

ления о совершении преступления по делам частного обвинения, проведение проверки и т. п.).

Относительно второй части вопроса видится необходимым проведение анализа правоприменительной деятельности с использованием метода экспертных оценок для соответствующего итогового вывода и предложения формулировки нормативного предписания.

#### Список использованных источников

1. Канстыгуцыя Рэспублікі Беларусь 1994 года (са змяненнямі і дапаўненнямі, прынятымі на рэспубліканскіх рэферэндах 24 лістапада 1996 г. і 17 кастрычніка 2004 г.). – Мінск : Беларусь, 2006. – 104 с.

2. Права чловека: міжнародна-правовыя дакументы і практыка іх прымянення : в 4 т. / сост.: Е. В. Кузнецова. – Минск : Амалфея, 2009. – Т. 1. – 816 с.

3. Эффективность правосудия и проблема устранения судебных ошибок / М. И. Авдеев [и др.] ; под ред. В. Н. Кудрявцева. – М. : Ин-т государства и права Академии наук СССР, 1975. – 298 с.

4. *Де Сальвиа М.* 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. : Юрид. центр Пресс, 2004. – 1072 с.

5. О внесении изменений и дополнений в Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы Республики Беларусь [Электронный ресурс] : Закон Респ. Беларусь от 18 июля 2017 г. № 53-3 // ЭТАЛЮН. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2017.

*Пест Р.*

### **Уголовный процесс, основанный на верховенстве права, как средство обеспечения запрещения пыток<sup>1</sup> (перевод В. И. Самарина)**

Запрещение пыток признается в обычном международном праве (*ius cogens*). В этом контексте предполагается, что запрет применения пыток носит абсолютный характер. Вторичные правила, которые применяются в случае нарушения запрета применения пыток, являются предпосылкой для обеспечения эффективного осуществления этого запрета. Обязанность устранить последствия незаконных действий государства также вытекает из верховенства права. Уголовный процесс, основанный на верховенства права, может служить для обеспечения запрета применения пыток по-разному. В данной работе оценивается, как исключение доказательств, процессуальный барьер в уголовном процессе и оспоримость решений, основанных на применении пыток, могут помочь обеспечить реализацию запрета на применение пыток. Рассматривается вопрос о том, требуется ли осуществление уголовного преследования против лиц, виновных в применении пыток.

---

<sup>1</sup> Ссылки на источники приведены только в англоязычной версии тезисов.

## I. Введение

Как государство справляется с проблемой пыток, говорит многое о его самооценке. В связи с этим возникает вопрос: каким образом уголовное судопроизводство, регулируемое верховенством права, может функционировать для обеспечения запрещения применения пыток? Чтобы подойти к этому вопросу, уместно изучить, как запрет применения пыток уходит своими корнями в права человека (II). Впоследствии необходимо обрисовать, что представляет собой уголовный процесс, основанный на верховенстве права (III). Только тогда мы можем добраться до сути этой темы, а именно: как уголовный процесс, основанный на верховенстве права, может обеспечить запрещение применения пыток (IV). В конце подведем итоги (V).

## II. Запрет пыток как право человека

В прошлые века было законно пытаться, особенно выпытывать информацию и признания от пытаемого человека или просто наказывать его или ее. В этом контексте должна быть принята во внимание важность веры. Глубоко верили, что, с одной стороны, бог дал бы невиновному силы не поддаваться пыткам, и с другой – было распространено убеждение, что никто не признался бы в преступлении, если бы он или она фактически его не совершили. В настоящее время термин «пытка», наоборот, понимается как запрещенная процедура. Запрет применения пыток широко признается, особенно в договорах и документах международного права<sup>1</sup>, и следовательно, применяется в качестве обычного международного права (*ius cogens*). Примерами можно назвать запрещение пыток в ст. 3 Европейской конвенции по правам человека и ч. 1 ст. 7 Международного пакта о гражданских и политических правах. В последующем остановимся на защите, гарантируемой в ст. 3 Европейской конвенции по правам человека.

Согласно ст. 3 Европейской конвенции по правам человека никто не должен подвергаться пыткам или бесчеловечному или унижающему достоинство обращению или наказанию. Таким образом, целью конвенции является защита психологической и физической неприкосновенности индивидуума. Данное положение основано на опыте, что люди в определенных ситуациях подвергаются принуждению со сторо-

---

<sup>1</sup> См., например, ст. 3 Европейской конвенции о правах человека; ст. 4 Европейской Хартии основных прав; ч. 1 ст. 7 Международного пакта о гражданских и политических правах; ст. 5 Всеобщей декларации прав человека; п. 2 ч. 1 ст. 5 Американской конвенции по правам человека; ч. 2 ст. 5 Африканской хартии прав человека и народов; подпункты а) и с) п. 1 ст. 3, п. 4 ст. 17 и п. 3 ст. 87 Конвенция (III) об обращении с военнопленными.

ны государства. В этих ситуациях существует высокий риск злоупотребления властью. Кроме того, в этом случае косвенно защищена цель уголовного процесса по установлению истины – даже если это не является основной целью рассматриваемого права человека, поскольку доказательственная информация и признания, полученные под пытками, составляют основной источник ошибок. Показания, полученные под пытками, являются скорее продуктом страха или боли допрашиваемого, чем истины.

Значение запрещения пыток в правовой системе выводится в первую очередь из систематической связи с п. 2 ст. 15 Европейской конвенции по правам человека, поскольку отступление не допускается даже в случае войны или чрезвычайного положения, угрожающего жизни нации; то же самое справедливо в контексте борьбы с терроризмом. Таким образом, *Европейский суд по правам человека* всегда подчеркивал абсолютный характер запрещения пыток, потому что особенно в экстремальных ситуациях и при чрезвычайном положении, государства, следуя пресловутой «необходимости, не знающей закона», имеют тенденцию реализовать необычные далеко идущие меры и пытаются избежать своих обязательств в отношении прав человека, которые в этих ситуациях воспринимаются как неудобные.

Не следует скрывать, что в Германии некоторые известные профессора публичного и уголовного права утверждают, что исключения из запрета на применение пыток допустимы в случаях так называемого «спасения-пытка». Ситуация «спасение-пытка» определяется тем фактом, что в данном конкретном контексте пытки используются в качестве превентивного средства для предотвращения опасности; речь идет не о пытках как средстве установления истины в уголовном процессе. Тем не менее в настоящей работе не представляется возможным раскрыть этот фундаментальный вопрос шире, поэтому в своих комментариях остановимся на абсолютном характере запрещения пыток.

### *III. Уголовный процесс, основанный на верховенстве права*

Государство, основанное на принципе верховенства права, состоит из формальных и материальных элементов и целей ограничения и гарантии государственной власти. Утверждение, что деятельность государства – особенно в отношении граждан – должна быть ограниченной и предсказуемой, также является элементом принципа верховенства права. Защита личной свободы неразрывно связана с идеей государства, руководствующегося верховенством права. Исходя из этого верховенство права требует проводить производство по делу законным и независимым судьей, уважая конституционные права и права человека, такие как запрет на применение пыток. Более того, право на справедливое

судебное разбирательство основано на принципе верховенства права. Обязанность устранить последствия незаконного действия государства также проистекает из принципа верховенства права. Для соблюдения этого правового требования государство, основанное на верховенстве права, обладает инструментами восстановления правового положения и компенсации. Наконец, требование гражданина устранить последствия незаконного действия государства коренится в фундаментальных правах. Другими словами, правопорядок, разбалансированный вмешательством в права, должен быть уравновешен посредством возмещения вреда. Таким образом, тип и размер компенсации должны быть соизмеримы с качественной и количественной интенсивностью вмешательства и другими обстоятельствами конкретного дела.

*IV. Уголовный процесс, основанный на верховенстве права, как механизм обеспечения реализации запрещения пыток*

Разумеется, запрещение пыток обеспечивается в более широком объеме, если государство, осуществляющее уголовное преследование, уважает это правило. Но это не то, что представляет интерес для конференции по теме «Уголовный процесс как средство обеспечения прав человека в правовом государстве», поскольку термин «применение» влечет за собой более широкое значение.

#### *1. Применение правовых норм*

Применение правовых норм неразрывно связано с государственной властью. Субъективное право гарантируется только при его реализации и приведении в жизнь организованной государственной властью. Таким образом, в правовой системе существуют не только первичные нормы поведения, но и вторичные нормы, регулирующие процедуры, в которых обеспечены первичные нормы – в нашем случае запрещение пыток. Существует система взаимосвязанных норм, которые обеспечивают друг друга и в которых отдельные элементы поддерживают и укрепляют друг друга, поэтому мыслимы различные способы обеспечения соблюдения закона, такие как наложение санкции, возмещение нарушения нормы, а также отмена незаконных решений. Уголовный процесс, основанный на верховенстве права, может служить для обеспечения запрета на применение пыток различными способами.

*2. Внутривещная компенсация посредством исключения доказательств*

Уголовный процесс против лица, к которому применялись пытки, сам по себе может быть средством для обеспечения запрещения пыток, даже если такой запрет не был соблюден в этом же разбирательстве. Нарушение запрещения пыток считается процессуальным отклонением (ошибкой). Принцип верховенства права требует компенсировать пытки

во время последующего разбирательства таким образом, чтобы процессуальное отклонение не могло повлиять на результат.

В рамках уголовного процесса, целью которого является всестороннее исследование фактов дела для обеспечения суду возможности постановить приговор, соответствующий вине правонарушителя, исключение доказательств должно применяться как исключительная мера. Но такое исключение необходимо именно в случае применения пыток. Доказательства, полученные с помощью пыток, не должны быть положены в основу приговора – они должны быть исключены из уголовного процесса в отношении пострадавшего от пыток. В связи с этим необходимо обеспечить исключение доказательств в отношении фактических данных, полученных посредством пыток или бесчеловечного обращения, даже если решение не основывается на этом процессуальном отклонении.

В целях эффективного обеспечения прав человека, таких как запрет на применение пыток, требуется исключение всех доказательств, полученных в результате пыток, как предусматривает англо-американская доктрина «плодов отравленного дерева» – это необходимо. Это означает, что любое доказательство, которое было получено только благодаря исключенному доказательству, также исключается (например, жертва пыток раскрывает местонахождение мертвого тела и посредством проведения экспертизы в отношении тела правоохранительными органами были получены новые доказательства). Допущение исключения всех доказательств полностью компенсирует процессуальное отклонение, тем самым соблюдается абсолютный характер ст. 3 Европейской конвенции по правам человека и правопорядок снова приводится в равновесие. Более того, без допущения всеобъемлющего исключения доказательств обоснованно можно прийти к выводу о том, что запрет на применение пыток не будет соблюдаться органами уголовного преследования, как того требует Конвенция. В таком случае обвиняемый может быть осужден с помощью доказательств, полученных косвенно посредством пыток, которые могли бы быть задуманными органами уголовного преследования. Таким образом, всеобъемлющее исключение доказательств служит дисциплинирующей мерой для органов уголовного преследования. Дисциплинирующее воздействие приводит ответственные органы, надзирающие за запрещением пыток, к обеспечению тем самым соблюдения нормы<sup>1</sup>. Допущение исключения всех доказательств

---

<sup>1</sup> Дисциплинирующее воздействие может отсутствовать в случаях так называемого «спасения-пытки», так как в этой ситуации государственные органы применяют пытки в первую очередь для спасения пострадавшего, а не для (или, по крайней мере, во вторую очередь) осуждения предполагаемого преступника.

также может привести к результатам, которые трудно иметь в отдельных случаях. Тем не менее, правовое государство проявляет себя прежде всего в обращении с предполагаемыми преступниками и защите их прав.

### *3. Оспоримость судебного решения*

В целом процессуальные отклонения (ошибки) приводят к оспоримости незаконного решения. Решение по уголовному делу, основанное на доказательствах, полученных с помощью пыток, является незаконным и должно быть отменено, поскольку процессуальное отступление повлияло на приговор и поэтому по-прежнему требует исполнения. После отмены приговора и передачи его в суд первой инстанции для нового рассмотрения в другом составе по делу может быть постановлен приговор в соответствующем процессуальном порядке. Благодаря этому правилу уголовное судопроизводство, основанное на верховенстве права, может также способствовать обеспечению запрещения пыток.

### *4. Процессуальная обязанность по возбуждению уголовного дела против лица, совершившего пытки*

Осуществление уголовного преследования в отношении лица, применившего пытки, важно для обеспечения эффективным способом запрета на применение пыток, так как санкция является неотъемлемой частью общественного контроля и делает запрещение пыток «зримым», поэтому *Европейский суд по правам человека* выводит из ст. 3 Европейской конвенции по правам человека процессуальную обязанность государства провести тщательное и эффективное расследование, способное привести к установлению и наказанию виновных. Для расследования, чтобы оно было эффективным на практике, необходимым условием является включением государством в уголовный закон нормы об уголовной ответственности за действия, которые нарушают положения ст. 3 Европейской конвенции по правам человека. Являлось ли расследование эффективным, определяется по нескольким критериям. Важным фактором для эффективного расследования является не только его неотложность и должная быстрота, но и результаты расследования и последующего производства по делу, включая примененную санкцию, а также принятые меры дисциплинарного воздействия. В целом Суд уважает роль национальных судов и их выбор подходящих санкций для лиц, виновных в применении пыток, но в случае очевидного несоответствия тяжести деяния и назначенного наказания Суд поддерживает свою надзорную функцию и вмешивается. Таким образом, обеспечивается, чтобы не ставились под сомнение предупредительный эффект правовой системы и его роль в предотвращении нарушений запрещения пыток.

В связи с этим является проблематичным, если государственные органы назначают особо мягкие наказания лицам, виновным в применении пыток. В такой ситуации признание абсолютного характера запрещения пыток звучит неубедительно, потому что такой мягкий приговор может быть истолкован в значении, что государственные органы на деле оправдывают пытки и только не могут сказать об этом открыто, хотя можно утверждать, что приговор сформирован по существу конкретными обстоятельствами каждого дела и в соответствии с национальными правилами постановления приговора. Таким образом, уместность результата постановления приговора не может быть сведена лишь к результату сложного процесса такого постановления. Несоразмерность становится очевидной, когда в решении, с одной стороны, указывается на нарушение ст. 3 Европейской конвенции по правам человека, а с другой – назначается возможно мягкое наказание в соответствии с национальным уголовным законом.

#### *5. Процессуальный барьер в случаях применения пыток?*

Для обеспечения запрещения пыток можно утверждать, что допустимо также прекращение уголовного преследования против пострадавших от пыток из-за препятствия для разбирательства. Процессуальный барьер должен применяться, когда обстоятельства дела настолько серьезные, что производство по делу в целом является неприемлемым. Принимая во внимание, что запрет на применение пыток является неотъемлемым элементом универсальной защиты прав человека, можно утверждать, что нарушение ст. 3 Европейской конвенции по правам человека требует прекращения производства по уголовному делу, основываясь на принципе верховенства права. Это будет четко соответствовать абсолютному характеру запрещения пыток и в то же время означать, что правовое сообщество не допускает нарушения этого правила. Однако такой подход не учитывает обязанность государства уголовно преследовать за совершение преступлений; обязанность, которая также основывается на верховенстве права и вытекает из права на справедливое отправление правосудия. Уголовное право и уголовно-процессуальное право касаются работоспособности государства и его обязанности по защите прав соответствующим образом, а не наказывающей правовой позиции по отношению к подозреваемому. Таким образом, в принципе использовать процессуальный барьер в случае применения пыток необязательно, поскольку процессуальная ошибка может быть нейтрализована посредством исключения в суде всех доказательств, которые были получены в результате пыток, не отказываясь от требования государства к наказанию в полном объеме.

## V. Заключение

Запрещение пыток является универсальным правом человека. Оно носит абсолютный характер и исключения не допускаются даже в случае войны или чрезвычайного положения, угрожающего жизни нации, а также в контексте борьбы с терроризмом. Обязанность устранить последствия противоправных действий государства вытекает из принципа верховенства права. Следовательно, нарушения ст. 3 Европейской конвенции по правам человека должны быть сбалансированы. Запрещение пыток гарантируется в законе, если оно обеспечивается вторичными нормами. Уголовный процесс, основанный на верховенстве права, может служить для обеспечения запрещения пыток по-разному. Во-первых, уголовное преследование в отношении пострадавшего от пыток может быть средством для обеспечения запрещения пыток, когда все доказательства, прямо или косвенно полученные под пыткой, исключаются из дела. Таким образом, незаконно полученные доказательства не имеют никакого влияния на возможные результаты производства по делу. Более того, это может помочь обеспечить запрещение пыток, когда уголовно-процессуальный закон предусматривает оспаривание решений, основанных на применении пыток. Кроме того, необходимо для эффективной реализации запрещения пыток осуществлять уголовное преследование в отношении лица, виновного в применении пыток. Даже если наказание запоздалое в конкретном случае, санкция делает запрещение пыток «явным». Однако в принципе нет необходимости применять процессуальный барьер в производстве по делу в отношении лица, пострадавшего от применения пыток, чтобы обеспечить запрещение пыток, поскольку процессуальная ошибка может быть компенсирована соответствующим образом посредством исключения всех доказательств, полученных с помощью пыток, не отказываясь от требования государства к наказанию в полном объеме.

### *Pest R.*

## **Criminal proceedings based on the rule of law as means to ensure the prohibition of torture**

The prohibition of torture is recognized in customary international law (*ius cogens*). In this context, it is assumed that the prohibition of torture has an absolute character. Secondary rules, that intervene in case of a violation of the prohibition of torture, are a prerequisite to ensure the effective implementation of this prohibition. The obligation to eliminate the consequences of unlawful state actions also derives from the rule of law. Criminal proceedings based on the rule of law can serve to ensure the prohibition of torture in different ways. In this paper it will be assessed, how the exclusion of evidence, a procedural bar to criminal proceedings and the contesta-



bility of decisions that are based on torture can help to ensure the implementation of the prohibition of torture. It also will be considered whether conducting criminal proceedings against the perpetrators of torture is required.

### *I. Introduction*

How a state handles the issue of torture says a lot about its self-conception. Insofar, it is consequent to ask in what way criminal proceedings governed by the rule of law can function to ensure the prohibition of torture. To approach this question adequately, it is appropriate to examine how the prohibition of torture is rooted in human rights (II). Subsequently, it is necessary to outline what constitutes a criminal proceeding based on the rule of law (III). Only then, we are able to get to the heart of this topic, namely, how criminal proceedings governed by the rule of law can ensure the prohibition of torture (IV). My explanations will end with a summary (V).

### *II. The prohibition of torture as human right*

In former centuries it was legal to torture, especially to extort information and confessions from the tortured person or just to punish him or her.<sup>1</sup> In this context, the importance of faith has to be taken into account. It was widely believed that, on the one hand, god would give the innocent the power to not succumb to torture, and, on the other hand, the conviction was prevalent that no one would admit to a crime if he or she had not actually committed it<sup>2</sup>. Nowadays, the term “torture” conversely is understood to mean a proscribed procedure<sup>3</sup>. The prohibition of torture is widely acknowledged – especially in contracts and documents of international law<sup>4</sup>, and therefore recognized as customary international law (*ius cogens*)<sup>5</sup>. The prohi-

---

<sup>1</sup> *Bank*, in: *Dörr/Grote/Marauhn* (ed.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2<sup>nd</sup> ed., 2013, chap. 11 marg. no. 1.

<sup>2</sup> *Henkel*, *Strafverfahrensrecht*, 1953, 23; see as well *Kühne*, *Strafprozessuale Beweisverbote und Art. 1 I Grundgesetz*, 1970, 18 et seq.

<sup>3</sup> *Isensee*, in: *Merten/Papier* (ed.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. IV, 2011, § 87 marg. no. 143.

<sup>4</sup> See for example Art. 3 European Convention on Human Rights; Art. 4 European Charter of Fundamental Rights; Art. 7 s. 1 International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR); Art. 5 Universal Declaration of Human Rights; Art. 5 Ziff. 2 s. 1 American Convention on Human Rights; Art. 5 s. 2 African Charter on Human and Peoples' Rights; Art. 3 Ziff. 1 lit. a and lit. c, Art. 17 para. 4 and Art. 87 para. 3 Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War.

<sup>5</sup> *ECtHR*, v. 21.11.2001 – Nr. 35763, § 61 – *Al-Adsani v. The United Kingdom*; *Bank*, in: *Dörr/Grote/Marauhn* (ed.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2<sup>nd</sup> ed., 2013, chap. 11 marg. no. 1, 3; *Bausback*, in: *Gornig/Schöbener/Bausback/Irmscher* (ed.), *Iustitia et Pax*, Gedächtnisschrift für Dieter Blumenwitz, 2008, 343 (352); *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig* (fd.), *Grundgesetz, Kommentar*, 77. Lfg. Mai 2016, Art. 25 marg. no. 62; *Schmahl/Steiger*, *AöR* 43 (2005), 358 (362).

bition of torture in Art. 3 European Convention on Human Rights and Art. 7 s. 1 International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) can be named as examples. In the following, I will focus on the guaranteed protection level in Art. 3 European Convention on Human Rights.

According to Art. 3 European Convention on Human Rights, no one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment<sup>1</sup>. Thereby, the convention purposes to protect the psychological and physical integrity of the individual<sup>2</sup>. The provision is based on the experience that people in certain situations are subjected to the state's coercive power. In these situations, a high risk of abuse of said power exists<sup>3</sup>. Also, the purpose of truth-finding in criminal proceedings is indirectly protected – even if this is not the primary protective purpose of this human right; because information and confessions obtained by torture constitute a major source of errors<sup>4</sup>. Testimonies extorted by torture will be more a product of the fear or pain of the interrogated person than of the truth<sup>5</sup>.

The prominent status of the prohibition of torture in the legal system results especially from the systematic link to Art. 15 para. 2 European Convention on Human Rights, because even in case of war or the event of a public emergency threatening the life of the nation a derogation is not permit-

---

<sup>1</sup> See for the delimitation of the three variants *Bank*, in: *Dörr/Grote/Marauhn* (ed.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2<sup>nd</sup> ed., 2013, chap. 11 marg. no. 17 ff. Though, for applicability of Art. 3 EMRK there must be crossed a threshold of substantiality, see *Kau*, in: *Pabel/Schmahl* (ed.), IntKommEMRK, 18. Lfg. Dez. 2015, Art. 3 marg. no. 13.

<sup>2</sup> *Bank*, in: *Dörr/Grote/Marauhn* (ed.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2<sup>nd</sup> ed., 2013, chap. 11 marg. no. 10; *Grabenwarter*, European Convention on Human Rights, Commentary, 2014, Art. 3 marg. no. 2; *Meyer-Ladewig/Lehmer*, in: *Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer*, EMRK, 4<sup>th</sup> ed., 2017, Art. 3 marg. no. 1; *Pösl*, Das Verbot der Folter in Art. 3 EMRK, 2015, 47.

<sup>3</sup> *Kau*, in: *Pabel/Schmahl* (ed.), IntKommEMRK, 18. Lfg. Dez. 2015, Art. 3 marg. no. 1.

<sup>4</sup> *Kühne*, in: *Wassermann* (ed.), Kommentar zur Strafprozessordnung, Reihe Alternativkommentare, Bd. 2/1, 1992, § 136a marg. no. 3; *Schmitt Glaeser*, in: *Deppenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer* (ed.), Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, 507 (512); see as well *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3<sup>rd</sup> ed., 1965, § 77 (p. 96): „Hat der Mensch des Mittelalters nicht die Torheit und den Wahnsinn bemerkt, der darin besteht, daß man einen Verdächtigen, um zur Wahrheit zu gelangen, foltert? Ist ihm nicht aufgefallen, daß man mit der Folter aus jedemann alles herausfragen kann, was man von ihm zu hören wünscht? Hat er nicht bemerkt, daß mit der Folter die größte Fehlerquelle in das Beweisverfahren kommt und daß erfolterte Geständnisse grundsätzlich wertlos sind?“

<sup>5</sup> *Kühne*, in: *Wassermann* (ed.), Kommentar zur Strafprozessordnung, Reihe Alternativkommentare, Bd. 2/1, 1992, § 136a marg. no. 3; *Kühne*, Strafprozessrecht, 9<sup>th</sup> ed., 2015, marg. no. 890; *Kühne*, Strafprozessuale Beweisverbote und Art. 1 I Grundgesetz, 1970, 24.

ted; the same holds true in the context of combating terrorism<sup>1</sup>. Therefore, the *European Court for Human Rights* has always emphasized the absolute character of the prohibition of torture<sup>2</sup>. Because especially in extreme situations and cases of emergency, states – following the proverbial “necessity knows no law” – tend to implement unusual far-reaching measures and try to escape their – in these situations perceived as inconvenient – human rights obligations<sup>3</sup>.

However, I do not want to conceal that in Germany some important professors of public and criminal law argue that, in cases of so-called “rescue-torture”, exceptions of the prohibition of torture are conceivable<sup>4</sup>. The situation of “rescue-torture” is shaped by the fact that, in this specific context, torture is used as a preventive means to avert a danger; it is not about torture as a means to find the truth in criminal proceeding<sup>5</sup>. However, in this presentation, I will not be able to address this fundamental question any further. Consequently, in my remarks, I will focus on the absolute character of the prohibition of torture.

### *III. Criminal proceedings based on the rule of law*

The state governed by the rule of law consists of formal and material elements and purposes the limitation and guarantee of state authority<sup>6</sup>. Also, the postulation that state activity – especially towards the citizens – has to be

---

<sup>1</sup> *ECtHR*, v. 28.2.2008 – Nr. 37201, §§ 137 et seq – *Saadi v. Italy*; *ECtHR*, v. 1.6.2010 – Nr. 22978, § 88 – *Gäfgen v. Germany*; *Kau*, in: *Pabel/Schmahl* (ed.), *IntKommEMRK*, 18. Lfg. Dez. 2015, Art. 3 marg. no. 2.

<sup>2</sup> *ECtHR*, v. 1.6.2010 – Nr. 22978/05, § 107 – *Gäfgen v. Germany*; *Kau*, in: *Pabel/Schmahl* (ed.), *IntKommEMRK*, 18. Lfg. Dez. 2015, Art. 3 marg. no. 3; *Meyer-Ladewig/Lehnert*, in: *Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer*, *EMRK*, 4<sup>th</sup> ed., 2017, Art. 3 marg. no. 1.

<sup>3</sup> *Kau*, in: *Pabel/Schmahl* (ed.), *IntKommEMRK*, 18. Lfg. Dez. 2015, Art. 3 marg. no. 3.

<sup>4</sup> See to the discussion for example *Brugger/Grimm/Schlink*, in: *Humboldt Forum Recht* 2002, 45; *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig* (fd.), *Grundgesetz, Kommentar*, 43. Lfg. Febr. 2004, Art. 2 Abs. 2 S. 1 marg. no. 80; *Hecker*, *KJ* 36 (2003), 210; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28<sup>th</sup> ed., 2014, § 32 marg. no. 17a; *Merkel*, in: *Pawlik/Zaczek* (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, 375; *Saliger*, *ZStW* 116 (2004), 35; *Schmitt Glaeser*, in: *Depenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer* (ed.), *Staat im Wort*, *Festschrift für Josef Isensee*, 2007, 507; an very good overview of the current opinion provides *Baldus*, *Kämpfe um die Menschenwürde. Die Debatten seit 1949*, 2016, 206 et seq.

<sup>5</sup> *Dreier*, in: *Dreier* (ed.), *Grundgesetz, Kommentar*, vol. I, 3<sup>rd</sup> ed., 2013, Art. 1 I marg. no. 133; *Isensee*, in: *Merten/Papier* (ed.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. IV, 2011, § 87 marg. no. 143 et seq.

<sup>6</sup> *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig* (fd.), *Grundgesetz, Kommentar*, 48. Lfg. Nov. 2006, Art. 20 VII marg. no. 41

limited and predictable, is an element of the principle of the rule of law<sup>1</sup>. The protection of individual freedom is intrinsically tied to the idea of a state governed by the rule of law<sup>2</sup>. Therefore, the rule of law requires proceedings to be conducted by a lawful and independent judge respecting constitutional and human rights such as the prohibition of torture<sup>3</sup>. Furthermore the right to a fair trial is rooted in the principle of the rule of law<sup>4</sup>. In addition, the obligation to eliminate the consequences of unlawful state action derives from the rule of law<sup>5</sup>. To comply with this legal requirement the state governed by the rule of law possesses instruments of restitution and compensation<sup>6</sup>. Finally, a claim of the citizen to eliminate the consequences of unlawful state action exists that is rooted in fundamental rights<sup>7</sup>. In other words, the legal order, unbalanced by the interference with rights, has to be rebalanced by compensation<sup>8</sup>. Thereby, type and dimension of the compensation have to be in an appropriate balance to the qualitative and quantitative intensity of the interference and other circumstances of the individual case<sup>9</sup>.

#### *IV. Criminal proceedings based on the rule of law as mechanism to ensure the implementation of the prohibition of torture*

Of course, the prohibition of torture is ensured in a wider sense if the prosecuting state respects this rule. But this is not what is of interest for a conference on the topic “Criminal proceeding based on the rule of law as means to ensure human rights”, because the term of “enforcement” entails more.

##### *1. Enforcing legal rules*

The enforcement of legal norms is intrinsically linked to state power. Because the compliance with legal rules – such as the prohibition of torture – is enforced in organized and standardized legal proceedings, when voluntary

---

<sup>1</sup> Grzeszick, in: *Maunz/Dürig* (fd.), Grundgesetz, Kommentar, 48. Lfg. Nov. 2006, Art. 20 VII marg. no. 27.

<sup>2</sup> Grzeszick, in: *Maunz/Dürig* (fd.), Grundgesetz, Kommentar, 48. Lfg. Nov. 2006, Art. 20 VII marg. no. 11, 24.

<sup>3</sup> Meyer-Goßner, in: *Meyer-Goßner/Schmitt*, Strafprozessordnung, 59<sup>th</sup> ed., 2016, Einl. marg. no. 18.

<sup>4</sup> Meyer-Goßner, in: *Meyer-Goßner/Schmitt*, Strafprozessordnung, 59<sup>th</sup> ed., 2016, Einl. marg. no. 19.

<sup>5</sup> Schulze-Fielitz, in: *Dreier* (ed.), Grundgesetz, Kommentar, vol. II, 3<sup>rd</sup> ed., 2015, Art. 20 marg. no. 222.

<sup>6</sup> Dietlein, in: *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2011, vol. IV/2, § 123 I.

<sup>7</sup> Schulze-Fielitz, in: *Dreier* (ed.), Grundgesetz, Kommentar, vol. II, 3<sup>rd</sup> ed., 2015, Art. 20 marg. no. 222.

<sup>8</sup> Lindner, *Theorie der Grundrechte*, 2005, 524.

<sup>9</sup> Lindner, *Theorie der Grundrechte*, 2005, 525 et seq.

acceptance is not enough to motivate law-abiding conduct<sup>1</sup>. The right is only guaranteed when it is implemented and enforced by organized state power<sup>2</sup>. Therefore, in a legal system, not only primary standards of conduct exist, but also secondary rules that regulate the proceedings in which primary rules – in our case the prohibition of torture – are ensured<sup>3</sup>. It exists a network of inter-linked norms that ensure each other and in which the single elements support and strengthen one another<sup>4</sup>. Thereby, different ways of enforcing law are conceivable, such as imposing a sanction, the compensation of a norm violation as well as the repeal of unlawful decisions<sup>5</sup>. Criminal proceedings based on the rule of law can serve to ensure the prohibition of torture in different ways.

## 2. *Innerprocedural compensation through the exclusion of evidence*

Criminal proceedings against the tortured person can themselves be a means to ensure the prohibition of torture, even if the prohibition of torture was not respected in that same proceeding. The violation of the prohibition of torture is considered to be a procedural error. The rule of law requires compensating the torture during the ongoing proceeding so that the procedural error cannot affect the outcome.

In criminal proceedings, with their purpose of investigating the facts of the case comprehensively in order to ensure the court's ability to pass a sentence corresponding to the perpetrator's guilt<sup>6</sup>, an exclusion of evidence needs to be an exception<sup>7</sup>. But in case of torture exactly such an exception is necessary. The evidence obtained by torture must not be part of the adjudication – they have to be excluded from the criminal proceeding against the victim of torture. Therefore, an exclusion of evidence regarding the evidence obtained by torture or inhuman treatment has to be ensured<sup>8</sup>, even if the decision is not based on this procedural error<sup>9</sup>.

---

<sup>1</sup> See Zippelius, *Grundbegriffe der Rechts- und Staatssoziologie*, 3<sup>rd</sup> ed., 2012, 64 et seq.

<sup>2</sup> Zippelius, *Einführung in das Recht*, 6<sup>th</sup> ed., 2011, 16; Zippelius, *Grundbegriffe der Rechts- und Staatssoziologie*, 3<sup>rd</sup> ed., 2012, 116, 118.

<sup>3</sup> See Zippelius, *Einführung in das Recht*, 6<sup>th</sup> ed., 2011, 17; Zippelius, *Grundbegriffe der Rechts- und Staatssoziologie*, 3<sup>rd</sup> ed., 2012, 116 et seq.

<sup>4</sup> Zippelius, *Einführung in das Recht*, 6<sup>th</sup> ed., 2011, 17; Zippelius, *Grundbegriffe der Rechts- und Staatssoziologie*, 3<sup>rd</sup> ed., 2012, 117.

<sup>5</sup> Zippelius, *Einführung in das Recht*, 6<sup>th</sup> ed., 2011, 17 et seq.

<sup>6</sup> *BVerfGE* 57, 250 (275); *BVerfGE* 133, 168 (199).

<sup>7</sup> *BVerfGE* 130, 1 (28); *BVerfG*, *ZD* 2015, 423 (425).

<sup>8</sup> *ECtHR*, v. 1.6.2010 – Nr. 22978, § 173 – *Gäfgen v. Germany*; Schmitt, in: *Meyer-Göfner/Schmitt*, *Strafprozessordnung*, 59<sup>th</sup> ed., 2016, MRK Art. 3 marg. no. 6.

<sup>9</sup> *ECtHR*, v. 28.6.2007 – Nr. 36549, § 63 – *Harutyunyan v. Armenia*; Schmitt, in: *Meyer-Göfner/Schmitt*, *Strafprozessordnung*, 59<sup>th</sup> ed., 2016, MRK Art. 3 marg. no. 6.

When human rights – such as the prohibition of torture – are to be ensured effectively, an exclusion of all evidence obtained as the result of torture – in line with the Anglo-American “fruit of the poisonous tree” doctrine – is necessary<sup>1</sup>. This means that any evidence, which was only obtained due to the excluded evidence, is excluded as well (e. g.: the victim of torture discloses the location of the dead body and through the examination of the body further evidence is obtained by the authorities)<sup>2</sup>. Accepting the exclusion of all evidence fully compensates the procedural error, the absolute character of Art. 3 European Convention on Human Rights is complied with and the legal order is again in balance. Furthermore, without accepting a comprehensive exclusion of evidence, it can reasonably be concluded that the prohibition of torture would not be observed by the prosecution authorities as demanded by the convention. Because, thus, the accused could be convicted with the evidence obtained indirectly through torture – which might even be intended by the prosecution authorities. Thus, the comprehensive exclusion of evidence serves as a disciplining measure to the prosecution authorities. The disciplining impact leads to the responsible authorities observing the prohibition of torture, thereby ensuring the norm<sup>3</sup>. Accepting an exclusion of all evidence can also lead to results that are hard to bear in individual cases. However, a state governed by the rule of law proves itself foremost in its treatment of presumed offenders and the protection of their rights<sup>4</sup>.

### 3. Contestability of the judicial decision

In general procedural errors lead to the contestability of the unlawful decision<sup>5</sup>. A criminal judgment based on evidence obtained by torture is unlawful and has to be overruled, because the procedural error impacted on

---

<sup>1</sup> Partly dissenting opinion of judges *Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku and Power*, in: *ECtHR*, v. 1.6.2010 – Nr. 22978, §§ 8 ff. (of the dissent) – *Gäfgen v. Germany*; *Satzger*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, Strafprozessordnung, 2<sup>nd</sup> ed., 2016, EMRK Art. 3 marg. no. 48; *Sauer*, JZ 2011, 23 (30); *Weigend*, StV 2003, 436 (440 f.); see as well *ECtHR*, v. 1.6.2010 – Nr. 22978, § 178 – *Gäfgen v. Germany*; *Heger*, Strafprozessrecht, 2013, marg. no. 397; *Pösl*, Das Verbot der Folter in Art. 3 EMRK, 2015, 335 et seq; different opinion *LG Frankfurt a.M.*, StV 2003, 325 (327).

<sup>2</sup> *Meyer-Göbner*, in: *Meyer-Göbner/Schmitt*, Strafprozessordnung, 59<sup>th</sup> ed., 2016, Einl. marg. no. 57; *Radtke*, in: *Radtke/Hohmann* (ed.), Strafprozessordnung, Kommentar, 1<sup>st</sup> ed., 2011, Einl. marg. no. 82.

<sup>3</sup> The disciplining impact might not intervene in cases of the so-called “rescue-torture”, because in this situation the authorities primarily torture to rescue a victim and not – or only secondary – in order to convict the presumed offender.

<sup>4</sup> *Sauer*, JZ 2011, 23 (31).

<sup>5</sup> *Gercke/Temming*, in: *Gercke/Julius/Temming/Zöller* (ed.), Heidelberger Kommentar zur StPO, 5<sup>th</sup> ed., 2012, Einl. marg. no. 79; *Dölling*, in: *Dölling/Duttge/König/Rössner* (ed.), Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 4<sup>th</sup> ed., 2017, StPO Vor §§ 1 ff. marg. no. 42.

the sentence and therefore still needs to be compensated. After repealing the judgment and referring it back to another chamber, the case can again be adjudicated in judicial proceedings. Through this, criminal proceedings based on the rule of law can also contribute to ensure the prohibition of torture.

#### *4. Procedural obligation to conduct criminal proceedings against the perpetrator of torture*

Conducting criminal proceedings against the perpetrator of torture is essential if the prohibition of torture is to be ensured in an effective way, because the sanction is an essential part of social control and renders the prohibition of torture "visible". That is why the *European Court for Human Rights* infers from Art. 3 European Convention of Human Rights the procedural obligation of the State to conduct a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible<sup>1</sup>. For an investigation to be effective in practice, it is a prerequisite that the State has enacted criminal-law provisions penalizing practices that violate Art. 3 European Convention on Human Rights<sup>2</sup>. Whether an investigations has been effective is determined by several criteria. Important factors for an effective investigation are not only its promptness and its due expedition but also the outcome of the investigation and of the ensuing criminal proceedings, including the sanction imposed as well as disciplinary measures taken<sup>3</sup>. In general, the *Court* respects the role of the national courts and their choice of appropriate sanctions for the perpetrators of torture. But in cases of evident disproportion between the gravity of the act and the punishment imposed, the *Court* retains its supervisory function and intervenes<sup>4</sup>. Thus, it is ensured that the deterrent effect of the legal system and its role in preventing violations of the prohibition of torture are not undermined<sup>5</sup>.

Therefore, it is problematic when the State authorities impose particularly mild sentences on the perpetrators of torture<sup>6</sup>. In doing so, upholding the absolute character of the prohibition of torture rings hollow, because such a mild sentence can be interpreted as meaning that the State authorities in fact condone torture and are only unable to say so openly. Even though it can be argued that the sentence is informed substantially by the specific circumstances of each case and by national sentencing processes. And, therefore,

---

<sup>1</sup> *ECtHR*, v. 1.6.2010 – Nr. 22978, §§ 116 et seq – *Gäfgen v. Germany*.

<sup>2</sup> *ECtHR*, v. 1.6.2010 – Nr. 22978, § 117 – *Gäfgen v. Germany*.

<sup>3</sup> *ECtHR*, v. 1.6.2010 – Nr. 22978, § 121 – *Gäfgen v. Germany*.

<sup>4</sup> *ECtHR*, v. 1.6.2010 – Nr. 22978, § 123 – *Gäfgen v. Germany*.

<sup>5</sup> *ECtHR*, v. 1.6.2010 – Nr. 22978, §§ 121, 124 – *Gäfgen v. Germany*.

<sup>6</sup> See *ECtHR*, v. 1.6.2010 – Nr. 22978, § 124 – *Gäfgen v. Germany*; previously *LG Frankfurt*, NJW 2005, 692; see as well *Schmahl/Steiger*, AöR 43 (2005), 358 (371 f.).

that the appropriateness of the sentencing outcome cannot be reduced merely to the result of a complex sentencing process<sup>1</sup>. A disproportionality becomes apparent when in a judgment, on the one hand, a violation of Art. 3 European Convention on Human Rights is declared and, on the other hand, the mildest sentence possible under national criminal law is imposed<sup>2</sup>.

#### 5. *Procedural bar in cases of torture?*

To ensure the prohibition of torture one could argue that it is also feasible to terminate the criminal proceedings against victims of torture because of a bar to proceedings. A procedural bar should be imposed when the circumstances of the case are so grave as to render the proceedings as a whole inadmissible<sup>3</sup>. When taking into account that the prohibition of torture is an indispensable element of universal human rights protection, it can be argued that a violation of Art. 3 European Convention on Human Rights necessitates discontinuing the criminal proceeding based on the rule of law. Doing so would clearly comply with the absolute character of the prohibition of torture and at the same time it would signal that the legal community does not tolerate a violation of this rule. However, such an approach neglects the state's obligation to prosecute crimes; an obligation that is also based on the rule of law and derives from the right to a fair administration of justice<sup>4</sup>. Criminal law and criminal procedural law is about a functioning state and its duty to protect legal rights in an appropriate way and not about a forfeitable legal position towards the suspect<sup>5</sup>. Therefore, it is in principle<sup>6</sup> not necessary to recognize a procedural bar in cases of torture<sup>7</sup>, because the procedural error can be neutralized by excluding all evidence from the trial that were derived from torture, without giving up the State's claim for punishment in its entirety.

---

<sup>1</sup> *Weigend*, StV 2011, 325 (327).

<sup>2</sup> See *EGMR*, v. 1.6.2010 – Nr. 22978, § 124 – *Gäfgen v. Germany*; see to that *Baldus*, *Kämpfe um die Menschenwürde. Die Debatten seit 1949*, 2016, 215 et seq; *Dreier*, in: *Dreier* (ed.), *Grundgesetz, Kommentar*, vol. I, 3<sup>rd</sup> ed., 2013, Art. 1 I marg. no. 134 Fn. 563; *Sauer*, JZ 2011, 23 (27).

<sup>3</sup> *BGHSt* 35, 137 (140); *BGHSt* 46, 159 (169).

<sup>4</sup> See *BVerfG*, NJW 1999, 349; *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig* (fd.), *Grundgesetz, Kommentar*, 48. Lfg. Nov. 2006, Art. 20 VII marg. no. 133, 143; *Haas*, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, 2008, 10 et seq; *Heger*, *Strafprozessrecht*, 2013, marg. no. 15; *Kühne*, in: *Becker/Erb/Esser/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor* (ed.), *Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Bd. 1, 27<sup>th</sup> ed., 2016, Einl. H marg. no. 15 et seq.

<sup>5</sup> *BGHSt* 32, 345 (353).

<sup>6</sup> *Saliger*, ZStW 116 (2004), 35 (60 f.) assumes a procedural bar in serious cases of torture.

<sup>7</sup> *BGHSt* 42, 191 (193); *LG Frankfurt a.M.*, StV 2003, 327 et seq.



## *V. Summary*

The prohibition of torture is a universal human right. It has an absolute character and even in case of war or the event of a public emergency threatening the life of the nation as well as in the context of combating terrorism derogation is not permitted. The obligation to eliminate the consequences of unlawful state actions derives from the rule of law. Therefore, breaches of Art. 3 European Convention on Human Rights have to be compensated. The prohibition of torture is only guaranteed in law, if it is enforced by secondary rules. Criminal proceedings based on the rule of law can serve to ensure the prohibition of torture in different ways. First, criminal proceedings against the victim of torture can be a means to ensure the prohibition of torture, when all evidence – directly or indirectly – obtained by torture is excluded from the trial. Thus, the unlawfully obtained evidence does not have any influence on a possible outcome. Furthermore, it can help to ensure the prohibition of torture, when the law of criminal procedure provides for a contestability of decisions that are based on torture. In addition, it is necessary for an effective implementation of the prohibition of torture to conduct criminal proceedings against the perpetrator of torture. Even if the punishment is too late in that individual case, the sanction renders the prohibition of torture "visible". However, in principle it is not necessary to recognize a procedural bar to criminal proceedings against the victims of torture to ensure the prohibition of torture because the procedural error can be compensated appropriately by excluding all evidence obtained through torture, without giving up the State's claim for punishment in its entirety.

*Быстриков А. М., Асаёнок Б. В.*

**К вопросу о принципе справедливости  
в современном уголовном законодательстве Республики  
Беларусь**

*Bystrykau A., Asaionok B.*

**In reference to the principle of justice  
in the modern criminal legislation of the Republic of Belarus<sup>1</sup>**

In the article, the concept of justice in criminal law understood as the goal of criminal liability is discussed. Social, philosophical, general legal significance of the principle in question is studied. The notion of justice is interpreted as a criminal law principle.

---

<sup>1</sup> Тезисы доклада печатаются на русском языке без перевода / The report is published only in Russian/.