specific case the Commission found that the interrogation practices constituted a violation of Article 3 of the ECHR.<sup>592</sup>

The specificity of the reasonable doubt standard at the ECtHR underpins the role of the ECtHR's commitment to protect human rights at the state level. At the ECtHR proceedings, no evidence is inadmissible: the Court has the power to evaluate evidence freely.<sup>593</sup>

The ECtHR's interpretation of the reasonable doubt standard has been criticized in dissenting opinions for leaving excessive room for judicial discretion and arbitrariness.<sup>594</sup> Critics argue that it is easy for the respondent party to create doubts in the judges' minds by adducing evidence that would otherwise be inadmissible in common law systems.<sup>595</sup> For instance, in *Labita* case (2000), eight of the seventeen judges of the Grand Chamber stated:

The majority of the Court considered that the applicant has not proved "beyond all reasonable doubt" that he was subjected to ill-treatment in Pianosa as he alleged. While we agree with the majority that the material produced by the applicant constitutes only prima facie evidence, we are nonetheless mindful of the difficulties which a prisoner who has suffered ill-treatment on the part of those responsible for guarding him may experience, and the risks he may run, if he denounces such treatment...We are accordingly of the view that the standard used for assessing the evidence in this case is inadequate, possibly illogical and even unworkable ... in the absence of an effective investigation....<sup>596</sup>

The ECtHR addressed this criticism in the case *Nachova* (2005), stating:

In assessing evidence, the Court has adopted the standard of proof "beyond reasonable doubt." However, it has never been its purpose to borrow the approach of the national legal systems that use that standard. Its role is not to rule on criminal guilt or civil liability but on Contracting States' responsibility under the Convention. The specificity of its task under art 19 of the Convention – to ensure the observance by the Contracting States of their engagement

<sup>592</sup> *Ireland*, para. 147.

<sup>593</sup> *Nachova and others. v. Bulgaria*, no. 43577/ 98 & 43579/98, 6.07.2005, para. 147 (hereinafter "*Nachova*"), stating: "In the proceedings before the Court, there are no procedural barriers to the admissibility of evidence or pre-determined formulae for its assessment. It adopts the conclusions that are, in its view, supported by the free evaluation of all evidence, including such inferences as may flow from the facts and the parties' submissions. According to its established case-law, proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar un rebutted presumptions of fact."

<sup>594</sup> See *Labita v. Italy*, no. 26772/95, 06.04.2000, Joint Partly Dissenting Opinion Of Judges Pastor Ridruejo, Bonello, Makarczyk, Tulkens, Strážnická, Butkevych, Casadevall And Zupančič; See also Sonja C. Grover, *The European Court Of Human Rights As A Pathway To Impunity For International Crimes* 125 (Springer Science & Business Media 2010).

<sup>595</sup> Ugur Erdal, *Article 3 of The European Convention on Human Rights: A Practitioner's Handbook* 258 (Hasan Bakirci & Boris Wijkstrom eds., 2006).

<sup>596</sup> *Labita v. Italy*, no. 26772/95, 06.04.2000, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Pastor Ridruejo, Bonello, Makarczyk, Tulkens, Strážnická, Butkevych, Casadevall and Zupančič, para. 1.

to secure the fundamental rights enshrined in the Convention – conditions its approach to the issues of evidence and proof. In the proceedings before the Court, there are no procedural barriers to the admissibility of evidence or pre-determined formula for its assessment. It adopts the conclusions that are, in its view, supported by the free evaluation of all evidence, including such inferences as may flow from the facts and the parties' submissions. According to its established case-law, proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact. Moreover, the level of persuasion necessary for reaching a particular conclusion and, in this connection, the distribution of the burden of proof are intrinsically linked to the specificity of the facts, the nature of the allegation made and the Convention right at stake.<sup>597</sup>

In ECtHR proceedings, the necessary degree of proof depends on the specific facts at issue. For instance, when the State controls the evidence, it is almost impossible to establish a violation conclusively for the individual making the allegations against the State. Thus, the ECtHR shifts the allocation of the burden of proof to the government.<sup>598</sup>

## THE RIGHT TO FAIR PROCEDURE IN THE ECtHR CASE-LAW

In the *Geerings*<sup>599</sup> case the Court has found that *“if it is not found beyond a reasonable doubt that the suspect has actually committed the crime and if it cannot be established as a fact that any advantage, illegal or otherwise, was actually obtained by the suspect in connection with the crime, a measure like confiscation of goods allegedly connected to the crime cannot be ordered, because it would be based on a presumption of guilt”*<sup>600</sup> and therefore incompatible with Article 6 (2).

The case can be summarised as follows: the applicant was arrested and placed in pre-trial detention on suspicion of involvement – together with others – in various thefts of lorries containing merchandise. After the conclusion of the investigation, a first instance national court had established that the applicant had been involved in the theft of 120 laundry dryers from a lorry and in several thefts of lorries. The applicant lodged an appeal with the local Court of Appeal which quashed the first

<sup>597</sup> *Nachova et al. v. Bulgaria*, nos. 43577/98 and 43579/98, 2004, para. 147.

<sup>598</sup> For example, in *Anguelova v. Bulgaria*, App. 38361/97, 13.06.2002, the ECtHR stated that “Where the events in issue lie wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities, as in the case of persons within their control in custody, strong presumptions of fact will arise in respect of injuries and death occurring during that detention. Indeed, the burden of proof may be regarded as resting on the authorities to provide a satisfactory and convincing explanation.” *Anguelova v. Bulgaria*, para. 111 (2002) (hereinafter “*Anguelova*”) (emphasis added).

<sup>599</sup> *Geerings v. Netherlands*, no. 30810/03, ECHR, 01.03.2007.

<sup>600</sup> *Ibid.* §47.

judgment and convicted the applicant of having participated only in some of the thefts and acquitted him of the remainder of the charges. In the meantime, the prosecutor requested the judge to issue an order for the confiscation of an illegally obtained advantage which, according to the public prosecutor, amounted to 67,020.16 Euros, including also goods related to the charges the applicant had been acquitted of. The applicant argued that a confiscation order could only be imposed in respect of the offences of which he had been found guilty. The local Court of Appeal granted the request of the prosecutor, thus referring the confiscation also to goods related to the crimes the defendant had been acquitted of.

In the case of *Telfner*<sup>601</sup> the Court stated that there had been a shift of the burden of proof, since the accused, who refused to give evidence, had been convicted of a road traffic offence on the basis of the fact that he was the driver of the vehicle, despite the fact that no evidence had been found to corroborate the statement. More specifically, the decision of the national court was based on the facts that, although the car was registered under his mother's name, the accused was the main user of the vehicle and that he was not at home the night of the accident - facts which required from him, according to the national court, to present evidence that he was not the driver. The Court recalled that Article 6 (2) "*requires, inter alia, that the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused ... Thus, the presumption of innocence is infringed where the burden of proof is shifted from the prosecution to the defence ... In requiring the applicant to provide an explanation although they had not been able to establish a convincing prima facie case against him, the (national) courts shifted the burden of proof from the prosecution to the defence*"<sup>602</sup>.

In the *Heaney and McGuinness*<sup>603</sup> case, the Court underlined the connection between the right of the defendant to remain silent, guaranteed by Article 6 (1) and presumption of innocence envisaged in Article 6 (2), specifying that the obligation for the accused to talk, foreseen in the national law, violated the principles enshrined in Article 6 (1) and (2) of the convention. Namely, a large explosion occurred in County Derry in Ulster and five British soldiers were killed. Approximately an hour and a half after the explosion, Irish police officers on surveillance duty noted a light in a house around four miles from the scene of the explosion and shortly after, having obtained a warrant, searched the house and found an assortment of gloves (rubber and knitted), balaclavas, caps and other clothing. The men in the house, including the owner and the applicants, were arrested and detained by the police under section 30 of the Offences against the State Act 1939. It was suspected that the bombing had been carried out by the IRA and the two applicants were suspected of involvement in the

<sup>601</sup> *Telfner v. Austria*, no. 3501/96, ECHR, 20.06.2001.

<sup>602</sup> *Ibid.* §15§18.

<sup>603</sup> *Heaney and McGuinness v. Ireland*, no. 34720/97, ECHR, 21.03.2001

bombing. Heaney and Mc Guinness were cautioned by police officers in the usual terms, namely they were not required to say anything unless they wished to do so and were also informed that anything they did say would be taken down in writing and might be given in evidence against them. Mr. Heaney was then questioned about the bombing and about his presence in the house where he was arrested. He refused to answer the questions put to him. Police officers then read section 52 of the 1939 Act to him and he was requested, pursuant to that section, to give a full account of his movements and actions in the hours close to the explosion: again he refused to answer any questions. The same conduct was held by Mr McGuinness. Therefore both of them were charged with the offence of failing to account for their movements (in accordance with section 52 of the 1939 Act), convicted by the Special Criminal Court and sentenced to six months of imprisonment.

Their appeal filed with the High Court was rejected and as a consequence they filed an application with the ECHR, complaining, under Article 6 of the Convention, about having been punished, through the application of section 52 of the 1939 Act, for relying on their rights to silence, against self-incrimination and to be presumed innocent during police questioning. The Court decided that there had been a violation of Article 6 Paragraphs 1 and 2 of the Convention, recalling its established case-law to the effect that, *“although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, the rights relied on by the applicants, the right to silence and the right not to incriminate oneself, are generally recognized international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6. Their rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities, thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6. The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right in question is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 § 2 of the Convention”*<sup>604</sup>.

In the case *Tirado Ortiz and Lozano Martin*<sup>605</sup> however, the Court has specified that Article 6 (2) cannot be invoked to exclude the possibility to conduct breath, blood or urine tests during the criminal investigation. Obviously, if the principle of *in dubio pro reo* and of presumption of innocence were extended until the extreme consequences, it would become impossible in most of the cases for the police and the prosecution to perform any investigative action, since resolving any doubtful situation in favour of the accused eventually would block the investigation. In particular the Court has stated that *“The right not to incriminate one pre-*

<sup>604</sup> *Ibid.*, § 40.

<sup>605</sup> *Tirado Ortiz and Lozano Martin v. Spain*, no.43486/98, ECHR, 22 June 1999.

supposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 § 2 of the Convention. The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant; breath, blood and urine samples; and bodily tissue for the purpose of DNA testing”.

In the case of *Ajdarić*<sup>606</sup>, the Court found the Croatia in violation of the principle *in dubio pro reo* because of the lack of court reasoning, which constituted a violation of Article 6 paragraph 1 of the ECHR. In this case, the applicant was convicted on three counts of murder perpetrated in Kutina in 1998, and sentenced to 40 years in prison, solely on the basis of hearsay evidence of a witness. The witness was a former police officer and was himself convicted (judgement not final) to 7 years in prison; the applicant met the witness in the prison hospital in 2005. The witness said that he had overheard conversations between the applicant and a third person while staying in the same hospital room with five other inmates, in which they had discussed perpetrating the criminal offence together.

The ECtHR found that the national courts made no effort to verify the statements made by this witness, but accepted them as truthful, irrespective of the fact that medical documentation showed that he suffered from mental disorders; also, the national courts did not take into account contradictory statements made by other witnesses either. The Court went far in exploring contradictions between different statements, contradictions in statements themselves, and inconsistencies in some issues, and has stated: “All these discrepancies called for an increasingly careful assessment by the domestic courts. In this connection the Court points out to the requirement that the parties in the proceedings have to be heard and their objections properly addressed and notes that the applicant made serious objections as to the reliability of evidence given by S.Š., pointing out to various discrepancies and lack of logic in the statement of S.Š., as well as to the lack of any connection between him and the criminal offences at issue. The applicant referred to specific facts and documents which called into question the statement given by S.Š. Thus, he pointed to the confused and imprecise nature of the statements by S.Š. As to the allegation by S.Š. that the applicant had opened a “business” in Banja Luka with the money taken from the victims in 1998, the applicant presented documents showing that

<sup>606</sup> *Ajdarić v. Croatia*, no. 20883/09, ECHR, 04.06.2012.



*he had started his car-dealing enterprise back in 1990. He also challenged the reliability of S.Š. as a witness on the ground of his mental illness.*<sup>607</sup>

Further, the Court analysed the reasoning of the judgment and stated that national courts made no comments on any mentioned discrepancies or on the contradictory witness statements: *“Against the above background, the Court finds that in the present case the decisions reached by the domestic courts were not adequately reasoned. Thus, obvious discrepancies in the statements of witnesses as well as the medical condition of S.Š. were not at all or not sufficiently addressed. In such circumstances, it can be said that the decisions of the national courts did not observe the basic requirement of criminal justice that the prosecution has to prove its case beyond reasonable doubt and were not in accordance with one of the fundamental principles of criminal law, namely, in dubio pro reo.”*<sup>608</sup>

When it comes to the errors during the deciding about facts or in the implementation of the laws, it is the view of the Court that this is not its duty unless such errors led to infringement of the rights protected by the Convention. As an example, in the *Hajnal*<sup>609</sup> the Court found violation of Article 6 § 1 of the Convention because in the criminal proceedings evidence was used which was obtained contrary to Article 3. *“The Court stands by the opinion that admission of statements which were obtained through torture or other ill-treatment, and which serve as evidence to establish relevant facts in criminal proceedings, makes the whole proceeding unfair. This finding applies irrespective of the probative value of the statements and irrespective of whether their use was adjudicating for conviction.”*<sup>610</sup> And vice-versa, in *Schenk*<sup>611</sup> the Court stated that although the admission of *unlawfully obtained evidence* does not in itself violate Article 6, it *can give rise to unfairness* on the facts. In this case, which pertained to a use of a recording which was illegal in so far as it was not ordered by the investigating judge, the Court held that there was no violation of Article 6 (1) because the defence was able to challenge the use of the recording and there was other evidence supporting the conviction of the accused.

As it can be seen from the paragraph above the right to defence is one of the basic requirements for the right to fair procedure. Below are elaborated few cases where the Court found that the right to a fair procedure was violated due to the infringement of the right to an adequate defence.

<sup>607</sup> *Ibid*, §46.

<sup>608</sup> *Ibid*, §51.

<sup>609</sup> *Hajnal v. Serbia*, no.36937/06, ECHR, 19.06.2012.

<sup>610</sup> *Ibid*, § 113.

<sup>611</sup> *Schenk v. Switzerland*, no.10862/84, ECHR, 12.07.1988.



Namely, in the case of *Iljazi*<sup>612</sup> the applicant was charged for trying to bring into the country 9.5 kg of heroin, purchased from an unidentified seller in Istanbul, loaded into a cargo area of a truck which belonged to a company managed and owned by him. The national court found him guilty and convicted him with 5,3 years of imprisonment for illegal drug trafficking. The applicant claimed a violation of Article 6 § 3 (d) of ECHR because of the domestic courts' refusal to admit the written statements and ensure presence at trial of witnesses S.B. and T.S., who had apparently stated that the applicant had neither been personally involved nor observed the loading of the goods into the truck. The applicant further submitted a copy of the statements, translated into Macedonian language, since those statements were being taken by Kosovo authorities (the point where the goods entered the country), on a request of the national authorities. The applicant claimed that by doing that the national court has wrongfully established the case facts.

Although ECtHR reiterated that *"the admissibility of evidence is primarily a matter that is regulated by national law"*, and that the purpose of the Court is *"not to give a ruling as to whether statements of witnesses were properly admitted in evidence, but rather to ascertain whether the proceedings as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair"*, as well as that Article 6 § 3 (d) *"does not require the attendance and examination of every witness on the accused's behalf: its essential aim, as is indicated by the words 'under the same conditions', is a full 'equality of arms' in the matter"*, the Court has found that *"there might be exceptional circumstances which could prompt the Court to conclude that the failure to hear a person as a witness was incompatible with Article 6."*<sup>613</sup>

So, in this particular case the Court found violation of Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention since *"in the absence of any direct evidence, the applicant should have been afforded a reasonable opportunity to challenge the assumption that he had loaded and hidden the drugs in the truck. The refusal to examine the defence witnesses, at least T.S., led to a limitation of the defence rights incompatible with the guarantees of a fair trial enshrined in Article 6."*<sup>614</sup>

Furthermore, in the case of *Duško Ivanovski*<sup>615</sup> the applicant was sentenced to two and a half years of imprisonment for illegal drug trafficking. The applicant was searched on 04 February 2003, without a court warrant and in the absence of witnesses, as allowed by Law in exceptional circumstances. The police confiscated 13 keys and a mobile phone from him. On that same date, an investigating judge issued two warrants for search of two apartments and other accompanying premises owned by the applicant's father (nos. 8 and 9 in the building in which the applicant

<sup>612</sup> *Iljazi v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no.56539/08, ECHR, 03.01.2014.

<sup>613</sup> *Ibid.*, § 40.

<sup>614</sup> *Ibid.*, § 47.

<sup>615</sup> *Duško Ivanovski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 10718/05, 24.07.2014.

lived) on the grounds of reasonable suspicion that the applicant was involved in drug trafficking. During the search, more than 2000 kg of heroin was found in a cellar which belonged to another apartment, no. 10, of the same building, and which was opened with a key confiscated during the personal search of the applicant. According to the expert report the locking system of the padlock to the cellar of apartment no. 10 had been damaged and it could be opened with any object, including with all of the keys confiscated from the applicant. Another expertize confirmed that a fingerprint of the applicant's middle finger was found on the package with drugs. The applicant claimed violation of Article 6 of ECHR because the decision was based on illegal evidence and that the domestic courts refused his request to call witnesses and to order a separate expertize.

The ECtHR in its decision reiterated that *“While Article 6 guarantees the right to a fair hearing, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such or the way it should be assessed, which are therefore primarily matters for regulation by national law and the national courts. It is not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, unlawfully obtained evidence – may be admissible or, indeed, whether the applicant was guilty or not. The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair. This involves an examination of the “unlawfulness” in question.”*<sup>616</sup> However, the Court further reiterated that: *“In determining whether the proceedings as a whole were fair, it must be taken into consideration whether the rights of the defence were respected. It must be examined in particular whether the applicant was given the opportunity of challenging the authenticity of the evidence and of opposing its use. In addition, the quality of the evidence must be taken into consideration, including whether the circumstances in which it was obtained cast doubt on its reliability or accuracy.”*, as well as that: *“Although it is normally for the national courts to assess the evidence before them as well as the relevance of the evidence which defendants seek to adduce, there might be exceptional circumstances which could prompt the Court to conclude that the failure to hear a person as a witness was incompatible with Article 6.”* So, in this particular case the Court found a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention on the account of the domestic courts' refusal to hear the defence witnesses and admit alternative expert evidence.

In the *Kovač*<sup>617</sup> case the applicant complained that in the criminal proceedings against him he was deprived of a fair trial since he was not able to put questions to M.V. as a witness against him, which is a violation of Article 6, paragraph 1 and 3 (d) of the Convention. The applicant in 2002 was charged with indecent act against a minor, a twelve-year old girl

<sup>616</sup> *Ibid.* § 42.

<sup>617</sup> *Kovač v. Croatia*, no. 503/05, ECHR, 12.10.2007.

with mental disability. The alleged victim, M.V., gave evidence before an investigating judge in the presence of a psychologist, but the applicant, who at that stage was not represented by a lawyer, was not present. At trial the applicant denied the charges. The victim was then recorded that she upheld the statement made before the investigating judge but the statement was not read out. Other witnesses were also heard, none of whom had seen the alleged acts and who gave evidence only on the subsequent events. The Court convicted the applicant for indecency against a minor and sentenced him to six months of imprisonment. It based the applicant's conviction to a decisive degree on the statement made by the victim before the investigating judge. The applicant appealed complaining that he was not given an opportunity to question M.V and that her testimony given before the investigating judge was reworded by the judge and did not represent the accurate picture of what she said, especially taking into consideration that at the age of 12, she could not read or write and did not know the names of any of her teachers. The higher Court dismissed the appeal. It accepted that the wording of her testimony had been formulated by the investigating judge and that the testimony would have sounded more convincing had it reproduced M.V.'s own words, but it did not find that this shortcoming made a significant impact. The appellate court made no comments on the applicant's complaint concerning his lack of opportunity to question M.V.

The EHtCR in this case reiterated *“that the use in evidence of statements obtained at the stage of the police inquiry and the judicial investigation is not in itself inconsistent with paragraphs 1 and 3 (d) of Article 6, provided that the rights of the defence have been respected. As a rule these rights require that the defendant be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him either when he was making his statements or at a later stage of the proceedings.”* The Court further stated that *“principles of fair trial require that the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify. In this respect, the Court has had regard to the special features of criminal proceedings concerning sexual offences. Such proceedings are often conceived of as an ordeal by the victim, in particular when the latter is unwillingly confronted with the defendant. These features are even more prominent in a case involving a minor. In the assessment of the question whether or not in such proceedings an accused received a fair trial, the victim's interest must be taken into account. The Court therefore accepts that in criminal proceedings concerning sexual abuse certain measures may be taken for the purpose of protecting the victim, provided that such measures can be reconciled with an adequate and effective exercise of the rights of the defence. In securing the rights of the defence, the judicial authorities may be required to take measures which counterbalance the handicaps under which the defence labors.”* In this particular case however the Court found that *“the applicant cannot be*

*regarded as having had a proper and adequate opportunity to challenge the witness statement which was of decisive importance for his conviction and, consequently, he did not have a fair trial*".<sup>618</sup>

In its judgment on the case of *Topic*<sup>619</sup> the Court also noted that: "(...) *the applicant's request for the eyewitnesses to the event to be heard was not vexatious, it was relevant to the subject matter of the accusation, and that it could arguably have strengthened the position of the defence or even led to the applicant's acquittal, had it been confirmed that he had in fact thrown a beer can and not the package containing drugs into the rubbish bin.(...) However, the trial court dismissed the applicant's request by merely noting that all the relevant facts had been sufficiently established (...) which cannot be considered a reasoned decision in itself, and could suggest that the witness statements heard by the domestic court were one-sided.(...) The Court therefore considers that by dismissing all requests by the defence and accepting all the prosecution arguments and evidence the trial court created an unfair advantage in favour of the prosecution and consequently deprived the applicant of any practical opportunity to effectively challenge the charges against him*".<sup>620</sup>

In this case ECHR emphasised the importance of the words "under the same conditions" and "equality of arms" in the matter: "*With this proviso, it leaves it to the competent national authorities to decide upon the relevance of proposed evidence, in so far as this is compatible with the concept of a fair trial, which dominates the whole of Article 6 (...). It is accordingly not sufficient for a defendant to complain that he has not been allowed to question certain witnesses; he must, in addition, support his request by explaining why it is important for the witnesses concerned to be heard and their evidence must be necessary for the establishment of the truth (...). Thus, when the applicant has made a request to hear witnesses which is not vexatious, and which is sufficiently reasoned, relevant to the subject matter of the accusation and could arguably have strengthened position of the defence or even led to the applicant's acquittal, the domestic authorities must provide relevant reasons for dismissing such request(...).The Court notes that the applicant contended that the package found in the rubbish bin did not belong to him, which was why he had refused to sign the seizure record of the package and requested a forensic analysis in order to obtain evidence as to whether he had had any contact with the package(...). He also argued that he had in fact thrown a beer can into the bin, and in support of his arguments he insisted that three persons, eyewitnesses to the event, be questioned. In denying the charges against him the applicant insisted throughout the proceedings that he had thrown a beer can into the rubbish bin and not the package containing drugs. (..)In this respect the Court notes that one of the police officers who testified before the trial court, in fact the one, who found the package, confirmed*

<sup>618</sup> *Ibid.* §26, §32.

<sup>619</sup> *Topic v. Croatia*, no. 51355/10, ECHR, 10 October 2013.

<sup>620</sup> *Ibid.* §46, §47, §478.

that he had also found beer cans in the bin, thus making the applicant's line of defence not fully vexatious or improbable (...). Accordingly, the evidence of the police officers, as witnesses for the prosecution, could have been refuted by the statements of the other three eyewitnesses (...). In the absence of any material evidence such as fingerprint or DNA traces, which were never retrieved from the package although the defence requested it, those witness statements could have played a significant role in strengthening the position of the applicant's defence or even led to his acquittal (...), given that the criminal court is bound by the *in dubio pro reo* principle(...).<sup>621</sup>

Again, in the case of *Navalnyy and Yashin*<sup>622</sup> the Court has required that an applicant must be "afforded a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a disadvantage vis-à-vis his opponent"<sup>623</sup>. The Court has also found that: "(...)the circumstances of the applicants' confrontation with the riot police had been in dispute between the parties to the administrative proceedings (...). However, the courts acting in those proceedings had decided to base their judgment exclusively on the version put forward by the police and had refused to accept additional evidence, such as video recordings, or to call other witnesses, when the applicants sought to prove that the police had not given any orders before arresting them. The Court considers that in the dispute over the key facts underlying the charges where the only witnesses for the prosecution were the police officers who had played an active role in the contested events; it was indispensable for the Justice of the Peace and the Tverskoy District Court to exhaust every reasonable possibility of verifying their incriminating statements (...). The failure to do so ran contrary to the basic requirement that the prosecution has to prove its case and one of the fundamental principles of criminal law, namely, *in dubio pro reo*.(...).<sup>624</sup> It is clear that the applicant should have had the right to prove the facts in favour of his defence, but was rejected by the court to do so.

Interesting for observation are the stands of the Court referring to the issue of detention, in the sense of whether the prosecution managed to present sufficient evidence to prove that there was reasonable suspicion in the defendant's guilt.

Namely, in the case of *Stepuleac*<sup>625</sup> the lawfulness of the detention and whether there were sufficient reasons for the detention were questioned. The applicant was the owner of a security company, which secured a petrol supply company. Upon a complaint by the petrol supply company that one of employees of the security company allegedly stole fuel, the applicant,

<sup>621</sup> *Ibid.* §40, §42, §43, §44, §45.

<sup>622</sup> *Navalnyy and Yashin v. Russia*, no.76204/11, ECHR, 20.04.2015

<sup>623</sup> *Ibid.* §82.

<sup>624</sup> *Ibid.* §83.

<sup>625</sup> *Stepuleac v. Moldova*, no. 8207/06, ECHR, 06.02.2008.

having conducted internal investigation in his company, informed the petrol company that the applicant's employee G.N. confessed he had been stealing petrol, but was refusing to pay for the damage, so the applicant suggested to the petrol company that they should inform the police. Few months later the employee G.N. complained to the Police that people from the security company where he was employed, threatened him with violence in order to obtain money from him and that he was illegally held in detention. The next day the Prosecution opened an investigation against the applicant and another employee in his company. Three days later the applicant was arrested. The first arrest ended with the applicant being placed in house arrest, to be released on bail later on by the Court of Appeal. In the meantime, his company licence was revoked and the applicant informed the media that the prosecution and his arrest were a result of the intent of the Ministry of Interior to monopolize the security services market by destroying competitors, including his company. Then, the applicant was arrested again with expanded criminal investigation against him and two others, for alleged blackmailing of two potential victims. National Court ordered detention and the national Appellate Court upheld that decision.

The ECHR found that although the complaint lodged by G.N. to the Police did not directly indicate the applicant's name, the only ground cited by the prosecuting authority when arresting the applicant and when requesting the court to order his pre-trial detention was that the victim G.N. had directly identified him as the perpetrator of a crime. So for the Court *"It is unclear why his name was included in that decision at the very start of the investigation and before further evidence could be obtained."*<sup>626</sup> Moreover, the Court noted that *"the domestic court, when examining the request for a detention order (...), established that at least one of the aspects of G.N.'s complaint was abusive (...). This should have cast doubt on G.N.'s credibility. The conflict he had with the company's administration (...) gives further reasons to doubt his motives. However, rather than verifying this information, which was easily obtainable from the law enforcement authorities, particularly given the large number of prosecutors assigned to the case, the prosecutor arrested the applicant partly on the basis of his alleged kidnapping of G.N. This lends support to the applicant's claim that the investigating authorities did not genuinely verify the facts in order to determine the existence of a reasonable suspicion that he had committed a crime, but rather pursued his arrest, allegedly for private interests. (...)"*<sup>627</sup>

The Court concluded according to the information in its possession

*"does not satisfy an objective observer that the person concerned may have committed the offence"*<sup>628</sup>. There was, accordingly, a violation of Article 5

<sup>626</sup> *Ibid.* §70.

<sup>627</sup> *Ibid.* §72.

<sup>628</sup> *Ibid.* §73.



§1 of the Convention in respect of the applicant's first arrest.

Regarding the second arrest the Court further found that *“Had the applicant indeed committed the crime and had he wanted to pressure the victim or witnesses or destroy evidence, he would have had plenty of time to do so before December 2005, and no evidence was submitted to the Court of any such actions on the part of the applicant. There was, therefore, no urgency for an arrest in order to stop an ongoing criminal activity and the 24 investigators assigned to the case could have used any extra time to verify whether the complaints were prima facie well-founded. Instead of such verification, the applicant was arrested on the day when the investigation was initiated (...). More disturbingly, it follows from the statements of the two alleged victims that one of the complaints was fabricated and the investigating authority did not verify with him whether he had indeed made that complaint, while the other was the result of the direct influence of officer O., the same person who registered the first complaint against the applicant ... This renders both complaints irrelevant for the purposes of determining the existence of a reasonable suspicion that the applicant had committed a crime, while no other reason for his arrest was cited (...).The Court is aware of the possibility of a victim retracting his or her statements because of a change of heart or even coercion. However, whether or not a victim signed a complaint can be verified by objective forensic evidence and there is nothing in the file to suggest that the person had lied to the domestic court about not having signed the complaint. Indeed, if it were shown that the victim had actually signed the complaint but later retracted it under duress, the domestic court would have had serious reasons for refusing the applicant's request for release. No such concerns were expressed by the court (...).<sup>629</sup>*

So, as in the case of the first arrest, the Court concluded that it does not see in the file any evidence to support a reasonable suspicion that the applicant committed a crime. Therefore, the Court has found a violation of Article 5 §1 of the Convention in respect of the applicant's second arrest too.

Similarly, in the case of *Lazoroski*<sup>630</sup> the applicant complained under Article 5, paragraph 1, 2 and 3 of the Convention that his deprivation of liberty had not been based on any of the permissible grounds and that he had not been informed of the reasons for his arrest. Namely, on 6 August 2003 the applicant received a phone call from an Intelligence Service officer to come to the police station for a “talk”. J.S., a high ranking official in the Intelligence Service gave a verbal order for the applicant's arrest on suspicion that he was armed and might leave the country. At 23.15 hours on the same day (6 August), the applicant was arrested by the police near the border, he was taken to the police station, searched, and according to the report he was found with a mobile phone, passport, identity card and a licence to carry arms. According to the parties, a

<sup>629</sup> *Ibid.* §76-78.

<sup>630</sup> *Lazoroski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 4922/04, ECHR, 08.01.2010.



gun was also found, but it was not recorded in the report. The applicant was handcuffed and transferred to city police station by the Intelligence Service, but he managed to contact his lawyer on his mobile phone. At 2 a.m. on 7 August 2003 the applicant signed a report in which he waived his right to a lawyer. There was no record of the questioning. The applicant claimed that he was questioned about the work of his superiors (one of the executive managers of a company), about certain members of the then opposition political party and certain high-profile journalists. His personal belongings were given back to him and he was released at 9 a.m. The applicant brought his alleged unlawful arrest to the attention of the Ministry of Interior, Sector for Internal Control. The Sector noted that the applicant's arrest and detention had been carried out in compliance with the law, except for minor errors in the minutes concerning the body search. The applicant also requested an investigating judge to review the lawfulness of his deprivation of his freedom, claiming that he had been detained unjustifiably, that he had not been informed of the reasons for his detention, that his lawyer had been prevented from attending the questioning, and that the arrest had been carried out without a court order. On 26 January 2005, after the applicant lodged five requests for expediting the proceedings the investigating judge found that the applicant had been lawfully deprived of his freedom under the suspicion of arms trafficking. On 18 February 2005 the court panel dismissed the applicant's appeal. The applicant filed an application before the ECHR. The ECtHR concludes that the applicant's deprivation of liberty did not constitute lawful detention effected "on reasonable suspicion" and therefore was a breach of Article 5 § 1 (c) of the Convention. The ECtHR in its reasoning reiterated that *"the facts which raise a suspicion need not be of the same level as those necessary to justify a conviction or even the bringing of a charge, which comes at a later stage of the process of criminal investigation. In the instance case, however, there was nothing to suggest that the applicant was involved in trafficking in arms. Even in the proceedings before the Court, the Government did not present any material that would persuade it to conclude otherwise. The "operative indications" of the Intelligence Service, in the absence of any statement, information or a concrete complaint cannot be regarded as sufficient to justify the "reasonableness" of the suspicion on which the applicant's arrest and detention were based."*<sup>631</sup>

Further in the text it is presented the wealthy case-law of the Court dealing with the violation of presumption of innocence by public officials declaring someone's guilty before he/she is being convicted with a final court decision.

---

<sup>631</sup> *Ibid.* §48.

In the case of *Minelli*<sup>632</sup> the Court has considered that Article 6 (2) is breached by a decision of a national court which states that a person is guilty of an offence before that person has been tried and found guilty of it. In particular, the Court specified that *“the presumption of innocence will be violated if, without the accused ‘s having previously been proved guilty according to law and notably without his having had the opportunity of exercising his right to defence, a judicial decision concerning him reflects an opinion he is guilty. This may be so even in the absence of any formal finding: it suffices that there is some reasoning suggesting that the (national) court regards the accused as guilty”*<sup>633</sup>. In the above case a private prosecution for defamation against Mr. Minelli was dismissed because it had become statute-barred. Notwithstanding that, the national court ordered Mr. Minelli to pay part of the costs of the proceedings arguing that the defendant would have been probably convicted if the criminal offence had not extinguished because of prescription. The Court stated that Article 6 (2) had been violated by that decision, since the national court had shown that it was satisfied of the accused guilty on the basis of a mere estimation without any formal finding.

In the case of *Lagardere*<sup>634</sup> the applicant's father, J.L. Lagardère, was chairman and managing director of two companies called Matra and Hachette. A third company, called Lambda, representing some shareholders in Matra and Hachette, lodged a complaint for misappropriation of corporate assets, together with an application to join the proceedings as a civil party. As a consequence, J.L. Lagardère, in his capacity as chairman and managing director of Matra and Hachette, was charged of having knowingly fraudulently misused assets of those companies against their interest. Afterwards the Paris Criminal Court declared the prosecution against J.-L. Lagardère time-barred and as a consequence also the civil party action was declared inadmissible. The decision was appealed by Lambda and the Supreme Court, after declaring that the prosecution had lapsed, this time as a result of the accused death, quashed the judgment of the Court of Appeal concerning the civil action and the case was sent before a different Court of Appeal. The latter court declared the instances of misappropriation of corporate assets committed in 1988 time-barred, but not those committed in the financial years 1989 to 1992 and considered that the late applicant's father had acted against the interests of the companies Matra and Hachette. The conclusion of the Court of Appeal was that the system set in place by Mr J. L. Lagardère constituted the offence of misappropriation of corporate assets and ordered the heirs of the late J.L. Lagardere to pay the civil party Euros 14,345,452.52 in damages.

The applicant appealed the above decision, but his request was not granted and he finally lodged an application with the ECHR: in the above

<sup>632</sup> *Minelli v. Switzerland*, no. 8660/79, ECHR, 25 March 1983.

<sup>633</sup> *Ibid.* § 37.

<sup>634</sup> *Lagardere v. France*, no.18851/07, ECHR, 12.07.2012.

claim he complained that the French courts had violated his father's right to the presumption of innocence, since they had declared his father responsible for the crime, although the criminal proceedings had lapsed and he had never been found guilty prior to his death. On the point, the Court reaffirmed that a distinction had to be made between decisions or statements that reflect the opinion that the person concerned is guilty and those which merely describe a state of suspicion. The former violate the presumption of innocence, while the latter have been found to be in conformity with the spirit of Article 6 of the Convention. Besides, the Court reiterated that Article 6 (2) of the Convention applies also to situations where the person concerned is not, or is no longer, the object of a "criminal charge", for instance to judicial decisions taken after the discontinuation of the criminal proceedings or after an acquittal and that that if the national decision on compensation contains a statement imputing the criminal liability of the respondent party, this could raise an issue falling within the ambit of Article 6 (2) of the Convention.

In the present case the Court noted that the Court of Appeal in its judgment held *"that the constituent elements of the offence of misappropriation of corporate assets to the detriment Matra and Hachette are established for that period against Mr Jean-Luc Lagardère"*<sup>635</sup>: such a statement leaves no room for doubt that the Court of Appeal considered the applicant's father guilty as charged, even though the prosecution against him had lapsed and no court had ever found him guilty while he was alive. Hence Article 6 (2) of the Convention had been violated by the decision on the national court.

Furthermore, in *Clave*<sup>636</sup> case, elaborating on the scope of the presumption of innocence, ECtHR clarified that Article 6 (2) does not only apply to the operative part of a judgment – to the decision whether or not the defendant is found guilty – but also to its reasoning. In this case, the applicant was the father of a daughter whose former wife laid information with the police that the applicant had sexually abused his daughter. The daughter was questioned by police and a psychological expert was commissioned to assess the credibility of her statements. The applicant was charged with sexual abuse of children and sexual abuse of persons entrusted to him for upbringing. Regional Court Muenster acquitted him of all charges, and give reasoning pointing out that *"...the Chamber assumes, in sum, that the core events described by the witness have a factual basis, that is, that the accused actually carried out sexual assaults on his daughter in his car. Nevertheless, the acts could not be substantiated, in terms of either their intensity or their time frame, in a manner that would suffice to secure a conviction. The inconsistencies in the witness's testimony were so marked that it was impossible to establish precise facts."*

The applicant considered that, despite the fact that the appellate court

<sup>635</sup> *Ibid.* § 20.

<sup>636</sup> *Clave v Germany*, no. 48144/09, ECHR, 15.01.2015.

had acquitted him on account of insufficiency of proof, the appellate court's reasoning amounted to a finding of guilt. After the applicants complaint to Federal Court of Constitution stating that judgment violated the presumption of innocence the Constitutional Court declared the complaint inadmissible and the applicant lodged an application with the ECtHR. The German Government argued that the presumption of innocence did not apply to the reasoning of a judgment and that decision of the German court is in line with Article 6 (2) which only require that a defendant be acquitted if not proved guilty beyond reasonable doubt.

The ECtHR rejected the argument made by the German government that presumption of innocence did not impose any boundaries on a court when providing reasons for the acquitting judgment. On contrary, ECtHR pointed out the importance of reasoning of judgment stating that the language used by the decision-maker will be of critical importance in assessing the compatibility of the decision and its reasoning with Article 6 § 2. In the judgment, the Courts stated: *"In view of these elements, the Court considers that the Regional Court's impugned statements went beyond a mere description of a state of (remaining) suspicion by using unfortunate language. They must be said, in the circumstances, to have contradicted or "set aside" the applicant's acquittal by amounting to a finding that the applicant was guilty of the offences he was charged with."*

In the case of Lavents<sup>637</sup> the Court established that there was a breach of Article 6 (2) because the judge of the trial had given interviews to the press during of the trial in which she had stated that she was not sure whether to convict the accused for all or only some counts of the indictment and had expressed her surprise with the defendant completely denying all charges, thus alleging that the defendant should have somehow proved his innocence: the Court affirmed that, by releasing such a statement prior to the end of trial, the judge had blatantly violated the presumption of innocence.

The Court has confirmed the above approach in the case of Alenet de Ribemont<sup>638</sup>. In this case, a member of the French Parliament and former Minister was murdered in front of the applicant's home. The victim was visiting his financial adviser, who lived in the same building and with whom Mr. Ribemont was planning to open jointly a restaurant in Paris. This plan was financed by the victim who lend money to the applicant and for making him responsible for repaying the loan. Once the judicial investigation for murder was initiated, the police of Paris detained several persons, including Mr. Alenet de Ribemont. On the day of the arrest, the French Minister of the Interior and several high rank police officer had a press conference. One of the officers, stated that Mr. Alenet was one of the instigators of the murder, and his colleagues have their statements in support of his own. Afterwards Mr. Alenet de Ribemont

<sup>637</sup> *Lavents v. Latvia*, no.58442/00, ECHR, 28.02.2003.

<sup>638</sup> *Alenet de Ribemont v. France*, no 15175/98, ECHR, 10 February 1995

was formally charged with aiding and abetting murder and was taken into custody where he stayed under detention on remand. He was released after three months of detention on remand with a discharge order was finally issued after three years. After having been released, Mr. Allenet de Ribemont submitted a claim for compensation based on Article 6 par. 2 of the Convention, but the claim was dismissed by the national courts: more specifically Mr. Allener sought compensation of ten million French francs for the non-pecuniary and pecuniary damage he maintained he had sustained on account of the above statements by the Minister of the Interior and senior police officials.

ECHR stated that Government of France had wrongly argued that presumption of innocence could be infringed only by a judicial authority. On the contrary, the Court acknowledged that the principle of presumption of innocence was above all a procedural safeguard in criminal proceedings, but that its scope was more extensive, and that it imposed obligations not only on criminal courts but also on other authorities. The Court stated that Article 6 (2) is surely violated if a judicial decision concerning a defendant reflected an opinion that the person is guilty before he has been proven so by law, specifying that *“It suffices, even in the absence of any formal finding, that there is some reasoning suggesting that the court regards the accused as guilty”*<sup>639</sup>; but the Court also stressed that presumption of innocence may be infringed not only by a judge or court but also by other public authorities.

At the time of the press conference, some of the highest-ranking officers in the French police referred to Mr. Allenet de Ribemont, without any qualification or reservation, as one of the instigators of a murder and thus an accomplice in that murder. This was clearly a declaration of the applicant’s guilt which, firstly, encouraged the public to believe him guilty and, secondly, prejudged the assessment of the facts by the competent judicial authority. Therefore the Court stated that there had been a breach of Article 6 (2).

In the case of *Krause*<sup>640</sup> the Commission has stated the following: *“Article 6 (2), therefore, may be violated by public officials if they declare that somebody is responsible for criminal acts without a court having found so. This does not mean, of course, that the authorities may not inform the public about criminal investigations. They do not violate Article 6 (2) if they state that a suspicion exists, that people have been arrested, that they have confessed etc. What is excluded, however, is a formal declaration that somebody is guilty”*. In that case, the applicant was arrested under suspicion of having committed various offences and was placed in solitary detention on remand. Before the commencement of the main trial, the Head of the Swiss Federal Department of Justice and Police was interviewed on

<sup>639</sup> *Ibid.* §35.

<sup>640</sup> *Krause v. Switzerland*, no.13126/87, ECHR, 20 May 1992.

television in connection with the Entebbe kidnapping of an Air France airplane. The kidnappers had requested the release of various prisoners who were detained in Israel and Europe, *inter alia* the applicant. The Swiss Government refused to free the applicant and the Minister stated on television the following: “*Petra Kreuse cannot be considered simply as a Palestinian fighter for freedom. She is a person who has committed common law offences - offences in connection with explosives -and she must accept responsibility for this. In autumn she will have to stand trial as a prisoner on remand. One cannot fight against terrorism by releasing terrorists*”.

In relation to the above declarations on television, the Commission deemed that there had been no infringement of Article 6 (2), despite the claims of the applicant. The Commission admitted that the Minister had said on television that the applicant had been responsible for committing crime, adding immediately that she had been yet to be tried and that he did not know what the judgment would be. Therefore, according to the Commission, in such a context it was clear that the Minister just wanted to inform the public about an ongoing criminal investigation against the applicant. The Commission concluded that, although the statement of the Minister could have been worded more carefully, it could be seen as information released by the Government referring the doubt in the applicant and an announcement of the near trial. Therefore the Commission found that there had been no infringement of Article 6 (2). However, the Court specified that the principle underlined in Article 6 (2) was not only a procedural guarantee applicable in criminal proceedings but had much wider with an aim of protecting a person from being treated as guilty for a crime prior the end of a trial, by any public servant (in addition to the judicial authorities).

In the case of *Daktaras*<sup>641</sup>, the prosecutor stated in his decision rejecting the request for termination of the proceeding that the defendant Daktaras was guilty. On those grounds Daktaras filed a complaint with the Court, claiming that his right to presumption of innocence had been infringed by the statement of the prosecutor. In this case, the Court noted that the prosecutor did not make the impugned statements in a context which is independent from the criminal proceedings, like a press conference for instance, but were put down in his decision in the preliminary stage of the proceeding, in which he rejects the applicant’s request to discontinue the persecution. The Court found the word “proven” which was used by the prosecutor in the rationale which rejects the request for termination of the investigation, as an unfortunate choice of word, but yet legitimate, because the prosecutor was not addressing the issue whether the guilt of the applicant was established by the evidence but to the issue whether sufficient evidence about the applicant’s guilt was in the case file, so as to justify the next step for putting the case on trial.

<sup>641</sup> *Daktaras v. Lithuania*, no. 42095/98, ECHR, 17.01.2001.



Therefore the Court concluded that the statements used by the prosecutor did not breach the principle of presumption of innocence, since it was a procedural decision assessing whether to continue or dismiss the proceeding and it was not a decision about the of the defendant which would have breached Art. 6 (2) of the Convention.

In the case of *Karaman*<sup>642</sup> the Court stated that the principle of presumption of innocence may also be infringed on account of premature expressions of a suspect's guilt made within the scope of a judgment against separately prosecuted co-suspects. The applicant was the founder of a Turkish TV station broadcasting both in Turkey and in Germany. During a program broadcast by the above TV, there were reports on charitable aid projects and appeals for monetary donations. In its appeals, the association running the collection of proceeds (the association involving the applicant and other people) stressed that the funds donated would be used directly and exclusively for charitable purposes and for the funding of social projects. After some time the prosecution authorities of Frankfurt launched an investigation against several individuals on suspicion of having fraudulently used the majority of funds donated to the association for commercial purposes and their own benefit. An investigation against the applicant, based on the same grounds, started some time later, but the proceedings against the applicant and the co-suspects remained separated. Some suspects stated that they could not decide how the donated funds had been used, that they had been integrated into the hierarchy of a criminal organization whose leaders were in Turkey and in which the applicant had played a leading role and that they had to obtain the applicant's prior approval as to any decision related to the use of the donations. In the judgment issued against the co-suspects, the national court emphasized the responsibilities of the applicant in a few sentences, even though he was not a part of the above proceedings. Furthermore, the presiding judge, when delivering the judgment, said that "*strings were pulled at the level of Kanal 7*" (the TV station) and that the convicted had "*acted in accordance with instructions they had received ... in particular from Zekyria Karaman, ..., ... and ... The main persons in charge were located in Turkey*".<sup>643</sup> The applicant lodged a complaint with the Federal Constitutional Court arguing that the references in the reasoning of the court to his role in the fraudulent use of the donated funds had violated the principle of presumption of innocence. After the complaint was rejected by the German national courts, Mr. Karaman applied the ECHR. Foremost, the Court stated that the aim and purpose of the Convention was protecting people which is why its provisions had to be interpreted and applied in order to make its safeguards practical and effective. Having said that, the Court noted

<sup>642</sup> *Karaman v. Germany*, no. 17103/10, ECHR, 07.07.2014.

<sup>643</sup> *Ibid.* § 15.



that the relevant passages in the judgment issued against other suspects and concerning the involvement of the applicant in the fraudulent use of the donated funds (which was also the subject of the parallel criminal investigations instituted against the applicant), notwithstanding such statements were not binding with respect to the applicant, may have a prejudicial effect on the proceeding against him. In particular, the Court considered that in the above case, since the applicant was prosecuted separately, he was not a party to the proceeding against the co-accused and was therefore deprived of any possibility of contesting the allegations made during this proceeding as to his involvement in the crime. However, the Court acknowledged that in order to assess the responsibility of the co-suspects, the local court could not avoid mentioning and evaluating the role and the intentions of all of the persons “behind the scene” in Turkey, including the applicant, and consequently, there had not been an infringement of Article 6 (2). The decision was not unanimous and two judges delivered a dissenting opinion stating that, actually, the decision of the local court was an infringement of Article 6 (2).

In spite of the two opposed opinions, it seems that the decision of the ECHR could hardly be disputed and that an infringement of Article 6 (2) could occur only if statements as to the guilt of a person who is not a party in a criminal proceeding, are made without giving reason for that. Otherwise, it would be impossible to try defendants in those criminal proceedings (for instance, for the crime of criminal association) where, due to various reasons, not all accused could be tried (as the inability to try them *in absentia* or to notify some of the defendants about the start of the trial, or, because the investigation of some suspects has been completed, while for others it has been not). It would be necessary, though, to assess the responsibility of those suspects who are not subjects to trial, in order to make the decisions about the guilt of those defendants who are on trial. In the case of *Butkevicius*<sup>644</sup> the Chairman of the Lithuanian Parliament released a press statement saying that the Minister of Defence, who was just arrested in a hotel lobby after accepting an envelope full of US dollars, had taken a bribe and that he had no doubt the Minister was corrupt. The Court stated that these remarks amounted to statements made by a public official of the applicant’s guilt, which is a violation of Article 6 (2). More specifically, the Court recalled that the presumption of innocence enshrined in Article 6 (2) of the Convention is one of the elements of a fair criminal trial and that the above principle is violated by a statement of a public official concerning a person charged with a criminal offence, asserting that the above individual is guilty before being proven so by law. Although the impugned remarks of the Chairman were brief and made on separate occasions, in the Court’s opinion they amounted to declarations about the applicant’s guilt made by a public official, which could induce

<sup>644</sup> *Butkevicius v. Lithuania*, no. 48297/99, ECHR, 26.06.2002.

the public opinion into his guilt and could prejudice the assessment of the facts by the competent judicial authority. Therefore, in the above case, the Court confirmed its persistent jurisprudence that not only can the judges or courts infringe the presumption of innocence, but it could also be violated by public authorities.

In the case of *Mulosmani*<sup>645</sup> the Court made distinction between the statement of guilt made by official persons and private persons, or by official persons in the capacity of private individuals, specifying that only official statements can infringe Article 6 (2). In this case, a member of the Albanian Parliament and his two bodyguards were shot as they came out of the Democratic Party headquarters in Tirana. The MP and one bodyguard died the same day in hospital, whereas the second bodyguard was seriously injured. Immediately after the assassination, Mr. Sali Berisha, the then DP's chairman and a well-known public personality, went on air accusing the applicant of being the author of the crime.

An investigation was conducted against the applicant and the prosecutor asked for the applicant's arrest. The following passage of the request is striking: *"Subsequent to the murder, in a televised press conference, the Chairman of the Democratic Party mentioned the name of the accused Jaho Mulosmani as the perpetrator of the crime. This position was maintained in the press release issued by this [Democratic] Party in the days following the murder. This position ... gains credibility given the fact that the murder occurred close to the [DP's] headquarters and that the surrounding environment and bars were frequented by its own members and admirers"*<sup>646</sup>.

The prosecutor's request was granted and the applicant was finally arrested. Even the national court, in its decision on detention on remand, made reference to the statement given by Mr. Berisha: *"The accused's authorship of the crime was declared by the DP's chairman, Mr. Berisha, in a press statement on the very day, immediately after the murder. This position was maintained in the DP's press release, naming the accused Jaho Mulosmani as the perpetrator of the crime"*<sup>647</sup>. Due to these reasons, the applicant complained with the Court that Mr. Berisha's statement had deprived him of the benefit of the presumption of innocence under Article 6 (2) of the Convention.

As to the above case, the Court emphasized that presumption of innocence is violated when a public person's statement about the accused alludes that this person is guilty before his guilt has been legally proven. The Court specified further that the issue of whether a statement given by a public official is a violation of the principle of presumption of innocence must be dealt with the particular circumstances in which the impugned statement was made.

<sup>645</sup> *Mulosmani v. Albania*, no. 29864/03, ECHR, 08.01.2014.

<sup>646</sup> *Ibid.* § 27.

<sup>647</sup> *Ibid.* § 28.

As to the above case, the Court noted that Mr. Berisha's statement was made prior to the indictment against the applicant or prior to his situation being "substantially affected", even though it had surely impacted the proceedings, as it results from the prosecutor's application and the ruling of the national court. Notwithstanding that, the Court considered crucial that Mr. Berisha could not be regarded as having acted as a public official and that he was not involved in the criminal investigation into the MP's murder as a police officer, investigator or a prosecutor. He acted as a private individual, in his capacity as the chairman of a political party which was legally and financially independent from the State. His statement, which was made in a heated political climate, could be regarded as his party's condemnation of the MP's assassination. Therefore, according to the Court, in the present case, there was no breach of Article 6 (2) of the Convention.

On the other hand, the above reasoning appears to be disputable, since, despite what was stated in the judgment, the Court itself did not take in consideration the context of the declaration made by Mr. Berisha: in fact, even though he did not hold any official position, he was one of the most prominent persons in the country and the chairman of a powerful political party. His influence was so relevant that his declaration was quoted both by the prosecutor and the national court. So, despite the decision of the Court, it appears that in the present case there was an infringement of Article 6 (2) since the above statement could certainly influence the judicial authorities involved in the proceedings.

In the case of *Fatullayev*<sup>648</sup> the Court outlined a fundamental distinction between a statement which affirms that a person is only suspected of having committed a crime and an adamant statement, in the absence of a final conviction, that an individual has committed the crime. In this case, the applicant was the founder and editor-in-chief of newspapers published in the Azerbaijani and Russian language. The newspapers were widely known for frequently publishing articles which harshly criticised the government and various public officials. On 30 March 2007, one of these newspapers published an article written by the applicant, where he described the possible consequences of Azerbaijan's support for a "anti-Iranian" resolution of the United Nations Security Council, evoking the possibility that "*the Iranian long-range military air force, thousands of insane kamikaze terrorists and hundreds of Shahab-2 and Shahab-3 missiles*" struck some targets on the territory of Azerbaijan, targets which were analytically indicated in the story. Shortly after the publication of the article, the Prosecutor General made a statement to the press, noting that the above article had contained information which constituted a threat of terrorism and that a criminal investigation had been commenced against the applicant. As a consequence of the publication of the article, the

<sup>648</sup> *Fatullayev v. Azerbaijan*, no.54204/08, ECHR, 29.04.2015.

applicant was finally convicted of the crimes of threat of terrorism and of inciting ethnic hostility.

The Court reiterated that Article 6 (2), in its relevant aspect, is aimed at preventing the undermining of a fair criminal trial by prejudicial statements made in close connection with the proceedings and that presumption of innocence does not only prohibit the premature expression by the tribunal itself of the opinion that the person “charged with a criminal offence” is guilty before he has been so proved according to law, but also covers statements made by other public officials about pending criminal investigations which encourage the public to believe the suspect is guilty and to prejudge the assessment of the facts by the competent judicial authority. Besides, the Court stressed that Article 6 (2) could not prevent the authorities from informing the public about criminal investigations in progress, but it required that they do so with all the discretion and circumspection necessary. However, it was specified by the Court that a fundamental distinction had to be made between a statements that someone is only suspected of having committed a crime and an adamant declaration, in the absence of a final conviction, that an individual has committed the crime. The Court emphasised the importance of the choice of words in the public officials’ statements before a person has been tried and found guilty: whether a statement made by a public official is a violation of the principle of the presumption of innocence must be determined on the particular circumstances in which the impugned statement was made; in the present case, the impugned statement was made by the Prosecutor General in an interview to the press, in a context independent of the criminal proceedings. The Court emphasized the fact that the applicant was a well-known journalist, which required from the State officials, including the Prosecutor General, to keep the public informed about the alleged crime and the ensuing criminal proceedings. However, these circumstances could not justify the absolute lack of caution in the choice of words used by officials in their statements. Furthermore, the statement at issue was made just a few days following the initiation of the criminal investigation – it is particularly important that in the initial stage, even before the applicant has been formally charged, public allegations which could be interpreted as confirmation of the applicant’s guilt should not be made as an opinion given by a senior public official.

The Prosecutor General’s statement unequivocally declared that the applicant’s article indeed contained a threat of terrorism and that “*this information constitutes a threat of terrorism*”. Given the high position held by the Prosecutor General, particular caution should have been exercised in the choice of words for describing the pending criminal proceedings. Therefore the Court considered that these specific remarks, made without any qualification or reservation, amounted to a declaration that the applicant had committed the criminal offence of threat of terrorism.

Thus, the above remarks could prejudge the assessment of the facts by the competent judicial authority and could encourage the public to believe the applicant guilty, before he had been proved guilty according to law: therefore the Court stated that in the present case there had been a violation of Article 6 (2) of the Convention.

In the case of *Neagoie*<sup>649</sup> the factual case concerned a statement made by the spokesperson of the Court of Appeal before the latter had conducted its deliberations, encouraging the public to consider the applicant guilty of – among other things – homicide. In particular, the spokesperson of the Court of Appeal had made the following statement to the press: *“the Court of Appeal is probably going to quash the county court judgment. I am assuming that the defendants will be found guilty”*.

The Court was aware of the importance of the case to the public (the case had aroused a great deal of interest in the media) and hence, the interest of the media in the proceedings. Nevertheless, the spokesperson of the Court of Appeal had not confined himself to releasing solely the information on the proceedings but had disclosed his personal opinion on Mr. Neagoie’s guilt. The Court emphasized that a distinction had to be drawn between a straightforward expression of suspicion about an individual and the public disclosure of a personal view concerning his guilt. The spokesperson of the Court of Appeal had not simply informed the media of the charges against Mr. Neagoie but had made his personal opinion regarding the guilt of the defendant public, thus encouraging the public to consider the applicant guilty. Finally, the Court pointed out that the fact that Mr. Neagoie was eventually found guilty had no impact on the right to presumption of innocence, which has to be respected until a judicial decision has been delivered. The Court specified that Article 6 (2) of the Convention governs criminal proceedings in their entirety, “irrespective of the outcome of the prosecution”. Therefore the Court stated that the applicant did not benefit from the requisite safeguards for a fair trial, that presumption of innocence had not been respected and that there had been a violation of Article 6 (2) of the Convention.

---

<sup>649</sup> *Neagoie v. Romania*, no. 25319/08, ECHR, 21.10.2015.



Кога изучуваш било кое прашање или кога земаш во предвид било која филозофија, прашај се себеси кои се фактите и која е вистината што тие факти ја содржат. Никога не дозволувај да бидеш заведен/а било од она во што сакаш да веруваш или од она што мислиш дека би имало позитивен ефект на општеството доколку би се верувало во истото. Наместо тоа, гледај само и исклучиво кои се фактите.

(Бертранд Расл)

*When you are studying any matter, or considering any philosophy, ask yourself only what are the facts and what is the truth that the facts bear out. Never let yourself be diverted either by what you wish to believe, or by what you think would have beneficent social effects if it were believed. But look only, and solely, at what are the facts.*

(Bertrand Russell)