

Т.В. Трубникова

ПРОБЛЕМЫ ДОКАЗЫВАНИЯ В СПРАВЕДЛИВОМ СУДЕБНОМ РАЗБИРАТЕЛЬСТВЕ И ИХ ОТРАЖЕНИЕ В ПРАВОВЫХ ПОЗИЦИЯХ ЕСПЧ: ВЫЗОВЫ ДЛЯ РОССИЙСКОЙ НАУКИ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА И ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКИ¹

Автор анализирует правовые позиции Европейского суда по вопросам, связанным с доказыванием, демонстрирует их существенное отличие от подходов, сложившихся в науке, законодательстве и правоприменении РФ, а также отсутствие в УПК РФ и правоприменительной практике достаточных гарантий от злоупотребления участниками процесса своими субъективными правами или дискреционными полномочиями. Делаются предложения, направленные на создание в уголовном процессе РФ механизма реализации права на справедливое судебное разбирательство, противодействие злоупотреблению правом в уголовном процессе.

Ключевые слова: право на справедливое судебное разбирательство, доказывание в уголовном процессе, допустимость доказательств, злоупотребление правом, злоупотребление полномочиями.

Российская Федерация, ратифицировав Конвенцию о защите прав человека и основных свобод Федеральным законом № 54-ФЗ от 30.03.1998 г., добровольно приняла на себя обязательство обеспечивать возможность реализации прав, закрепленных в Конвенции, всем лицам, находящимся на ее территории. В этих целях она должна не только исполнять конкретные Постановления ЕСПЧ, принятые по жалобам, поданным против нее, но и создать *системный механизм*, использование которого позволяло бы гражданам РФ реализовывать такие права непосредственно, без предварительного обращения с жалобой в Европейский суд.

Создание такого механизма может оказаться делом не таким уж простым, даже при наличии доброй воли органов государственной власти РФ, поскольку, как будет показано далее, правовые позиции, формулируемые ЕСПЧ по тем или иным вопросам, зачастую существенным образом расходятся с устоявшейся отечественной правовой доктриной, российским законодательством или сложившейся практикой его применения. Поэтому первым шагом в процессе создания такого механизма должно стать обнаружение подобного рода расхождений, уяснение существа правовых позиций ЕСПЧ по соответствующим вопросам и логики их обоснования Европейским судом, адекватное восприятие их юридической наукой. Далее обнаруженные расхождения должны стать предметом самого пристального внимания и обстоятельного анализа с точки зрения того, создает ли российское законодательство (в частности, уголовно-процессуальное) достаточные гарантии реализации права на справедливое судебное разбирательство, не содержит ли оно «пробелов» и «лазеек», создающих возможности для беспрепятственного злоупотребления участниками процесса своими субъективными правами или дискреционными полномочиями. При этом правовые позиции ЕСПЧ особенно значимы постольку, поскольку кол-

лективный опыт судей, представляющих различные правовые системы, принадлежащих государствам, в которых уголовный процесс выстроен технически различными способами, позволяет при рассмотрении конкретных жалоб определять те границы (в том числе те пределы дискреционного усмотрения), при выходе за пределы которых нарушается право на справедливое судебное разбирательство *в любом государстве*, вне зависимости от типа его правовой системы и особенностей его уголовного процесса. Это определяет тот «коридор», который доступен для создания индивидуального, свойственного только России баланса охраняемых ценностей, такого конкретного соотношения публичных и состязательных начал, пределов дискреционных полномочий субъектов процесса, который позволял бы эффективно реализовывать предназначение уголовного процесса, предоставляя каждому его участнику и обществу в целом действенные гарантии реализации его права на судебную защиту. В результате перед российской юридической наукой могут встать проблемы корректировки ранее сформировавшихся подходов и концепций, задачи адекватного «встраивания» правовых позиций ЕСПЧ в ткань отечественной правовой доктрины, актуализируется необходимость разработки проектов изменений нормативно-правового регулирования того или иного вопроса или предложений по корректировке правоприменительной практики.

Обратимся к тем из правовых позиций ЕСПЧ, которые, как нам кажется, ставят наиболее серьезные вызовы перед российской юридической наукой и правоприменительной практикой, обнаруживают наиболее явные проблемы в российской правоприменительной практике, «вскрывают» существенные нарушения прав участников процесса, ставшие, фактически, «обыкновениями» правоприменительной практики. Большая часть этих правовых позиций имеет непосредственное отношение к пробле-

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РГНФ в рамках научно-исследовательского проекта РГНФ, проект № 16-03-00413.

мам доказывания и принятия решений в уголовном судопроизводстве.

1. ЕСПЧ о цели доказывания и средствах ее достижения. Европейский суд по правам человека не рассматривал никогда специально вопрос о целях доказывания. Право на справедливое судебное разбирательство понимается им исключительно как право на должную (справедливую) правовую процедуру, но не включает в себя право на получение благоприятного судебного решения [1, с. 276–277]; [2, с. 11–12]. Тем не менее ряд положений, содержащихся в различных Постановлениях ЕСПЧ, свидетельствует о том, что для Европейского суда представляется бесспорным то обстоятельство, что уголовный процесс вообще и судебная деятельность в частности *предназначены для установления истины* [3–9]. Л.М. Ашировой в ее работе приводятся примеры аналогичных правовых позиций ЕСПЧ [10, с. 11–13]. Стремление к достижению истины в ходе уголовного судопроизводства является для ЕСПЧ чем-то бесспорным, что действует *a priori* и не требует отдельного обоснования. При этом подходе самостоятельная ценность процедурных и организационных правил, включаемых в содержание права на справедливое судебное разбирательство, видится в том, что они в своей совокупности регламентируют такую процедуру, реализация которой позволяет обеспечить установление истины, принятие правосудного судебного решения в подавляющем большинстве случаев, одновременно гарантируя при этом реализацию прав участников (в частности, права на защиту, права на безопасность, права не подвергаться жестокому обращению), а также соблюдение принципа «мало того, чтобы правосудие осуществлялось, должно быть видно, что оно осуществляется». Таким образом, справедливое судебное разбирательство – такое, в котором имеется определенный минимально необходимый «набор инструментов», позволяющих уголовной юстиции действовать в целях одновременного достижения всех вышеперечисленных требований, уравнивания конкурирующих интересов защиты, потерпевшего и свидетелей и публичного интереса в эффективном отправлении правосудия [11]. В число таких «инструментов» Европейский суд включает, в частности, принцип состязательности и принцип равенства сторон, рассматривая состязательность не как начало, противоположное установлению объективной истины по делу, а как средство установления истины в ходе уголовного судопроизводства.

Однако в принцип состязательности при этом Европейский суд вкладывает содержание, диаметрально отличающееся от понимания состязательности, даваемого Конституционным Судом РФ и закрепленного в УПК РФ. С точки зрения ЕСПЧ разделение процессуальных функций и недопустимость выполнения судом функции обвинения – вещи очень важные для обеспечения справедливости судебного разбирательства, но не имеющие прямого отношения к принципу состязательности. Ситуации,

в которых судебные органы принимали на себя реализацию функции обвинения, Суд рассматривал не с точки зрения реализации принципа состязательности, а в аспекте вопроса о беспристрастности такого суда [12, 13]. Согласно правовой позиции Европейского суда по правам человека, «принцип состязательности означает, что стороны *в уголовном или гражданском* процессе вправе знакомиться со всеми доказательствами или замечаниями, приобщенными к делу, комментировать их» [14]. «Право на состязательный процесс в уголовном деле означает, что как обвинению, так и защите должна быть дана возможность знать и комментировать поданные заявления и представленные доказательства другой стороны» [15]. Состязательность, по мнению ЕСПЧ, предполагает также:

- право сторон представлять любые замечания и *обязанность суда их рассмотреть* [16];

- разумную возможность *эффективно оспаривать предположения и доводы противоположной стороны* [17], в том числе путем обеспечения стороне возможности отыскивать и представлять в суд собственные доказательства.

В то же время Европейский суд не видит опасности для состязательности в ситуации, когда отдельные доказательства собираются по инициативе суда, он лишь считает, что с целью обеспечения состязательного процесса все доказательства обычно должны представляться в присутствии обвиняемого в открытом судебном заседании [18].

Принцип равенства сторон ЕСПЧ считает самостоятельным и отдельным от принципа состязательности и видит его суть в том, чтобы каждой из сторон в разбирательстве была гарантирована разумная возможность представить свое дело в таких условиях, которые не ставят ее в существенно менее благоприятное положение в сравнении с оппонентом.

Таким образом, состязательность ЕСПЧ рассматривает как обеспечение стороне *действительной возможности* знакомиться с доводами противоположной стороны, оспаривать представляемые ею доказательства (в том числе лично допрашивая ее свидетелей или участвуя в их допросе), представлять свои доказательства и доводить до суда свою позицию по делу, которую суд был бы вправе и обязан учесть при вынесении решения по делу, т.е. как обеспечение *действительной возможности спора* между сторонами.

Представляется, что в настоящее время понимание состязательности **только** как разделения процессуальных функций (плюс равноправие сторон), вытекающее из формулировок действующего УПК РФ, начинает приносить существенный вред обеспечению справедливости судопроизводства, обеспечению реальной возможности стороны защиты возражать против обвинения, не гарантирует от злоупотреблений дискреционными полномочиями со стороны следователя, прокурора и суда. В качестве такого рода злоупотреблений, как нам кажется, следует рассматривать:

- отказы ряда следователей собирать оправдательные доказательства, поскольку они «действуют на стороне обвинения»;

- случаи возложения судом на сторону защиты обязанности самостоятельно обеспечивать явку в суд свидетелей (в том числе из числа перечисленных в обвинительном заключении), о допросе которых защита ходатайствует (поскольку «в условиях состязательности суд не должен брать на себя функции сторон»);

- необоснованные отказы суда в удовлетворении ходатайств стороны защиты о приобщении к делу собранных ею материалов, ограничения в допросах привлеченных стороной защиты специалистов, не дающие стороне защиты реальной возможности оспаривать предъявленное обвинение (хотя теоретически права сторон равны).

Легко увидеть, что все эти явления прямо противоречат состязательности, понимаемой как инструмент установления истины по делу и направленной на обеспечение реальной возможности спора между сторонами. В этих условиях возникает необходимость пересмотреть и скорректировать отечественное понимание принципа состязательности, с тем, чтобы оно, как минимум, включало в себя те элементы, которые ЕСПЧ считает его неотъемлемыми признаками.

2. «Автономное» определение Европейским судом ряда терминов. Речь идет о широком понимании ЕСПЧ содержания терминов «обвиняемый», «свидетель», «эксперт», «показания свидетеля (обвиняемого)».

В частности, давая автономное определение термину «свидетель», Европейский суд понимает под свидетелем любое лицо (в том числе – потерпевшего), чьи показания, зафиксированные органами следствия, используются национальными судами в качестве доказательств по делу, вне зависимости от того, в какой форме имела место такая фиксация [13]. Таким образом, разного рода «документы» и протоколы следственных действий, содержанием которых по существу является запись показаний конкретного лица (в конкретных российских уголовных делах это могут быть объяснения, протокол опознания, протокол освидетельствования, протокол очной ставки [19] и т.п.), следует, с учетом этой позиции, рассматривать именно как показания свидетеля, распространяя на такие ситуации право обвиняемого допрашивать показывающих против него свидетелей. Эта правовая позиция ЕСПЧ приобретает в настоящее время особое значение, с учетом изменений, внесенных в УПК РФ ФЗ от 4 марта 2013 г. № 23-ФЗ, согласно которым, в частности, объяснения, полученные до возбуждения уголовного дела, могут в дальнейшем быть использованы в качестве источника доказательств, «при условии соблюдения положений статей 75 и 89» УПК РФ. Поскольку уголовно-процессуальный закон не устанавливает конкретных требований, которые должны соблюдаться при получении объяснений, очень ост-

ро встает проблема определения критериев, при условии соблюдения которых сведения, содержащиеся в объяснениях, полученных в ходе проверки сообщения о преступлении, могут приобрести статус допустимого доказательства, решать которую необходимо с учетом правовых позиций ЕСПЧ относительно допустимости показаний свидетеля.

В то же время ЕСПЧ полагает, что нельзя рассматривать в качестве «свидетеля» обвиняемого (даже если он не участвует в качестве обвиняемого при рассмотрении конкретного дела). По его мнению, к оценке показаний обвиняемого следует подходить иначе, чем к оценке показаний незаинтересованных свидетелей, его признание вины действительно только для него одного, для остальных обвиняемых оно – рядовое доказательство (более того, вызывающее дополнительные сомнения): «...положение сообщников, дающих показания, отличается от положения обычных свидетелей. Они не дают показаний под присягой, то есть правдивость их сведений не имеет никаких гарантий, позволяющих привлечь их к ответственности за умышленную дачу ложных показаний». Поэтому «...при решении вопроса о допустимости признания вины обвиняемым такое признание может быть принято только при установлении факта совершения преступления признающим свою вину лицом, но не заявителем...» [20, с. 90–118]. Такую правовую позицию Европейского суда по правам человека необходимо учитывать, например, при анализе достаточности гарантий реализации права на справедливое судебное разбирательство в производстве по принятию судебного решения при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве.

Понятие «обвинение» с точки зрения ЕСПЧ также является автономной концепцией, применяемой независимо от определения «обвинения», существующего в национальном праве. По мнению ЕСПЧ «обвинение» можно в целях ст. 6 п. 1 определить как официальное уведомление лица компетентным органом государственной власти о наличии предположения о том, что этим лицом совершено уголовно наказуемое правонарушение [21]. В сочетании с широким толкованием понятия «показания», а также с правилом, согласно которому доступ к адвокату должен быть предоставлен с первого допроса подозреваемого полицией [22] (с последствием в виде запрета на использование для обоснования обвинительного приговора компрометирующих заявлений, сделанных во время полицейского допроса без доступа к адвокату), это означает недопустимость использования в качестве обвинительного доказательства разного рода «явок с повинной», «объяснений» и записей о признании своей вины, сделанных, например, в протоколе осмотра места происшествия [23], если они составлялись в условиях отсутствия у лица доступа к помощи своего адвоката.

Стоит отметить, что Конституционный Суд РФ в своем Определении от 14 октября 2004 г. № 326-О пришел к выводу об обязательности применения

правил ст. 75 УПК РФ при оглашении в ходе судебного следствия сделанного заявления о явке с повинной. Однако российская правоприменительная практика, к сожалению, идет по иному пути. Так, например, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ своим кассационным определением от 8 апреля 2008 г. по делу № 88-О07-52 оставила без изменения приговор Томского областного суда от 9 июня 2006 года, основанный (два обвинения из трех) практически исключительно на «явках с повинных», данных обвиняемым Б. в отсутствие защитника, несмотря на то, что от показаний, изложенных в этих «явках с повинной», обвиняемый отказался. При этом первая «явка с повинной» была написана им через 9 часов после его фактического задержания, вторая – на следующий день, в ходе «работы» с ним оперативных сотрудников, также без участия защитника (хотя к этому моменту у Б. имелось даже *два защитника*: защитник по назначению и защитник по соглашению)¹.

Еще один термин, автономное понимание которого Европейским судом существенно отличается от его понимания в российском уголовном процессе, – это термин «эксперт». Европейский суд не «разводит» процессуальные фигуры «эксперта» и «специалиста», объединяя обоих этих участников (если они привлекаются для дачи заключений по вопросам, входящим в круг их специальных познаний) понятием «эксперт». В Постановлении по делу «Матыцина (Matytsina) против Российской Федерации» ЕСПЧ сформулировал широкое понимание «экспертных доказательств», оговорив, что понимает под ними любые «источники информации, которые не описывают конкретных фактов дела, но содержат научный, технический и иной сходный анализ данных фактов (которые могут также определяться как «показания-мнения»)» [24]. С учетом этого, ЕСПЧ полагает, что:

- является нарушением права обвиняемого допрашивать показывающих против него свидетелей ситуация, в которой стороне защиты не была предоставлена возможность допросить эксперта стороны обвинения [25];

- принцип равенства сторон нарушается, если «эксперты» стороны защиты и стороны обвинения существенно отличались по своему статусу и «весу» их выводов для суда [26, с. 15];

- «...оспаривание заключения эксперта в отсутствие помощи другого эксперта в соответствующей сфере может быть затруднительным. Таким образом, одного лишь права стороны защиты просить суд о назначении другой экспертизы не является достаточным. Чтобы реализовать это право эффективно, сторона защиты должна иметь ту же возможность представления собственных «экспертных до-

казательств», что и сторона обвинения» [24, § 187]; [25, § 731].

Это означает, в частности, что нормы УПК РФ в той части, в какой их можно истолковать как запрещающие стороне защиты получать письменные суждения специалистов иначе как через сторону обвинения или суд, равно как разъяснения Пленума Верховного Суда РФ [27], согласно которым роль специалиста и значение его суждения не идентичны «экспертным», создают базу для злоупотребления судом своими дискреционными полномочиями, в результате чего на практике в России крайне ограничивается возможность использования в доказывании по уголовным делам заключения специалиста, приглашенного стороной защиты.

Например, по уголовному делу по обвинению Р. в совершении иных действий сексуального характера в отношении малолетней [28], одним из решающих доказательств обвинения послужило «заключение психолога» С.А. Бурлуцкой, сотрудника ЗАО «Центр семейных и социальных технологий «Институт семьи», выданное по запросу следователя. Суд в своем приговоре признал это «заключение» *медицинским документом* и сослался на него при обосновании обвинения. В то же время в судебное заседание было представлено «консультационное заключение специалиста-психолога», выполненное по запросу защитника Р. доктором психологических наук, профессором, зав. лабораторией психологической экспертизы Томского гос. университета Э.И. Мещеряковой. Из данного «консультационного заключения», в частности, следовало, что «заключение психолога» «не содержит обоснованных выводов», в нем «не отражена научно-обоснованная методика», «текст заключения неграмотен не только в психологическом, но и в общекультурном аспекте». Также в данном «консультационном заключении» исследовался протокол допроса потерпевшей и был сделан вывод о том, что текст показаний потерпевшей с учетом возрастной психологии «не выглядит ее собственным, детским, произвольным и спонтанным, и в этом контексте сомнительно достоверен». В судебном заседании стороне защиты дважды отказано в удовлетворении ходатайства о приобщении к материалам дела «консультационного заключения», так как «в нарушение ст. 80 УПК РФ вопросы поставлены перед специалистом исключительно стороной защиты, сторона обвинения в постановке вопросов не участвовала». Ходатайство стороны защиты о допросе Э.И. Мещеряковой в качестве специалиста суд «удовлетворил частично», запретив задавать ей вопросы, для ответа на которые необходимо проведение исследования, а также касающиеся «оценки имеющихся в деле доказательств». Также суд отказал стороне защиты в удовлетворении ходатайства о производстве дополнительной психологической экспертизы, «так как для нее нет оснований». Анализируя данные обстоятельства с учетом правовой позиции ЕСПЧ относительно понятия «эксперт», нетрудно заметить, что, согласно ей: а) экспертами

¹ В настоящий момент дело «Белугин против РФ» находится на рассмотрении в ЕСПЧ. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-111096> Дата обращения: 06.05.2016 г.

являлись и С.А. Бурлуцкая (эксперт стороны обвинения) и Э.И. Мещерякова (эксперт стороны защиты) и б) эксперты со стороны защиты и обвинения существенно отличались по своему статусу и «весу» их выводов для суда. Более того, стороне защиты по данному делу не была гарантирована разумная возможность представить свое дело в таких условиях, которые не ставят ее в существенно менее благоприятное положение в сравнении с оппонентом: сторона обвинения использовала для обоснования обвинения заключение «своего эксперта», тогда как стороне защиты не только не была предоставлена возможность ссылаться на заключение «своего эксперта», но она была лишена и возможности опровергать достоверность соответствующих доказательств стороны обвинения.

3. Подход Европейского суда к решению вопроса о допустимости доказательств. Европейский суд исходит из того, что вопросы допустимости доказательств, в первую очередь, разрешаются на основе внутригосударственных правовых норм, и в основном именно национальные суды должны оценивать собранные материалы с точки зрения их допустимости. В то же время Суд допускает отдельные высказывания по вопросам допустимости доказательств. Анализ таких высказываний позволяет заметить два подхода, которые, как представляется, ставят перед отечественной теорией (и практикой) доказывания серьезные методологические и практические проблемы.

А) «Безусловно» и «условно» недопустимые доказательства.

Статья 75 УПК РФ указывает, что являются недопустимыми любые доказательства, полученные с нарушением требований Кодекса, не ставя исключение доказательств в зависимость от характера допущенных нарушений закона. Это положение не соблюдается на практике² и прямо не воспринимается либо критикуется многими учеными [29, с. 2–5; 30, с. 244; 31, с. 37–38]. Некоторые авторы считают, что недопустимость должна быть разграничена на «абсолютную и относительную» [32], относя к последней возможность сохранения доказательств, вследствие «устраняемого» характера нарушений уголовно-процессуальной формы. Другие предлагают нарушения закона дифференцировать на «безусловно презюмируемые, т.е. влекущие признание доказательств недопустимыми без каких-либо дополнительных условий» и «условно-оценочные», т.е. такие, вывод о недопустимости которых можно сде-

лать только по итогам их проверки и оценки [30, с. 244]. Однако и согласно таким предложениям система деления доказательств на допустимые и недопустимые предстает имеющей довольно строгий «двоичный» характер: каждое доказательство по своим свойствам либо допустимо (или может таким стать, если восполнить допущенные нарушения), либо безусловно недопустимо. Единственное исключение из этого правила регламентировано п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ: одни и те же показания обвиняемого, подозреваемого, данные в досудебном производстве в отсутствие защитника, могут быть допустимым или недопустимым доказательством, в зависимости от соблюдения конкретного условия – подтвердил ли их подсудимый в суде или нет.

Практика же рассмотрения дел Европейским судом привела его к формированию несколько более сложной системы, в которой нашлось место: доказательствам безусловно недопустимым, доказательствам, в отношении которых существует презумпция их недопустимости, доказательствам, которые могут стать допустимыми в силу обстоятельств их исследования, доказательствам, которые являются допустимыми, если подтверждена их достоверность, а также доказательствам, допустимость/недопустимость которых будет определяться судом в зависимости от ряда условий, в числе которых могут быть как обстоятельства их получения и исследования, так и «сила» данных доказательств. Признаем, что приведенный перечень доказательств предстает несколько «эклeктичным», трудно собираемым в единую систему. Применительно к Европейскому суду это объяснимо: он не создает научные теории, он формулирует правила, применимые для конкретных ситуаций, ставших предметом его рассмотрения. Тем большим вызовом для российской юридической науки станет исследование этих отдельных правил, классификация их и систематизация, создание научной теории, учитывающей эти правила при формулировании применимых в российской практике требований к доказательствам и условий и порядка признания их недопустимыми.

В частности, Европейский суд по правам человека выделяет:

1) Однозначно (безусловно) недопустимые доказательства.

Таковыми Суд считает:

- доказательства, полученные в результате применения пыток, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения (так как использование такого доказательства вызывает, по его мнению, серьезные вопросы относительно справедливости такого разбирательства, даже если принятие такого доказательства не имело решающего значения при осуждении лица) [33, 34];

- признательные показания, полученные в ходе допроса в полиции без доступа к адвокату. Согласно правовой позиции ЕСПЧ, отраженной в Постановлении по делу «Шамардаков против РФ», право на защиту безвозвратно утрачивается, когда призна-

² Более того, на практике в некоторых случаях даже формальное признание доказательства недопустимым еще не означает, что суд не будет основывать на нем свое внутреннее убеждение и даже приговор! Сошлемся здесь на исследование А.В. Пиока, который обнаружил в ряде изученных приговоров формулировки типа «несмотря на то, что протоколы признаны недопустимыми доказательствами, сведения, изложенные в них, подтверждают версию обвинения». См.: Пиок А.В. Роль внутреннего убеждения судьи в решении вопросов допустимости уголовно-процессуальных доказательств // Российская юстиция. 2012. № 4. С. 39–42.

тельные показания, сделанные во время допросов в полиции без доступа к адвокату, используются для осуждения [34]. При этом, напомним, ЕСПЧ понимает под «показаниями» любые «документы» и протоколы любых следственных действий, содержанием которых является запись показаний конкретного лица, в том числе объяснения и явку с повинной [35]. Более того, Европейский суд полагает возможным в некоторых ситуациях сделать вывод об отсутствии юридической помощи при допросе и в том случае, когда не проводилось собственно следственных или иных процессуальных действий, отсутствует письменная фиксация показаний лица. Так, по делу «Павленко против России» Европейский суд счел, что имеются серьезные основания полагать, что заявитель несколько раз допрашивался в отсутствие эффективной юридической помощи. В частности, он указал в своем Постановлении по этому делу: «Как следует из журнала посетителей, представленного заявителем в суд и Европейский суд, различные сотрудники милиции посещали заявителя в изоляторе временного содержания поочередно и практически ежедневно. Существенно то, что не получено убедительное объяснение несоответствию времени посещения заявителя сотрудниками и следователями, с одной стороны, и присутствия или отсутствия в следственном изоляторе защитника Д., с другой стороны. Защитник присутствовал только для целей допроса следователем или совершения определенных следственных действий, например опознания по фотографии. Отсутствуют данные о том, что заявитель действительно отказался от своего права на помощь защитника для целей вышеупомянутых «бесед» с сотрудниками. Европейский суд не имел средств удостовериться в том, что «беседы» не затрагивали преступления, в которых заявитель впоследствии сознался. По сути, государство-ответчик не пыталось разъяснить природу этих «бесед», чтобы устранить сомнения в их ненадлежащем характере...» [36].

Отсутствие в уголовно-процессуальном законе РФ или разъяснениях Пленума Верховного Суда РФ указаний на конкретные последствия недопуска (непредоставления) защитника лицу, лишенному свободы до суда (в том числе в результате неформального процессуального фактического задержания), ведет к возможности злоупотреблений со стороны сотрудников правоохранительных органов, не создает достаточных гарантий обеспечения права на защиту, а значит, ведет к нарушению права на справедливое судебное разбирательство.

2) Доказательства, использование которых создает сильную презумпцию несправедливости судебного разбирательства.

К ним ЕСПЧ относит, в частности, показания, полученные от обвиняемого, вопреки его праву на свободу от самооговора, признания «сделанные под давлением». Суд, рассматривающий доказательства, вправе (но не обязан) исключать такие доказательства и должен принимать соответствующее реше-

ние, взвесив все интересы участников» [37. 2008. № 11. С. 15–17; 2009. № 3. С. 11–12].

3) Доказательства, полученные с нарушением права на уважение частной и семейной жизни, закрепленного в ст. 8 Конвенции. Такие доказательства по мнению ЕСПЧ могут быть использованы в доказывании, если нет сомнений в их достоверности. [38, с. 109–147].

4) Доказательства, которые хотя и получены с (другими) нарушениями закона, тем не менее могут использоваться в доказывании (при условии, что заявитель имел возможность оспаривать доказательства и возражать против их использования, а сами такие доказательства не вызвали сомнений в их достоверности) [39].

5) Доказательства «условно допустимые» – возможность их использования зависит от соблюдения/несоблюдения целого ряда условий, сформулированных ЕСПЧ. К их числу Суд относит два вида доказательств:

а) доказательства, полученные с нарушением права обвиняемого допрашивать показывающих против него свидетелей (оглашение показаний свидетелей, допрошенных в досудебном производстве, показания анонимных свидетелей);

б) результаты оперативно-розыскных мероприятий, относительно которых сторона защиты заявила, что они получены в результате провокации.

Ограниченность объема данной статьи не позволяет рассмотреть подробно перечень условий, соблюдение которых позволяет пользоваться «условно допустимыми» доказательствами, тем более что мы приводили его в других работах [40, № 10, с. 26–35, № 12, с. 44–52; 41, № 3, с. 36–45]. Однако представляется необходимым отметить здесь, что ЕСПЧ уточнил свою правовую позицию относительно возможности использования показаний отсутствующего свидетеля в Постановлении Большой Палаты по делу «Schatschaschwili против Германии» от 15.12.2015 г. [42]. Согласно данному Постановлению, при решении вопроса о допустимости таких показаний необходимо учесть три группы обстоятельств:

- имела ли уважительная причина («хороший повод») для отсутствия свидетеля в суде или для соблюдения его анонимности и предприняты ли все возможные усилия, чтобы обеспечить явку этого свидетеля;

- какова сила доказательства (является ли оно единственным или решающим доказательством или имеет значительный вес для осуждения подсудимого);

- наличие достаточных факторов, «уравновешивающих» сложности, возникающие у стороны защиты в связи с невозможностью допросить свидетеля в суде.

При этом чем больше «вес» доказательства, тем большее уравновешивающих факторов необходимо обеспечить, чтобы гарантировать общую справедливость судебного разбирательства. В совокупности

они должны позволить осуществить справедливую и надлежащую оценку надежности непроверенных в суде свидетельских показаний.

В качестве уравнивающих факторов при этом могут выступать:

- правила оценки доказательств (показания отсутствующего свидетеля могут иметь меньший вес);
- обеспечение стороне защиты допросить данного свидетеля в ходе предварительного расследования (например, в ходе очной ставки, или путем предоставления возможности стороне защиты наблюдать допрос малолетнего потерпевшего и задавать ему вопросы через следователя);
- осуществление видеозаписи допроса отсутствующего свидетеля и ее просмотр в судебном заседании с участием суда и сторон, с тем, чтобы суд мог наблюдать поведение свидетеля при допросе и сформировать собственное впечатление о его надежности;
- предоставление стороне защиты дополнительных возможностей поставить под сомнение доверие к отсутствующим свидетелям, например, путем исследования в суде мотивов, которые свидетель мог иметь для лжи.

В свете этих правовых позиций ЕСПЧ представляется затруднительным однозначно оценить последние изменения УПК РФ относительно возможности исследования в суде показаний отсутствующего свидетеля. С одной стороны, кажется скорее положительным правило, включенное в ч. 2.1 ст. 281 УПК РФ, в соответствии с которым решение об оглашении показаний потерпевшего или свидетеля и о воспроизведении видеозаписи или киносъемки следственных действий, производимых с их участием, может быть принято судом при условии предоставления обвиняемому (подсудимому) в предыдущих стадиях производства по делу *возможности оспорить эти доказательства предусмотренными законом способами*, поскольку его можно расценить как указание на необходимость создания тех самых уравнивающих факторов, на необходимость которых указывает и ЕСПЧ. Однако в то же время данная формулировка отличается крайней неопределенностью: ни законодатель, ни правоприменительная практика не обозначили в настоящее время способы, с помощью которых обвиняемый на досудебных стадиях может оспорить показания свидетеля. Двойко можно оценить и изменения, внесенные в ст. 191 УПК РФ. С одной стороны, следует поддержать правило, согласно которому в ходе следственных действий с участием несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля обязательно применение видеозаписи или киносъемки, поскольку потенциально оно создает больше гарантий и возможностей для последующей проверки достоверности таких показаний. В то же время представляется необъяснимой и содержащей возможности для злоупотребления правом оговорка, согласно которой видеозапись не производится, если несовершеннолетний потерпевший или свидетель либо его

законный представитель против этого возражает. Особенно негативным это обстоятельство может стать с учетом современной редакции ч. 6 ст. 281 УПК РФ, в соответствии с которой: «оглашение показаний несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля, ранее данных при производстве предварительного расследования или судебного разбирательства, ...осуществляются в отсутствие несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля без проведения допроса. По ходатайству сторон или по собственной инициативе суд выносит мотивированное решение о необходимости допросить несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля повторно». Данная норма, как представляется, резко ухудшает положение обвиняемого, безосновательно ограничивая его право допрашивать показывающих против него свидетелей. В нарушение положений ст. 6 Конвенции, в ее официальном толковании, данной ей Европейским судом по правам человека, данная норма УПК РФ рассматривает оглашение показаний в качестве общего правила, а допрос свидетеля – в качестве исключения из него, которое необходимо мотивировать. Тем самым на суд законодателем не возлагается обязанность проверить в конкретной ситуации, имеется ли наличие уважительных причин для ограничения права обвиняемого допрашивать показывающих против него свидетелей. Кроме того, данная норма распространяется вообще на все случаи допроса несовершеннолетних, а не только на оглашение показаний несовершеннолетних – потерпевших от преступлений сексуального характера, выходя, тем самым, за рамки возможных уважительных причин для ограничения рассматриваемого права обвиняемого, определенных правовыми позициями ЕСПЧ.

Б) Асимметрия требований к допустимости доказательств.

Вопрос о необходимости асимметрии правил о допустимости доказательств не является новым для российской уголовно-процессуальной науки [43, с. 303; 44, с. 184; 45, с. 17–195]. Законодателем он, по-существу, разрешен в отрицательной форме – УПК РФ не предусматривает различных требований к допустимости доказательств защиты и обвинения. Что же касается практики, то она не просто не склонна предъявлять более «мягкие» требования к допустимости оправдательных доказательств, по сравнению с доказательствами обвинительными, напротив, требования к обвинительным доказательствам на практике бывают *ниже*, чем требования к доказательствам защиты.

Между тем правовые позиции ЕСПЧ требуют от нас вновь вернуться к вопросу об асимметрии требований к допустимости доказательств. Так, в Постановлении по делу «Мирилашвили против России» Европейский суд рассмотрел ситуацию, в которой показания трех ключевых свидетелей обвинения, являвшихся гражданами Грузии и не явившихся в суд, были оглашены (тогда как защита не имела возможности участвовать в их допросе), а ре-

зультаты опроса тех же свидетелей адвокатами заявителя (в которых они отказались от своих предыдущих показаний, указав, что дали их под давлением) суд отказался приобщить к делу и огласить, ссылаясь на положения УПК РФ. В своем постановлении Суд указал, что, представляя результаты опросов, защита стремилась не только представить оправдательные доказательства, но и оспорить данные, собранные против заявителя. Данные, представленные адвокатами, являлись относимыми и существенными. В этой ситуации отказ приобщить к делу показания, полученные защитой, не был оправданным, а положение законодательства, на основании которого результаты опроса были отвергнуты как недопустимые, «не выглядело преследующим какой-либо существенный законный интерес» [46].

4. Правовые позиции ЕСПЧ по вопросу оценки доказательств и обоснованности решений, принимаемых в ходе уголовного судопроизводства. Европейский суд полагает, что: «Для того, чтобы разбирательство было справедливым, суд должен надлежащим образом изучить замечания, доводы и доказательства, представленные сторонами, без предвзятости при оценке их применимости к его решению... Пункт 1 статьи 6 Конвенции требует, чтобы суды приводили мотивацию своих решений» [47].

Отсюда возникает как минимум два важных вопроса, требующих своего адекватного разрешения в российской уголовно-процессуальной науке и правоприменительной практике.

Первый из них касается обеспечения беспристрастности, непредвзятости самого субъекта, производящего оценку доказательств. Причем когда речь идет о беспристрастности суда, Европейский суд рассматривает «беспристрастность» как нечто большее, чем отсутствие предубеждения и заинтересованности в исходе дела. ЕСПЧ неоднократно подчеркивал, что в демократическом обществе важно, чтобы суды внушали доверие населению [48]. Поэтому необходимо не только, чтобы судьи были действительно беспристрастны, но и чтобы они выглядели таковыми. С учетом этого ЕСПЧ при проверке беспристрастности судей разделяет субъективный подход, отражающий личные убеждения данного судьи по конкретному делу, и объективный подход, который определяет, имелись ли достаточные гарантии, чтобы исключить какие-либо сомнения по этому поводу [49, т. 1. с. 417–421]. Для того чтобы констатировать нарушение **объективного основания** беспристрастности, по мнению ЕСПЧ не требуется достоверно устанавливать, что судья был предубежден или имел личную заинтересованность в определенном исходе дела. Судьи должны вести себя так, чтобы у участников процесса и присутствующих не возникало объективных оснований для возникновения сомнений в беспристрастности суда [50]. Причем при решении вопроса о том, имелись ли в данном деле законные основания опасаться, что конкретный судья небеспристрастен, по мнению ЕСПЧ, точка зрения лиц, утверждающих это, важна,

но не имеет решающего значения. Решающее значение имеет вопрос о том, можно ли считать данное опасение объективно оправданным [12].

Представляется, что в уголовно-процессуальном законодательстве РФ содержится недостаточный объем процессуальных гарантий выявления обоснованных сомнений в беспристрастности судьи и обеспечения отвода судьи, в отношении которого такие сомнения появились. В частности, в УПК РФ, в отличие от арбитражно-процессуального законодательства, в настоящее время не регламентирован порядок распределения дел между судьями, а также основания и порядок передачи дела от одного состава суда другому. В результате отсутствует прозрачность в распределении дел, не исключена произвольная, немотивированная (и многократная) передача дела от одного судьи другому, что (особенно в условиях невозможности обжалования соответствующего решения) само по себе способно вызвать обоснованные сомнения в независимости и беспристрастности суда [51, 52]. Кроме того, существующий перечень оснований и порядок разрешения заявленного отвода судьи, закрепленный в УПК РФ, не гарантирует возможности устранения от рассмотрения дела судей, в отношении которых у объективного наблюдателя может сложиться обоснованное основание для сомнений в их небеспристрастности.

Второй вопрос связан с мотивированностью и обоснованностью судебных решений. Как практика ЕСПЧ, так и изучение материалов уголовных дел свидетельствуют о том, что принимаемые на практике в уголовном судопроизводстве России судебные (и несудебные) решения в этом смысле далеко не безупречны. Так, ЕСПЧ неоднократно обнаруживал отсутствие в итоговом судебном решении оценки доводов сторон и представленных ими доказательств. Например, по делу «Красуля (Krasulya) против Российской Федерации» Европейский суд пришел к выводу, что поскольку заключение эксперта, на приобщении которого настаивал заявитель, было важным доказательством, которое подкрепляло позицию защиты, избранную заявителем, и могло быть решающим при рассмотрении вопроса об уголовном характере деяний, совершенных заявителем, а довод заявителя в суде кассационной инстанции о том, что заключение эксперта было незаконно отклонено судом первой инстанции, был сформулирован им ясно и четко, то этот довод требовал точного и ясного ответа. Полное молчание суда кассационной инстанции по вопросу законности отказа в приобщении к доказательствам по делу заключения эксперта является несовместимым с концепцией справедливого судебного разбирательства, заложенной в основу статьи 6 Конвенции [47]. К сожалению, российские суды иначе относятся к обязанности мотивировать свои решения и оценивать доводы и доказательства защиты. Так, в кассационном определении по уголовному делу по обвинению Р. (ссылка на которое уже приводилась в

данной статье), отвечая на довод кассационной жалобы относительно того, что в приговоре суда отсутствует оценка показаний допрошенной в качестве специалиста по ходатайству защиты Э.И. Мещеряковой, чьи показания опровергали достоверность обвинительных доказательств, суд указал: «с учетом достаточности доказательств, и при условии их согласованности, отсутствие отдельной оценки показаний специалиста Э.И. Мещеряковой не может свидетельствовать о нарушении судом норм уголовно-процессуального закона». Очевиден совершенно иной подход, при котором отсутствие оценки показаний, имеющих существенное значение для опровержения доказательств обвинения, не рассматривается в качестве сколько-нибудь серьезного недостатка обвинительного приговора.

Выяснение причин такого положения вещей и выработка мер, направленных на преодоление столь «легкого» отношения к обоснованию судебного ре-

шения, – вот еще одна проблема, требующая рассмотрения ее в уголовно-процессуальной науке и выработки комплекса решений, направленных на ее преодоление.

Таким образом, Постановления ЕСПЧ, принятые по жалобам граждан РФ, не только становятся основанием для возникновения у Российской Федерации обязанностей по исправлению конкретной ситуации заявителя, но и помогают обнаружить «проблемы» уголовно-процессуального закона, создающие возможности для злоупотребления участниками процесса своими субъективными правами или дискреционными полномочиями, обнаружить распространенные ситуации таких злоупотреблений, и ставят перед российской уголовно-процессуальной наукой и правоохранительной практикой множество новых (или старых) вопросов, настоятельно требующих всестороннего исследования и реализации новых, зачастую непривычных для нас подходов.

ЛИТЕРАТУРА

1. Микеле де Сальвиа. Прецеденты Европейского суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. 1072 с.
2. Трубникова Т.В. Право на справедливое судебное разбирательство: правовые позиции Европейского суда по правам человека и их реализация в уголовном процессе Российской Федерации. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2011.
3. Постановление по делу «Бекос и Кутрулопулос (Bekos and Koutropoulos) против Греции» от 13.12.2005 (жалоба № 15250/02) П.69. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-71594> (дата обращения 06.05.2016).
4. Постановление по делу «Рудаков (Rudakov) против Российской Федерации» от 28.10.2010 (жалоба № 43239/04). П.60. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
5. Постановление по делу «Максимов (Maksimov) против Российской Федерации» от 18.03.2010 (жалоба № 43233/02). П.87. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
6. Информация о решении по делу «Маршиани (Marchiani) против Франции» от 27.05.2008 (жалоба № 30392/03). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
7. Постановление по делу «Поляков (Polyakov) против Российской Федерации» от 29.01.2009 (жалоба № 77018/01). П.31. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
8. Постановление по делу «Банникова (Bannikova) против Российской Федерации» от 04.11.2010 (жалоба № 18757/06). П.70. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
9. Постановление по делу «Айдарич (Ajdaric) против Хорватии» от 13.11.2011 (жалоба № 20883/09). П.51. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-107989> (дата обращения 06.05.2016).
10. Аширова Л.М. Объективная истина как элемент справедливого судебного разбирательства по уголовному делу // Библиотека криминалиста. 2012. № 4(5). С. 11–13.
11. Информация о Постановлении по делу «Аль-Хавая и Тахири (Al-Khawaja and Tahery) против Соединенного Королевства» от 15.12.2011 (жалобы № 26766/05 и 22228/06). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
12. Постановление ЕСПЧ по делу «Озеров (Ozerov) против Российской Федерации» от 18 мая 2010 г. (жалоба № 64962/01). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
13. Постановление ЕСПЧ по делу «Кривошапкин (Krivoshapkin) против Российской Федерации» от 27.01.2011 (жалоба № 42224/02). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
14. Постановление ЕСПЧ по делу «Вермюлен (Vermeulen) против Бельгии» от 20.02.1996 (жалоба № 58/1994) // Европейский суд по правам человека. Избранные решения: в 2 т. Т. 2. М.: Норма, 2000. С. 174–177.
15. Постановление Большой Палаты ЕСПЧ по делу «Оджалан (Ocalan) против Турции» от 12.05.2005 (жалоба № 46221/99), п.146. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
16. Постановление ЕСПЧ по делу «Перес (Perez) против Франции» от 12.02.2004 (жалоба № 47287/99). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
17. Постановление ЕСПЧ по делу «Попов (Popov) против Российской Федерации» от 13.07.2006 (жалоба № 26853/04), п. 183. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
18. Постановление ЕСПЧ по делу «Зайцев (Zaytsev) против Российской Федерации» от 16.11.2006 (жалоба № 22644/02). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
19. Постановление ЕСПЧ по делу «Вожигов (Vozhigov) против Российской Федерации» от 26.04.2007 (жалоба № 5953/02). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
20. Постановление по делу «Владимир Романов против Российской Федерации» от 24.07.2008 // Бюллетень ЕСПЧ. 2009. № 3.
21. Постановление ЕСПЧ по делу «Девеер (Deweert) против Бельгии» от 27.02.1980 (жалоба № 6903/75). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

22. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Салдуз (Salduz) против Турции» от 27.11.2008 (жалоба № 36391/02). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
23. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Александр Зайченко (Aleksandr Zaichenko) против России» от 18.02.2010 (жалоба № 39660/02). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
24. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Матыцина (Matytsina) против Российской Федерации» от 27.03.2014 (жалоба № 58428/10). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
25. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Ходорковский и Лебедев (Khodorkovskiy and Lebedev) против Российской Федерации» от 25.07.2013 г. (жалобы N 11082/06 и 13772/05). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
26. *Информация* о Постановлении по делу Бениш (Bonisch) против Австрии от 06.05.1985 // Европейский судебный вестник. 2001.
27. *Постановление* Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2010 № 28 «О судебной экспертизе по уголовным делам» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2011. № 2.
28. *Уголовное дело* № 1-511/11. Архив Кировского районного суда г. Томска.
29. *Лупинская П.А.* Основания и порядок принятия решений о недопустимости доказательств // Российская юстиция. 1994. № 11.
30. *Балакиин В.С.* Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания. Монография. Екатеринбург: ООО «Изд-во УМЦ УПИ», 2004.
31. *Яцишина О.Е.* Внутреннее убеждение как основание свободы оценки доказательств в российском уголовном процессе: Монография. Челябинск: Изд-во ООО «Полиграф-Мастер», 2006. 168 с.
32. *Гришина Е.П., Саушкин С.А., Абросимов И.В.* Дискуссионные проблемы допустимости доказательств в науке уголовно-процессуального права (теории «беспопашного исключения доказательств», «плодов отравленного дерева» и «асимметрии правил допустимости») // Мировой судья. 2008. № 1.
33. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Яллох (Jalloh) против Германии» от 11.07.2006 (жалоба № 54810/00). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
34. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Шамардаков (Shamardakov) против Российской Федерации» от 30.04.2015 (жалоба № 13810/04). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
35. *Постановление* ЕСПЧ от 13.07.2010 по делу «Лопата (Lopata) против России» (жалоба № 72250/01). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-99898> (дата обращения 06.05.2016).
36. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Павленко (Pavlenko) против Российской Федерации» от 01.04.2010 (жалоба № 42371/02). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
37. *Информация* о Постановлении по делу «Гегген против Германии» от 30.06.2008 (жалоба № 22978/05) // Бюллетень ЕСПЧ. 2008. № 11. С. 15–17; 2009. № 3. С. 11–12.
38. *Постановление* Большой Палаты ЕСПЧ по делу «Быков (Bykov) против России» от 10.03.2009 (жалоба № 4378/02) // Бюллетень ЕСПЧ. 2009. № 6.
39. *Информация* о Постановлении по делу «Ли Дейвис (Lee Davies) против Бельгии» от 28.07.2008 (жалоба № 18704/05) // Бюллетень ЕСПЧ. 2009. № 12. С. 29–30.
40. *Трубникова Т.В.* Отграничение провокации от правомерного оперативно-розыскного мероприятия в практике ЕСПЧ и судов РФ // Уголовный процесс. 2012.
41. *Трубникова Т.В.* Право обвиняемого допрашивать показывающих против него свидетелей: подход ЕСПЧ // Уголовный процесс. 2014.
42. *Постановление* Большой Палаты ЕСПЧ по делу «Schatschaschwili против Германии» от 15.12.2015 (жалоба № 9154/10) URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-159566> (дата обращения 06.05.2016).
43. *Стецовский Ю.И., Ларин А.М.* Конституционный принцип обеспечения обвиняемому права на защиту. М.: Наука, 1988. 320 с.
44. *Савицкий В.М.* Последние изменения в УПК: продолжение демократизации судопроизводства (вступительная статья к УПК РСФСР). УК РСФСР. УПК РСФСР. М., 1994.
45. *Кипнис Н.М.* Спорные вопросы теории и практики допустимости доказательств // Доказывание в уголовном процессе: традиции и современность / под ред. В.А. Власихина. М.: Юрист, 2000. 272 с.
46. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Мирилашвили (Mirilashvili) против России» от 11.12.2008 (жалоба № 6293/04) // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2009. № 4. С. 22–23.
47. *Постановление* по делу «Красуля (Krasulya) против Российской Федерации» от 22.02.2007 (жалоба № 12365/03). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
48. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Клейн (Kleyn) и другие против Нидерландов» от 06.05.2003г., п. 196. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
49. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Пьерсак (Piersack) против Бельгии» от 01.10.1982 (жалоба № 8692/79), п.30 // Европейский суд по правам человека. Избранные решения: в 2 т. М.: Норма, 2000.
50. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Бусчеми (Buscemi) против Италии», от 16.09.1999 (жалоба № 29569/95) // URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58304> (дата обращения: 08.02.2013 г.).
51. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Моисеев (Moiseyev) против Российской Федерации» от 09.10.2008 (жалоба № 62936/00). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
52. *Постановление* ЕСПЧ по делу «Сутягин (Sutyagin) против Российской Федерации» от 03.05.2011 (жалоба № 30024/02). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

PROBLEMS OF PROOF IN A FAIR TRIAL AND THEIR REFLECTION IN THE LEGAL POSITIONS OF THE ECHR: CHALLENGES FOR THE RUSSIAN SCIENCE OF THE CRIMINAL PROCEDURE AND LAW ENFORCEMENT PRACTICE

Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law, 2016, 1(7), 135–147. DOI 10.17223/23088451/7/22

Trubnikova Tatiana V., Tomsk State University (Tomsk, Russian Federation). E-mail: trubn@mail.ru

Keywords: right to fair trial, proof in criminal trial, admissibility of evidence, abuse of rights, abuse of powers.

The author proceeds from the fact that by ratifying the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the Russian Federation has made a commitment to establish a systematic mechanism to implement in Russia the rights enshrined in the Convention, including the right of the accused to a fair trial. The development of such a mechanism in practice is complicated by the fact that the legal position set forth by the European Court of Human Rights on specific issues often significantly diverges from the established domestic legal doctrine, the Russian legislation or the established practice of its application. Russian laws and Russian law enforcement practice often do not create sufficient guarantees against the abuse of subjective rights or discretionary powers by trial participants. Therefore, the legal science faces the task not only of an adequate perception of the ECHR legal positions, but also of rethinking of the domestic legal doctrine on their basis.

Further, the author gives examples of the ECHR legal positions on the issues of proof, of opinions that differ most from those habitual to the Russian criminal procedure science, as well as from existing law enforcement practices, on the need to establish the truth in a trial, on the content of competition and equality of the parties in a trial, on the criteria of admissibility / inadmissibility of certain evidence, on the requirement of the court impartiality and of the motivation of its decisions, compares them with the Russian legislation and law enforcement practice, demonstrates the problems of criminal procedural law that create opportunities for the abuse of right.

The author proposes to: a) refine the domestic understanding of the adversariality of criminal proceedings; b) introduce changes that take into account the autonomous definitions of “witness”, “charge”, “expert” the ECHR formed to the Russian legislation and law enforcement practice; c) revise theoretical principles of the criminal procedure science for proof, so that the criteria for the admissibility of evidence in Russia take into account the ECHR legal positions, and the requirement to use only admissible evidence does not exclude the possibility for the defense to argue their case; d) address the issue of ensuring the impartiality of judges, as well as the problem of ensuring motivation of judicial decisions.

REFERENCES

1. Salvia, M. de. (2004) *Pretsedenty Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka. Rukovodyashchie printsipy sudebnoy praktiki, otnosyashchiesya k Evropeyskoy konventsii o zashchite prav cheloveka i osnovnykh svobod. Sudebnaya praktika s 1960 po 2002 g.* [Precedents of the European Court of Human Rights. Guidelines of jurisprudence relating to the European Convention on Human Rights. Litigation from 1960 to 2002]. St. Petersburg: Yuridicheskiy tsentr Press.
2. Trubnikova, T.V. (2011) *Pravo na spravedlivoe sudebnoe razbiratel'stvo: pravovye pozitsii Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka i ikh realizatsiya v ugolovnom protsesse Rossiyskoy Federatsii* [The right to a fair trial: legal positions of the European Court of Human Rights and their implementation in the criminal trial of the Russian Federation]. Tomsk: Tomsk State University.
3. ECHR. (2005) *Resolution in Bekos and Koutropoulos v. Greece of 13.12.2005 (complaint 15250/02). P. 69.* [Online] Available from: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-71594>. (Accessed: 06th May 2016). (In Russian).
4. Konsul'tantPlyus. (2010) *Resolution in Rudakov v. Russia of 8.10.2010 (complaint 43239/04). P. 60.* (In Russian).
5. Konsul'tantPlyus. (2010) *Resolution in Maksimov v. Russia of 18.03.2010 (complaint 43233/02). P. 87.* (In Russian).
6. Konsul'tantPlyus. (2008) *Information on the resolution in Marchiani v. France of 27.05.2008 (complaint 30392/03).* (In Russian).
7. Konsul'tantPlyus. (2009) *Resolution in Polyakov v. Russia of 29.01.2009 (complaint 77018/01). P. 31.* (In Russian).
8. Konsul'tantPlyus. (2010) *Resolution in Bannikova v. Russia of 04.11.2010 (complaint 18757/06). P. 70.* (In Russian).
9. ECHR. (2011) *Resolution in Ajdaric v. Croatia of 13.11.2011 (complaint 20883/09). P. 51.* [Online] Available from: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-107989>. (Accessed: 06th May 2016). (In Russian).
10. Ashirova, L.M. (2012) *Ob"ektivnaya istina kak element spravedlivogo sudebnogo razbiratel'stva po ugolovnomu delu* [Objective truth as an element of a fair trial in the criminal case]. *Biblioteka kriminalista*. 4(5). pp. 11–13.
11. Konsul'tantPlyus. (2010) *Information on the resolution in Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom of 15.12.2011 (complaints 26766/05 and 22228/06).* (In Russian).
12. Konsul'tantPlyus. (2010) *Resolution of the ECHR in Ozerov v. Russia of 18 May 2010 (complaint 64962/01).* (In Russian).
13. Konsul'tantPlyus. (2010) *Resolution of the ECHR in Krivoshekin v. Russia of 27.01.2011 (complaint 42224/02).* (In Russian).
14. ECHR. (2000) *Postanovlenie ESPCh po delu "Vermyulen (Vermeulen) protiv Bel'gii" ot 20 fevralya 1996 g. (zhaloba № 58/1994)* [Resolution of the ECHR in Vermeulen v. Belgium of 20 February 1996 (complaint 58/1994)]. In: *Evropeyskiy sud po pravam cheloveka. Izbrannye resheniya: V 2 t.* [The European Court of Human Rights. Selected resolutions: In 2 vols]. Vol. 2. Moscow: Norma.
15. Konsul'tantPlyus. (2010) *Resolution of the Grand Chamber of the ECHR in Ocalan v. Turkey of 12.05.2005 (complaint 46221/99). P. 146.* (In Russian).
16. Konsul'tantPlyus. (2010) *Resolution of the ECHR in Perez v. France of February 12, 2004 (complaint 47287/99).* (In Russian).
17. Konsul'tantPlyus. (2010) *The ECHR resolution in Popov v. Russia of 13 July 2006 (complaint 26853/04). P. 183.* (In Russian).
18. Konsul'tantPlyus. (2010) *Resolution of the ECHR in Zaytsev v. Russia of 16 November 2006 (complaint 22644/02).* (In Russian).

19. Konsul'tantPlyus. (2010) *Resolution of the ECHR in Vozhigov v. Russia of 26 April 2007 (complaint 5953/02)*. (In Russian).
20. Byulleten' ESPCh. (2009) Postanovlenie po delu "Vladimir Romanov protiv Rossiyskoy Federatsii" ot 24.07.2008 g. [Resolution in Vladimir Romanov v. Russia of 24.07.2008]. *Byulleten' ESPCh*. 3.
21. Konsul'tantPlyus. (2010) *Resolution of the ECHR in Deweer v. Belgium of 27 February 1980 (complaint 6903/75)*. (In Russian).
22. Konsul'tantPlyus. (2008) *Resolution of the ECHR in Salduz v. Turkey of 27 November 2008 (complaint 36391/02)*. (In Russian).
23. Konsul'tantPlyus. (2010) *The ECHR resolution in Aleksandr Zaichenko v. Russia of 18.02.2010 (complaint 39660/02)*. (In Russian).
24. Konsul'tantPlyus. (2010) *Resolution of the ECHR in Matysina v. Russia of 27.03.2014 (complaint 58428/10)*. (In Russian).
25. Konsul'tantPlyus. (2010) *The ECHR resolution in Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia of 25.07.2013 (complaint 11082/06 and 13772/05)*. (In Russian).
26. Evropeyskiy sudebnyy vestnik. (2001) Informatsiya o Postanovlenii po delu Benish (Bonisch) protiv Avstrii ot 06 maya 1985 g. [Information on the resolution in Bonisch v. Austria on May 6, 1985]. *Evropeyskiy sudebnyy vestnik*.
27. Byulleten' Verkhovnogo Suda RF. (2011) Postanovlenie Plenuma Verkhovnogo Suda RF ot 21.12.2010 № 28 "O sudebnoy ekspertize po ugovnym delam" [Resolution of the Plenum of the Supreme Court of 21.12.2010 N 28 "On judicial expertise in criminal cases"]. *Byulleten' Verkhovnogo Suda RF*. 2.
28. Archive of the Kirov District Court of Tomsk. *Criminal case 1-511/11*. (In Russian).
29. Lupinskaya, P.A. (1994) Osnovaniya i poryadok prinyatiya resheniy o nedopustimosti dokazatel'stv [The grounds and procedure for the decision-making on the inadmissibility of evidence]. *Rossiyskaya yustitsiya — Russian Justitia*. 11.
30. Balakshin, V.S. (2004) *Dokazatel'stva v teorii i praktike ugovolno-protsessual'nogo dokazyvaniya* [Evidence in the theory and practice of criminal procedure proof]. Yekaterinburg: UMTs UPI.
31. Yatsishina, O.E. (2006) *Vnutrennee ubezhdenie kak osnovanie svobody otsenki dokazatel'stv v rossiyskom ugovnom protsesse* [Inner conviction as the foundation of freedom of evaluation of evidence in the Russian criminal trial]. Chelyabinsk: Poligraf-Master.
32. Grishina, E.P., Saushkin, S.A. & Abrosimov, I.V. (2008) Diskussionnye problemy dopustimosti dokazatel'stv v nauke ugovolno-protsessual'nogo prava (teorii "besposhchadnogo isklyucheniya dokazatel'stv", "plodov otravlennoy dereva" i "asimmetrii pravil dopustimosti") [Controversial issues of admissibility of evidence in the science of criminal procedure law (the theory of the "ruthless exclusion of evidence", "fruit of the poisonous tree" and "asymmetry of the rules of admissibility")]. *Mirovoy sud'ya — Magistrate Judge*. 1.
33. Konsul'tantPlyus. (2010) *Resolution of the ECHR in Jalloh v. Germany of 11.07.2006 (complaint 54810/00)*. (In Russian).
34. Konsul'tantPlyus. (2010) *The ECHR resolution in Shamardakov v. Russia of 30.04.2015 (complaint 13810/04)*. (In Russian).
35. ECHR. (2010) *The ECHR resolution of 13.07.2010 in Lopata v. Russia*. [Online] Available from: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-99898>. (Accessed: 06th May 2016). (In Russian).
36. Konsul'tantPlyus. (2010) *The ECHR resolution in Pavlenko v. Russia of 01.04.2010 (complaint 42371/02)*. (In Russian).
37. Byulleten' ESPCh. (2008) Informatsiya o Postanovlenii po delu "Gefgen protiv Germanii" ot 30 iyunya 2008 g. (zhaloba № 22978/05) [Information on the resolution in Gefgen v. Germany of 30 June 2008 (complaint 22978/05)]. *Byulleten' ESPCh*. 11. pp. 15–17.
38. Byulleten' ESPCh. (2009) Postanovlenie Bol'shoy Palaty ESPCh po delu "Bykov (Bykov) protiv Rossii" ot 10 marta 2009 g. (zhaloba № 4378/02) [The resolution of the Grand Chamber of the ECHR in Bykov v. Russia of 10 March 2009 (complaint 4378/02)]. *Byulleten' ESPCh*. 6.
39. Byulleten' ESPCh. (2009) Informatsiya o Postanovlenii po delu "Li Deyvis (Lee Davies) protiv Bel'gii" ot 28 iyulya 2008 g. (Zhaloba № 18704/05) [Information on the resolution in Lee Davies v. Belgium of 28 July 2008 (complaint 18704/05)]. *Byulleten' ESPCh*. 12. pp. 29–30.
40. Trubnikova, T.V. (2012) Otgranichenie provokatsii ot pravomernogo operativno-rozysknogo meropriyatiya v praktike ESPCh i sudov RF [Delimitation of provocation from legitimate operational-search activities in the practice of the ECHR and Russian courts]. *Ugolovnyy protsess*.
41. Trubnikova, T.V. (2014) Pravo obvinyaemogo doprashivat' pokazyvayushchikh protiv nego svideteley: podkhod ESPCh [The right of the accused to question witnesses against him: the approach of the ECHR]. *Ugolovnyy protsess*.
42. ECHR. (2015) *The judgment of the Grand Chamber of the ECHR in Schatschaschwili v. Germany of 15.12.2015 (complaint 9154/10)*. [Online] Available from: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-159566>. (Accessed: 06th May 2016). (In Russian).
43. Stetsovskiy, Yu.I. & Larin, A.M. (1988) *Konstitutsionnyy printsip obespecheniya obvinyaemomu prava na zashchitu* [The constitutional principle of the defendant's right to protection]. Moscow: Nauka.
44. Savitskiy, V.M. (1994) Poslednie izmeneniya v UPK: prodolzhenie demokratizatsii sudoproizvodstva (vstupitel'naya stat'ya k UPK RSFSR) [Latest changes to the Criminal Procedure Code: the continuation of the democratization of justice (the introduction to the RSFSR Code of Criminal Procedure)]. In: *UK RSFSR. UPK RSFSR* [RSFSR Criminal Code. RSFSR Code of Criminal Procedure]. Moscow.
45. Kipnis, N.M. (2000) Spornye voprosy teorii i praktiki dopustimosti dokazatel'stv [Controversial questions of the theory and practice of the admissibility of evidence]. In: Vlasikhin, V.A. (ed.) *Dokazyvanie v ugovnom protsesse: traditsii i sovremennost'* [Proof in criminal proceedings: tradition and modernity]. Moscow: Yurist".
46. Byulleten' Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka. (2009) Postanovlenie ESPCh po delu "Mirilashvili (Mirilashvili) protiv Rossii" ot 11 dekabrya 2008 g. (zhaloba № 6293/04) [The ECHR resolution in Mirilashvili v. Russia of 11 December 2008 (complaint 6293/04)]. *Byulleten' Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka*. 4. pp. 22–23.
47. Konsul'tantPlyus. (2010) *Resolution in Krasulya v. Russia of 22 February 2007 (complaint 12365/03)*. (In Russian).
48. Konsul'tantPlyus. (2010) *The ECHR resolution in Kleyn and Others v. the Netherlands of 06.05.2003. P. 196*. (In Russian).

-
49. ECHR. (2000) Postanovlenie ESPCh po delu "P'ersak (Piersack) protiv Bel'gii" ot 1 oktyabrya 1982 g. (zhaloba № 8692/79), p. 30 [The ECHR resolution in Piersack v. Belgium of 1 October 1982 (complaint 8692/79), p. 30]. In: *Evropeyskiy sud po pravam cheloveka. Izbrannye resheniya: V 2 t.* [The European Court of Human Rights. Selected resolutions: In 2 vols]. Vol. 2. Moscow: Norma.
 50. ECHR. (1999) *Resolution of the ECHR in Buscemi v. Italy of 16 September 1999 (complaint 29569/95)*. [Online] Available from: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58304>. (Accessed: 08th February 2013). (In Russian).
 51. Konsul'tantPlyus. (2010) *The ECHR resolution in Moiseyev v. Russia of 09.10.2008 (complaint 62936/00)*. (In Russian).
 52. Konsul'tantPlyus. (2011) *The ECHR resolution in Sutyagin v. Russia of 03.05.2011 (complaint 30024/02)*. (In Russian).