

УДК 343.1

DOI: 10.17223/22253513/33/16

О.И. Цоколова, С.С. Безруков

ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПРИНЦИПА СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТИ ПРИ ИЗБРАНИИ МЕР ПРЕСЕЧЕНИЯ

Рассматриваются актуальные для современного уголовного процесса проблемы реализации принципа состязательности при избрании судом меры пресечения подозреваемому, обвиняемому по ходатайству следователя, дознавателя. В судебном заседании стороны обвинения и защиты имеют возможность довести суду свою позицию; мнение следствия и прокуратуры должно совпадать; защита имеет право ознакомиться с материалами, подтверждающими ходатайство; участие потерпевшего не является обязательным. Анализируется судебная статистика.

Ключевые слова: принцип состязательности, меры пресечения, заключение под стражу, судебное заседание, участие прокурора.

Принцип состязательности сторон, признанный одним из основополагающих начал уголовного судопроизводства еще в период действия Устава уголовного судопроизводства 1864 г., весьма долго отвергался советскими процессуалистами, уничижительно называвшими его буржуазным, абсолютно неприемлемым в уголовном процессе социалистического государства. Потребовались десятилетия и колоссальные усилия множества ученых, сумевших в итоге обосновать острую потребность в перестроении отечественного судопроизводства на основе данного положения.

Советский уголовный процесс вплоть до принятия Конституции Российской Федерации, по оценке А.А. Давлетова, был полностью розыскным (инквизиционным), совершенно лишенным состязательности не только в досудебном, но и в судебном производстве [1. С. 16]. С учетом данного обстоятельства задача ликвидации «всех рудиментов обвинительной роли суда», построения уголовного процесса на началах подлинной состязательности ставилась Концепцией судебной реформы в Российской Федерации фактически на первый план. Для достижения этого следовало прежде всего разграничить и персонифицировать функции обвинения, защиты и разрешения уголовного дела по существу, обеспечить равноправие противоборствующих сторон, а также на законодательном уровне предоставить обвинению и защите равные возможности по воздействию на принятие судом итогового решения [2. С. 84–85].

Тот факт, что на смену эпохе длительного отрицания пришел период придания принципу состязательности сторон статуса самого главного, наиболее значимого, якобы наделенного способностью начисто излечить российский уголовный процесс от многочисленных недостатков, доставшихся ему от «предшественника», не вызывает большого удивления:

в нашей стране подобное случается часто. Реформируя порядок производства по уголовным делам, разработчики Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (УПК РФ) особое внимание уделили последовательному проведению в уголовно-процессуальной деятельности (в интерпретации отдельных ученых – чрезмерному насаждению) состязательных начал, стремясь во что бы то ни стало подчинить их влиянию не только судебные стадии, но и все досудебное производство.

Реакцию научного сообщества на последовавшие коренные преобразования нельзя назвать однозначной. Давая оценку произошедшим в уголовно-процессуальном законодательстве изменениям, одни ученые указывали на допущенные ошибки и возникшие противоречия, вели речь о непоследовательности нововведений либо и вовсе о невозможности кардинального перестроения российского уголовного процесса [1. С. 16–18; 3. С. 10–11; 4. С. 3–6; 5. С. 9–11]. Другие, требуя продолжить расширение состязательных начал в досудебном производстве, в том числе путем внедрения адвокатского (параллельного) расследования, все-таки признавали определенное несовершенство норм действующего УПК РФ в этой части [6. С. 28–35; 7. С. 17–29; 8. С. 52–54; 9. С. 16–21; 10. С. 34–38; 11; 12. С. 21–29]. Тем не менее чаще всего рассуждения о перспективах развития российского уголовного судопроизводства заканчивались утверждением о том, что состязательный уголовный процесс при всех его недостатках – «самое лучшее и в конечном итоге самое экономичное средство из тех, что придумало человечество...» [13. С. 63].

Относить состязательность к числу принципов уголовного судопроизводства обычно отказываются по причине существенного ограничения ее реализации в досудебных стадиях процесса [14. С. 89–90]. В юридической литературе представлены крайне противоречивые подходы к установлению пределов действия состязательности. Достаточно часто подчеркивается, что состязательность свойственна исключительно стадии судебного разбирательства, но при этом ей все-таки придается статус принципа уголовного процесса [4. С. 5–6; 15. С. 14–17; 16. С. 44–47]. Во вполне привычном для нашей страны делении уголовного процесса на стадии досудебного и судебного производства, а равно в осуществлении уголовно-процессуальной деятельности на досудебном этапе следователями и дознавателями зачастую усматривают неминуемое сведение идеи состязательности к нулю, полное пренебрежение равенством сторон до начала судебного разбирательства [13. С. 97]. Но есть и те, кто сомневается в правомерности столь категоричных утверждений, обосновывает действие состязательности не только во всех стадиях, но и на всех этапах производства по уголовным делам, придавая ей значение «сквозного» принципа уголовного процесса [17. С. 6; 18. С. 58].

Справедливости ради заметим, что процессуалисты, не видящие объективных препятствий для распространения воздействия состязательности на предварительное расследование, все же сопровождают свою точку зрения дополнительными пояснениями [19. С. 80]. Обычно, к примеру, указыва-

ют, что состязательность проявляется в ходе предварительного расследования в той или иной степени [20. С. 21–22], обозначают действие отдельных ее элементов, частично состязательных начал [21. С. 260, 291; 22. С. 189; 23. С. 12; 24. С. 97]. При этом наделение участников уголовного судопроизводства правом обжалования в суд любых действий (бездействия) и решений дознавателя, следователя и прокурора неизменно рассматривается в качестве безусловного проявления состязательности [25. С. 106].

Однако при любом подходе невозможно отрицать очевидное: УПК РФ выгодно отличается от ранее действовавшего уголовно-процессуального закона, наделяя сторону защиты гораздо более широкими полномочиями в части отстаивания своих интересов, оспаривания законности и обоснованности уголовного преследования и т.д. Облик досудебного производства значительно изменился именно под воздействием состязательности. Тем не менее полностью подчинить этому принципу стадии возбуждения уголовного дела и предварительного расследования, достичь в этой части уголовного судопроизводства абсолютной (полной) состязательности, радикально не изменив весь порядок досудебного производства, – невозможно.

Как представляется, в максимально возможной степени принцип состязательности реализуется при избрании подозреваемому, обвиняемому меры пресечения по судебному решению. При рассмотрении судом ходатайства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста, залога, а с недавних пор и запрета определенных действий [26], стороны обвинения и защиты должны обосновать свою позицию о наличии или отсутствии оснований для этого, убедить суд в невозможности или, напротив, целесообразности применения в отношении подозреваемого, обвиняемого иной, более мягкой меры пресечения. Тем не менее и здесь сохраняются отдельные проблемы и недостатки, свидетельствующие о необходимости дальнейшего совершенствования процессуального порядка избрания мер пресечения.

Конституционный Суд РФ неоднократно указывал на действие принципа состязательности при рассмотрении судом вопросов об избрании меры пресечения. Так, в Постановлении Конституционного Суда РФ от 22 марта 2005 г. № 4-П разъясняется, что при решении вопросов, связанных с содержанием под стражей в качестве меры пресечения, предполагается исследование судом фактических и правовых оснований для избрания или продления данной меры пресечения при обеспечении лицу возможности довести до суда свою позицию, с тем чтобы вопрос о содержании под стражей не мог решаться произвольно или исходя из каких-либо формальных условий, а суд основывался на самостоятельной оценке существенных для таких решений обстоятельств, приводимых как стороной обвинения, так и стороной защиты [27].

Несмотря на то, что в большинстве случаев суды удовлетворяют ходатайство органа расследования в части избрания меры пресечения, это вовсе не указывает на отсутствие состязательности: обращение в суд с ходатайством об аресте или избрании иной меры пресечения, как правило, является

обоснованным и мотивированным, а по тем делам, по которым необходимость ареста сомнительна, следователь или дознаватель в суд не обращается, избирая подписку о невыезде и надлежащем поведении. Так, в 2017 г. судами по первой инстанции рассмотрено 126 299 ходатайств о заключении под стражу и удовлетворено 113 269, т.е. 89,7%, о продлении срока содержания под стражей – 214 870, удовлетворено 209 826 (97,7%). В первом полугодии 2018 г. тенденция та же: рассмотрено ходатайств о заключении под стражу 57 987, удовлетворено 51 811 (89,3%), о продлении срока содержания под стражей – 106 637, удовлетворено 104 015 (97, 5%) [28].

Инициатива при избрании меры пресечения исходит от стороны обвинения в лице органа расследования: следователь, дознаватель обращаются в суд с ходатайством об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу. Крайне редко следствие или дознание предлагает суду избрать подозреваемому, обвиняемому меру пресечения в виде домашнего ареста или залога. Что касается запрета определенных действий, судебная практика на данный момент еще не сложилась.

Ходатайство об избрании перечисленных мер пресечения следователь возбуждает с согласия руководителя следственного органа, а дознаватель – с согласия прокурора (ч. 3 ст. 108 УПК РФ). При производстве дознания окончательное решение о выборе меры пресечения остается за прокурором, и в соответствии с приказом Генеральной прокуратуры России от 26 января 2017 г. № 33 «Об организации прокурорского надзора за процессуальной деятельностью органов дознания» (п. 17, 18) [29] прокурор с особой тщательностью должен проверять основания избрания меры пресечения дознавателем, а также продления срока содержания под стражей.

Если уголовное дело находится в производстве органа предварительного следствия, с ходатайством об избрании меры пресечения обращается следователь, согласие он получает от руководителя следственного органа, при этом позиция следователя и его руководителя не всегда совпадает с позицией прокурора, что приходится видеть и по резонансным делам.

Приказ Генеральной прокуратуры России от 28 декабря 2016 г. № 826 «Об организации прокурорского надзора за процессуальной деятельностью органов предварительного следствия» предписывает обязательное участие прокурора в судебном заседании при рассмотрении судом ходатайств об избрании, продлении мер пресечения и иного процессуального принуждения, таких как заключение под стражу, домашний арест, залог. При подготовке к судебному заседанию прокурор обязан изучить приложенные к ходатайству следователя материалы, обращая внимание на соответствие постановления следователя требованиям УПК РФ и установленным в ходе расследования обстоятельствам (п. 1.6) [30].

Принцип состязательности требует некоторого единства мнений той или иной стороны, в том числе и единства позиции стороны обвинения при избрании меры пресечения. Вместе с тем именно при избрании меры пресечения сторона обвинения довольно часто не выступает в единстве органов предварительного следствия и прокуратуры. На несогласование позиций

следствия и прокуратуры обращено внимание в процессуальной литературе. Так, И.С. Дикарев одобряет сложившуюся ситуацию, при которой прокурор и орган предварительного следствия не связаны больше общими процессуальными интересами и функциями, что позволяет им действовать в уголовном процессе самостоятельно и независимо друг от друга. Позиция следственного органа по вопросам избрания меры пресечения может не совпадать с позицией прокурора, последний более не подходит на роль представителя и защитника интересов предварительного следствия в суде [31. С. 80]. Однако многие ученые и практики (в основном представляющие интересы прокуратуры, в том числе А.Г. Халиулин [32. С. 30], Т.Л. Оксюк [33. С. 7]) критикуют сложившуюся ситуацию и выступают за возвращение прокурору полномочий по надзору за следствием, в том числе и при избрании меры пресечения. Прокурор должен располагать реальной возможностью определять позицию стороны обвинения в судебном заседании на основе собственной оценки доказательств, собранных следователем по уголовному делу, и оценки доводов и материалов, представленных стороной защиты в судебном заседании [34. С. 32].

Последовательная реализация принципа состязательности в досудебном производстве приведет к возвращению прокурорских полномочий по надзору за предварительным следствием, прежде всего при решении судом вопросов в порядке ч. 2 ст. 29 УПК РФ, включая избрание меры пресечения. В противном случае возникает ситуация превращения прокурора в «третью» сторону, каковая при состязательности невозможна и явно противоречит ст.ст. 5 (п. 45, 47), 15 и гл. 6 УПК РФ. В гражданском процессе, в котором состязательность имеет давние традиции, закон и учение о субъектах предусматривают только две стороны – истец и ответчик, так называемое третье лицо участником основного спора не является и стороной не становится (ст.ст. 38, 42, 43 ГПК РФ).

В постановлении о возбуждении ходатайства излагаются мотивы и основания, в силу которых возникла необходимость в заключении подозреваемого или обвиняемого под стражу и невозможно избрание иной меры пресечения. К постановлению прилагаются материалы, подтверждающие обоснованность ходатайства (ч. 3 ст. 108 УПК РФ). Таким образом, алгоритм процессуальных действий органа предварительного расследования при избрании меры пресечения определен законом. Вместе с тем именно здесь возникают вопросы со стороны защиты об обеспечении состязательности.

Процессуалисты, занимающиеся адвокатской деятельностью, доказывают, что их возможности в состязательном процессе при рассмотрении судом вопроса об избрании меры пресечения ограничены. Так, по мнению Н.В. Азаренка и А.А. Давлетова, «в условиях состязательности сторон защита должна быть своевременно информирована об аргументах следователя с тем, чтобы противостоять им и выдвигать свои доводы. Однако действующий УПК РФ не содержит ни одной нормы, закрепляющей право уголовно преследуемого лица и его защитника знакомиться с материалами,

представленными следователем в суд, с ходатайством о применении в качестве меры пресечения заключения под стражу» [35. С. 9].

Если при решении вопроса об избрании в отношении подозреваемого, обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу или о продлении срока содержания под стражей будет заявлено ходатайство об ознакомлении с материалами, на основании которых принимается решение, судья, исходя из положений ч. 3 ст. 47 УПК РФ, не вправе отказать лицу, а также его защитнику, законному представителю или потерпевшему, его представителю, законному представителю в удовлетворении такого ходатайства (п. 26 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2013 г. № 41 «О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога» (далее – ППВС № 41)) [36]. Практика идет по пути предоставления стороной обвинения разного объема материалов суду и стороне защиты (см. хотя бы вышеуказанных авторов), но такая позиция весьма оспорима. Открытое судебное заседание предполагает равное знание материалов, на основании которых суд принимает решение. Вместе с тем исключения возможны, и в рассматриваемом случае они совершенно понятны, но должны быть оговорены в ст.ст. 47, 108 УПК РФ. Вполне допустимо и не противоречит состязательности перечисление необходимого минимума материалов уголовного дела, который предоставляется стороне защиты для ознакомления до начала рассмотрения судом ходатайства органа расследования о заключении под стражу.

Не вполне определен вопрос с участием потерпевшего. Потерпевший вправе лично участвовать в судебном заседании или довести до суда свою позицию через представителя или законного представителя. Явившемуся в судебное заседание потерпевшему, его представителю или законному представителю суд должен разъяснить их права и обязанности и заслушать их мнение по рассматриваемому вопросу (п. 17 ППВС № 41) [Там же]. Вместе с тем прямого указания на то, чтобы потерпевший участвовал в судебном заседании при избрании меры пресечения подозреваемому, обвиняемому, в ст.ст. 42, 108 и иных статьях УПК РФ нет, так же как и требования об обязательном извещении потерпевшего о данном заседании.

Некоторые процессуалисты настаивают на обязательном извещении потерпевшего в рассматриваемом случае. Так, В.В. Рудич считает извещение и участие потерпевшего в рассмотрении вопроса об аресте необходимым стандартом. По многим материалам, поступившим на обобщение из судов, потерпевшие извещались о судебном заседании [37. С. 85]. Такого же мнения придерживается, например, Ф.Н. Багаутдинов [38. С. 65]. В целом же рассматриваемая позиция ученых и практиков сводится к тому, что правило об обязательном уведомлении потерпевшего о месте и времени судебного заседания при избрании подозреваемому, обвиняемому меры пресечения должно содержаться в процессуальном законе.

Безусловно, потерпевший является заинтересованным в правильном решении вопроса о мере пресечения участником процесса. Во многих слу-

чаях потерпевшие участвуют в судебных заседаниях. Если потерпевший один, и тем более когда преступление направлено против личности, его участие в процессе очень желательно. Однако требовать обязательного извещения потерпевшего нельзя. По уголовному делу может быть много потерпевших, и безотлагательный характер судебного заседания не дает возможности пригласить их всех и заслушивать мнение каждого.

В завершение обратим внимание на еще одну проблему. Обязанность организовать доставку подозреваемого, обвиняемого в судебное заседание возлагается на орган расследования (п. 15 ППВС № 41) [36]. Конвоирование производится силами органов внутренних дел и в ряде случаев связано с практическими сложностями. Однако предложения решать вопрос о заключении под стражу без непосредственного участия подозреваемого, обвиняемого, содержащегося в изоляторе временного содержания, путем использования видеоконференцсвязи, не могут быть приняты. Лицо, в отношении которого решается вопрос о мере пресечения, имеет право лично предстать перед судом и обратиться к суду с объяснениями и заявлениями. Эффект личного присутствия и участия в процессе несопоставим с дистанционным.

Подводя итог, укажем, что в статье рассмотрены далеко не все проблемы реализации принципа состязательности при избрании меры пресечения подозреваемому, обвиняемому. Широкое обсуждение вопросов состязательности состоялось в апреле 2019 г. в Российском государственном университете правосудия (Москва) на Международной научно-практической конференции «Состязательность в уголовном судопроизводстве: от классических моделей к современным технологиям».

Литература

1. Давлетов А.А. Проблема состязательности решена в УПК РФ неудачно // Российская юстиция. 2003. № 8. С. 16–18.
2. Концепция судебной реформы в Российской Федерации / сост. С.А. Пашин. М. : Республика, 1992. 111 с.
3. Абдрахманов Р.С. Эффективность принципа состязательности // Российский судья. 2003. № 6. С. 10–11.
4. Божьев В.П. Состязательность на предварительном следствии // Законность. 2004. № 1. С. 3–7.
5. Божьев В.П. «Тихая революция» Конституционного Суда в уголовном процессе Российской Федерации // Российская юстиция. 2000. № 10. С. 9–11.
6. Петрухин И.Л. От инквизиции – к состязательности // Государство и право. 2003. № 7. С. 28–36.
7. Петрухин И.Л. Концептуальные основы реформы уголовного судопроизводства в России // Государство и право. 2002. № 5. С. 17–29.
8. Стройков В.В. Реализация права защитника на опрос лиц // Законность. 2004. № 6. С. 52–54.
9. Мартыничек Е.Г. Адвокатское расследование: понятие, природа, особенности и сущность (к разработке модели) // Адвокатская практика. 2004. № 1. С. 16–21.
10. Маслов И. Адвокатское расследование // Законность. 2004. № 10. С. 34–38.

11. Мартынчик Е.Г. Адвокатское расследование в уголовном процессе. Теоретико-методологические основы доктрины адвокатского расследования. М. : ЮНИТИ-Дана, 2009. 239 с.
12. Мартынчик Е.Г. Правовые основы адвокатского расследования: состояние и перспективы формирования нового института и модели // Адвокатская практика. 2012. № 1. С. 21–29.
13. Колоколов Н.А. Обвинение и защита: баланс интересов // Теория уголовного процесса: состязательность / под ред. Н.А. Колоколова. М. : Юрлитинформ, 2013. Ч. 1. С. 59–114.
14. Кузнецова С.М. Проблемы реализации принципа состязательности в досудебном уголовном судопроизводстве // Актуальные проблемы борьбы с преступлениями и иными правонарушениями : материалы междунар. науч.-практ. конф. Барнаул, 2003. С. 89–90.
15. Зеленин С. Состязательность: принцип и модели // Российский судья. 2001. № 3. С. 14–17.
16. Погодин С., Тугушев Р. Действует ли принцип состязательности на досудебных стадиях? // Законность. 2005. № 3. С. 44–47.
17. Сафонов Э.Е. Механизм реализации принципа состязательности при рассмотрении уголовных дел в военном суде : дис. ... канд. юрид. наук / Удмурт. гос. ун-т. Ижевск, 2003. 167 с.
18. Мукасева С.А. Принцип состязательности в юридической практике : дис. ... канд. юрид. наук / Ярослав. гос. ун-т. Ярославль, 2006. 190 с.
19. Лукичев Н.А. Состязательность и равноправие сторон в уголовном судопроизводстве : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов : Саратов. юрид. ин-т МВД России, 2003. 227 с.
20. Алиев Т.Т., Громов Н.А., Зейналова Л.М., Лукичев Н.А. Состязательность и равноправие сторон в уголовном судопроизводстве. М. : Приор-издат, 2003. 112 с.
21. Деришев Ю.В. Концепция уголовного досудебного производства в правовой доктрине современной России. Омск : Омская академия МВД России, 2004. 339 с.
22. Баранов А.М. Законность в досудебном производстве по уголовным делам : дис. ... д-ра юрид. наук / Омск. акад. МВД России. Омск, 2006. 413 с.
23. Резепкин А.М. Элементы состязательности в российском досудебном производстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2005. 21 с.
24. Соловьев А.Б., Токарева М.Е. Соотношение дознания и предварительного следствия по УПК РФ // Уголовное право. 2003. № 3. С. 97–99.
25. Лукашевич В.З., Чичканов А.Б. Принцип состязательности и равноправия сторон в новом УПК РФ // Правоведение. 2002. № 5. С. 102–109.
26. О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в части избрания и применения мер пресечения в виде запрета определенных действий, залога и домашнего ареста : федеральный закон от 18.04.2018 № 72-ФЗ // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 15.03.2019).
27. По делу о проверке конституционности ряда положений Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих порядок и сроки применения в качестве меры пресечения заключения под стражу на стадиях уголовного судопроизводства, следующих за окончанием предварительного расследования и направлением уголовного дела в суд, в связи с жалобами ряда граждан : постановление Конституционного Суда РФ от 22.03.2005 № 4-П // Российская газета. 2005. 01 апр. № 66.
28. Отчет о работе судов общей юрисдикции по рассмотрению уголовных дел по 1-й инстанции за 2017 год. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=4151> (дата обращения: 22.03.2019).
29. Об организации прокурорского надзора за процессуальной деятельностью органов дознания : приказ Генеральной прокуратуры Российской Федерации от 26.01.2017 № 33 // Законность. 2017. № 5.

30. Об организации прокурорского надзора за процессуальной деятельностью органов предварительного следствия : приказ Генеральной прокуратуры России от 28.12.2016 № 826 // Законность. 2017. № 3.

31. Дикарев И.С. Система сдержек и противовесов в досудебном производстве по уголовным делам // Журнал российского права. 2018. № 3. С. 76–83.

32. Халиулин А.Г. Защита прокурором прав и свобод человека и гражданина в современном уголовном процессе России // Законы России: опыт, анализ, практика. 2011. № 11. С. 30.

33. Оксюк Т.Л. Усмотрение прокурора в уголовном процессе // Законность. 2010. № 3. С. 3–9.

34. Балакшин В.С., Спирин А.В. Участие прокурора в рассмотрении судом ходатайств органов предварительного расследования // Законность. 2016. № 10. С. 30–33.

35. Азаренок Н.В., Давлетов А.А. Пределы ознакомления защиты с материалами, представленными в суд для решения вопроса о применении меры пресечения в виде заключения под стражу // Российский следователь. 2016. № 15. С. 8–12.

36. О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19.12.2013 № 41 (ред. от 24.05.2016) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2014. № 2, февр.

37. Рудич В.В. Участие потерпевшего в процедуре принятия судом решения об избрании меры пресечения // Уголовное право. 2016. № 5. С. 84–87.

38. Багаутдинов Ф.Н. Актуальные вопросы избрания судом меры пресечения в виде заключения под стражу // Российская юстиция. 2017. № 8. С. 65–67.

Tsokolova Olga I., Bezrukov Sergey S., All-Russian research Institute of the Ministry of internal Affairs of the Russian Federation (Moscow, Russian Federation)

PROBLEMS OF IMPLEMENTATION OF THE ADVERSARIAL PRINCIPLE IN THE ELECTION OF MEASURES OF RESTRAINT

Keywords: adversarial principle, preventive measures, detention, court session, participation of the Prosecutor.

DOI: 10.17223/22253513/33/16

The authors note that at present the vast majority of law-making scientists consider competition to be among the principles of the criminal process. However, this approach does not prevent them from finding that in pre-trial criminal cases the implementation of this principle is largely limited. The current Code of Criminal Procedure of the Russian Federation, in comparison with the pre-reform criminal procedure legislation, provides the defense party much more opportunities to defend its own interests, appeal actions and decisions of the pre-trial investigation bodies. Nevertheless, the existing pre-trial model does not imply full implementation of the principle of adversarial before a criminal case is brought to court.

At present, preventive measures in the form of detention, house arrest, bail, as well as the prohibition of certain actions are elected against the suspect, the accused solely on a judicial decision. The procedure for their election is designed to ensure that the defense has the maximum power to bring to trial its arguments regarding the validity and appropriateness of applying to the suspect, accused custody, house arrest, bail or the prohibition of certain actions. Unfortunately, the criminal procedure legislation maintains separate provisions that negatively affect the implementation of the principle of competition when the court permits petitions of investigators and investigators for the election of a preventive measure.

The analysis of statistical data shows that in the vast majority of cases the courts satisfy the requests of the investigation bodies for the election of a preventive measure, the extension of its application. But this does not necessarily reflect a lack of contestability in the making of the relevant court decisions.

The article raises the problem of discrepancies between the positions of the investigator, the head of the investigative body and the prosecutor regarding the need to select a preventive measure and its specific type. Any disagreement between the parties to the criminal proceedings representing the prosecution would appear to be resolved before recourse to the court, and could not be subject to judicial review.

The authors justify the opinion that it is not advisable to introduce a requirement for the mandatory participation of the victim in the resolution of the court on the election of a suspect, an accused person preventive measure. Such an order would have a negative effect on the time-frame for the court to consider the relevant applications. Nor is there any support for the permissibility of securing the participation of a suspect accused in a trial through video conferencing. In addition, the party of the defense should be given the opportunity to familiarize itself with the materials sent by the preliminary investigation bodies to the court in support of the application for the election of a preventive measure.

References

1. Davletov, A.A. (2003) Problema sostyazatel'nosti reshena v UPK RF neudachno [The adversarial problem has found an ineffectual solution in the Code of Criminal Procedure of the Russian Federation]. *Rossiyskaya yustitsiya – Russian Justitia*. 8. pp. 16–18.
2. Pashin, S.A. (1992) *Kontseptsiya sudebnoy reformy v Rossiyskoy Federatsii* [The concept of judicial reform in the Russian Federation]. Moscow: Respublika.
3. Abdrakhmanov, R.S. (2003) Effektivnost' printsipa sostyazatel'nosti [Efficiency of the adversarial principle]. *Rossiyskiy sud'ya – Russian Investigator*. 6. pp. 10–11.
4. Bozhiev, V.P. (2004) Sostyazatel'nost' na predvaritel'nom sledstvii [Adversariality at the preliminary investigation]. *Zakonnost'*. 1. pp. 3–7.
5. Bozhiev, V.P. (2000) “Tikhaya revolyutsiya” Konstitutsionnogo Suda v ugovnom protsesse Rossiyskoy Federatsii [The “Quiet Revolution” of the Constitutional Court in the criminal process of the Russian Federation]. *Rossiyskaya yustitsiya – Russian Justitia*. 10. pp. 9–11.
6. Petrukhin, I.L. (2003) From inquisition to competition. *Gosudarstvo i pravo – State and Law*. 7. pp. 28–36. (In Russian).
7. Petrukhin, I.L. (2002) Conceptual grounds of the reform of criminal court procedure in Russia. *Gosudarstvo i pravo – State and Law*. 5. pp. 17–29. (In Russian).
8. Stroykov, V.V. (2004) Realizatsiya prava zashchitnika na opros lits [Realisation of the right of a defender to interview individuals]. *Zakonnost'*. 6. pp. 52–54.
9. Martynchik, E.G. (2004) Advokatskoe rassledovanie: ponyatie, priroda, osobennosti i sushchnost' (k razrabotke modeli) [Advocatory investigation: concept, nature, features, and essence (to the model development)]. *Advokatskaya praktika – Advocate's Practice*. 1. pp. 16–21.
10. Maslov, I. (2004) Advokatskoe rassledovanie [Advocatory investigation]. *Zakonnost'*. 10. pp. 34–38.
11. Martynchik, E.G. (2009) *Advokatskoe rassledovanie v ugovnom protsesse. Teoretiko-metodologicheskie osnovy doktriny advokatskogo rassledovaniya* [Advocatory investigation in criminal proceedings. Theoretical and methodological foundations of the doctrine of the advocacy investigation]. Moscow: YuNITI-Dana.
12. Martynchik, E.G. (2012) Legal fundamentals of advocate's investigation: state and perspectives of formation of new institute and model. *Advokatskaya praktika – Advocate's Practice*. 1. pp. 21–29. (In Russian).
13. Kolokolov, N.A. (2013) Obvinenie i zashchita: balans interesov [Accusation and defense: balance of interests]. In: Kolokolov, N.A. (ed.) *Teoriya ugovnogo protsessa: sostyazatel'nost'* [Theory of criminal process: adversariality]. Part 1. Moscow: Yurlitinform. pp. 59–114.

14. Kuznetsova, S.M. (2003) Problemy realizatsii printsipa sostyazatel'nosti v dosudebnom ugovnom sudoproizvodstve [Problems of the implementation of the principle of adversariality in pre-trial criminal proceedings]. In: Buryakov, S.K. (ed.) *Aktual'nye problemy bor'by s prestupleniyami i inymi pravonarusheniyami* [Topical problems of the fight against crimes and other offenses]. Barnaul: Barnaul Law Institute. pp. 89–90.
15. Zelenin, S. (2001) Sostyazatel'nost': printsip i modeli [Adversariality: principle and models]. *Rossiyskiy sud'ya – Russian Investigator*. 3. pp. 14–17.
16. Pogodin, S. & Tugushev, R. (2005) Deystvuet li printsip sostyazatel'nosti na dosudebnykh stadiyakh? [Does the principle of adversariality apply in the pre-trial stages?]. *Zakonnost'*. 3. pp. 44–47.
17. Safonov, E.E. (2003) *Mekhanizm realizatsii printsipa sostyazatel'nosti pri rassmotrenii ugovnykh del v voennom sude* [The mechanism for implementing the principle of adversariality in criminal cases in a military court]. Law Cand. Diss. Izhevsk.
18. Mukaseeva, S.A. (2006) *Printsip sostyazatel'nosti v yuridicheskoy praktike* [The principle of adversariality in legal practice]. Law Cand. Diss. Yaroslavl.
19. Lukichev, N.A. (2003) *Sostyazatel'nost' i ravnopravie storon v ugovnom sudoproizvodstve* [Adversariality and equality of parties in criminal proceedings]. Law Cand. Diss. Saratov.
20. Aliev, T.T., Gromov, N.A., Zeynalova, L.M. & Lukichev, N.A. (2003) *Sostyazatel'nost' i ravnopravie storon v ugovnom sudoproizvodstve* [Adversariality and equality of parties in criminal proceedings]. Moscow: Prior-izdat.
21. Derishev, Yu.V. (2004) *Kontseptsiya ugovnogo dosudebnogo proizvodstva v pravovoy doktrine sovremennoy Rossii* [The concept of criminal pre-trial proceedings in the legal doctrine of modern Russia]. Omsk: Omsk Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia.
22. Baranov, A.M. (2006) *Zakonnost' v dosudebnom proizvodstve po ugovnym delam* [Legality in pre-trial criminal proceedings]. Law Dr. Diss. Omsk.
23. Rezepkin, A.M. (2005) *Elementy sostyazatel'nosti v rossiyskom dosudebnom proizvodstve* [Elements of competitiveness in the Russian pre-trial proceedings]. Abstract of Law Cand. Diss. Chelyabinsk.
24. Soloviev, A.B. & Tokareva, M.E. (2003) Sootnoshenie doznaniya i predvaritel'nogo sled-stviya po UPK RF [The ratio of inquiry and preliminary investigation under the Code of Criminal Procedure of the Russian Federation]. *Ugovnoe pravo*. № 3. pp. 97–99.
25. Lukashevich, V.Z. & Chichkanov, A.B. (2002) Printsip sostyazatel'nosti i ravnopraviya storon v novom UPK RF [The principle of adversariality and equality of parties in the new Code of Criminal Procedure of the Russian Federation]. *Pravovedenie*. 5. pp. 102–109.
26. Russian Federation. (2018) *O vnesenii izmeneniy v Uголовно-protsessual'nyy kodeks Rossiyskoy Federatsii v chasti izbraniya i primeneniya mer presecheniya v vide zapreta opredelennykh deystviy, zaloga i domashnego aresta: federal'nyy zakon ot 18.04.2018 № 72-FZ* [On amendments to the Code of Criminal Procedure of the Russian Federation regarding the election and application of preventive measures in the form of the prohibition of certain actions, pledge and house arrest: Federal Law No. 72-FZ of April 18, 2018]. [Online] Available from: <http://www.pravo.gov.ru> (Accessed: 15th March 2019).
27. The Constitutional Court of the Russian Federation. (2005) On the verification of the constitutionality of a number of provisions of the Code of Criminal Procedure of the Russian Federation, which regulate the procedure and terms for applying as a measure of restraint custody at the stages of criminal proceedings following the completion of a preliminary investigation and forwarding a criminal case to a court in connection with a number of complaints: Resolution No. 4-P of the Constitutional Court of the Russian Federation of March 22, 2005. *Rossiyskaya gazeta*. 1st April. (In Russian).
28. Judicial Department at the Supreme Court of the Russian Federation. (n.d.) *Otchet o rabote sudov obshchey yurisdiktsii po rassmotreniyu ugovnykh del po 1-y instantsii za 2017 god* [Report on the work of courts of general jurisdiction in the consideration of criminal cas-

es in first instance for 2017]. [Online] Available from: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=4151> (Accessed: 22nd March 2019).

29. The General Prosecutor of the Russian Federation. (2017) Ob organizatsii prokurorskogo nadzora za protsessual'noy deyatel'nost'yu organov doznaniya: prikaz General'noy prokuratury Rossiyskoy Federatsii ot 26.01.2017 № 33 [On the organization of prosecutorial supervision of the procedural activities of bodies of inquiry: Order No. 33 of the General Prosecutor of the Russian Federation of January 26, 2017]. *Zakonnost'*. 5.

30. The General Prosecutor of the Russian Federation. (2016) Ob organizatsii prokurorskogo nadzora za protsessual'noy deyatel'nost'yu organov predvaritel'nogo sledstviya: prikaz General'noy prokuratury Rossii ot 28.12.2016 № 826 [On the organization of prosecutorial supervision of the procedural activities of preliminary investigation bodies: Order No. 826 of the General Prosecutor of Russia of December 28, 2016]. *Zakonnost'*. 3.

31. Dikarev, I.S. (2018) The System of Checks and Balances in Pretrial Proceedings in Criminal Cases. *Zhurnal rossiyskogo prava – Journal of Russian Law*. 3. pp. 76–83. (In Russian).

32. Khaliulin, A.G. (2011) Zashchita prokurorom prav i svobod cheloveka i grazhdanina v sovremennom ugovnom protsesse Rossii [Prosecutor's protection of the rights and freedoms of man and citizen in the modern criminal process of Russia]. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*. 11. pp. 30.

33. Oksyuk, T.L. (2010) Usmotrenie prokurora v ugovnom protsesse [The discretion of the prosecutor in the criminal process]. *Zakonnost'*. 3. pp. 3–9.

34. Balakshin, V.S. & Spirin, A.V. (2016) Uchastie prokurora v rassmotrenii sudom khoda-taystv organov predvaritel'nogo rassledovaniya [The participation of the prosecutor in the court's consideration of the course of the bodies of the preliminary investigation]. *Zakonnost'*. 10. pp. 30–33.

35. Azarenok, N.V. & Davletov, A.A. (2016) Limits of familiarisation of the defense with materials presented to court for settling the issue on application of preventive measure of detention. *Rossiyskiy sledovatel' – Russian Investigator*. 15. pp. 8–12. (In Russian).

36. The Supreme Court of the Russian Federation. (2014) O praktike primeneniya sudami zakonodatel'stva o merakh presecheniya v vide za-klyucheniya pod strazhu, domashnego aresta i zaloga: postanovlenie Plenuma Verkhovnogo Suda RF ot 19.12.2013 № 41 (red. ot 24.05.2016) [On the court application of legislation on preventive measures in the form of detention, house arrest, and pledge: Resolution No. 41 of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of December 19, 2013 (as amended of May 24, 2016)]. *Byulleten' Verkhovnogo Suda RF*. 2.

37. Rudich, V.V. (2016) Uchastie poterpevshego v protsedure prinyatiya sudom resheniya ob iz-branii mery presecheniya [The participation of the victim in the procedure for a court to decide on a measure of restraint]. *Ugolovnoe pravo*. 5. pp. 84–87.

38. Bagautdinov, F.N. (2017) Topical issues of election remand in custody by court. *Rossiyskaya yustitsiya – Russian Justitia*. 8. pp. 65–67. (In Russian).