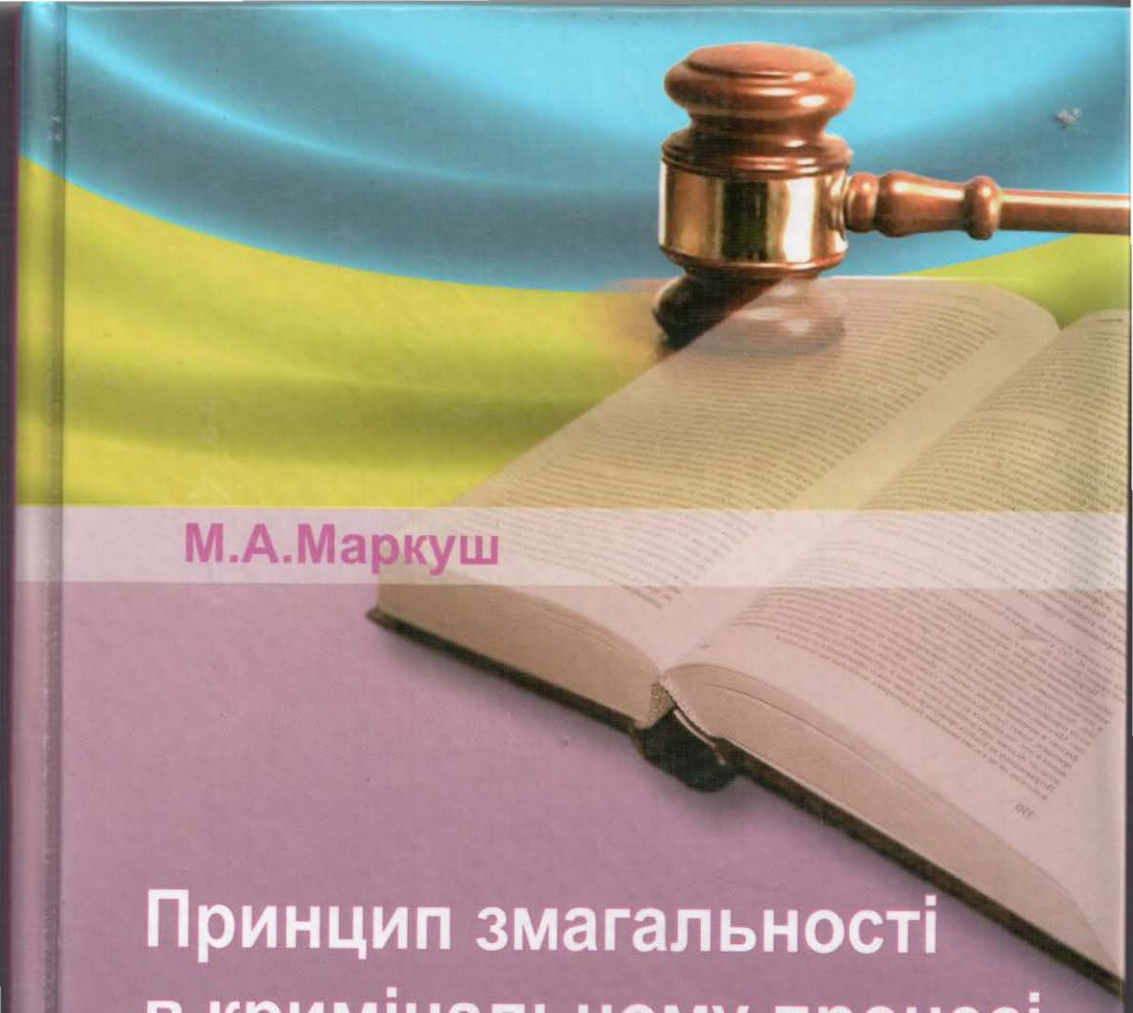

М.А.Маркуш

Принцип змагальності в кримінальному процесі України

Бібліотека Юриста

Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого

М.А. Маркуш

Принцип змагальності в кримінальному процесі України

Монографія

Харків
2007

ББК 67.9(4УКР)311
М 25

Рекомендовано до опублікування вченою радою Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого (протокол № 4 від 17 листопада 2006 р.)

Рецензенти:

Т.В. Варфоломеєва, доктор юридичних наук, професор, ректор Академії адвокатури України, член-кореспондент Академії правових наук України, Заслужений юрист України;

В.О. Коновалова, доктор юридичних наук, професор кафедри криміналістики Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, академік Академії правових наук України, Заслуженитй діяч науки України.

Маркуш М.А.

М 25 **Принцип змагальності в кримінальному процесі України:** Монографія. – Харків: Видавець СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2007. – 208 с.

ISBN 966–8184–50–5

Монографія присвячена дослідженню нормативного змісту принципу змагальності в кримінальному процесі України, як однієї із засад організації кримінально-процесуальної діяльності, його поняттю, структурі, функціональному призначенню та співвідношенню з іншими основними засадами кримінального судочинства.

Запропоновано основні напрямки розширення змагальних начал кримінального судочинства та закріплення гарантій реалізації принципу змагальності у всіх стадіях кримінального процесу. Сформульовано конкретні пропозиції щодо вдосконалення чинного кримінально-процесуального законодавства.

Для наукових і практичних працівників, аспірантів, студентів вищих навчальних закладів.

ББК 67.9(4УКР)311

© М.А. Маркуш, 2006
© Видавець СПД ФО Вапнярчук Н.М., оформлення, 2007

ISBN 966–8184–50–5

Зміст

Передмова 5

Розділ 1.
Нормативний зміст принципу змагальності і його функціональне призначення в системі кримінального процесу 9
§ 1.1. Змагальність – форма кримінального процесу 9
§ 1.2. Поняття і структура принципу змагальності 16
§ 1.3. Нормативний зміст принципу змагальності 33
§ 1.4. Співвідношення принципу змагальності з іншими принципами кримінального процесу 43
Висновок до 1 розділу 58

Розділ 2. Принцип змагальності в досудовому провадженні 61
§ 2.1. Спірні питання і структура кримінально-процесуальної діяльності на стадії досудового слідства по кримінальній справі 61
§ 2.2. Межі судового контролю на стадії досудового слідства. Слідчий суддя. Особливості реалізації принципу змагальності на стадії досудового розслідування кримінальної справи 75
§ 2.3. Проблеми здійснення захисту на стадії досудового слідства 95
Висновок до 2 розділу 113

Розділ 3. Принцип змагальності в судових стадіях кримінального процесу 117
§ 3.1. Особливості дії принципу змагальності на стадії попереднього розгляду справи судом 117

§ 3.2. Спірні питання принципу змагальності
на стадії розгляду справи судом першої інстанції 128
§ 3.3. Проблеми реалізації принципу змагальності
в апеляційній інстанції 151
Висновок до 3 розділу 162

Висновки 166

Список використаних джерел 169

Передмова

Конституція України головним обов'язком держави визначила „забезпечення прав і свобод людини" (ст.3), а однією з засад закріпила змагальність, яка покликана регулювати діяльність суду та органів досудового слідства. Це потягнуло за собою кардинальні зміни у формі кримінального судочинства України і принципово новий підхід до регулювання кримінально-процесуальних відносин між державними органами, що здійснюють кримінальне переслідування і особою, яка притягується до кримінальної відповідальності, потерпілого та інших суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності.

Концепція розвитку правосуддя в Україні на 2005 - 2015 роки сформулювала нові пріоритети: судова процедура повинна бути заснована на засадах законності, рівності учасників процесу перед законом і судом, диспозитивності і змагальності, що "...покладає на сторони обов'язок доводити перед судом ті обставини, щодо яких існує спір і які мають значення для справедливого вирішення справи"[191 с.5]. Вказані напрямки Концепції повністю відповідають Конституції України, європейським стандартам кримінально-процесуальної діяльності, закріпленим у Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (1950 р) [76]. Вони вимагають переглянути нормативний зміст основних інститутів кримінального процесу з метою найбільш повного захисту прав учасників кримінального процесу, розширення дії принципу змагальності як на досудових, так і в судових стадіях. Тому розширення змагальних засад кримінального процесу виражає сутність правової реформи.

Змагальність як правове явище (принцип) недостатньо досліджена в доктрині українського кримінального процесу. Значення і роль змагальності в кримінальному процесі досліджувалися в працях дореволюційних та сучасних учених-процесуалістів: М.С. Алексєєва, Ю.П. Аленіна С.А. Альперта, В.І. Баскова, А.С. Барабаша, В.П. Божьєва, О.Д. Бойкова, Т.В. Варфоломеєвої, М.М. Видрі, Ю.М. Грошевого, П.М. Давидова, В.Г. Даєва, І.Ф. Демидова, Т.М. Добровольської, П.С. Елькінд, В.С. Зеленецького, З.З. Зінатулліна, О.В. Капліної,

М.М. Ковтуна, В.О. Коновалової, Ю.В. Кореневського, О.М. Ларіна, Т.А. Лотиш, В.З. Лукашевича, П.А. Лупинської, В.Т. Маляренка, Ю.В. Мещерякова, М.М. Михеєнка, Т.М. Мірошниченко, В.В. Молдована, Т.Г. Морщакової, Я.О. Мотовиловкера, В.П. Нажимова, В.Т. Нора, І.Д. Перлова, І.Л. Петрухіна, Д.П. Письменного, М.М. Полянского, П.М. Рабіновича, Р.Д. Рахунова, А.Л. Ривліна, В.М. Савицького, Д.О. Савицького, М.В. Салтевського, М.І. Сірого, В.П. Смирнова, О.В. Смирнова, Ю.І., Стецовського, М.С. Строговича, В.М. Тертишника, В.В. Тищенка, В.Д. Фінько, І.Я. Фойницького, Ю.В. Хоматова, В.М. Хотенця, Г.І. Чангулі, М.О. Чельцова-Бебутова, Ю.С. Шемшученка, С.Д. Шестакової, В.П. Шибіка, О.Г. Шило, М.Л. Шифмана, М.Є. Шумила, М.Л. Якуба та інших.

Незважаючи на велику кількість наукових досліджень, невирішеними залишилися проблеми щодо визначення процесуального статусу суду як органу здійснення правосуддя в кримінальних справах; нормативного змісту принципу змагальності і його ролі, як однієї із засад організації кримінально-процесуальної діяльності на різних стадіях процесу; розвитку змагальності та дії принципу змагальності на стадії досудового слідства; недостатньо врегульовано питання процесуального статусу захисника; вимагає осмислення роль слідчого судді та введення цієї процесуальної фігури у вітчизняний кримінальний процес; потребує розширення прав потерпілого у різних стадіях процесу. Сучасний рівень законодавчого закріплення і нормативне регулювання принципу змагальності не відповідає вимогам Конституції України. Чинний КПК України нечітко розкриває поняття змагальності, в багатьох принципових концептуальних питаннях не відповідає приписам Конституції України та європейським стандартам, що викликає необхідність приведення норм КПК у відповідність як з Конституцією України, так і з міжнародно-правовими нормами.

Цими обставинами й обумовлена актуальність проведеного автором дослідження та необхідність публікації даної монографії.

В роботі зроблено спробу визначити і теоретично обґрунтувати стратегічні напрямки реформування кримінально-процесуального законодавства України, розробити у зв'язку з цим процесуальні механізми реального забезпечення прав і свобод, законних інтересів фізичних і юридичних осіб та наукову модель регулювання змагальних форм кримінально-процесуальної діяльності на різних стадіях кримінального процесу.

З цією метою автор поставив перед собою і спробував вирішити такі завдання: виявити закономірності розвитку і соціальну цінність змагальної форми процесу та місце принципу змагальності в системі кримінально-процесуальної діяльності; на основі історико-правового дослідження розвитку кримінально-процесуального законодавства України, на різних етапах її історії, дослідити поняття, структуру, нормативний зміст, функціональне призначення і значення принципу змагальності в системі принципів кримінального процесу у російській дореволюційній і сучасній українській та іноземних процесуальних доктринах і законодавстві; визначити місце і роль суду в забезпеченні принципу змагальності в різних стадіях процесу відповідно до вимог Конституції України і європейських стандартів та запропонувати науково-практичні рекомендації, які забезпечують процесуальну рівноправність сторін, доступність до правосуддя і свободу оскаржень; розробити пропозиції з удосконалення законодавчої бази та її насичення елементами змагальності, закріплення гарантій реалізації принципу змагальності у всіх стадіях кримінального процесу; уточнити процесуальний статус захисника, обвинуваченого, потерпілого та інших учасників кримінально-процесуальної діяльності в аспекті розробки системи соціальних і кримінально-процесуальних гарантій, які забезпечують реальне дотримання прав учасників кримінального процесу; визначитися з проблемою запровадження в кримінальному судочинстві України інституту паралельного розслідування справи адвокатом та інституту солісіторства.

При написанні були використані наукові праці з кримінального процесу, криміналістики, судової експертизи, філософії, логіки, теорії держави і права, як вітчизняних, так і зарубіж-

них вчених; Конституція України; Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод; закони й нормативно-правові акти України, що стосуються кримінального судочинства; міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, міжнародні угоди про взаємодопомогу з кримінальних справ; законодавство інших країн, зокрема ФРН, Франції, США та ін.; постанови Пленуму Верховного Суду України; статистичні дані МВС України, Верховного Суду України; узагальнення судової практики з питань застосування кримінально-процесуального законодавства; матеріали великої кількості кримінальних справ, у розгляді яких автор особисто брав участь; аналіз соціологічних досліджень, проведених шляхом анкетування та інтерв'ювання. Емпіричну базу дослідження склали дані офіційної статистики, а також дані, отримані при опитуванні 500 респондентів, які представляють різні регіони України. Крім того, було вивчено і проаналізовано близько 300 кримінальних справ у різних судах, що сприяло формуванню емпіричної бази дослідження, яка забезпечує репрезентативність зроблених висновків у межах всієї України.

Висновки і рекомендації, висловлені в роботі, ґрунтуються на нормах Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, Конституції України, чинному кримінально-процесуальному законодавстві України, нормативно-правових актах Кабінету Міністрів України, МВС України, Міністерства юстиції України, Генеральної прокуратури України, законопроектах із питань кримінального процесу України.

Автор висловлює щиру вдячність доктору юридичних наук, професору, академіку, віце-президенту Академії правових наук України Грошевому Ю.М. за допомогу при підготовці цієї монографії.

Розділ 1.

Нормативний зміст принципу змагальності і його функціональне призначення в системі кримінального процесу

§ 1.1. Змагальність – форма кримінального процесу

Теорія кримінального процесу зобов'язана рекомендувати такі форми захисту прав та інтересів людини, її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканості і безпеки, які б найбільш повно реалізували цю мету правової держави [143, с.16; 6 с. 164]. Змагальна форма кримінального процесу відноситься до їх числа. В теорії, змагальність розглядається і як принцип, і як форма процесу. В запропонованій роботі нам важливо це положення оформити як тезу, яка знайде своє найбільш повне дослідження в подальшому викладенні.

Форма кримінального процесу в кожній державі в конкретних історичних умовах залежить від політичного устрою, ступеня розвитку економіки, філософії, історичних та інших наук. Традиційно виділяють три форми кримінального процесу: розшуковий (інквізиційний), змагальний (обвинувальний) і змішаний [409, с.5-7; 290, с.31; 286, с.367-368; 538, с.14-15], однак окремі автори вважають, що існує і четверта форма, включаючи сюди самостійну форму процесу, обвинувальну, яка отримала найбільш повний розвиток на етапах існування феодальної держави [469, с.19].

За часів Київської Русі у судах панувало звичаєве право, де були елементи змагальності. Захисниками в судах виступали рідні й приятелі сторін, послухи- свідки порядного життя обвинуваченого і "видоки" – свідки вчиненого стороною, або спірного факту [351 с.18, 38, 46, 66]. Магдебурзьке право витіснило звичаєве право законом. На базі Литовського статуту 1529 р. в Україні зроблено першу спробу впорядкувати справу

судового захисту, виділити адвокатську діяльність як професію [509, с.32].

Дальше закріплення змагальність отримала в "Правах, по которым судится малороссийский народ" - проекту кодексу українського права, яким в 1743 р. завершилася його кодифікація. Він не був прийнятий царським урядом, але застосовувався на практиці. В ньому вже йдеться про таку сторону процесу як "адвокат" або "повірений", дано дефініцію цього поняття [350 , с.120-121].

З часів Руської Правди до XVIII ст. процесу була властива чиста змагальність, за деякими винятками [251, с.52]. При Петрі 1 вперше в історії російського права був створений процесуальний кодекс. По Указу 1723 року "О форме суда" суддя перестав бути пасивним арбітром, перед сторонами стає головна суть змагальності - обов'язок довести перед судом свою позицію, проголошено слідчий процес, де залишено елементи змагальності, скасовано розшук. Перший кодифікований акт у кримінальному процесі - Статут кримінального судочинства, прийнятий в 1864 році, дав новий поштовх розвитку змагальності [146, с.841; 387, с.456].

Кримінальний процес більшості сучасних європейських держав – змішаний [111, с.4-8,22-25]. Вони мають змагальний процес у різних проявах: це і "класична" змагальність англійського процесу і змішана форма кримінального процесу, бо деякими країнами і зараз збережено елементи розшукової форми процесу [1, с.105], однак загальною тенденцією їх є реформування кримінального процесу, в тому числі й в Україні, з метою посилення захисту основних прав і свобод громадянина [296, с.15; 352 с.15-20].

В основі сучасної правової держави стоять захист прав і законних інтересів особистості, тому головним обов'язком України, як правової держави, є "забезпечення прав і свобод людини" (ст.3 Конституції) [190, с.18]. Аналіз вітчизняного законодавства надає підстави для висновку: сьогодні в Україні формується публічно- змагальний кримінальний процес, основи якого мають бути закріплені в проекті КПК. Відштовхуючись, як нам здається, від цих фундаментальних тез, розглянемо положен-

ня про те, що кримінальний процес має свій зміст, форму й механізми забезпечення її реалізації.

У загальному вигляді зміст кримінального процесу можна визначити як спосіб реалізації норм кримінального права й притягнення винної особи до відповідальності за порушення кримінально-правових заборон, а його форму - як структуру кримінально-процесуальної діяльності [271, с. 20-27].

Змагальність, як форма кримінального процесу, визначає положення суб'єктів у системі цього процесу, їх права, обов'язки й взаємини один з одним, а принцип змагальності є механізмом для її забезпечення.

Під "змагальністю" розуміється змагання в чомусь, це форма діяльності, при якій учасники намагаються перевершити один одного в майстерності, мистецтві в чомусь [301, с.691, 689]. Дослідження змагальності в теорії кримінального процесу в історичному аспекті дає можливість виявити основи її розвитку, зрозуміти її суть й сучасні підходи до цього явища, бо кожний історичний період розвитку суспільства мав притаманні йому форми прояву, визначення й значення змагальності [409, с.3 -8] .

Початок вивчення форм кримінального процесу зв'язаний з іменами Абегга, Бінера, Вальтера, Кестліна и Цахаріе, які звернули увагу на зовнішнє оформлення процесуальної діяльності [228, с.494-495]. Першими теоретиками, які застосували процесуальний підхід до виявлення особливостей історичних форм кримінального процесу були М.Гартунг і М.Планк, які вказали на ознаки змагальної (обвинувальної), слідчої (розшукової) і змішаної форм кримінального процесу та дали коротку їх характеристику.

Вперше визначення змагальності в 1857 році дав М. Планк, що допускав пасивність суду, який не бере участі в зборі доказів, а тільки вирішує спір між сторонами. М. Гартунг за критерій розмежування змагальної і розшукової форм процесу взяв розподіл функцій між учасниками процесу [85, с.5-6]. В дореволюційний період значний вклад в дослідження цієї проблеми внесли Л.Є. Владимиров, Ю. Глазер, М.А. Елачич, К.Ю.А. Міттермайер, М.Д. Сергієвський. В.К. Случевський, Д.Г. Тальберг, И.Я. Фойницький та інші процесуалісти.

Дореволюційна теорія кримінального процесу Росії ознаками змагальності вважала: наявність сторін обвинувачення й захисту, окремо від суду; процесуальну рівноправність сторін; звільнення суду від процесуальних функцій сторін процесу. Історичний розвиток змагальності детально описано в роботі А.М.Чельцова-Бебутова "Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах"[506, с.77-117, 122-160, 175-255, 259-288, 293-368].

Поняття змагального процесу трактують по - різному, часто як синонім слова "змагальний", застосовують термін "обвинувальний". Змагальний процес прирівнювали до процесу праці, коли з розвитком економічного життя, культури та рівня розвитку суспільства вона зі змішаної змінювалася на її розподіл. Так само з розвитком державного життя формувалися особливі органи для кожної процесуальної функції, а процес ставав змагальним, де суду була відведена строго визначене завдання щодо вирішення кримінального позову, пред'явленого обвинувачем, що діє як самостійна в процесі сторона, де підсудний, перестає бути лише предметом дослідження, як зауважує Фойницький І.Я., а стає " стороною в справі, має право на захист... Суддівська діяльність, звільнена від чужих для неї обов'язків сторін, зводиться до властивої їй функції оцінки наданих ними (сторонами- авт.) вимог..." [487, с.63-64].

М. Гартунг критерієм розмежування змагальної й розшукової форм процесу вважав наявність або відсутність розподілу функцій між учасниками провадження по справі [85, с.5-6]. У змагальному процесі "... суддя не бере активної участі в збиранні доказів і рішення своє ґрунтує лише на тих доказах, які надають сторони" [85, с.4-6].

І. Фойницький різницю між розшуковим і змагальним процесами бачив у розмежуванні функцій обвинувачення, захисту та вирішення справи залежно від того, чи вони покладені "... на тих же осіб, які є органами суду, чи для цього створюються особливі органи, що ...діють окремо від суду і незалежно від нього" [487, с. 67].

Відмінність між пошуковою й змагальною формами процесу проводилася вченими залежно від ролі суду: пошуковий про-

цес передбачає, що ініціатива й ведення процесу передаються в руки суду, а змагальність закріплюється в "...такому порядку процесу, в якому кожен момент залежить від свавілля сторони"[400, с.9], тобто від ініціативи сторін. Тільки за умови "... відмежування функцій сторін від функцій суду процес носить найменування змагального..." [375, с.49].

Поняття змагального процесу значно ширше, бо включає в себе й обвинувальний тип судочинства. Смирнов О.В. вважає, що у природі не існує чистого змагального процесу, як цілісної системи, окремі його елементи наявні в конкретних формах судочинства і мають домінуюче значення [406, с.10]. Ця модель процесу має роль еталона, свого роду політичного критерію демократичності й справедливості судочинства.

Змагальний тип процесу має такі ознаки: наявність двох протилежних сторін - обвинувачення і захисту; процесуальну рівноправність, бо змагальність є справедлива тоді, коли протилежним сторонам створено однакові умови та стартові можливості для здійснення своїх функцій і жодна зі сторін не має перед судом переваг у доказуванні, заявленні та задоволенні клопотань, а також ніякі доводи сторін не мають для суду заздалегідь встановленої сили; наявність незалежного суду, бо справедлива змагальність немислима без нейтрального, незалежного арбітра, який створює і забезпечує необхідні умови для виконання ними своїх процесуальних функцій.

При змагальній побудові кримінального процесу:

- суд не може виконувати функції сторін, він вирішує справу при наявності наданого стороною обвинувачення і не має права виходити за його межі;

- головною рушійною силою змагального процесу є не ініціатива суду, а спір сторін із приводу обвинувачення та ініціатива сторін. Ще Цицерон сформулював одне з найважливіших правил змагальності – nemo nisi accusatus fuerit, condemnari potets (лат.) - ніхто не може бути засуджений без відповідного обвинувачення;

- незалежність суду означає, що не тільки суд не має права виконувати функції сторін, а й жодна сторона не може брати на себе навіть найменшу частку функцій суду. Порушення цієї

вимоги приводить до змішування функцій, а сторона сама собі стає суддею. Ніхто не може бути собі суддею у власній справі – nemo unquam judicet in se (лат.).

В теорії кримінально-процесуального права, яке є самостійною галуззю права, бо має свій предмет і метод правового регулювання [202, с.25], прийнято вважати, що в судочинстві діють у різних співвідношеннях два методи правового регулювання – імперативний і диспозитивний.

Змагальність теж має свої методи правового регулювання, вибір яких визначається специфікою об'єкта регулювання, а розкриття їх дає можливість розкрити суть змагальності, дати ключ до розуміння соціальних і політичних умов її існування. Домінуючим методом правового регулювання в змагальному кримінальному процесі є імперативний метод.

Підґрунтям змагального провадження є арбітральний метод, а розшукового - метод влади-підкорення (адміністративний, імперативний) [406, с.10]. Ці обидва методи є в арсеналі українського судочинства, але на стадії досудового слідства питома вага імперативного методу значно переважає над диспозитивним, бо норми досудового слідства побудовані на імперативній основі.

Шестакова С.Д. виділяє кілька варіантів правового регулювання, якими забезпечується досягнення завдань кримінального процесу: метод, який включає в себе публічність, інквізиційність, елементи влади-підкорення, складається з диспозитивності, інквізиційності та елементів влади-підкорення; метод, який полягає в публічності, поєднанні інквізиційності та змагальності, елементах влади підкорення; метод, в якому є диспозитивність, поєднання інквізиційності та змагальності, елемент влади-підкорення ; метод, який включає публічність, змагальність, елементи влади-підкорення; складається з диспозитивності, змагальності, елементів влади-підкорення [516, с.64-100].

Погоджуємося з висновком, що не існує змагальних або розшукових процедур у їх чистому вигляді [406 с.14]. Ряд учених поділяють думку, що змагальність - демократична форма процесу [113,с.16-17; 273 с.51], наділена рисами, характерними для демократії певного історичного періоду, історичної епохи [435,

с. 103], змістом якої є спір про право рівних сторін, обвинувача й обвинуваченого, перед безстороннім суддею [183, с.371], який розглядає справу у межах сформульованого з їхньою допомогою обвинувачення, а принципи служать механізмом для її забезпечення.

Змагальний процес вважають арбітральним, бо учасники процесу вирішують спір за допомогою арбітра (суду), з чим не можна погодитися, бо тоді випадає основа цієї форми процесу - спір рівних сторін [67, с.9-10 ; 406, с.19-25].

Основною ознакою змагальності є наявність рівноправних сторін і незалежного суду, що дає можливість визначити змагальність як форму процесу, де спір рівних сторін вирішується незалежним судом, тобто для змагального процесу характерним є такий правовий статус його основних учасників, який забезпечує виконання функцій обвинувачення, захисту й вирішення справи незалежними суб'єктами [293, с.9].

Полянський Н.Н. змагальність розглядав як метод пошуку істини, який полягає "в змагальності сторін, здійснюваній і контрольованій за активної участі суду у розгляді справи" [326, с. 100].

Змагальність вважали спором, де суд розглядає справу за участю сторін - обвинувачення і захисту, при цьому всіма правами сторони користується обвинувачений (підсудний), сторони наділені рівними процесуальними правами, самі аналізують докази так як вважають за потрібне [366, с.69]; функції сторін – відділені від функцій суду, який в судовому розгляді не є стороною.

За таких умов, змагальності можна дати визначення, що це така форма процесу, в якій спір рівних сторін вирішується незалежним судом, а протиріччя, що існують між ними, виступають рушійною силою кримінального процесу [329, с.75].

Має місце ототожнювання змагальності й розподілу основних кримінально-процесуальних функцій [392 с.56], із чим не можна погодитися, бо змагальність співвідноситься з розподілом основних кримінально-процесуальних функцій як основне та похідне. Розподіл основних кримінально-процесуальних функцій є однією зі складових змагальності, її елементом.

Без чіткого розподілу основних процесуальних функцій не може бути й мови про спір рівноправних сторін перед незалежним судом, тобто змагального процесу. Це базисне положення в змагальному типі кримінального процесу стоїть в основі всієї процедури судочинства, а тому порушення цього положення безсумнівно тягне за собою порушення принципу змагальності й суттєво звужує права і гарантії сторін на виконання ними своїх функцій.

Змагальність в кримінальному процесі вважають способом взаємодії сторін обвинувачення і захисту, принципом організації їх спільної діяльності, сутність якого полягає в боротьбі протилежностей [267, с.14; 411, с.58-63], тобто на грунті протилежних інтересів сторін має місце протиріччя - конфлікт, прояв якого полягає в протиборстві сторін [86, с.18; 120, с.172]. Цей висновок заслуговує на увагу.

Змагальність - це умова й спосіб досягнення істини по кримінальній справі [79, с. 44], із чим не можна не погодитися, бо вона є і типом і принципом кримінального процесу.

§ 1.2. Поняття і структура принципу змагальності

На сучасному етапі розвитку кримінального в процесу Україні актуальність проблеми правового статусу учасників кримінального процесу набуває нового змісту, а її дослідження можливе в різних аспектах. Один із них – дослідження цієї проблеми під кутом зору принципів процессу [35, с.64], бо процесуальні принципи визначають не тільки демократичний характер кримінального процесу в цілому, але й дають можливість більш глибоко розкрити суть і значення кожної стадії процесу, правовий статус усіх суб'єктів процесу, в тому числі його учасників.

В науці українського кримінально-процесуального права принцип змагальності повною мірою не розкрито й немає однакової думки й уніфікованого підходу до тлумачення і визначення його поняття. З огляду на значимість для теорії й практики кримінального процесу цього принципу, його слід досліджува-

ти за наступними параметрами: поняття, елементи, співвідношення з іншими принципами, межі дії, значення.

Термін "принцип" походить від латинського principium – начало, основа [404, с.547]. Філософія розкриває поняття терміна " принцип" як теоретичне узагальнення найбільш типового, що відбиває суть явища, як закономірність, яка складає основу пізнання, суть системи, центральне поняття, узагальнене й поширене положення на всі явища тієї сфери, із якої цей принцип абстраговано [417, с.1600 ; 486, с.382 та ін.]. Лінгвістика визначає цей термін як вихідне положення якої-небудь теорії, вчення, науки [301, с.848].

У теорії пізнання під категорією "принцип" розуміють загальне положення, універсальний елемент у понятійному апараті науки [231, с.96], а в теорії держави і права категорія "принцип права" означає – основна засада, відправна ідея, наділена універсальною властивістю, найвищою імперативністю [476, с.51].

Традиційно під принципом розуміють нормативно закріплене вираження суті кримінального процесу. У принципах бачать основоположну ідею [71, с.216]. Принципи права виражають основний зміст права, найважливіші закономірності (підвалини) суспільства [445, с.276].

В юридичній літературі до визначення поняття принципу є декілька підходів: одні автори вважають, що принцип – основне начало, основа певної правової системи [531, с.151]; інші – відстоюють позицію, що принцип закріплений у законі як положення основного, керівного характеру [383, с. 34].

Окремими авторами зміст поняття "принцип" розглядається як тотожний [507, с.186]. Принципи права вважають нормами фундаментального, основоположного, загального характеру [441, с.34], які виражають суть і зміст кримінального процесу, характеризують найважливіші його властивості і якісні риси, предмет і метод процесуального регулювання. [475, с.88] .

Механізм практичного застосування кримінально-процесуального законодавства діє через чітко визначені у законі і розташовані у певній послідовності принципи. Це мають бути саме принципи, вважає Гончаренко В.Г., а не засади, бо загальноприн-

йнятий у світі термін "принцип"– означає вихідне положення будь-якої теорії, світогляду, науки, організації роботи, а термін "засади" не є таким узагальнюючим і міститься в багатьох главах чинного КПК і окремих статтях [92, с. 699].

"Принцип – наукова чи моральна засада, основа, правило, підвалина, від якої не відступають", а "засада – це основне вихідне положення якої-небудь наукової системи, теорії, ідеологічного напрямку" [117, с. 431; 294, т.2, с.95, т.3 с.714], тобто в поняття принцип входить поняття засади.

Принципи мають пряму дію і містять однозначні та зрозумілі приписи. Це найбільш загальні правила кримінального судочинства, керівні нормативні вимоги, що лежать в основі системи норм кримінально-процесуального права і регульованого ним порядку слідчої, судової і прокурорської діяльності"[535, с.26].

Аналогічне визначення принципів дається і сьогодні [103, с.34]. Вітчизняними вченими принципи кримінального процесу визначаються, як закріплені в законі панівні правові ідеї, начала, найбільш загальні положення, які визначають суть і зміст діяльності суб'єктів процесу, процесуальну форму здійснення судочинства, які визначають спрямованість і побудову кримінального процесу, "форму і зміст його стадій та інститутів, порушення яких обов'язково тягне за собою скасування вироку та інших рішень у кримінальній справі"[279, с.35-36].

Тертишник В.М. визначає принципи кримінального процесу як найзагальніші положення, правила поведінки визначального характеру, основні ідеї, начала, що визначають сутність і зміст діяльності суб'єктів процесу, процесуальну форму здійснення правосуддя, створюють систему гарантій встановлення істини, захисту прав і свобод людини та забезпечення справедливості правосуддя, які отримали закріплення в законі, звернені своїми правовими вимогами до всіх учасників процесу, носять загальнообов'язковий характер, забезпечуються заходами державного примусу і мають правовий механізм реалізації [447, с.83 ; 453, с.26; 454, с. 37-40; 451, с. 47-52].

Суть цих визначень принципу полягає в тому, що принципи - це найбільш загальні керівні положення, які висловлюють суть кримінального процесу, його ідею, реалізація яких спри-

яє досягненню цілей і завдань кримінального процесу. Окремі автори не у всьому погоджуються з цим положенням і вважають, що принцип – це вимога до діяльності, без реалізації якої неможливе досягнення мети діяльності, яка адресована для виконання органам держави, зафіксована в нормі кримінально-процесуального законодавства, характер цієї вимоги безпосередньо повинен бути пов'язаний метою кримінально-процесуальної діяльності, реалізація його повинна гарантувати їх досягнення.[44, с.257]. Таке визначення заслуговує на увагу і з окремими його положеннями можна погодитися.

Циппеліус Р. вважає, що принципи спонукають "переслідувати і...втілювати в життя...цілі" [497, с.85], вони визначають як здійснюється діяльність, направлена на досягнення мети [527, с.31], їх вважають вимогою до діяльності [326, с.83]. Однак це не просто вимога, а вимога, що носить імперативний характер відповідно до специфіки й суті кримінального процесу, яка спрямована і пред'являється до державних органів.

Саме вони в кримінальному процесі є адресатами виконання принципів-вимог, бо тільки вони є суб'єктами кримінально-процесуальної діяльності на які покладається відповідальність за хід і результат цієї діяльності, та саме вони мають якнайширші повноваження, в тому числі і щодо реалізації та забезпечення гарантій дії принципів для досягнення мети процесу.

Алексєєв С.С. виділяв три основні функції принципів права – пізнавальну, інформаційно-ціннісну і регулятивну [30, с.105]. Саме регулятивна функція, на нашу думку, для кримінального процесу є найбільш важливою. Тому було б краще сказати, що принципи встановлюють межі дискреційних повноважень органів держави у забезпеченні досягнення ними визначеної у законі мети. Саме тут якраз найбільше і проявляється характерна імперативність вимог принципів до суб'єктів кримінального процесу і кримінально-процесуального доказування.

При визначенні поняття принципу кримінального процесу тривалий час точилася гостра дискусія щодо питання про форму закріплення принципів. Принципи розглядалися як проблема чисто теоретичного характеру, що піддавалося гострій критиці [169, с. 58].

Допускалося за можливе відносити до принципів процесу не тільки закріплені в законодавстві основні засади, але й інші положення, на яких грунтується кримінальний процесс [437, с.72]. Завдяки цьому у кримінальному процесі було визнано існування принципу змагальності, хоча тоді у законодавстві було відсутнє пряме закріплення як його, так і поняття сторін. Частина авторів вважає обов'язковою ознакою принципу процесу – його законодавче закріплення в кримінально-процесуальних нормах [26, с.38; 162, с.35; 416, с.76; 471, с. 64 -65; 482, с.27; 503, с.43; 536, с. 57].

Цей висновок видається нам належно обгрунтованим із двох причин: положення, не закріплені в законі, не можуть регулювати суспільні відносини у сфері кримінального судочинства, а тому не можуть виражати істотні властивості кримінального процесу; визначення кримінально-процесуального принципу як основного положення, на якому будується процес, дає привід для довільного трактування питання про систему принципів кримінального процесу, включення до неї будь-якого положення, що має суттєве значення.

Має місце позиція, що нормативне закріплення принципів процесу – не обов'язкове [207, с.137], з якою не зовсім можна погодитися. Принципи кримінального процесу - це положення, які повинні бути: закріпленими в нормах права, бо тільки ті ідеї мають регулятивне значення, що закріплені в законі [26, с.38]; загально-процесуальними і відноситися в цілому до всіх стадій кримінального процесу, чи принаймні знаходити свій повний прояв у центральній стадії – судовому розгляді і хоча б частково на більш ранніх стадіях; мати самостійний зміст, який не дублює змісту інших принципів [455, с.1-23, 153-160]. Відсутність хоча б однієї з цих ознак є підставою не розглядати положення, як принцип кримінального процесу.

Таким чином, поняттю принципу можна дати визначення: принцип – це норма, яка закріплена в законі, прийнятому вищим органом законодавчої влади, має вищу юридичну силу і є правилом поведінки, яке в обов'язковому порядку забезпечується примусовою силою держави, порушення якого обов'язково тягне за собою скасування рішень у справі [279, с.35-36].

Маляренко В.Т. [240, с. 42] визнає найбільш обґрунтованим визначення поняття принципу кримінального процесу, дане в роботах Михеєнка М., який до критеріїв визначення принципів кримінального процесу відносив таку сукупність властивостей: це найбільш загальні, вихідні положення, ідеї, які мають фундаментальне значення для кримінального процесу й визначають його спрямованість, форму й зміст його стадій та інститутів; вони виражають панівні в державі політичні і правові ідеї, що стосуються завдань і способу здійснення кримінального судочинства; вони повинні бути закріплені в нормах права; повністю діяти у всіх або кількох стадіях кримінального процесу і обов'язково в його центральній стадії – стадії судового розгляду; порушення будь-якого принципу означає незаконність рішення у справі і обов'язково тягне його скасування [275, с. 10].

Принцип повинен мати властиву правовій нормі внутрішню структуру: гіпотезу, диспозицію і санкцію.

Принципи визначають суть і зміст діяльності суб'єктів процесу, процесуальну форму здійснення правосуддя, створюють систему гарантій встановлення істини, захисту прав і свобод людини та забезпечення справедливості правосуддя [248, с. 6; 447, с.14].

Маючи основне значення для всього кримінального процесу, вони визначають його головні риси, перебувають у визначеному співвідношенні між собою і повинні відповідати таким вимогам:

- вони не повинні дублюватись чи випливати один з одного;
- кримінально-процесуальні норми, що не є принципами кримінального процесу, повинні випливати з того чи іншого принципу, конкретизувати його, узгоджуватися з ним, але не суперечити йому;
- принцип повинен бути загально-процесуальним, відноситися до всіх стадій судочинства, якщо це не суперечить його сутності і змісту;
- принцип є елементом системи принципів, що забезпечує ефективне функціонування кримінально-процесуальної діяльності й успішне вирішення завдань кримінального судочинства.

Визначення обов'язкових ознак принципів кримінального процесу дає змогу нам перейти до аналізу принципу змагальності, який уже давно привертає увагу багатьох учених-процесуалістів як у нас, так і за рубежем, однак недавно він отримав законодавче закріплення в Україні (п.4 ч.3 ст.129 Конституції, ст.16-1 КПК). Одним із перших досліджував питання про зміст принципу змагальності М.С. Строгович [410, с. 51].

Забезпечення обвинуваченому права на захист і змагальність він вважав одним принципом [479, с. 74], однак потім почав виділяти його як самостійний принцип кримінального процесу, який діє тільки в стадії судового розгляду [431, с.153; 369, с. 42; 120, с. 172-173].

Принцип змагальності він визначав як таку побудову судового розгляду, в якому обвинувачення відділено від суду, що вирішує справу, "... і в якому обвинувачення і захист здійснюються сторонами, наділеними рівними правами для відстоювання своїх позицій і оспорювання позицій протилежної сторони, при чому обвинувачений (підсудний) є стороною, яка користується правом на захист; суду належить керівництво процесом, активне дослідження обставин й вирішення самої справи" [431, с.189].

Тиричев І.В., даючи визначення принципу змагальності, теж вважав, що функції сторін повинні бути розмежовані, відділені від судової діяльності й виконуватися сторонами, які користуються рівними процесуальними правами для відстоювання своїх інтересів, а суд при цьому займає панівне становище в процесі й вирішує справу [469, с.26]. Поєднання в одному органі чи особі функцій судді, обвинувача і захисника суперечить законам психології [253, с. 26].

Цей принцип діє у всіх стадіях кримінального судочинства і грунтується на зіткненні протилежних інтересів, за якими функції сторін чітко розмежовані, сторони є рівноправними, а судом забезпечується рівна можливість реалізовувати сторонами свої повноваження і відстоювати свої позиції та справедливе й неупереджене вирішення спору.

Заслуговують критики висновки, що суд наділений панівною й вирішальною роллю [430, с.163], та за якими принцип зма-

гальності - це змагальність сторін, контрольована [120, с.172-173; 329, с.164] і доповнювана активною участю суду в розгляді справи [329, с.164; 368, с.144; 431, с.149-150].

Мала місце критика самої ідеї цього принципу і наявності у кримінальному процесі функцій обвинувачення й захисту, протистояння сторін, як способу встановлення істини [250, с.1250128]. Не можна погодитися і з позицією, за якою змагальність сторін – це спосіб дослідження доказів, що має місце тільки в стадії судового розгляду [138, с.7], бо цей принцип діє в різних стадіях кримінального процесу, хоча в неоднаковому обсязі.

В теорії кримінального процесу домінують два основні погляди на поняття принципу змагальності. За одним, поняття принципу змагальності полягає в поділі трьох основних функцій – обвинувачення, захисту і вирішення справи між сторонами обвинувачення, захисту й судом, що займає активне процесуальне положення в кримінальному судочинстві [106, с.686; 243, с.107; 283, с. 65; 431, с. 149; 529, с.343; 516, с. 156]. За іншим, суть поняття принципу змагальності полягає у поділі зазначених процесуальних функцій між судом і суб'єктами, які мають статус, але при пасивному процесуальному положенні органу правосуддя [309, с.15; 475, с.119].

Радянські процесуалісти вважали кримінальний процес змагальним і визнавали активність суду в кримінальному судочинстві. Активність суду вони визнавали обставиною, яка суттєво відрізняє цей принцип від принципу змагальності в буржуазному кримінальному процесі [399, с. 125-130; 367, с.104-106] та, що вона входить у саме поняття змагальності у кримінальному процесі [326, с.100].

Бачили змагальність і проявом принципу публічності [368, с.144], а введення у визначення змагальних засад вказівки на активну роль суду, тією обов'язковою умовою, лише за наявності якої можлива реалізація принципу змагальності [329, с.164-165].

Домінувала думка, що в соціалістичній державі, яка стоїть на службі інтересів особистості, об'єктивно немислима суперечність інтересів особистості й держави, а тому змагання сторін у суді є не протистоянням двох антагоністичних сил, а це єди-

ноборство в ім'я істини [87]. Таке зіставлення принципів змагальності привело до хибного ідеологічного висновку про те, що однойменні принципи, які збігаються, були наповнені різним соціальним змістом [127, с.138; 327, с. 109 ; 433, с. 74].

Обидва ці поняття поєднує розмежування основних процесуальних функцій. Відмінність їх полягає у тому, що у радянському принципі змагальності поділ процесуальних функцій передбачає активність суду, а в буржуазному – пасивність суду. Однак активність суду перешкоджає повному розмежуванню функцій сторін, суперечить правилу поділу трьох основних процесуальних функцій й дає змогу суду зосередити, як мінімум, дві самостійні функції – функції обвинувачення і вирішення справи, що є характерним для розшукового процесу.

Частина українських процесуалістів вважає, що змагальності слід дати визначення як змагальність сторін, контрольована й доповнювана активною участю суду в розгляді справи, бо вона "не виключає активності й ініціативи суду щодо збирання доказів, необхідних для встановлення істини у справі" [237, с.107; 40, с.1-2; 173, с.11-12; 298, с. 59-63].

Відмова від надання трьом основним функціям процесуальної самостійності призводить до панування функції обвинувачення, а кримінальний процес набуває обвинувального забарвлення [410, с.51-59]. Тільки пасивне становище суду в розгляді справи звільняє його від виконання функції обвинувачення і створює умови для реалізації правила про розмежування трьох основних процесуальних функцій. Поєднання в повноваженнях однієї сторони різних функцій свідчить про реакційність судової системи держави та перетворює органи правосуддя на органи розправи.

Заслуговує уваги точка зору, за якою слід обмежити ініціативу суду щодо збору доказів за власною ініціативою, суд повинен ухвалювати рішення по справі тільки на підставі поданих сторонами, чи витребуваних судом за клопотанням сторін доказами [99, с.9], тобто повинен виносити рішення тільки на підставі тих матеріалів, які "надали сторони, навіть якщо, на думку суду, вони не відображають повністю всіх обставин справи" [310, с.312].

Окремими авторами цей висновок заперечується з огляду на те, що за такої конструкції незалежність суддів і підкорення їх лише закону (ст.129 Конституції) ставиться під сумнів, бо "... суд встановлює істину по справі залежно від кількості і якості доказів, зібраних сторонами в односторонньому порядку для відстоювання інтересів кожної із сторін"[179, с.157].

Позбавлення суду активності є перенесенням у змішаний кримінальний процес класичної моделі змагального англо-американського процесу. Незалежним може бути суд, що має активні повноваження по встановленню обставин справи, бо тільки реалізація принципу незалежності суду й свободи оцінки доказів дає йому змогу бути об'єктивним і безстороннім [44, с.21].

Ця точка зору заслуговує уваги, однак з нею не зовсім можна погодитися, бо збираючи докази за власною ініціативою, суд мимоволі допомагає одній зі сторін і втрачає безсторонність. Тільки обмеженням активності суду найкраще досягти його безсторонності, створити умови для всебічного та повного дослідження обставин справи.

Дія принципу змагальності ґрунтується на переконанні: протилежність інтересів сторін найкраще забезпечить повноту матеріалів справи через активне виконання сторонами процесу тільки їм притаманних функцій.

Принцип змагальності, який реалізовується у визначеній законом процесуальній формі, спрямований на встановлення об'єктивної істини й повний та реальний захист прав людини і громадянина. Він припускає поєднання активності сторін у забезпеченні виконання ними своїх процесуальних обов'язків із забезпеченням судом умов для здійснення наданих їм прав.

Традиційно в поняття принципу змагальності включають такі елементи: розподіл основних кримінально-процесуальних функцій – обвинувачення, захисту й вирішення справи; наявність сторін й наділення їх процесуальною рівноправністю для здійснення шляхом протиборства функцій обвинувачення й захисту; керівна роль суду в процесі й надання тільки йому функції приймати рішення по справі [78, с. 49].

Принцип змагальності ще вважають принципом усього кримінального судочинства, однак розкривають його поняття

тільки щодо судового розгляду і вбачають його суть у розмежуванні не тільки трьох основних функцій, а включають сюди функції підтримання цивільного позову і його заперечення, протилежність інтересів обвинувачення і захисту, функцію розслідування. Така позиція заслуговує критики, бо всі ці функції повністю входять у функції обвинувачення й захисту та є їх елементами.

Суперечить теорії змагальності і помилкова позиція, що активність суду не входить у поняття принципу змагальності, а процесуальне становище суду, яке характеризується його обов'язком порушувати кримінальну справу по новому обвинуваченню і проти нових осіб, не суперечить змагальності [126, с.137-138; 363, с.47-48]. В поняття принципу змагальності включали право сторін посилатися на фактичні обставини справи і розпоряджатися доказами в поєднанні з правом прокурора доводити обставини справи і з правом суду досліджувати факти, які мають значення для справи, та збирати докази [171, с.71].

Слід погодитися з Даєвим В.Г., який вважає, що така теоретична конструкція змагальних положень робить неможливим визначити їх зміст, бо якщо ці елементи принципу змагальності розглядати окремо, то неважко визначити, що у переважній своїй більшості вони входять як складові у зміст інших самостійних принципів – публічності, права обвинуваченого на захист, рівності прав учасників судового розгляду та інших [115, с.71]. Такий підхід унеможливить чітке розмежування складових елементів системи процесуальних принципів [52, с.87-88; 184, с.109; 284 , с.120].

Сучасні процесуалісти виділяють три основні елементи принципу змагальності: поділ функцій обвинувачення, захисту і правосуддя; наділення сторін рівними процесуальними правами для здійснення своїх функцій; керівне становище суду в кримінальному процесі й надання тільки йому права прийняття рішення в справі.

Ряд вчених погоджуються, що принцип змагальності включає в себе, крім рівноправності сторін, ще дві складові – об'єктивний, безсторонній суд і наявність сторін [33, с.22]. Інші виділяють у структурі принципу змагальності елементи:

відділення функцій обвинувачення і захисту одна від другої, а також від функції вирішення справи; визнають носіїв функцій обвинувачення і захисту сторонами й наділення їх рівними процесуальними правами для здійснення своїх функцій [57, с.47; 64, с.33]. Включають у саму змагальність сторін та їхній спір у процесі доповнення зусиль сторін активною діяльністю суду [265, с.88-93].

Виконуючи свої функції, сторони через полеміку, процесуальний спір, відстоюють правову позицію засобами кримінального процесу, допомагають суду повно, всебічно й об'єктивно дослідити обставини справи, з'ясувати істину й прийняти правильне рішення, а суд за допомогою їх активності досліджує обставини справи, залучає нові докази, виконуючи поставлене процесом завдання [278, с.13, 14]. За неякісне виконання сторонами їхніх функцій, при настанні негативних наслідків, повинна наступити відповідальність, однак до сторони обвинувачення, яка діє від імені держави, мають бути більш високі вимоги [514, с.166].

На думку А.С. Барабаша, окремим принципом кримінального процесу слід вважати забезпечення рівності прав учасників судового розгляду, а змагальність – як складову частину реалізації цього принципу. Він робить висновок, що змагальність в теорії кримінального процесу займає більш високий статус, ніж принцип [44, с.26, 36 ; 399, с.124; 533, с.12].

Окремі дослідники дійшли висновку, що змагальність – це не окремий принцип, а є типом (моделлю) процесу [23, с.7, 15; 406, с.7] . З цим можна частково погодитися, бо змагальність є і типом процесу, і принципом процесу, що ми досліджуємо в цій роботі.

Рівноправність сторін - це "...один із необхідних елементів принципу змагальності, без якого змагальність як принцип не існує"[508, с.125]. Цей елемент є суттю змагальності, бо тільки через рівні можливості сторін можлива реалізація принципу змагальності. Європейський суд з прав людини розглядає реалізацію принципу змагальності крізь призму забезпечення рівності прав учасників судового розгляду, тобто за цієї позиції обвинувачення й захист діють на одному рівні, під контролем відносно пасивного суду [385, с.102].

Сторони повинні мати доступ до правосуддя, розумну можливість представляти свої інтереси по справі, включаючи докази в умовах, при яких суд не ставить їх у невигідне становище щодо протилежної сторони, забезпечує їх процесуальну рівноправність та реальну свободу оскарження вчинених щодо них незаконних дій (бездіяльності).

Вважаємо, що до складу елементів поняття принципу змагальності слід включити свободу оскарження до суду, доступ до правосуддя і процесуальну рівноправність суб'єктів, що здійснюють обвинувачення і захист. Обмеження їхньої дії впливає на можливості реалізації принципу змагальності і звужує повноваження сторін. Розширення їх дії, особливо на стадіях досудового слідства і перевірки судових рішень, а також здійснення контролю судом, надасть змогу застосовувати цей принцип більш повно та забезпечить сторонам якісне виконання їх функцій.

Підтримуємо позицію про включення до змісту принципу змагальності елемента поширення його дії на всі стадії судочинства [120, с.172] , бо за загальним вченням про кримінально-процесуальні принципи, вони повинні діяти у всіх стадіях процесу.

У філософській літературі під "суттю", "сутністю" розуміють головну внутрішню, порівняно стійку сторону предмета, яка визначає його природу, та з якої випливають решта його сторін і ознак, тобто – це основа (базис), квінтесенція предмету і явища, їх стержень [38, с. 114].

Сучасна наука кримінального процесу вважає, що суть принципу змагальності полягає "...в поділі функцій обвинувачення, захисту і вирішення справи між судом і сторонами" [431, с.151; 78, с.49].

Грошевий Ю.М. суть принципу змагальності бачить у розмежуванні функцій обвинувачення, захисту і вирішення справи між обвинувачем, обвинуваченим (захисником) і судом; процесуальній рівності сторін; розгляді справи шляхом полеміки сторін перед незалежним і неупередженим судом [106, с.686]. Даєв В.Г. – в протиставленні, протиборстві сторін, у виділенні протиборствуючих груп, і виокремленні особливої функ-

ції обвинувачення, як рушійної сили в процесі змагальності [115, с.71]. А.С. Барабаш бачить суть принципу змагальності у забезпеченні рівності прав учасників судового розгляду [44, с.28]. Суттю принципу змагальності вважають процесуальну діяльність, напрямком якої є об'єктивне і всебічне дослідження справи в межах обвинувачення і предмета доказування [61, с.66]. Бачать змагальність у сфері кримінального процесу і методом пізнання, бо мають місце полеміка, спір, зіткнення інтересів і думок. Ларін О.М. розглядав змагальність як спір, в процесі якого досягається істина [215, с.10]. Не можна погодитись з позицією О.О. Тушева, який вважає, що суть принципу змагальності полягає в здійсненні окремими суб'єктами кримінального процесу дій, які носять змагальний характер [463, с.33].

Основними видами діяльності, а разом з тим і функціями в кримінальному процесі, частина авторів вважає тільки обвинувачення, захист і вирішення справи по суті [363, с.27]. Чинному законодавству невідомий термін, але відомо поняття кримінально-процесуальної функції, з приводу якого є кілька позицій. Алексеєв С.С. розглядав кримінально-процесуальні функції як специфічну форму реалізації загальноправових функцій – регуляторної і охоронної [31, с.143-150; 28, с.191-194; 27, с.402].

Вважають, що це об'єктивна категорія, закріплена законодавстві, яка визначає процесуальне становище конкретного суб'єкта, тому характер процесуальної функції, яку він виконує, не залежить від його конкретної позиції по даній справі, а "...їх кількість, призначення та характер визначаються перш за все завданнями, які стоять перед кримінальним процесом" [302]. Під функціями розуміли окремі види, напрямки кримінально-процесуальної діяльності, що розрізняються своєю спрямованістю, тобто метою, на досягнення якої направлено цю діяльність і навколо яких складається діяльність всіх учасників кримінального судочинства [34, с.13; 178, с.52; 216, с.5-6; 287, с.73; 431, с.188].

Суть поняття змагальності бачать не тільки в розподілі функцій на три види, а й у способі дослідження доказів [467, с.27; 137, с.109; 535, с.158], в наданні обвинуваченому права на за-

хист [461, с.139] і можливості висловити протилежну позицію [264, с.111].

Вчені дійшли висновку, що три основні кримінально-процесуальні функції: обвинувачення, захисту, вирішення справи – реалізуються в кожній справі, яку направляють до суду [91, с.127; 431, с.189]. За протилежною точкою зору, визнання лише трьох процесуальних функцій не охоплює всю повноту діяльності осіб-учасників процесу і штучно обмежує їх діяльність цими напрямами без врахування дійсних процесуальних інтересів [115, с.72]. Однак ніякої свободи вибору функцій закон нікому не надає, їх реалізація ним запрограмована [284, с.23-25].

Найвдалішим нам видається визначення поняття функцій, сформульоване Грошевим Ю.М., який вважає , що це основні напрями процесуальної діяльності, які закріплені в законі, і ..."здійснюються з метою реалізації завдань кримінального судочинства суб'єктами, уповноваженими на ведення процесу, або наділеними правами для активної участі у справах з метою захисту своїх законних інтересів"[202, с.23].

У змагальному процесі існує конфлікт двох органічно пов'язаних, діаметрально протилежних функцій: обвинувачення і захисту, де суд самостійний у виборі процесуальних засобів з'ясування обставин справи і не може виконувати жодної з функцій сторін чи підміняти їх та повинен діяти в таких процесуальних рамках, які б свідчили про його об'єктивність і неупередженість [324, с.4]. Він повинен забезпечити справедливе і неупереджене вирішення спору, надавши сторонам рівні можливості відстоювати свої позиції [415, ст.5679], бо змагальність – це суворе розмежування функцій, кожна з яких покладена на конкретних учасників процесу [348; 346].

На цих позиціях стоять Конституційний Суд України та Верховний Суд України [352, с. 188-193; 337; 501]. "Функція суду полягає в тому, щоб розв'язати конфлікт, відновити справедливість" [514, с. 164], а керівне його становище характеризується відсутністю у нього повноважень порушувати справи, направляти їх для додаткового розслідування при відсутності клопотання сторони і наявністю обов'язку припинити справу

в зв'язку з відмовою прокурора від обвинувачення [309, с.15; 475, с.119, 121].

Змагальність процесу не може існувати одна і бути відірваною від публічності й об'єктивної істини, вона реалізовується в життя через реальні дії учасників процесу, що визначаються їх процесуальними функціями [72, с.54]. В. Бернхем вважає, що основною у принципі змагальної системи є вимога чіткого розмежування активної функції – розслідування і збирання доказів та пасивнішої- розгляду доказів і прийняття рішення.

Той, хто приймає рішення у справі, займає нейтральну, неупереджену позицію і відповідальний лише за його прийняття; сторони самі шукають і подають докази і аргументи, на яких грунтуватиметься рішення; судова процедура концентрується на зіткненні протилежних доказів і аргументів, наданих сторонами; сторони мають рівні можливості представляти й обговорювати свої справи з тим, хто приймає рішення [51, с.85-87].

Проблема поняття і змісту кримінально-процесуальних функцій у вітчизняній науці є дискусійною. Дійшовши висновку, що в кримінальному процесі мають місце більше трьох функцій, частина авторів розуміють під функціями конкретні норми права і висловлені у відповідних напрямках кримінально-процесуальної діяльності спеціальні призначення і роль її учасників [526, с. 54], або ж основний процесуальний обов'язок, в якому проявляється головне призначення і визначається процесуальна роль кожного з учасників процесу [520, с.175]. Даєв В.Г. припускає, що абстрактна уява про напрямки процесуальної діяльності позбавлена практичного змісту [115, с.71].

Заслуговує уваги в цьому спорі позиція процесуалістів, які не надають принципового значення розходженням у визначеннях, де на перше місце висувається або напрямок діяльності учасника процесу, або призначення і роль цього учасника. Обидва визначення висловлюють суть поняття, яке розглядається, одне - щодо самої діяльності, інше – щодо її носія [257, с.168-176].

І функції кримінального процесу, і функції окремих учасників процесу взаємопов'язані: перших – небагато і це основні узагальнені функції всієї системи, які забезпечують її існування і розвиток, а другі – на порядок нижче, їх багато, "...однак тіль-

ки вони, в кінцевому результаті, і зможуть забезпечити реальну реалізацію перших" [288, с.53].

За теорією О.В. Смирнова досконалішою є модель не змагальної концепції розподілу кримінально-процесуальних функцій, а інтегративний принцип побудови кримінального процесу, основою якого є єдність, що досягається через спеціалізацію і розгортання корисних розбіжностей в діяльності учасників процесу, де змагальні начала не щезають, а органічно діалектично "знімаються" принципом інтеграції, переробляються і включаються в його структуру не як принцип, а як один з тактичних методів процесуальної діяльності [407, с.59]. З цією теорією не можна повною мірою погодитися, бо вона є дещо схожою з теорією М.Я. Вишинського [83, с.249; 412, с.176].

Розподілу функцій надають статус головного принципу у системі принципів кримінального процесу, називаючи відповідний тип процесу "функціональним" [412, с.176] і виділяючи три самостійні принципи кримінального судочинства: принцип розподілу основних кримінально-процесуальних функцій, принцип змагальності, принцип процесуальної рівноправності сторін [410, с.51-59].

Такий підхід видається нам не зовсім правильним, бо в поняття принципу змагальності входять не тільки елемент розподілу основних кримінально-функціональних функцій, але й інші елементи, які забезпечують гарантію його реалізації і співвідносяться як головне і його складова, що кореспондується з позицією Я. Мотовиловкера, який вважає, що дослідження питання про основні кримінально-процесуальні функції у відірваності від питання про змагальність процесу "приводить або до підміни предмета спору, або до перетворення спору по суті на спір про терміни" [284, с.5-6].

Поняття принципу змагальності можна визначити як сукупність закріплених в законі приписів, процесуальних правил і методів їх виконання, які діють у всіх стадіях кримінального процесу; ґрунтуються на доступі до правосуддя, зіткненні протилежних інтересів наділених рівними правами сторін, чіткому розподілі і розмежуванні їх функцій; гарантуються забезпеченням судом рівних можливостей реалізації проце-

суальних повноважень сторонами у відстоюванні своїх позицій і справедливому та неупередженому вирішенні спору між ними; забезпечуються свободою оскарження, контролем суду – порушення яких тягне за собою незаконність судового рішення.

У структуру поняття принципу змагальності слід обов'язково включити такі елементи, як свобода оскарження до суду, доступ до правосуддя, процесуальна рівноправність суб'єктів, що здійснюють обвинувачення і захист та контроль суду, які повинні бути гарантіями застосування принципу змагальності у всіх стадіях процесу. Ці елементи нададуть змогу більш повно захистити права учасників кримінального процесу та розширити дію принципу змагальності як на досудових, так і в судових стадіях кримінального процесу.

§ 1.3. Нормативний зміст принципу змагальності

Принцип змагальності має визначальне і вирішальне значення для всієї системи кримінального процесу, бо саме він визначає положення суб'єктів процесу, їх права та обов'язки, стосунки з судом та між ними [430, с.70].

Найбільш аргументованою і доведеною є точка зору, яка змістом змагальних засад визначає розподіл та чітке розмежування процесуальних функцій, тобто відокремлення функцій обвинувачення і захисту від функцій вирішення справи [106, с. 686; 237, с.106; 394, с.194; 492]. Змістом принципу змагальності вважають наявність на всіх стадіях процесу рівноправних сторін; розподіл функцій між сторонами, що користуються рівними правами та свободою у наданні доказів, їх дослідженні та доведенні їх переконливості перед судом; створення судом умов для реалізації наданих сторонам прав та виконання сторонами їх процесуальних обов'язків (ст.ст.16-1, 261 КПК), де розподіл функцій і протилежність інтересів сторін є найкращою гарантією для забезпечення повноти подання фактичного матеріалу [45, с.40-42; 44, с.64; 161, с.21-23].

Своє нормативне закріплення принцип змагальності в українському законодавстві знайшов, як засада судочинства в ст.129 Конституції, де його закріплено таким чином, що він об'єднаний в одному підпункті з свободою в наданні сторонами суду своїх доказів і у доведені перед судом їх переконливості.

Нормативне закріплення принципу змагальності стало можливим завдяки змінам, внесеним Законами України від 21 червня та 12 липня 2001 року "Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України" [76], де і були виписані вихідні положення змісту принципу змагальності в статті 16-1 КПК "Змагальність і диспозитивність" як засади судочинства. Нею встановлено положення про розгляд справ у судах на засадах змагальності, нормативно закріплено розподіл функцій учасників судового розгляду справи, тобто при розгляді справи в суді функції обвинувачення, захисту і вирішення справи не можуть покладатися на один і той же орган, чи на одну і ту ж особу. Однак тут мова йде про їх функціональний розподіл тільки на стадії судового розгляду справи. При цьому у статті 16-1 КПК чітко не оговорено, в яких стадіях процесу має місце змагальність, а її назва, як і окремі частини статті, теж цього не відображають по суті, а тому цю позицію можна віднести до всіх стадій процесу. Така думка в науці кримінального процесу є спірною і неодноразово була предметом обговорення як вітчизняних, так і зарубіжних вчених.

Кримінально-процесуальне законодавство України не допускає суміщення одним і тим же суб'єктом функцій по обвинуваченню, захисту і вирішенню справи. Державне обвинувачення в суді здійснює прокурор, а у випадках, передбачених КПК, обвинувачення здійснює потерпілий або його представник (ч.3 ст.16-1), функцію захисту здійснює сам підсудний, його захисник або законний представник (ч.4 ст.16-1), тобто має місце нормативний розподіл функцій сторін.

В ч.5 ст.16-1 КПК закріплено положення про сторони процесу в суді й те, що вони користуються рівними правами та свободою у наданні доказів, їх дослідженні та доведенні переконливості перед судом. При цьому в перелік сторін процесу включено: прокурора, підсудного, його захисника чи законно-

го представника, потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача та їх представників.

Чинне процесуальне законодавство не містить роз'яснення поняття сторони процесу, тому цю прогалину слід усунути при розробці проекту КПК. Ним не розмежовано учасників обвинувачення та захисту, хоча визначено перелік осіб, які беруть участь у судовому засіданні як сторони і закріплено статус користуватися рівними правами та свободою у наданні доказів, їх дослідженні та доведенні їх переконливості перед судом. Залишено поза увагою стадію досудового слідства і не розмежовано сторони кримінального провадження по функціям, які вони виконують.

У вітчизняному кримінально-процесуальному законодавсті не конкретизовано хто з суб'єктів кримінального провадження відноситься до сторони обвинувачення, а хто - до сторони захисту на різних стадіях процесу. При розробці проекту КПК слід більш чітко розмежувати сторони кримінально-процесуальногого провадження за функціями та визначити, які суб'єкти на різних стадіях процесу відносяться до сторони обвинувачення , а які до сторони захисту.

До переліку суб'єктів сторони обвинувачення слід включити тих, які безпосередньо виконують функцію обвинувачення в усіх стадіях процесу: від порушення кримінальної справи, провадження досудового розслідування, контролю за цією процесуальною процедурою, пред'явленням обвинувачення, складенням, зміною і затвердженням або відмовою у затвердженні обвинувального висновку до підтримання або відмови у підтриманні обвинувачення у судах та оскарження рішень судів: прокурорів, дізнавачів, слідчих, начальників слідчих підрозділів (відділів), начальників органів дізнання, потерпілих та їх представників, цивільних позивачів і їх представників.

До суб'єктів сторони захисту слід віднести - підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, особу, стосовно якої відмовлено в порушенні кримінальної справи або цю справу закрито, їхніх захисників та законних представників, цивільного відповідача та його представника. Такий розподіл суб'єктів процесу на сторони обвинувачення та захисту дасть змогу чітко розмежувати їхні процесуальні функції.

КПК нормативно закріпив обов'язок суду зберігати об'єктивність і неупередженість, створювати необхідні умови для виконання сторонами їх процесуальних обов'язків і реалізації наданих їм прав та функцію розгляду справи. "Функція суду полягає в тому, щоб розв'язати конфлікт, відновити справедливість" [514, с.164], а керівне становище суду повинне характеризуватися відсутністю у нього повноважень порушувати справи, направляти їх для додаткового розслідування й наявністю обов'язку припинити справу у зв'язку з відмовою прокурора від обвинувачення [309, с.15; 475, с.119, 121], якщо потерпілий не підтримує обвинувачення. Ця позиція повинна знайти своє відображення у проекті КПК.

Суд має бути обмежений щодо обвинувальної активності, тобто в зборі доказів обвинувачення. Мова може йти про активність суду, яка має проявлятися тільки у виконанні процедури (обрядовості), властивій цій формі процесу. Суд повинен досягнути мети кримінального процесу: винесення справедливого вироку шляхом справедливої процедури, яка передує його винесенню; вирішення справи має бути в повній відповідності з об'єктивною істиною, законом, суспільною правосвідомістю, а рішення по справі повинно бути обґрунтовано безспірними доказами і встановленими по справі фактами [285, с.7-10].

Нормативно закріпивши зміст принципу змагальності й розподіл функцій сторін, законодавець розширив функції суду - юрисдикційні повноваження у сфері кримінального судочинства, розповсюдив їх на звільнення від кримінальної відповідальності з нереабілітуючих підстав, обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою і продовження строку тримання під вартою, по дачі санкції на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, накладення арешту на кореспонденцію й зняття інформації з каналів зв'язку тощо. Фактично було нормативно закріплено нову для судів функцію - контролю за процесуальними діями на досудових стадіях, а ці зміни в юридичній літературі отримали назву "малої" судової реформи і неодноразово досліджувались у правовій літературі [331, с.106-122].

Суди позбулися ряду невластивих їм обвинувальних функцій - стадію віддання обвинуваченого до суду було замінено

стадією попереднього розгляду, суд перестав бути суб'єктом порушення кримінальних справ публічного обвинувачення. Чіткіше розмежовані процесуальні функції сторін, скасовано обов'язок суду щодо всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи (ст.22 КПК), посилені засади змагальності. Але встановлення обставин, що підлягають доказуванню у кримінальній справі, – це пошук об'єктивної істини, яка необхідна для винесення законного, обґрунтованого рішення у справі.

Ми маємо прикрий досвід, коли владно стверджувалася теза про те, що істина, яка сприймається як достовірні знання, в багатьох випадках в кримінальному процесі є недоступною та й не обов'язковою і, щоб засудити підсудного, достатньо встановити максимальну ймовірність його вини [83, с.265; 90, с.15]. Саме змагальність сторін як процесуальний спір, під час якого досягається істина, спонукає суд, прокурора, слідчого, дізнавача досліджувати обставини справи всебічно, повно, об'єктивно, неупереджено; ухвалювати законне і обгрунтоване рішення [215, с.9-11; 237, с.107].

Нормативне закріплення принципу змагальності є запорукою того, щоб обставини по справі досліджувалися всебічно, повно і об'єктивно, а суд при цьому забезпечував права сторін на відповідне дослідження обставин, які входять в предмет розслідування по конкретній справі. Тому слід визнати точку зору Грошевого Ю.М. щодо перегляду в процесуальній теорії положення про обов'язок суду встановлювати істину [104, с.144] такою, що заслуговує підтримки.

Вищезазначеними Законами України від 21 червня та 12 липня 2001 року було нормативно закріплено обов'язок доводити вину підсудного, який повністю покладений на обвинувача. Інститут обвинувачення дістав нормативне розширення функцій в стадії судового розгляду справи, тобто поповнився новими правовими інститутами, такими як зміна прокурором обвинувачення в суді (ст.277) та відмова від обвинувачення, яка при небажанні потерпілого продовжувати розгляд справи тягне за собою її закриття судом з цієї підстави (статті 264, 282). Цими законами було нормативно закріплено спрощений поря-

док судового розгляду кримінальної справи (статті 299, 301-1), апеляційний порядок перегляду судових рішень та їх перегляд у порядку виключного провадження, посилено інші елементи змагальності.

Розмежуванню функцій обвинувачення, захисту, розгляду і вирішення справи по суті, а тим самим і нормативному закріпленню гарантій принципу змагальності сприяло скасування ряду обвинувальних елементів, а саме: замінено стадію віддання обвинуваченого до суду стадією попереднього розгляду справи суддею; скасовано обов'язок суду повертати справи за власною ініціативою на додаткове розслідування з причин необхідності притягнення підсудного до відповідальності за більш тяжкий злочин чи пред'явлення йому обвинувачення, яке до цього не було пред'явлене та для притягнення до кримінальної відповідальності інших осіб (частини 2 і 3 статті 237); скасовано інститут порушення судом на стадії досудового розгляду кримінальної справи щодо підсудного за новим обвинуваченням та щодо інших осіб (ст.ст. 276, 278, 279); оголошення суддею обвинувального висновку (ст.297).

Ці функції носять обвинувальний характер і непритаманні суду як органу правосуддя, а тому логічно передані стороні обвинувачення. Окремі дослідники вважають ці новели надмірним захопленням змагальністю, що веде до створення в Україні "обвинувального кримінального процесу із забезпеченням змагальності сторін" [517, с.101, 102].

Нормативне закріплення змісту принципу змагальності, розподілу функцій при розгляді справи в суді, чітке визначення суб'єктів даних функцій, встановлення рівності процесуальних прав сторін та свободи у наданні доказів, їх дослідженні та доведенні їх переконливості перед судом в КПК значно урівноважили засади розшукового та змагального процесу у вітчизняному судочинстві, хоча у них має місце позиція щодо обмеженості у можливостях добування та фіксації доказів стороною захисту [488, с.11-17].

Впровадження інституту відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення у справах публічного обвинувачення як безумовної підстави для закриття справи, дало підстави

висловлювати думку, що наш процес можна характеризувати як змагально-розшуковий, на відміну від раніше домінуючого розшуково-змагального [331, с.25]. Якщо раніше він відносився до змішаної форми, де переважала публічність як рушійна сила процесу - державне обвинувачення, активність суду, елементи змагальності проявлялися у розподілі функцій між обвинувачем, захистом і судом, усності, гласності і безпосередньості, процесуальній рівноправності сторін, а обвинувально- позовному характеру відповідали лише справи приватного обвинувачення, то з прийняттям цих змін було суттєво укріплено змагальність як форму вітчизняного процесу і зроблено спробу забезпечити реалізацію принципу змагальності в різних стадіях процесу.

Нормативне закріплення принципу змагальності і пов'язані з ним зміни не варто однозначно сприймати як позитивні чи негативні. Різними авторами їм дається різна оцінка. Нормативні зміни, закріпивши гарантії реалізації принципу змагальності у різних стадіях процесу, дещо дистанціювали суд від встановлення дійсних фактичних обставин, дозволивши спрощену процедуру судового розгляду і, таким чином, перетворивши правосуддя на двояку форму його відправлення – змішану і чисто змагальну (позовно-обвинувальну), вибір якої у конкретному випадку залежить від поміркованості суду. В цьому випадку правосуддя зводиться до того, що суд у разі відсутності заперечення учасників судового розгляду, визнання вини підсудним, якщо він та інші учасники не бажають перевірки законності і обґрунтованості притягнення до кримінальної відповідальності, вправі визнати недоцільним дослідження доказів стосовно фактичних обставин справи, розміру цивільного позову, які не заперечуються і, на підставі цього визнання, винести обвинувальний вирок.

Така процедура не узгоджується з принципами чинної в Україні змішаної форми процесу і окремими статтями КПК, порушує гарантовані Конституцією право на захист прав та законних інтересів учасників судового розгляду і гарантії справедливості правосуддя вцілому. Процес, коли у разі визнання вини не потребується її доведення, грубо порушуватиме пре-

зумпцію невинуватості, за якою особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду.

Вирішення справи без врахування вимог змішаної форми процесу суперечитиме Конституції України, за якою, доведення вини є обов'язковою процедурою перед її встановленням обвинувальним вироком суду [47, с.629]. Цей висновок базується також на ст.11 Загальної декларації прав людини 1948 року [133, с.39-43], ст. 6 Європейської конвенції з прав людини 1950 року (із змінами від 21 вересня 1970 р., 29 грудня 1971 р., 1 січня, 6 листопада 1990 р., 11 травня 1994 р.) [133, с.539-570], ст.14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права 1966 року [133, с.12-34].

Суд може за такого підходу перетворитися на "штампувальника" обвинувачень, висунутих органами досудового слідства і прокуратури [331, с.35-38; 222, с.250], а приклад з історії, коли визнання вини називали "царицею доказів" і воно було покладено в основу винесення обвинувальних вироків, призвів до трагічних наслідків [330, с.10]. Хоча КПК 1927 р. (ст.296) теж вимагав від суду, не зважаючи на визнанням вини, досліджувати всі докази по справі, обґрунтовувати вирок даними судового слідства і давати їм оцінку з врахуванням всіх обставин справи в їх сукупності.

Судова практика свідчить, що обвинувачені (підсудні) з різних мотивів, в тому числі і під тиском, можуть визнавати свою вину, будучи насправді невинуватими. Закріплена чинним КПК заборона оскарження вироків по цих категоріях справ та оскарження їх тільки в порядку виключного провадження порушує принцип змагальності, що є реакційнішим, ніж в КПК 1927 року (ст.335), яким допускалося оскарження всіх вироків народних судів. Вона виступає новим сучасним інквізиційним проявом у кримінальному процесі України, яким закреслюється принцип змагальності по цій категорії справ в апеляційній і касаційній інстанції та порушується такі його елементи як доступ до правосуддя і свобода оскарження до суду. Законодавець не врегулював проблему, звідки в цій ситуації братимуть-

ся докази, що мають бути покладені в основу нововиявлених обставин, якщо фактичні обставини в суді першої інстанції не досліджувалися. Суд не зможе чітко визначити чи є обставини нововиявленими.

При такій процедурі випадає основна функція суду – розгляд справи і дослідження доказів та втрачають сенс функції обвинувачення і захисту, перестає діяти положення, закріплене в ч.2 ст.74 КПК, за яким покази обвинуваченого, в тому числі й такі, в яких він визнає себе винним, підлягають перевірці, а вина повинна бути доведеною в законному порядку. Перегляд вироку по цих справах залежатиме від волі прокурора чи судді, яким право оскарження надано КПК (статті 400-1 - 400-7).

Вважаємо, що визнання обвинуваченим вини можна покласти в основу обвинувачення лише при підтвердженні цього визнання сукупністю доказів, які є у справі, за іншого підходу порушується принцип безпосередності дослідження доказів судом та вимога обґрунтованості вироку(ст.ст.257, 334 КПК).

За такого підходу слідчі прагнутимуть будь-якими засобами і методами одержати від обвинуваченого визнання вини, що може потягнути порушення ними його прав. Л.Уайнреб, критикуючи існуючий у США інститут засудження обвинуваченого на підставі визнання ним вини, вважає, що коли покладений на державу обов'язок через державне обвинувачення, доводити вину особи, перекладається на цю особу, шляхом її сприяння через визнання нею вини, такий метод є нецивілізований [466, с.92-98]. Тому слід визнати недоцільним пряме перенесення цього інституту англо-американського процесуального права у вітчизняну кримінально-процесуальну доктрину, бо має місце захоплення змагальністю на шкоду істині [517, с.100].

Нормативно закріплена рівноправність сторін та свобода в наданні ними суду доказів, дослідженні та доведенні їх переконливості перед судом можлива тільки за допомогою чітко виписаної процедури, де жодна зі сторін не має перед судом переваг у доказуванні, заявленні і задоволенні клопотань, і ніякі доводи сторони не мають наперед встановленої сили [167, с.83].

Закон передбачає рівні можливості сторін для відшукання істини і відстоювання своїх правових позицій [451, с.1-2, 103], а тому виникла необхідність нормативного розмежування суб'єктів кримінального провадження як сторін за функціональним призначенням, що вище досліджувалося. Їх розмежування за функціональним призначенням і наділення їх рівними процесуальними правами для реалізації процесуальних обов'язків виступатиме гарантіями реалізації принципу змагальності на різних стадіях процесу. Така рівність має забезпечуватися через гарантії дотримання прав суб'єктів що здійснюють обвинувачення і захист у можливості відстоювати свою позицію [375, с.32].

З метою виключення упередженості і забезпечення гарантії дотримання принципу змагальності, законодавець нормативно закріпив заборону суміщення однією особою функцій судді, обвинувача й захисника (статті 54-55, 58, 60- 63 КПК), чим забезпечив гарантії реалізації принципу змагальності. У чіткому розмежуванні функцій та у єдності і протиборстві сторін,і полягає зміст змагальності – основного принципу кримінального процесу [492, с.58 - 63].

Таким чином, на базі проведеного дослідження доходимо висновку, що нормативний зміст принципу змагальності складають три групи правових норм, в основі яких закладено розподіл основних кримінально-процесуальних функцій, і завдяки яким забезпечуються гарантії реалізації принципу змагальності в різних стадіях кримінального процесу, а саме цими нормами є :

- норми, в яких визначенні поняття змагальності, статус основних суб'єктів процесу, їх права і обов'язки, взаємовідносини один з одним та судом;
- норми, які виключають рудименти обвинувачення в діяльності суду;
- норми, які забезпечують гарантію реалізації принципу змагальності у всіх стадіях процесу, закріплюють процесуальну рівноправність сторін та свободу в наданні ними своїх доказів і у доведенні їх переконливості.

§ 1.4. Співвідношення принципу змагальності з іншими принципами кримінального процесу

Принципи кримінального процесу утворюють систему принципів – самостійних, об'єктивно взаємопов'язаних правових положень, які поширюють свою дію на весь кримінальний процес. Добровольська Т.Н. вважала, що система принципів – це сукупність самостійних за змістом, взаємопов'язаних і об'єктивно обумовлених положень, пронизаних єдністю цілей та завдань, які саме в цій сукупності мають якісний сенс [127, с.34]. І.В. Тиричев відзначав, що принципи живуть і діють в рамках цілісної системи, "де суть і значення кожного принципу обумовлені не тільки власним змістом, а й функціонуванням всієї системи"[464, с.9]. Давидов П.М. під системою принципів розумів їх сукупність та порядок розташування [114, с.4].

Систему принципів кримінального процесу поділяли на конституційні та інші принципи [276, с.223; 277, с.31; 282, с.9-23; 328, с.81-87; 535, с.20-29; 535, 534, с.53-54]. До конституційних відносять принципи, що закріплені в Конституції України [189]. Цієї позиції дотримуються видатні вітчизняні вчені - процесуалісти Альперт С.А. [35 с.40-60; 36, 25-35], Грошевий Ю.М. [105, с.12-15; 107, с.14-18; 449, 321-327], Стецовський Ю.І. [427, с.7-11]. До інших принципів відносять принципи, закріплені в КПК України.

Пропонувався поділ принципів на судоустрійні та процесуальні [127, с.14,34-36], а також класифікація за критерієм "їх дії на тих чи інших стадіях кримінального процесу" [166,с.141]. Демидов І.Ф. же поділяє принципи кримінального процесу на загальнопроцесуальні і специфічні принципи, характені для його стадій [208, с.136-141], а В. Тертишник по рівнях узагальненості – на загальноправові, міжгалузеві та галузеві. Незважаючи на недоліки створених процесуалістами різних систем принципів кримінального процесу, слід відмітити, що будь-яка з них припускає сукупність її складових, визначається взаємозв'язками між цими елементами і так само зв'язками між цими елементами і зовнішнім середовищем.

Не ставлячи перед собою мети дослідження запропонованих у літературі точок зору на систему принципів кримінального процесу (кожна з них має право на існування), відмітимо, що принципи, які входять в систему знаходяться в доповненні один до одного. Саме через них виражається демократичність суті цієї системи. В процесуальних стадіях принципи виступають механізмом захисту прав і законних інтересів учасників процесу, визначають яким способом здійснюється діяльність, спрямована на досягнення конкретного результату [527, с.31].

Принципи кримінального процесу мають якісну визначеність і чітко вибудовують систему, до якої входять. Базисом для формування загальної їх системи є єдність, взаємодоповнення, відсутність протиріч між ними, нерозривний органічний зв'язок, обумовлений напрямом до єдиної спільної мети – здійснення правосуддя. "Принципи кримінального процесу зв'язані між собою в тому і тільки в тому сенсі, що всі вони спрямовані на досягнення завдань... кримінального судочинства" [365, с.50] і в жодному випадку, не повинні виключати один одного.

Кожен принцип кримінального процесу – це загальне правило, через яке реалізовуються інші принципи. Альперт С.А. наголосив, що окремий принцип, який входить в систему принципів як структурний елемент, повинен контролювати реалізацію права в будь-який дискретний момент правозастосовчої діяльності, інакше кажучи, визначати характер інших процесуальних правил [35, 40-60; 35, 25-35]. Коржанський М.Й. вважає, що саме порушення принципів приводить до хиб та недоліків правосуддя, і там де ці принципи порушуються, там і тоді ж настають найбільш значні і шкідливі наслідки [196, с.66].

Звертаючи увагу на взаємозв'язок та взаємообумовленість принципів, деякі автори в цьому бачать їх системність, однак, таке уявлення тільки частково є правильним, бо умовою системності принципів "не в меншій мірі є якісна визначеність кожного з них, несхожість одного принципу з іншим" [317, с.80]. Визначення зв'язку принципів процесу, дає можливість нам адекватно відобразити якісно-визначені властивості досліджуваного об'єкта, бо будь-які переваги у той чи інший бік можуть спотворити правильну уяву про досліджуваний предмет

(явище). На нашу думку, заслуговує уваги точка зору, за якою взаємозв'язок окремих принципів проявляється по - різному, а саме : одні з них розвивають і доповнюють положення інших принципів, а в окремих випадках одні принципи є гарантіями реалізації інших і сприяють реальному їх втіленню.

Побудову системи принципів кримінального процесу визначають усі принципи, однак кожний з них впливає на цю систему у межах своїх можливостей, які залежать від функціонального призначення кожного конкретного принципу. Таким чином, кожен з принципів наповнений особливим юридичним змістом, а об'єднує їх те, що вони входять в систему і закріплені в чинному законодавстві.

В цьому дослідженні ми зробимо спробу показати зв'язок між досліджуваним принципом змагальності та принципами, що входять в систему кримінально-процесуальних принципів. Розглядаючи питання про зв'язок принципу змагальності з іншими принципами, звертаємо увагу на його функціональне призначення. Принцип змагальності повною мірою діє і знаходить гарантії своєї реалізації там, де змагальність є формою процесу, що обумовлює протиборство рівноправних сторін. Серед способів зв'язку принципу змагальності з іншими принципами обов'язковим є визначення аналізу цього способу, що визначається значенням і юридичною силою для системи процесу.

Можна виділити певні взаємозв'язки "вертикального" і "горизонтального характеру" зв'язків між самими принципами. Горизонтальні взаємозв'язки між принципами в їх системі проявляються під час їх правозастосування як зв'язків одного рівня, тобто зв'язків лінійних. В цьому сенсі дотримання одних принципів є умовою реалізації інших. Порушення одного принципу стає причиною порушення інших, однак не всіх, бо лінійні зв'язки часто є односторонніми, тому порушення того чи іншого принципу в межах взаємозв'язків одного рівня не завжди сприяє обов'язковому порушенню інших принципів. Горизонтальні зв'язки є недостатніми для показу цілісності і єдності системи принципів. Цей недолік доповнюють вертикальні або ієрархічні способи зв'язків між принципами різних рівнів, які відповідають вимогам незалежності, непротиречивості, адекватності.

Будучи складовою системи принципів кримінального процесу, принцип змагальності тісно взаємопов'язаний з принципами законності, об'єктивної істини, публічності, диспозитивності, забезпечення права обвинуваченого на захист, принципом презумпції невинуватості, безпосередності, гласності, усності. Реалізація багатьох з них залежить саме від нього, а вони, в свою чергу, забезпечують можливість реалізації принципу змагальності і можуть проявити свою повну силу тільки за умови дотримання принципу змагальності. Між ним та іншими принципами кримінального процесу існує принципова різниця за процесуальною характеристикою і самостійним значенням.

Більшість процесуалістів визнали наявність принципу законності у системі принципів кримінального процесу [66, с.9-10; 103, с.33-40; 126, с.45-47, 475, с.27-43, 94-96; 274, с.69; 230, с.34; 538, с.62]. Проти цього принципу в один період висловлювався М.С. Строгович, який вважав, що принцип законності не є окремим принципом кримінального процесу, а входить у "...сукупність усіх принципів процесу в їхньому взаємозв'язку..." [431, с.175].

Принципи кримінального процесу - це керівні, загальні, відправні правові положення, засади, основи, правила, підвалини, від яких не відступають [117, с.431], які характеризують весь лад процесу, виражають його демократичну сутність і забезпечують досягнення його цілей і завдань, а тому законність підставно визнано окремим принципом процесу, бо вона наділена всіма цими характерними рисами.

У цьому сенсі можна говорити, що принцип змагальності, як окремий структурний елемент системи принципів процесу, є похідним від більш загального (за юридичним значенням) принципу законності, який є універсальним правовим положенням, закріпленим у ч.2 ст.6 Конституції, і проявляє свою дію в усіх галузях права, в тому числі і в кримінальному процесі, а тому є визначальним для нього.

Досягнення цілей кримінального судочинства можливе тільки за умови точного і неухильного дотримання вимог кримінально - процесуального закону, бо цей особливий вид державної діяльності в багатьох випадках вимагає обмеження прав і

законних інтересів громадян, а тому проведення її в рамках закону має особливе значення для забезпечення одержання і можливості використання здобутих доказів та захисту прав і свобод громадян, втягнутих в орбіту кримінального судочинства.

Невиконання вимог закону щодо дотримання принципу змагальності є порушенням двох принципів – законності і змагальності. Дотримання принципу законності є обов'язковим для органів дізнання, досудового слідства, прокуратури, судів, бо обмеження функцій сторін, їх ініціативи в реалізації своїх повноважень, недотримання гарантій свободи дій, однозначно є порушенням і законності, і змагальності.

Водночас принцип законності зобов'язує сторони діяти в межах закону, тобто межі цієї свободи чітко визначені законом, однак допускаються дії, які хоча й не врегульовані законом, але не заборонені ним. Принцип змагальності може бути реалізованим тільки за умови дотримання принципу законності щодо виконання сторонами своїх функцій. Закон повинен бути дотриманий в такий спосіб, щоб не була обмежена ініціативність сторін кримінального процесу в реалізації своїх прав та виконанні функцій, при цьому їм повинна бути надана свобода дій в рамках закону, або такі дії не повинні бути заборонені законом.

Принцип законності перебуває у тісному зв'язку з принципом змагальності і рівноправності сторін. Механізм реалізації принципу змагальності вимагає чіткого законодавчого закріплення і бездоганного виконання елементів змагальності : наявності сторін, надання їм і забезпечення рівних прав, незалежності і нейтралітету суду, забезпечення судом можливості сторін виконувати в повному обсязі свої функції. Порушення чи недотримання цих вимог тягне за собою порушення принципу законності .

З принципом законності тісно взаємозв'язаний принцип об'єктивної істини, який у радянському кримінальному процесі був метою процесу, основною вимогою, яка пред'являлася до всієї кримінально-процесуальної діяльності [431, с.131-136; 475, с.129; 469, с.161; 474, с.169; 470, с.88]. Вважалося, що всі інші принципи кримінального процесу направлені на встановлення істини в результаті судового розгляду [356, с.44].

Принцип змагальності – це один із засобів забезпечення встановлення істини у справі [79, с.44; 463, с.33] та права на захист. Він є способом досягнення істини, і в цьому його основне призначення [57, с.49]. Проблема досягнення істини в судочинстві викликає значну полеміку серед вчених, а тому визначення "особливості доктринальних підходів розуміння істини в судочинстві неможливе без аналізу історичного розвитку цієї категорії, її соціальної сутності в різні епохи та тенденцій у ході розвитку інтеграційних процесів у світі" [165, с.45-47].

Марксистська теорія вважає істину результатом відображення свідомістю людини об'єктивно існуючих явищ буття. Істина – це стрижнева категорія кримінального процесу, яка дає змогу судді досягти внутрішнього переконання, що він творить правосуддя, а не свавілля; іншим учасникам правосуддя усвідомити, що злочинець буде справедливо покараний, порушені права будуть відновлені, а невинна особа буде захищена від кримінального переслідування [354, с.45].

Маляренко В.Т бачить істину, як потребу до повернення активного та ініціативного змагального судочинства. Він вважає, що змагальність сторін не виключає активності й ініціативи суду щодо збирання доказів, необхідних для встановлення істини у справі, а суд повинен вживати всіх заходів до повного, всебічного й об'єктивного дослідження всіх обставин справи, до забезпечення законності та обґрунтованості прийнятого рішення [244, с.14-15]. Давидов П.М. зробив висновок, що всі принципи спрямовані на встановлення об'єктивної істини в результаті судового розгляду, де "...під істиною в кримінальному процесі розуміється повна і точна відповідність висновків слідчого і суду про обставини справи..., про винуватість або невинуватість притягнутих до кримінальної відповідальності осіб об'єктивним фактам" [356, с.43].

Цілком погоджуємося з Грошевим Ю.М., який вважає, що суд зобов'язаний встановлювавти істину, яка є інструментом утвердження принципу змагальності через забезпечення права сторін "на відповідне дослідження справи" [104, с.144]. Божьєв В.К. вважає принцип змагальності засобом досягнення повно-

ти, всебічності і об'єктивності дослідження обставин справи, необхідним для встановлення істини по справі [57, с.53].

Принцип змагальності тісно пов'язаний з принципом публічності в кримінальному процесі, що є закономірним, бо співвідношення "держава-особистість" у кримінальному судочинстві проявляється як в історичній формі кримінального процесу, так і в наявності в ньому публічних і диспозитивних начал. Виявити закономірності взаємозв'язку між публічністю і змагальністю означає дослідити їх правову природу і дати відповідь на те, чи залежать публічність і диспозитивність від форми процесу.

Принцип публічності полягає в обов'язку визначених державою органів, в межах їх компетенції, при виявленні посягань на охоронювані державою права та свободи фізичних осіб, права та законні інтереси юридичних осіб, інтереси держави, вживати відповідних заходів і вчиняти дії, спрямовані на розкриття злочинів, викриття і покарання злочинців. Він не ставиться у залежність від розсуду зацікавлених осіб або організацій.

Як вважає Зеленецький В.С., який вперше запровадив термін "ініціація кримінального процесу" у науковий обіг, хтось повинен спонукати ці органи на виконання кримінально-процесуальних функцій [157, с.91-94; 223, с.74-78]. Думка зацікавлених у результаті справи осіб, для державних органів (посадових осіб) з питань здійснення дій, спрямованих на припинення злочину, виявлення і покарання злочинця ролі не грає, бо порушуються кримінальні справи в силу дії принципу публічності, незалежно від бажання і волі потерпілих. Соціально-правовий зміст публічності полягає в поєднанні інтересів держави і приватної особи.

Порушуючи кримінальні справи, розслідуючи їх, припиняючи злочинну діяльність і засуджуючи осіб, що вчинили злочини, посадові особи і державні органи діють як в інтересах держави, так і в інтересах приватних осіб. Саме в його реалізації полягає турбота держави по охороні нею конституційних прав і свобод людини і громадянина.Ототожнюють принцип публічності з принципом офіційності [326, с.85; 437, с.72-73; 504, с.183-184], що вважаємо зайвим, бо поняття публічності охоплює як державні інтереси, так і визначене коло осіб, які діють в силу своїх службових обов'язків.

Взаємозв'язок принципу публічності і принципу змагальності проявляється в тому, що рушійною силою кримінального процесу є одна із сторін процесу – обвинувачення, яке представлене в судовому засіданні державним органом – прокуратурою. В англійському кримінальному процесі обвинувачення може пред'явити та підтримувати і приватна особа, подаючи до суду проект обвинувального акту, який набуває статусу документа тільки після підписання його судовим чиновником, тобто право обвинувачення приватною особою реалізовується через згоду держави [277, с.119-122]. Внаслідок закріплення поділу процесуальних функцій суд не може займатися невластивими йому повноваженнями обвинувачення – цей обов'язок несе державне обвинувачення.

Державні органи не вправі перекладати обов'язок доказування на обвинуваченого в силу розподілу функцій, що властиво змагальності, однак обвинувачений може скористатися правом подачі доказів в інтересах забезпечення змагальності. Сторона обвинувачення через принцип публічності здійснює свої функції в змагальному процесі, а суд забезпечує такий статус сторін, щоб інтереси окремих учасників не домінували над загальносуспільними інтересами. Змагальність не може вступати в конкуренцію з принципом публічності, за допомогою якого забезпечується рівність сторін у процесі.

Уповноважені державні органи діють від імені держави, незалежно від волі потерпілого, але вони не можуть ототожнюватися з державою, як стороною кримінально-правового відношення. Їм не належить свобода розпорядження державними кримінально-правовими вимогами до злочинця. Такою свободою в Україні наділено Президента України, який може відмовитися від кримінально-правових переслідувань злочинця через застосування помилування, і Верховну Раду України, яка реалізує це право через прийняття законів про амністію. Таким чином, поєднання публічних і диспозитивних начал визначає специфіку правового становища особистості в кримінальному процесі та саме цим відрізняються між собою форми процесу.

Принцип диспозитивності виступає як механізм реалізації прав громадян. Диспозитивність свідчить про переваги приват-

ного інтересу над публічним. Сильні публічні начала характерні для інквізиції і поліцейської держави, а перевага диспозитивності властива зрілому цивільному суспільству і демократичній державі [223, с. 36-42; 316 с.24].

У кримінальному процесі характерна перевага публічних засад. Законом обмежено порушення кримінальних справ залежно від бажання потерпілого справами приватного і приватно-публічного обвинувачення (ст.27 КПК), де потерпілому надано право розпоряджатися своїм правом на порушення кримінальної справи, що поєднується з правом прокурора порушити кримінальну справу в інтересах цієї особи при наявності певних умов, однак вважаємо, що при цьому необґрунтовано розширені публічні начала.

Порушення справи у виняткових випадках і без скарги потерпілого робить, на наш погляд, втручання прокурора необмеженим і дає йому право порушувати кримінальні справи незалежно від думки потерпілих, бо ні підстави, ні виняткові випадки законодавцем не конкретизовані.

Конституційні гарантії невідчужуваності і непорушності прав і свобод людини і громадянина теж вимагають розширення змагальних і диспозитивних начал у кримінальному процесі. Видається правильним, на наш погляд, напрямком у кримінальному процесі розширення приватних начал, щоб перевагою публічних засад не ігнорувалася думка потерпілого, а дії, спрямовані на його захист, не наносили йому шкоду. Вважаємо, що прокурор може порушувати вищевказану категорію справ, тільки за згодою потерпілого. Принципи права мають своїм завданням справедливо вирішити соціальні конфлікти [496, с.27-32], а тому вважаємо, що не можна ігнорувати думку сторони у процесі – потерпілого.

Диспозитивність і змагальність взаємозалежні і взаємодоповнюють одна одну. Перша - зобов'язана своїм виникненням спочатку в процесуальній теорії, а вже потім і в законодавстві принципу змагальності [223, с.17]. Має місце точка зору, за якою вчення про змагальне начало – це вчення про діяльність суду, що розпочалася, а вчення про диспозитивне начало стосується ще й моменту, який передує діяльності суду і тому не

входить у вчення про змагальне начало [19, с.516; 223, с.17], з чим не можна погодитися, бо такий підхід суперечить концепції змагальності.

Диспозитивність діє і у випадку, коли в суді обвинувачення не знаходить свого підтвердження і прокурор відмовляється від підтримання обвинувачення, а потерпілий, який представляє в процесі сторону обвинувачення, наполягає на продовженні розгляду справи. Вважаємо, це не суперечитиме суті принципу змагальності і цілком узгоджується з ним, бо тут функцію обвинувачення виконуватиме потерпілий чи його представник, через функції якого реалізовуватиметься принцип змагальності. Отже, принципи змагальності, рівноправності сторін, публічності і диспозитивності визначають і посилюють дію один одного. Змагальність є тільки там і тоді, коли в процесі представлені сторона обвинувачення, і сторона захисту [406, с.154].

Таким чином, публічність і диспозитивність характеризують правовідносини між державою і потерпілим, а розшук і змагальність – між державою й обвинуваченим. Публічні начала не виключають змагальності так само, як диспозитивність не суперечить розшуку. Однак на деякі елементи класичної змагальності принцип публічності має вплив, що проявляється в обмеженні обов'язку збирання винятково обвинувальних доказів і порядку відмови прокурора від обвинувачення і зміни обвинувачення в суді.

Принцип публічності у відчизняному кримінальному процесі не допускає: забезпечення змагальності шляхом закріплення права прокурора, а не обов'язку відмови від обвинувачення у відповідних випадках; закріплення за органами кримінального переслідування повноважень по збору винятково обвинувальних доказів з одночасним наданням права стороні захисту самостійно збирати виправдальні докази. У рамках змагальності процесу, слід зрівняти в правах по збору доказів учасників з протилежними процесуальними інтересами.

Принцип змагальності тісно взаємозв'язаний з принципом забезпечення права на захист, бо гарантії своєї реалізації він забезпечує через реалізацію останнього, тобто: "право обвинуваченого на захист в суді забезпечується саме при змагальній

побудові судового процесу" [432, с.175-176]. Спроба роз'єднати право обвинуваченого на захист і змагальність процесу означала б позбавлення змагальності її принципового значення, бо вона є необхідною умовою і засобом забезпечення права на захист. Цей конституційний принцип є гарантією забезпечення реалізації принципу змагальності. Вважаємо, що метою забезпечення реалізації принципу змагальності в повному обсязі, правом на захист слід наділити свідка, потерпілу особу, засудженого, цивільного позивача і цивільного відповідача, що повинно знайти своє закріплення у законі.

Це право реалізовується через активне процесуальне протистояння діям, які застосовує протилежна сторона. З приводу цього не зовсім можна погодитися з позицією І. Корецького, який вважав, що "змагальність, полеміка далеко не по кожній справі необхідні" [194, с.39]. Позиція, що адвокати не повинні заперечувати обвинувачення, яке ґрунтується на слабких доказах [194, с.40], суперечить функціональним обов'язкам захисника і обмежує їх. Штучне зближення позицій сторін правосуддю не сприяє [427, с.110].

Захисник зобов'язаний спростувати будь-яке необґрунтоване обвинувачення і не повинен забезпечувати законність у кримінальному процесі; його поведінка визначається користю для підзахисного, а тактика не повинна відбиватися на його праві використовувати відомості, здобуті з порушенням порядку проведення слідчої дії, як виправдального доказу [364, с.43]. Він може бути не зацікавлений у встановленні істини, яка може бути не на користь підзахисного. Навіть при визнанні вини, завжди є підстави для встановлення пом'якшуючих чи обтяжуючих обставин; оспорювання законності і доцільності міри запобіжного заходу, покарання; усунення протиріч у кваліфікації та інші.

Змагання в кримінальному процесі не може відбуватися, якщо не забезпечене право на захист чи відсутня можливість його реалізувати. Можливість спростовувати позицію і аргументи протилежної сторони з використанням рівних процесуальних прав, робить зв'язок принципу змагальності з принципом забезпечення права на захист невід'ємним і обов'язковим. Однак це право без гарантій прав мати захисника, процесуаль-

ну рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом, є формальним.

Рівноправність сторін - це і наявність рівних прав, і рівних можливостей їх використання, що можливе тільки за умови протистояння державному обвинувачу - професіоналу такого ж професіонала-захисника, бо інакше рівність буде порушена і становище не зможуть виправити навіть надані підсудному додаткові права - favor defensionis (сприяння захисту). Участь професійного захисника - це гарантія реалізації принципу забезпечення права на захист і принципу змагальності.

Серйозною перешкодою є недостатня фінансова спроможність громадян оплатити працю захисника, що не стимулює його до якісного виконання доручень і залишає байдужим до результатів праці [22, с.84-90]. Вирішити цю проблему можна тільки через прийняття нової редакції Закону України "Про адвокатуру", що ми спробували зробити шляхом подання проекту Закону України "Про адвокатуру" №7051 та наступних його варіантів, які передбачали зміни порядку оплати праці захисника.

Має місце пропозиція принцип змагальності назвати принципом процесуальної рівноправності учасників судового розгляду [225, с.83], з чим не можна погодитися, бо процесуальна рівноправність сторін є елементом принципу змагальності і поняття "процесуальна рівноправність" - вужче за поняття "змагальність". Процесуальна рівноправність сторін – це забезпечення реалізації рівних можливостей сторін при здійсненні кримінально-процесуальних функцій у будь-який стадії кримінального процесу і виключення будь-яких переваг в цьому відношенні будь-якої з сторін.

Законодавство України доповнює принцип змагальності конституційною засадою підтримання державного обвинувачення в суді прокурором. З метою реалізації змагального начала в кримінальному процесі, слід закріпити в законі вимогу про обов'язкову участь в судовому розгляді справи представника сторони обвинувачення, бо обвинувальний висновок треба не тільки формулювати, але й підтримати і відстояти. "В змагальному процесі його результат – не заслуга тільки однієї сторони,

але "продукт" спільних зусиль обох сторін і суду".[410, с.56, 57]. На нашу думку, підтримання державного обвинувачення в суді прокурором - це більше функція сторони обвинувачення у змагальному процесі, ніж принцип, через яку принцип змагальності знаходить свою реалізацію.

Конституційний принцип презумпції невинуватості, за яким особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, поки її вину не буде доведено у визначеному законом порядку і встановлено вироком суду; в системі принципів процесу пов'язаний з принципом змагальності через процедуру доведення вини. Участь у доказуванні – право обвинуваченого, яким він може користуватися на свій розсуд, а не обов'язок [473, с.80]. Факт притягнення особи до кримінальної відповідальності чи обрання міри запобіжного заходу – це не доказ вини.

Помилковою є практика порушення цього принципу, коли до винесення обвинувального вироку через засоби масової інформації стверджують, що особа – злочинець. Це формує громадську думку і може впливати на формування висновку суду. Деякі автори заперечують наявність цього принципу [264, с.38-39; 289], відкидають презумпцію не винуватості [37, с.56], а критику зводять до його ніби-то непотрібності, до протиріч з існуючими процесуальними нормами й інститутами [434, с.77]. Обґрунтовується висновок, що нібито діє презумпція провини підозрюваного [39, с.101-102], що є, на наш погляд , неправильним і суперечить Конституції України, та й теорія кримінального процесу визнає вину і невинуватість як категорії, якими обґрунтовують винесення оправдального чи обвинувального вироку, тоді як категорії " провина" – не визнає.

Крім того, принцип презумпції невинуватості не перебуває у протиріччі з іншими принципами у системі принципів кримінального процесу. Він тісно взаємопов'язаний з принципом змагальності, створює умови для реалізації останнього і забезпечує можливість сторонам викласти перед судом свої доводи, а від суду вимагає ставлення до підсудного, як до особи невинуватої, аж до встановлення її вини обвинувальним вироком. Його відсутність давала б підстави вважати особу винною, тому

обвинувач виконуючи свої функції повинен довести перед судом пред'явлене обвинувачення, обґрунтувати його доведеність зібраними по справі матеріалами, що можливе лише в змагальному процесі.

Принцип змагальності, як зазначалось вище, тісно пов'язаний і з принципом безпосередності. Суд першої інстанції зобов'язаний безпосередньо і особисто дослідити всі докази в справі, що можливо через реалізацію принципу змагальності. Він. не виділений окремо в кримінально-процесуальному законі, незважаючи на свою очевидну важливість і значимість для кримінального процесу.

Видається правильною необхідність відступу від традиційної форми відмови включити в загальну частину кримінально-процесуального закону норм, які регулюють зміст і суть принципів безпосередності й усності кримінального судочинства. Саме через функції сторін, застосовуючи принцип безпосередності, відбувається реалізація принципу змагальності. Їхня активна позиція під час дослідження доказів у справі є найкращою гарантією реалізації принципу змагальності. Через розподіл цих функцій шляхом реалізації принципу безпосередності, принцип змагальності якнайповніше знаходить своє застосування у судових стадіях процесу.

Тісно співвідноситься з принципом безпосередності та змагальності принцип усності судового розгляду, який виступає методом (інструментом) дослідження доказів. Частина вчених виділяє принцип усності і безпосередності розгляду справи, як єдиний принцип кримінального процесу [58, с.70-71]; інші дійшли висновку про те, що немає підстав розглядати усність, як самостійний принцип процесу [326, с.109]. Тиричев І.В. [465, с.19-20] і Строгович М.С. [431, с.157-161] вважали усність і безпосередність самостійними принципами кримінального судочинства, з чим варто погодитися, бо усна форма судового розгляду - це принципове положення, яке вимагає від суду розгляду усіх доказів і аналізу їх тільки усним шляхом, через обмін думками, усну реакцію на позицію протилежної сторони.

Це – засіб реалізації принципу змагальності. У вітчизняному кримінальному процесі має місце і письмова форма дослід-

ження доказів, яка найповніше знайшла свій прояв у досудових стадіях процесу. Проникнення принципу змагальності і рівноправності сторін у цю стадію вносить свої корективи в обсяг реалізації принципу усності. Розгляд скарг в суді на обрання міри запобіжного заходу або продовження строку тримання під вартою, оскарження до суду дій, постанов слідчого забезпечується обов'язком суду розглядати скаргу в судовому засіданні за участю сторін, де принцип усності і змагальності діє на повну силу.

Зв'язок цих принципів між собою полягає в тому, що змагання протилежних сторін відбувається в усній формі через надання сторонам рівних прав і можливостей для здійснення своїх функцій. Обмеження або порушення цих прав не допускається, а зауваження з цього приводу заносяться до протоколу. Відмова від принципу усності унеможливлює реалізацію принципу змагальності в повному обсязі, бо процесс змагання не може проходити тільки у письмовій формі. Цей принцип реалізується через дебати, усні виступи осіб, усну форму викладу своїх думок, ідей, розумінь щодо досліджуваних доказів, зв'язок цих принципів проявляється в забезпеченні через принцип усності послідовної процедури реалізації принципу змагальності [183, с.371; 505 с.722].

Усність процесу тісно пов'язана з принципом гласності, що є засобом, через який громадськість сприймає весь процесуальний організм та реалізацію всіх його принципів і інститутів, в тому числі принципу змагальності. Він надає можливість переконатися, що держава дійсно створює умови для реалізації принципу змагальності та забезпечення права на захист у всіх стадіях процесу.

Це інструмент реалізації принципу змагальності, через який сторони обвинувачення і захисту беруть участь у розгляді і дослідженні матеріалів справи, а суд зобов'язаний допускати їх у процес і створити умови для максимальної реалізації ними свох завдань у процесі. Цей принцип дає можливість переконатися, що суд займається тільки розглядом і вирішенням справи, не надаючи переваги жодній з сторін та забезпечує їм рівні умови і можливості користуватися в процесі рівними правами на належне виконання ними своїх функцій.

Порушення принципу гласності на стадії розгляду справи судом однозначно є порушенням принципу змагальності, хоча, на наш погляд, цього не можна сказати про стадію досудового слідства, де гласність носить закритий характер. Вона поділяється на підвиди: відкритий судовий розгляд справи – це зовнішня гласність і закритий судовий розгляд – це внутрішня гласність, якою не виключається дія принципу гласності [333, с.19].

Гласність виступає інструментом забезпечення реалізації принципу змагальності та виконання функцій сторонами, що яскраво проявляється в судових дебатах, де виступ сторін в присутності осіб, які знаходяться в залі і участь у репліках, дають можливість присутнім переконатися в повній реалізації принципу змагальності, а сторін спонукає до активної позиції і зобов'язує до підвищеної відповідальності за свої дії. Завдяки цьому принципу сторони повніше і належним чином виконують свої функції - підтримання обвинувачення і спростування його. Відхід від цього принципу створює сприятливий грунт для порушення принципу змагальності.

Висновок до 1 розділу

1. Глобальне реформування в Україні, викликане політичними факторами, зумовило відхід від догматизму, зміну приоритетів у системі правовідносин між державою і громадянином, трансформацію в державі правових ідей, зміну уявлень про кримінальний процес і як результат, його перебудову. Вектор реформування правової системи спрямовано на побудову такої моделі кримінального процесу, яка б забезпечувала реальний захист і відновлення прав громадян, що залучаються до участі у кримінальній справі. Це поставило завдання щодо запровадження в життя принципів, яких не знало радянське право, а існуючі - наповнилися новим змістом, за яким їх реалізація в галузі кримінально-процесуального права повинна сприяти активній позиції учасників процесу в усіх його стадіях. Базовим принципом, який повною мірою сприяє гарантіям реалізації прав і свобод суб'єктів кримінального процесу є принцип змагальності.

2. Неодноразово досліджувана у літературі позиція про те, що змагальність є і принципом, і формою процесу, яким притаманні чітке розмежування функцій сторін обвинувачення, захисту і вирішення справи відповідно між обвинувачем і обвинуваченим (захисником) та суддею (судом); процесуальна рівність сторін; розгляд справи по процедурі полеміки сторін перед незалежним і неупередженим судом - є обгрунтованою і правильною і знайшла закріплення в нормах українського кримінально-процесуального законодавства.

3. Поняття принципу змагальності можна визначити як сукупність закріплених в законі приписів, процесуальних правил і методів їх виконання, які діють у всіх стадіях кримінального процесу; ґрунтуються на доступі до правосуддя через свободу оскарження, зіткненні протилежних інтересів наділених рівними процесуальними правами сторін, чіткому розподілі і розмежуванні їх функцій; гарантуються забезпеченням судом рівних можливостей реалізації процесуальних повноважень сторонами у відстоюванні своїх позицій і справедливому та неупередженому вирішенні спору між ними; забезпечуються свободою оскарження, контролем суду, доступом до правосуддя, порушення яких тягне за собою незаконність і скасування судового рішення. В структуру принципу змагальності слід включити такі елементи як свобода оскарження рішень суду, доступ до правосуддя, процесуальна рівноправністю суб'єктів, що здійснюють обвинувачення і захист.

4. Проведення судової реформи в Україні потребує глибокого і системного підходу до принципу змагальності з метою розширення сфери його дії у всіх стадіях процесу та удосконалення формулювання поняття цього принципу. Слід системно підійти до нормативного закріплення і визначення механізму реалізації принципу змагальності, забезпечивши гарантії реалізації прав підозрюваного (обвинуваченого), потерпілого на захист; змагальності сторін тощо. В законі слід визначити кожний принцип судочинства, дати визначення його поняття.

5. Принцип змагальності є міжгалузевим принципом, бо поширює свою дію на всі галузі права. Він належить до функціональних принципів, оскільки пов'язаний з реалізацією

суб'єктами процесу своїх прав у період його функціонування. Його слід віднести до головних принципів кримінального процесу, бо поки обов'язкова участь прокурора в суді обґрунтовуватиметься різними термінологічними хитрощами, – реальної змагальності не буде, а значить, не буде і реального правосуддя. Змагальність – принцип організації процесу, а тому забезпечується всіма принципами процесу.

6. Теоретичні положення принципу змагальності є передумовою розширення змагального методу правового регулювання, який заснований на розподілі функцій на обвинувальну, захисну і вирішення кримінальних справ; процесуальній рівності сторін обвинувачення і захисту; розгляді справи по процедурі полеміки сторін перед незалежним і неупередженим судом. Законодавче визначення повноважень суду повинно чітко визначити його статус як інстанції, яка контролює процедуру, забезпечує гарантії реалізації принципу змагальності в усіх стадіях процесу і приймає рішення по результатах цієї змагальності – усе це повинно знайти своє місце в проекті КПК України.

7. Права і обов'язки сторін, які забезпечують змагальні засади, гарантії цих прав і обов'язків, повинні знайти своє грунтовне закріплення в проекті КПК України. Слід передбачити процедури, за допомогою яких реалізується змагальність – як форма процесу і забезпечується принцип змагальності - як механізм (гарантія) для її забезпечення. З метою усунення прогалин щодо дії принципу змагальності у всіх стадіях процесу необхідно концептуально і повноцінно юридично визнати розподіл основних кримінально- процесуальних функцій, що повинно знайти відображення в новому кодифікованому кримінально-процесуальному законодавстві України.

Розділ 2

Принцип змагальності в досудовому провадженні

§ 2.1. Спірні питання і структура кримінально-процесуальної діяльності на стадії досудового слідства по кримінальній справі[1]

Вирішальну роль у забезпеченні реалізації принципу змагальності має об'єм та співвідношення прав сторін. Реформа кримінально- процесуального законодавства (2001р.) розширила дію принципу змагальності, який повинен діяти у всіх стадіях процесу як змагальний (арбітражний) метод правового регулювання. В процесі провадження у кожній стадії повинні бути забезпечені основні ознаки змагального порядку побудови процесу: наявність незалежного суду – органу судочинства і рівність сторін. Дискусійним є питання про те, "чи поширюється цей принцип на досудове провадження по кримінальній справі" [106, с.695; 232, с.11; 262, с.3-5; 267 с.29-34; 268, с.14-15; 438, с.258; 516, с.45-49], бо на стадії досудового слідства існує дефіцит змагальності [406, с.21-24, 51-52].

Концепцією розвитку правосуддя покладені завдання реформування системи досудового слідства, позбавлення прокуратури загальнонаглядових повноважень і функцій щодо досудового слідства, бо поєднання в одному органі слідчих повноважень і здійснення нагляду за їх реалізацією – неприпустиме. Стоїть завдання створити Національне бюро розслідувань як центральний орган виконавчої влади, а також територіальних бюро на місцях. Прокуратура "...не повинна виконувати функції, наближені до правосуддя" [191, с.5, 10-12, 24, 31].

Реалізація принципу змагальності на стадії досудового слідства дасть змогу ширше застосувати інші конституційні принципи, повніше забезпечити права і свободи громадянина, а особи, які потрапили в орбіту кримінального судочинства матимуть змогу повніше захистити свої права у всіх стадіях процесу, що

[1] Далі мова тут йтиме про досудове слідство і дізнання.

узгоджується з завданнями, які стоять перед органами досудового слідства [389, с.86].

Стадією визнається частина кримінального процесу, яка має свої специфічні конкретні завдання, особливості реалізації принципів процесу, особливе коло суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності з різним об'ємом прав, повноважень, функцій та відповідні правовідносини, а також характерне оформлення актів застосування права [526, с.50-53; 278, с.45; 237, с.139]. Це визначення використовуватиметься як основа для подальших досліджень.

Вітчизняна кримінально – процесуальна доктрина визнає порушення кримінальної справи і досудове слідство – двома самостійними стадіями. "Порушення кримінальної справи є першою стадією кримінального процесу в Україні" - зазначають Михеєнко М.М., Молдован В.В., Шибіко В.П. [278, с.45], а В.Т. Маляренко її пропонує назвати стадією перевірки та вирішення заяв, повідомлень та іншої інформації про злочини, бо в цій стадії "*для вирішення питання про заведення* кримінальної справи, відмови в цьому або направлення заяви, повідомлення чи іншої інформації за належністю, як правило, необхідно провести ряд невідкладних дій" [237, с.139].

Порушення кримінальної справи – акт застосування процесуального права, що відкриває можливість провадження всіх без винятку слідчих дій і застосування актів примусу [450, с.87]. Зеленецький В.С. цю стадію класифікує як встановлений кримінально-процесуальним законом режим здійснення процесу порушення кримінальної справи, який передбачає вчинення відповідним органом чи посадовою особою у певній послідовності системи процесуальних дій, одні з яких є вихідними (первинними), інші – похідними (вторинними), які лише в своїй єдності обумовлюють прийняття законного і обґрунтованого рішення про порушення кримінальної справи за наявності передбачених законом приводів і наявності достатніх для цього підстав [153, с. 132; 155, с.145-153].

Порушення кримінальної справи визнавалося окремою стадією в радянській, а зараз і в російській кримінально-процесуальній доктрині [98, с.24-26; 141, с.30-49; 140, с.7-29;

192 с. 8-9, 18-19], однак вважають, що і попередня перевірка повідомлень про злочини з точки зору правової природи, є окремою стадією, частиною кримінально-процесуальної діяльності, особливість якої полягає в адміністративно-правовому методі регулювання "на противагу змагальному" [192, с.14, 18]. Бажанов С.В. вважає дослідчу перевірку розслідуванням, яке проводиться з порушенням норм КПК та конституційних прав громадян, яке не є виправданою, бо в цій стадії законодавцем не передбачено ніяких гарантій прав учасників "процесуальної" попередньої перевірки [43, с.53].

Макаркін А.І. дійшов висновку, що на етапі порушення кримінальної справи взагалі має місце взаємопроникнення двох стадій: стадії порушення справи та досудового слідства і навряд чи слід вважати сукупність дій щодо порушення справи самостійною стадією процесу, бо це вкрай проблематично, особливо з точки зору змагальності [232, с.76]. Шейфер С.А. і Петрова Н.Є. вказують на недоцільність виділення в самостійну стадію порушення кримінальної справи, вказуючи на яскраво виражений змагальний характер по кримінальних справах приватного обвинувачення [512, с.54-56]. Виділяють в окрему стадію і застосування "щодо підозрюваного, обвинуваченого міри запобіжного заходу, оскільки цей інститут найбільш суттєво зачіпає права громадян на свободу і особисту недоторканність, свободу пересування, використання свого майна і т.д." [460, с.26].

Обґрунтовують точку зору, що досудове слідство починається зі стадії порушення кримінальної справи як окремої самостійної стадії кримінального процесу, яка починається з моменту появи приводу до її порушення, де немає таких суб'єктів, як підозрюваний, потерпілий, але є особа, яка приймає заяву чи повідомлення про злочин і заявник – особа, що дає пояснення; де відсутнє завдання встановити особу, яка вчинила злочин, чи її вину (це вирішується в стадії порушення кримінальної справи); де не вчиняються слідчі дії, але допускається огляд місця пригоди, освідчення та призначення експертизи [532, с.135]. Вважають, що ця стадія нерідко є перешкодою для швидкого реагування на злочин через заборону проведення слідчих дій [80, с.8].

Проблема реалізації принципу змагальності на досудовій стадії кримінального процесу викликає розбіжність поглядів серед процесуалістів. Грошевий Ю.М. [106, с.695], Макаркін А.І. [232, с. 83-87], Маркуш М.А. [257 с.168-176; 262 с.3-8], Машовець А.О. [267, с.78], Мірошниченко Т.В. [293, с.10], Строгович М.С [435, с.121], та інші [227, с.104] вважають, що на стадії досудового слідства мають місце окремі елементи змагальності, з чим можна погодитись. Ряд авторів заперечують наявність змагальності на досудових стадіях через відсутність чіткого поділу функцій обвинувачення, захисту і вирішення справи [363, с.128; 515, с.82]. Був зроблений і категоричний висновок, що змагальність і слідство несумісні правові інститути [418, с.20-21]; на етапі порушення справи змагальність відсутня, а у стадії досудового слідства є тільки елементи змагальності [56, с.6]. В.Т. Маляренко висуває аргументи, що в досудовому слідстві в Україні має місце інквізиційне начало, яке пронизує цю стадію процесу "і суперечить засаді змагальності сторін", тому в цій стадії неможливо забезпечити змагальність сторін "зі всіма притаманними їй умовами" [242, с.129-130; 238, с.119-121]. М. Сірий розглядає вітчизняний кримінальний процес як змішаний, допускає змагальність у суді, однак не передбачає її на досудових стадіях [402]. Ряд авторів допускають наявність принципу змагальності у цій стадії, але обґрунтовують позицію, що принципи змагальності та рівності сторін тут майже не діють [323, с.49].

Чітко висловив свою позицію про поширення принципів змагальності і рівноправності сторін на всі стадії кримінального процесу Конституційний Суд РФ [345, с.991]. Нам видається, що вона заслуговує уваги, бо є співзвучною з цілями реформування вітчизняного законодавства в стадії досудового слідства. З метою розширення дії принципу змагальності пропонується зміна функції досудового слідства у тому виразі, який притаманний інквізиційному процесу [382, с.229]. Досудове слідство в Україні не є цілком розшуковим, у ньому присутні змагальні елементи, але правове регулювання суспільних відносин в цій стадії "характеризується тим, що домінуючим методом правового регулювання є імперативний (адміністративний), а не диспозитивний" [221, с.222].

Конституційні гарантії на правову допомогу затриманому за підозрою у вчиненні злочину, ще до пред'явлення обвинувачення, дають підстави говорити про елементи змагальності на досудових стадіях процесу. Для досудового слідства були б доцільні такі міри і такий порядок реформування, які відповідали б розумному розширенню меж змагальних засад і засобів їх реалізації. Вирішення цієї проблеми пов'язане з правильним визначенням статусу слідчого в кримінальному процесі, здійснюваної ним процесуальної функції, меж його прав і обов'язків. Розширення принципу змагальності й послаблення інквізиційних начал на стадії досудового слідства вимагає суттєвої зміни функцій слідчого. Однак Чангулі Г.І. застерігав від надмірного захоплення реорганізаціями, вважаючи, що вирішення цієї складної проблеми повинно проходити тільки з урахуванням необхідних функціональних змін [498, с.4].

За вимогами чинного законодавства, слідчий повинен виступити об'єктивним дослідником і зобов'язаний вжити всіх законних заходів для всебічного, повного й об'єктивного дослідження справи, виявлення обставин як тих, що викривають особу, так і тих, що її виправдують, а також обтяжуючих та пом'якшуючих відповідальність обставин [528, с.500]. Тому, він повинен виконувати одну функцію – розслідування злочинів і бути суб'єктом пізнання злочину і його розслідування, а його основними завданнями повинні бути "...припинення і розкриття злочину, збирання доказів у справі і визначення особи, яка підозрюється у вчиненні злочину та пред'явлення їй вмотивованої постанови" [381, с.14]. Результатом слідства має бути складення слідчим висновку по справі, а обвинувальний висновок повинен скласти прокурор, якщо для цього є підстави. Такий статус слідчого найбільш відповідатиме змагальній побудові процесу, бо ми тоді матимемо суб'єкт, здатний неупереджено оцінювати виникаючі конфліктні питання і приймати об'єктивне рішення.

Інквізиційність досудового слідства обумовлена об'єктивними причинами і в першу чергу потрійною роллю, яку виконує слідчий, а також тим, що дізнання, де найбільше елементів розшуку, його мета і засоби суміщені з досудовим

слідством, його завданнями і можливостями. Закон забороняє слідчому "... бути обвинувачем - заборона, до речі, настільки ж похвальна, як мало здійсненна на практиці" [24, с.55; 381, с.12-15], а Даневський В.П. відмічав, що "створене законом положення слідчого психологічно фальшиве... Якщо досудове слідство все-таки існує, то це тому, що слідчий давно відмежувався від цієї подвійності і виразно зайняв сторону обвинувальної влади" [118, с.10; 74, с.359-360; 85, с.96-99].

Обвинувальний напрямок діяльності слідчого і роздвоєння його статусу, має фундаментальні причини, що закладені у його функціях. По-перше, слідчий виконує роль судді, бо дає оцінку діянням, доказам і приймає як і суд, рішення - постанови, визначає рух справи: закриває справи за відсутністю події чи складу злочину, за недоведеністю участі обвинуваченого у вчиненні злочину, визначає вид запобіжного заходу (крім тримання під вартою), затримує особу, оголошує розшук, приймає рішення про приведення свідка та інше; тобто він має повноваження, які є характерними для судді або суду. Одночасно слідчим здійснюється і функція вирішення справи, про що свідчать рішенння, якими породжуються конкретні правові наслідки: закриття справи (ст.ст.211, 213, 214 КПК), вирішення питання про задоволення чи відхилення заявлених клопотань (ст.221 КПК). За родом своєї діяльності він є обвинувачем, функції якого слід змінити, щоб він ним не був. Статус, за яким у діяльності слідого є функція обвинувачення і, одночасно, ним вирішуються найважливіші питання слідчої діяльності, є неприйнятним, бо ідкривається шлях до можливості зловживань з його боку щодо обвинуваченого (підозрюваного).

Поширеною є ідея, що слідчий, будучи представником органів влади, відстоює державні інтереси, реалізація яких орієнтує діяльність слідчого на встановлення і викриття особи, яка вчинила злочин, на здійснення функції обвинувачення [129, с.125; 267, с.82]. Її прихильники вважають, що при винесенні постанови про притягнення в якості обвинуваченого, пред'явленні обвинувачення, складанні обвинувального висновку слідчий здійснює діяльність, спрямовану на доведення вини конкретної особи, тобто виконує обвинувальну функцію.

Він приступає до формування обвинувачення відразу після порушення кримінальної справи [314, с.9].

Ці висновки є спірними, бо реалізація державних інтересів вимагає від слідчого як викриття винних у вчиненні злочину, так і непритягнення невинних до кримінальної відповідальності, про що вже йшла мова вище. Протилежні функції слідчого чітко закріплено в ст. 22 КПК. Він виконує і функцію захисту по справі, вчиняючи процесуальні дії, спрямовані на отримання доказів, що виправдують особу чи підтверджують менший ступінь її вини і впливають на кваліфікацію обвинувачення, тобто виконує ці функції паралельно з правами, що надані ст.48 КПК захиснику. Ці функції слідчого закріплено в ст.16 одного з проектів КПК (проект Кримінально-процесуального кодексу України, реєстраційний №3456-1), що і надалі нічого не змінить у статусі слідчого. Зосередження в руках слідчого функцій суду, обвинувачення і захисту одночасно, свідчить про те, що ми і сьогодні не відійшли від судового Уставу Олександра II. Ще Даневський В.П. говорив про небезпеку "суміщення в одній особі обов'язків судді і функцій сторін," [118, с.29,30], що негативно впливає на хід досудового слідства, його результати і вирішення справи по суті. Тут можна погодитися з висновком Шадріна В.С., який діяльність слідчого розглядав як делеговану судом функцію вирішення справи в межах її дослідницької частини [511, с.102].

Отже, слідчий, як процесуальна фігура, зосередив в своїх руках функції захисту, обвинувачення і вирішення справи, що протирічить вченню про змагальність і є перешкодою реалізації принципу змагальності в цій стадії. Повноваження його безмежні у порівнянні з повноваженнями захисника, тому не може бути й мови про рівноправність сторін і рівні можливості у здійсненні ними своїх функцій. Слідчий не може одинаково безсторонньо виконувати всі три функції, бо це є неможливим. Заслуговує уваги точка зору В.Т. Маляренка щодо закладення законодавцем тут такого протиріччя, яке по суті фактично ліквідовує принцип змагальності на досудових стадіях процесу, бо "слідчий не може змагатися сам із собою" [241, с.23]. Рівності прав сторони обвинувачення (прокурор,слідчий, дізнавач)

і сторони захисту (підозрюваний, обвинувачений, захисник) при зборі, перевірці доказів у ході розслідування по КПК немає [210, с.75]. Слідчий не повинен бути представником жодної із сторін у змагальному процесі [381, с.14].

Першочерговим є вирішення завдань реальної, а не декларативної процесуальної незалежності та самостійності слідчих [379,51-59], які сьогодні не мають реальної процесуальної самостійності й насправді є однією з структур дізнання, по суті виконуючи функції дізнання, бо у чинному законодавстві відсутня система правових гарантій їх забезпечення, тобто існує правова прогалина в цій частині. Слідчі перебувають в адміністративно-організаційній залежності від прокурора, органів дізнання в системі МВС, СБУ і ДПА, завдання яких ширші, ніж у досудового слідства, наслідком чого є значний влив на них відомчих інтересів, звідси – обвинувальний ухил, суміщення процесуальних функцій, поєднання процесуальної діяльності з іншими її видами, а процедура досудового слідства має ознаки відомчого і прокурорського дізнання [48, с.348].

Нерідко трапляються випадки прямого незаконного втручання представників адміністративної влади у дії слідчого. Прикладом може бути випадок, коли в ході досудового слідства слідчий К. дійшов висновку про недоцільність дальшого утримання під вартою підозрюваного за ст.122 ч.1 КК України М., термін перебування під вартою якого сплинув, і виніс постанову про зміну міри запобіжного заходу з тримання під вартою на підписку про невиїзд. Однак начальник слідчого відділу П. не погодився з таким рішенням слідчого. Користуючись повноваженнями заступника начальника РВ УМВС, він у письмовій формі дав вказівку начальнику ІТТ утримувати підозрюваного ще одну добу. Цю вказівку було виконано всупереч закону і постанові слідчого (Кримінальна справа №9305404) [200]. Видається неправильним, що у гл.3 КПК "Учасники процесу, їх права і обов'язки" як учасників процесу не вказано слідчого, дізнавача і прокурора, не регламентовані їх права, хоча детально регламентовані права і обов'язки захисника. В КПК закріплено повноваження дізнавача та слідчого, однак відсутнє законодавче закріплення як їхніх, так і прокурора прав та обов'язків, що є

суттєвою прогалиною в кримінально-процесуальному законодавстві, яку слід усунути.

Однією з причин незадовільної діяльності слідчого називають недостатній або надмірний контроль з боку начальника слідчого відділу [537, с.82]. Необхідний більш якісний рівень цього контролю, який в першу чергу повинен попереджати кримінально-процесуальні порушення, допущені слідчими, дізнавачами та усувати допущені порушення, однак необхідний більш дійовий механізм захисту слідчого від процесуального, адміністративного тиску на нього. Можливостей для адекватного захисту від грубого втручання в хід розслідування справи та тиску на слідчого недостатньо, а тому слідчі перетворюються на писарів-оформителів результатів оперативно-розшукової діяльності, не будучи самостійними і відповідальними учасниками кримінальної юстиції [215, с.11].

Чи не найголовнішою причиною обвинувального ухилу в діяльності слідчого є його підпорядкування прокуратурі, бо "система, на яку покладено виконання функцій протилежного спрямування (слідство і нагляд за законністю слідства) ефективно працювати не може" [150, с.26; 308, с.56; 537, с.82]. Слідчі процесуально і адміністративно (слідчі прокуратури), підлеглі прокурору, який виконує функції кримінального переслідування, здійснення процесуального керівництва слідством і нагляд за органами дізнання і слідства (ст.ст.8,15-17,29-32,46-46[1] Закону "Про прокуратуру; гл.21 ст.ст. 227, 229, 231 КПК).

Прокурор, який здійснює процесуальне керівництво слідством, будучи безпосереднім начальником слідчого прокуратури часто визначає обвинувальну спрямованість у розслідуванні через втручання у діяльність слідчого і тиску на нього. Характерним є приклад: по підозрі у вчиненні злочинів за ст.ст.185 ч.5, 186 ч.5, 187 ч.4 КК України Н.О., Н.В., Р.В. були взяті під варту. Після проведення попередніх слідчих дій, доказів вини Н.В. у вчиненні злочину не здобули, а тому слідчий не висловив бажання притягувати Н.В. як обвинуваченого. Однак прокурор дав про це письмову вказівку. За скаргою адвоката справу було витребувано у Закарпатську обласну прокуратуру, де в результаті перевірки матеріалів справи дійшли висновку про

відсутність вини Н.В. у вчиненні злочину та справу щодо нього закрили. Адміністративне втручання прокурора у хід розслідування справи потягнуло незаконне утримання Н.В. під вартою на протязі 40 днів (кримінальна справа №9102801) [201].

Як слушно зазначає В.Г. Гончаренко, "прокуратура за всіма приписами Конституції і актами співробітництва України з європейським співтовариством повинна позбутися функції досудового розслідування. Ця вимога чітко корелюється з функцією обвинувачення і функцією нагляду, які, природно, повинні мати ознаки неупередженості, а нагляд за своєю власною діяльністю позбавляє прокуратуру цієї принципової якості" [92, с.705]. Вітчизняний законодавець збільшив силу обвинувачення, додаючи до прокурора і потерпілого ще й слідчого та дізнавача, які наділені владними повноваженнями щодо реалізації функції обвинувачення, тоді як захисник і обвинувачений наділені правом лише заявляти клопотання, без будь-яких владних повноважень щодо прийняття рішень по справах. Цим порушується баланс сил і принцип рівності сторін, що позбавляє нас будь-яких ілюзій щодо принципу змагальності на стадії досудового слідства.

Віднесення слідчого до органів кримінального переслідування піддається критиці, бо такий його статус визначає обвинувальний підхід до справи [59, с.39]. Він зобов'язаний охороняти права і свободи громадян – учасників процесу, забезпечувати право на захист, що гарантується вимогами щодо повноти, всебічності і об'єктивності дослідження обставин справи. Не можна погодитися ні з теоретичної, ні з практичної точок зору, що слідчий, дізнавач – тільки обвинувачі. Відстоюючи цю позицію, процесуалісти все більше посилаються на кримінальний процес Англії і США [24, с.57], де зараз велику увагу приділють континентальному підходу до форми процесу і набуває поширення ідея необхідності встановлення всіх обставин по справі [111, с.98-99, 212-215, 231-233].

Противники визнання слідчого обвинувачем обгрунтовують це тим, що збираючи докази, проводячи слідчі дії, він, заздалегідь не знає змісту отриманої інформації – викривальна чи виправдальна вона буде, а тому не може зупинити свій вибір тільки

на тих слідчих діях, у результаті проведення яких будуть отримані викривальні докази. Обвинувачений чи його захисник не вправі робити слідчі дії, і саме слідчий повинен проводити слідчі дії, спрямовані на одержання виправдальних доказів [73,с.91]. "У слідчому треба бачити дослідника, вимагати від нього такої ж сумлінності, яку повинен виявляти...у своїй роботі вчений, висуваючи і перевіряючи різні гіпотези щодо предмета свого дослідження" [361, с.51]. "Досудове слідство виконує функцію інформаційного забезпечення судового слідства, яке досліджує і оцінює поданий доказовий матеріал та розглядає ...справу по суті" [395, с.135-140]. Вважають, що поряд з класичною тріадою функцій: кримінальне переслідування - захист-вирішення кримінальної справи, існує функція розслідування кримінальної справи до появи підозри чи обвинувачення [474, с.89], бо функція кримінального переслідування не має чіткої законодавчої регламентації [273, с.24], що обумовлено відсутністю розмежуванням її з функцією юстиції. Тому у літературі неодноразово підкреслювалася необхідність їх розмежування і позбавлення слідчих обвинувальних повноважень [389, с.86, 88; 392, с.56].

Таким чином, функцію слідчого не можна розглядати як односторонньо обвинувальну, бо вона не є пріоритетною (визначальною) для слідчого. У своїй діяльності він виконує функції притаманні як захиснику так і обвинувачу – збирає як обвинувальні, так і виправдальні докази; вирішує чи порушити кримінальну справу, чи відмовити в її порушенні; проводить слідчі дії як зі своєї ініціативи, так і за клопотанням обвинуваченого, потерпілого, їх захисників, маючи право вибору. Він повинен бути суб'єктом, що здійснює функцію розслідування злочинів.

Досудове слідство повинно мати судову природу. На IX Міжнародному з'їзді криміналістів ще в 1903 році в Санкт-Петербурзі відмічалося, що питання реформування досудового слідства скорше питання судоустрою, ніж процесуальне [135, с.151-153]. Повноваженнями юстиційного характеру в досудовому провадженні України, крім слідчого, наділені прокурор і органи дізнання, що ми вважаємо недоліком, бо тут органи кримінального переслідування не повинні здійснювати функ-

ції юстиції. Таким чином, необхідний цілий комплекс заходів, прийняття яких дасть можливість удосконалити процесуальний статус слідчого щодо його процесуальної самостійності та незалежності і в той же час захистити права осіб, втягнутих в процес провадження по кримінальній справі. Сутність обвинувальної функції на досудовому слідстві залежить від того, якими функціями буде наділений слідчий.

У всіх стадіях процесу обвинувальну функцію повинен виконувати прокурор, а за певних обставин – потерпілий. Прокурор підтримує державне обвинувачення у справах публічного та приватно-публічного обвинувачення лише в суді; потерпілий у справах приватного обвинувачення та інших випадках, передбачених КПК, підтримує обвинувачення і обвинувачує лише у суді [338, с.48-50]. Закон не визначив слідчого як обвинувача і не дав відповіді, хто ним є на стадії досудового слідства. Із логіки повноважень, покладених на слідчого, він збирає докази вини, обвинувачує особу, пред'являючи їй обвинувачення, складає обвинувальний висновок, обгрунтовуючи його здобутими доказами, тобто по суті виконує функцію обвинувачення і є обвинувачем на цій стадії.

Дії прокурора з відстоювання перед судом висновку про винність називають "державним обвинуваченням", говорячи ж про досудове слідство законодавець вживає термін "обвинувачення". В науці немає єдиного погляду щодо часу виникнення державного обвинувачення. Частина вчених вважають, що воно, як процесуальна функція, починає здійснюватися прокурором "тільки після віддання (обвинуваченого – авт.) до суду" [521, с.43; 522, с.61]. Альперт С.А. і Ривлін А.Л. дійшли висновку, що державне обвинувачення проявляється на стадії досудового слідства "з моменту притягнення особи як обвинуваченого" [37, с.24; 42, с.120; 370, с.35; 369, с.148-153]. Зеленецький В.С. вважає, що в цій стадії формується обвинувачення слідчих органів, однак воно не є державним, бо "останнє в суворій відповідності з законом здійснюється тільки прокурором"[152, с.14-16; 156, с.12]. Схиляємося до підтримки висновку В.С. Зеленецького і В.М. Савицького про те, що "прокурор стає державним обвинувачем до суду і, лише

сформулювавши державне обвинувачення щодо конкретної особи, приходить в судове засідання для його підтримання" [152, с.14-16; 156, с.12; 390, с.32]. "Якщо прокурор не сформулював обвинувачення і не прийняв рішення...підтримувати обвинувачення та забезпечувати його в судовому розгляді, то йому нічого робити в суді" [390, с.32], бо інакше судовий розгляд буде безпредметним.

Прокурор, маючи чітку й однозначну мету – законне і обґрунтоване обвинувачення на будь-яких стадіях процесу, виступає в ролі потенційного чи реального державного обвинувача, що відповідає Рекомендаціям експертного комітету по ролі державного обвинувача в системі кримінального правосуддя Комітету Міністрів країн-учасниць Ради Європи від 23.09.1999 року № PC-PR (99). Прокурор не може претендувати на роль "четвертої" влади – нагляду, а має бути віднесений до виконавчої влади і виступати органом публічних переслідувань. Саме в цій ролі він повинен виступати не тільки в суді, але і при розслідуванні злочинів: не наглядати, бо обвинувачення не може безсторонньо здійснювати нагляд, "а – переслідувати по закону" [319, с.82]. Тому обвинувальний висновок повинен складати прокурор [250, с.110], що слід закріпити у відповідних змінах до КПК та проекті КПК.

Таким чином, на стадії досудового слідства прокурор своїми повноваженнями не повинен обмежувати самостійності слідчого, але повинен контролювати, щоб результати досудового слідства забезпечили йому можливість законного і обґрунтованого висунення державного обвинувачення в скоєнні конкретного злочину проти конкретної особи. Слідчий може бути лише тоді об'єктивним, коли буде процесуально незалежним суб'єктом судової влади, підпорядкованим лише закону [48, с.346-348]. У законодавстві України до цього часу відсутній закон, який регулював би статус слідчого, хоча Верховною Радою України приймався Закон України "Про статус слідчих" (№4125), де у розділі II було закріплено права і обов'язки слідчого, які дозволяли зробити слідчого самостійною процесуальною фігурою, однак на закон Президентом України було накладено вето.

Таким чином, слідчий не повинен бути ні захисником, ні обвинувачем, він повинен бути дослідником [377, с.244-256], шукачем істини і представником судової влади зі всіма гарантіями незалежності і самостійності. Його функція – це дослідження у кримінальній справі з метою підготовки її до розгляду у суді, що відповідає змісту слова, визначеному юридичним словником [528, с.500]. За своєю специфікою вона нагадує діяльність судді при здійсненні правосуддя.

Не вирішеною законодавцем на стадії досудового слідства є проблема того, що потерпілий тут не є рівноправною стороною [104, с.135]. Під час проведення нами дослідження в Закарпатській області на питання про фактичне становище потерпілих після вчиненого щодо них злочину 2,1% респондентів відповіли, що їх претензії по відшкодуванню шкоди повністю задоволені; 42,9% – інтереси задоволені частково; 32,6 % – інтереси скорше не задоволені; 22,4% – інтереси зовсім не задоволені та 1% – мали складнощі, відповідаючи на це запитання[1].

Права потерпілих на стадії досудового слідства слід розширити, надавши їм гарантовану можливість користуватися допомогою захисту, а там де вони є неповнолітніми чи страждають фізичними або психічними вадами, забезпечити обов'язкову участь захисника (статті.3, 22, 55 Конституції). Підтримуємо позицію О.С. Александрова [25, с.78] і Ю.М. Грошевого щодо необхідності надання потерпілому за згодою суду права " на провадження неофіційного розслідування у кримінальній справі, якщо мала місце офіційна відмова в порушенні кримінальної справи" [104,с.139], що надасть змогу більше захистити його права на стадії досудового слідства. Вважаємо, що на стадії досудового слідства права потерпілого за обсягом повинні відповідами правам підозрюваного, обвинуваченого.

[1] Було проанкетовано більше 500 громадян Закарпатської області в Мукачівському, Тячівському, Рахівському, Ужгородському, Хустському районах.

§ 2.2. Межі судового контролю на стадії досудового слідства[1]. Слідчий суддя. Особливості реалізації принципу змагальності на стадії досудового розслідування кримінальної справи.

Для виходу досудового слідства на якісно новий рівень слідчому, його статусу потрібна серйозна увага, в тому числі конституційне і законодавче врегулювання, бо якщо в Конституції України йде мова про суд, прокуратуру і адвокатуру, то за досудове слідство там мови немає [276, с.177]. Процесуальні повноваження органів прокуратури, суду та керівників слідчих підрозділів щодо діяльності слідчого повинні бути збалансовані [380, с.51-59]. Будь-які обмеження прав і свобод особи повинні вчинятися лише за рішенням суду, а дії та рішення, які носять обвинувальний характер повинен здійснювати лише прокурор. При такій конструкції процесу змагальність на досудовому слідстві забезпечуватиметься за рахунок розширення прав обвинуваченого, потерпілого і їх захисників, законного представника, цивільного позивача, цивільного відповідача, введення судового контролю за діями слідчого і прокурора, бо сьогодні судовий контроль втілюється у формі фрагментарних, усічених повноважень суду [403, с.5-7].

Судовий нагляд– це засіб обмеження свободи державної влади і засіб контролю. Ідея полягає в тому, що жоден орган не повинен мати надто великої влади, а змагальність є важливим засобом відновлення рівноваги між підозрюваним і державою [459, с.41, 93-97]. Проблема в установленні чіткого контролю за органами досудового слідства є актуальною. Насамперед це має бути контроль з боку судових органів, і, звичайно, внутрішній механізм контролю. Нагляд за діями слідства здійснюється прокуратурою, але в найбільш важливих випадках спори досудового слідства повинен вирішувати суд. В КПК існує альтернатива, за якою зацікавленій особі надано право звернутися до прокурора чи суду (статті 110, 234-236-6). Практика застосування цього закону показала його ефективність.

[1] Далі - мова тут йтиме про досудове слідство і дізнання.

Таким чином, судовий контроль, який охоплює судовим захистом права, свободи і законні інтереси людини і громадянина, вимагає свого послідовного розширення на стадії досудового слідства. Така необхідність закріплена у Постанові Верховної Ради України "Про Засади державної політики в Україні в галузі прав людини" [335], Конституції України (статті 8, 29, 30, 31, 55), Конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 року (далі – ЄКПЛ), що набрала чинності для України 11.09.1997 року [182] і ряді міжнародно-правових актів [82, с.4-41; 133, с.541; 270, с.17; 491, с.130-131]. За його допомогою здійснюватиметься перевірка законності дій органів досудового слідства; він гарантуватиме дотримання цими органами принципу змагальності та законність, обгрунтованість і об'єктивність вирішення спірних питань, що виникають на цій стадії процесу; створить сприятливі умови для успішного вирішення завдань досудового слідства; забезпечить дотримання прав і свобод особи, верховенство права, рівність всіх перед законом і судом [131, с.104-111; 478 с.112-118].

У судовому контролі зацікавлені і держава, і громадяни, бо за такої конструкції всім учасникам процесу гарантується можливість домагатися захисту й охорони як публічних, так і власних інтересів законними методами. За соціальним дослідженням, проведеним в Закарпатській області, із 500 опитаних – 455 (81,98%); в Харківській області із 500 опитаних – 437 (87,4%) респондентів поставили судовий захист у системі гарантій прав і свобод людини і громадянина на перше місце, але висловили сумніви щодо зниження якості і погіршення об'єктивності розгляду справ судами[1].

Можливість обмеження прав і свобод людини і громадянина допустима за умови необхідності швидкого розкриття злочину, викриття усіх винних і під контролем суду. Впроваджуючи повноваження суду та змагальні начала на стадію досудового слідства, розробники Конституції заклали тут такі підвалини, щоб судова влада стала бар'єром на шляху сваволі органів досудового слідства і оперативних служб, а будь-які незаконні їх

[1] Було проанкетовано 500 громадян Закарпатської та 500 громадян Харківської областей.

рішення і дії могли бути оскаржені до суду і переглянуті ним. Це правило кореспондується з п.1 (с) ст.5 та ст.6 ЄКПЛ, якими закріплено право на справедливий судовий розгляд [95, с.271-294]. Забезпечення законності розслідування, розвиток змагальності на стадії досудового слідства, забезпечення учасникам процесу реальних можливостей по виконанню своїх функцій – з досягненням саме цієї мети ототожнюється судовий контроль на цій стадії.

Прихильники радикальних змін досудового слідства дотримуються принципу "необмеженості" судового контролю на цій стадії. Вони не схильні обмежувати судове втручання в діяльність органів досудового слідства і прокуратури тільки рішеннями, що дають дозвіл на виконання дій, які обмежують конституційні права і свободи, вважаючи для цього юридичною підставою ст.55 Конституції. Ця позиція є цілком слушною і кореспондує ідеї про необхідність захисту прав людини від закону на підставі Конституції [121, с.18; 136, с.80-85; 439, с.150-158; 2, с.9; 17, с.28-32 та інші]. Вона сприяє реалізації принципу змагальності на стадії досудового слідства, всебічному судовому контролю протягом цієї стадії та забезпеченню реалізації сторонами їх функцій.

Поміркованіші автори вважають, що судовий котроль обмежується двома напрямами: контролем за процесуальними діями (бездіяльністю) і рішеннями органу дізнання, слідчого і громадянина; контроль за тими рішеннями досудового слідства, якими завершується провадження у кримінальній справі на досудових стадіях. Вони вважають цей перелік вичерпним [236, с.40-44]. З ними не зовсім можна погодитися, бо визначення, які конституційні права і свободи людини і громадянина є найбільш значимими, пріоритетними не має. Всі права і свободи, що закріплені в Конституції, є значимими і повинні бути захищеними одинаковою мірою, тому для судового контролю на цій стадії є більше напрямків, про що йтиме мова в цьому дослідженні.

Вітчизняному законодавству відомий порядок тотального оскарження дій і рішень досудового слідства, який існував до 1917 року. Судовий контроль здійснювався не тільки в порядку

розгляду скарг учасників кримінального процесу окружним судом (така процедура називалася виключною), але й у ревізійному порядку, бо судовий слідчий важливі рішення про рух справи приймав за згодою суду, а наступна форма судового контролю вважалася нормальною і кращою [386, с.168; 74, с.368-369; 487, с.393,394]. Аналогічний порядок був відомий і першому радянському КПК [477]. Вирішуючи всі скарги учасників процесу, окружний суд виконував функцію відомчого контролю, а слідчі організаційно входили в систему органів судової влади. Зараз органи досудового слідства і слідчі підрозділи прокуратури не є складовою структур судової влади. Сьогодні відродження інституту судових слідчих повинно бути покладено в основу реформування вітчизняного кримінального процесу.

На нашу думку, на суди слід також покладати обов'язок вирішувати всі конфлікти, які виникають між особами, що здійснюють досудове слідство та учасниками кримінального процесу. Судовий контроль, будучи дійсно пов'язаним з посиленням змагальних начал, забезпечить доступ до правосуддя і гарантії реалізації принципу змагальності на стадії досудового слідства. Тільки суд має право розглядати матеріали і приймати рішення, коли йдеться про обмеження конституційних прав громадян (ст.ст.165-2, 165-3, 177, 178, 184, 187 КПК). Без цього "судове слідство втратило б своє першочергове значення і було повторенням того, що вже було зроблено по перевірці кримінальних доказів на досудовому слідстві"[405, с.275].

Зміст судового контролю за органами досудового слідства полягає у тому, щоб забезпечити особі гарантію захисту її прав та інтересів у суді. Особа, права якої порушуються на стадії досудового слідства, не може бути позбавлена судового захисту і має перспективу такого захисту, а суд за чинним законодавством має широкі можливості у поновленні її прав та інтересів. Тому, судовий контроль повинен забезпечити гарантію оскарження всіх рішень, діянь органів досудового слідства, прокурора, які здатні завдати шкоди конституційним правам і свободам учасників кримінального судочинства або створити труднощі доступу громадян до правосуддя (ст.ст.110, 234-236-6 КПК та ін.), тобто правосуддя звертається до принципів, одинаково

застосовуваних "до всіх і протиставляється будь-яким конкретним наказам чи привілеям" [489, с.124].

Варто усвідомити, чи відповідає це істотне застереження статті 55 Конституції, якою громадянину гарантовано право на оскарження в суд усіх без виключення рішень і діянь органів державної влади. На нашу думку, сюди слід віднести не тільки ті, якими були порушені конституційні права і свободи громадянина, але й ті, у результаті яких його права і свободи могли бути порушені: це ті, що пов'язані з арештом, затриманням, триманням під вартою, з відмовою у порушенні кримінальної справи, припиненням провадження по справі, обшуком, накладенням арешту на майно, продовженням терміну досудового слідства, прийняттям рішення про накладення арешту на майно, включаючи кошти фізичних і юридичних осіб, що знаходяться на рахунках чи внесках на збереженні в банках і інших кредитних організаціях [352, с.188-190]. Судове втручання в діяльність органів досудового слідства не може бути обмеженим, а судовий контроль повинен наступати за наявності скарги на законність будь-якої дії чи рішення особи, що проводить досудове слідство, чи прокурора. [303, с.20; 322, с.104-11; 323, с.48-52].

Не можна погодитися з тим, що не можуть бути оскаржені в суд діяння чи рішення органів досудового слідства, які хоча і не порушують процесуальних прав особи, але зводяться до незадоволення її інтересів, відмови в клопотаннях з огляду на те, що вони потрапляють під судовий контроль у стадії судового розгляду [236, с.40-44; 261, с.123-134]. Вони повинні оскаржуватися, бо їх вирішення може вплинути на хід судового слідства, встановлення, спростування чи пом'якшення вини та ін. [197, с.75; 315, с.84-86 та інші]. Конституція передбачає можливість оскарження в суд всіх незаконних чи необгрунтованих рішень і дій, сюди слід обов'язково віднести дії, що створюють обмеження або перешкоджають доступу до правосуддя. Визнано неконституційними положення ч.3 ст.236 КПК, які перешкоджали розгляду судом скарг на постанови слідчого, прокурора стосовно приводів, підстав і порядку порушення кримінальної справи щодо особи [371, с.248 -258].

В кримінально-процесуальному законодавстві слід забезпечити доступ до правосуддя та свободу оскаржень до суду відповідно до європейських вимог і стандартів.

Процедурні питання, що стосуються організації розслідування, вибору засобів і методів розслідування повинні вирішуватися в рамках конкретних відомств, однак вони повинні бути під контролем суду. Вирішення цього актуального питання в повному обсязі стане можливим з введенням у вітчизняний кримінальний процес процесуальної фігури слідчого судді. За чинним законодавством прокурор, органи досудового слідства є процесуально самостійні, але у їх діяльності нерідко мають місце необгрунтовані рішення, незаконні дії, тиск, порушення прав людини. Результати їх роботи оцінюються судом за критеріями оцінки всебічності, повноти й об'єктивності розслідування. Однак вважаємо, що на чільному місці повинні бути вимоги належності, допустимості, достовірності, достатності доказів і законності опособів їх збирання. Кожен, чиї права і свободи порушуються, повинен мати право на ефективний засіб правового захисту у відповідному національному органі, навіть якщо порушення вчинили особи, діючи в ролі офіційних осіб (ст.13 ЄКПЛ), в тому числі він повинен мати гарантію захисту своїх прав у суді.

Важливо сформулювати правило, за яким слід надати право звернутися в суд й у випадку, коли громадянин вважає, що в ході досудового слідства був ускладнений доступ до правосуддя, чим обмежено його право в розумний термін, без невиправданої затримки "одержати" ефективне і справедливе правосуддя. До рішень і дій, які "ускладнюють доступ до правосуддя", слід віднести такі випадки: коли оскаржений акт досудового слідства, прокурора не надається оперативно до суду; коли особи, дії чи рішення яких оскаржено, умисно затягують розгляд справи неявкою до суду чи не надають негайно суду належні матеріали (справа Колесникова) [423]; коли скарга на дії чи рішенняя особи, що здійснює попереднє розслідування, подана керівнику слідчого підрозділу, прокурору, залишилася без руху чи без відповіді. Суд, здійснюючи контроль, виступає гарантом неупередженості вирішення конфлікту тоді, вже коли

відомчі контролюючі органи, прокурор погодилися з думкою органу досудового слідства про те, що прийняте ним процесуальне рішення - законне й обґрунтоване.

Обговорюючи проблеми судового контролю частина авторів вважають, що його слід розширювати далі через істотне розширення переліку підстав, по яких допускається судове оскарження; включення в нього не тільки основних дій і рішень органів досудового слідства і прокурора, які перешкоджають руху справи, але й оскарження в суд відмови в задоволенні клопотання сторони захисту про проведення слідчих дій по збиранню доказів [321, с.37]. Її противники аргументують свої заперечення тим, що це приведе до безкінечних судових засідань на стадії досудового слідства, умисного затягування процесу, щоб у разі відмови в задоволенні клопотання, оскаржувати її до суду [236, с.40-44], з чим не можна погодитися. Звуження прав сторін тягне за собою обмеження принципу змагальності. Позиція щодо розширення меж судового контролю заслуговує на увагу, бо в цілому спрямована на забезпечення змагальності, а тому, на нашу думку, межі судового контролю на стадії досудового слідства слід розширювати. Висновок про законність оскарження до суду відмови про проведення слідчих дій по збиранню доказів узгоджується зі ст. 6 ЄКПЛ, за якою право на судовий захист та забезпечення кожному при визначенні його прав і обов'язків доступу до правосуддя в розумний термін, повинне бути гарантією від надмірного, не обумовленого виправданими цілями обмеження прав і свобод громадян на досудових стадіях провадження по кримінальній справі.

Має місце точка зору, за якою судовий контроль – надійніший гарант прав особи на досудовому слідстві, ніж прокурорський, бо суд не зв'язаний відомчими інтересами, незалежний, не несе відповідальності за розкриття злочинів. Її прибічники пропонують не просто розширити сферу судового контролю за досудовим слідством, але й цілком ліквідувати прокурорський нагляд у цій сфері. Прибічники цієї ідеї вважають, що немає рації і необхідності на подвійний заслін від помилок і зловживань та у виконанні тих самих контрольних функцій різними органами, бо "при добре поставленому судовому контролі прокурорський

нагляд стає зайвим" [320, с.27; 438, с.178-180]. Судовий контроль має багато переваг, але він не є панацеєю від усіх проблем. Цей вид контролю обмежений діяльністю учасників кримінального судочинства, коли нею можуть бути нанесені реальні збитки конституційним правам і свободам учасників процесу чи випадками заподіяння шкоди конституційним правам і інтересам учасників процесу, або виникненням труднощів доступу до правосуддя.

Прокурорський контроль є незалежним від суду. Відкидати його було б необачно, особливо коли мова стосується прав людини, бо рішення суду в порядку контролю не завжди виноситься оперативно, тоді як прокурор може і не доводити ситуацію до звертання в суд і відразу скасувати незаконне рішення органу дізнання чи слідчого. Немає такої сфери, куди б прокурор не міг втрутитися на стадії досудового слідства як за скаргами, так і за власною ініціативою, тоді як суд обмежений подачею офіційної скарги. Розширити перевірку поза межами скарги суд не може, а прокурор може прийняти будь-яку скаргу, в тому числі не тільки на відповідність діянь чи рішень органів досудового слідства закону, але й щодо тактики розслідування, доцільності проведення тих чи інших слідчих дій, комбінування слідчих і оперативних заходів тощо. Прокурорський контроль здійснюється як щодо органів досудового слідства і їх діяльності, так і щодо учасників кримінального процесу.

Приклад європейських держав показує, що не існує єдиного встановленого зразка, за яким прокуратура виконує виключно функції кримінального переслідування. Кожна держава наділяє прокуратуру тим обсягом повноважень, у тому числі і контрольних, який відповідає потребам правового захисту особистості і суспільства вцілому, вписується у власні, відмінні від інших, традиції державного будівництва. Вважають, що українська модель устрою і компетенції прокуратури укладається в сучасні уявлення європейців про функції і місце правоохоронних органів у системі державної влади, а в питаннях правомірності обмеження прав людини, подвійний контроль зовсім не є перешкодою. Ця система гарантій сприятиме ефективнішому захисту прав громадянина [259, с.196-202; 262, с.3-8; 281].

На нашу думку, прокурорський нагляд не завжди об'єктивний і дієвий, бо прокурор зацікавлений в обвинуваченні, що видно на прикладі кримінальної справа по обвинуваченню В.М. Банк та інших за ст.172, КК України, яка Тячівським районним судом Закарпатської області розглядається понад 5 років, з часу її порушення пройшло понад 8 років, а з моменту події – 12 років. Однак ні на стадії досудового слідства, ні в судовому засіданні прокурор не реагував на порушення конституційних прав обвинувачених по справі, тоді як суд прийняв по цій справі на стадіїї досудового слідства ряд рішень, якими поновив порушені права, в тому числі змінивши безпідставно обрану міру запобіжного заходу – арешт [422].

Європейський суд з прав людини також дійшов висновку, що в Україні скарга прокурору не є ефективним і доступним засобом правового захисту, бо його статус у національному праві та участь у кримінальному процесі як обвинувача не дають відповідних гарантій незалежного та безстороннього розгляду справи [420, с.9 -10].

Предметом судового контролю повинні бути:

- питання про обмеження конституційних прав громадян, якщо таке обмеження допустиме не інакше як на підставі судового рішення;
- застосування незаконних методів проведення слідчих дій: допитів, слідчих експериментів, впізнання, ставок віч-на-віч, перевірок показів на місці, отримання взірців для експертних досліджень, якщо такими діями порушуються конституційні принципи недоторканності особи, житла, завдаються моральні збитки громадянам;
- скарги усіх зацікавлених учасників процесу, коли органами досудового слідства, прокурором винесене рішення, яке перешкоджає руху справи (відмова в прийнятті заяви про злочин; постанови про відмову в порушенні кримінальної справи, про призупинення, припинення справи, про продовження термінів досудового слідства);
- порушення чи умисне перешкоджання реалізації прав учасниками процесу, які закріплено в спеціальних нормах КПК щодо окремих цих суб'єктів;

- бездіяльність органів, які здійснюють відомчий контроль, у встановленому законом порядку, коли вони не розглядають скарги на дії і рішення дізнавача, органу дізнання, слідчого чи прокурора у встановлений законом термін ;

- скарги на відхилення клопотань органами досудового слідства; скарги на відмову у прийнятті документів для приєднання до матеріалів справи;

- рішення про об'єднання і виділення справ, порушення правил підслідності.

Чинний КПК не містить чіткої регламентації обсягу і меж судового контролю на досудовому слідстві. Це можуть бути й інші підстави, яких на практиці виникає все більше, а тому особі слід забезпечити реальні гарантії по відстоюванню своїх інтересів. Судовий контроль має здійснюватися ефективно відразу, бути доступним, а не "теоретичним або ілюзорним під час подання заяви" [420, с. 9-10], а прийняте рішення повинно бути об'єктивне і базуватися на перевірці й оцінці зібраної сукупності доказів [458, с.168-170; 499, с.58].

У судах континентальної Європи процес реформування і посилення контролю судів над досудовим слідством мав такі наслідки: в Австрії відміняється судами до 50% арештів, після перевірки їх законності в судовому засіданні [4, с.54]; в Італії з 10 справ, що поступили до суду – 6 припинялося, а ініціативу збору та допуску доказів було передано сторонам [55, с.236-238; 119, с.125-130]; в Німеччині прокуратура відмовляє в проведенні розслідування по 70% матеріалів по злочинам проти особи [10, с.44]; в Англії Королівська служба кримінального переслідування припиняє до 20% справ, які поступають від поліції, а з цієї кількості до 58% – в зв'язку з недоведеністю вини [3, с.440]; в США із справ, які надає поліція, прокурор тільки по 30-35 % формує обвинувачення [14, с.33].

Закон не зобов'язує суд при виконанні контрольних функцій ретельно ознайомитися з усіма матеріалами кримінальної справи, які містять підстави для взяття під варту. На практиці суддя майже позбавлений можливості вивчити оригінали документів, за якими слідство пропонує застосувати запобіжний захід. За процесуальним законодавством він може цього і не робити, але

не за Конституцією. Суди повинні дотримуватися під час обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту і продовження строків тримання під вартою ст. 29 Конституції, ст.5 ЄКПЛ і ст.14 КПК, за якими обмеження права на свободу й особисту недоторканість можливе лише в передбачених законом випадках і за встановленою процедурою [340, с.245-256].

Матеріали для ознайомлення надаються судді безпосередньо у режимі забезпечення нерозголошення таємниці досудового слідства. Ознайомлення з ними підозрюваного,обвинуваченого, потерпілого, захисників і законних представників у суді законом не передбачено, що створює обмеження у виконанні функцій сторонами, їх нерівність. Потребує зміни правило, що порушує принцип змагальності, за яким явку до суду підозрюваного (обвинуваченого) і прокурора визнано обов'язковою, тоді як явка захисника підозрюваного (обвинуваченого), потерпілого його представника не перешкоджає розгляду подання. При цьому законодавцем не взято до уваги навіть поважну причину неявки [255, с.24-27]. Ці прогалини у чинному кримінально-процесуальному законодавстві слід усунути.

У процесі судового контролю над застосуванням статтей 165^1-165^3 КПК, ряд питань вимагають уточнення: про перелік матеріалів і терміни їх надання до суду; про відправку повідомлень і копії скарги зацікавленим особам; забезпечення доставки в суд затриманового (заарештованого); ознайомлення з матеріалами перевірки і можливості надання в суд додаткових документів учасниками процесу й інших, а тому слід внести з цього приводу доповнення в чинний КПК. Для якісного судового контролю в чинному КПК слід передбачити положення, за яким неявка особи є перешкодою розгляду в суді подання про застосування до неї запобіжного заходу, та обов'язок судді, який розглядає подання про застосування запобіжного заходу, у всіх випадках допитати особу щодо обставин подання. Обвинувачення повинно довести перед судом, що запропонований ним запобіжний захід є доцільним і його слід обрати, а суддя зобов'язаний переконатися у наявності обґрунтованості цієї вимоги [458, с.174-179].

Постанова про арешт та подання до суду повинні бути вмотивованими (ст.165-1, 165-2 КПК). Приведення аргументів, що

містяться в КПК в таких формулюваннях: обвинувачений може переховується від органів дізнання, досудового слідства і суду; продовжить займатися злочинною діяльністю; може перешкодити провадженню по кримінальній справі (статті 148, 155) – не є свідченням вмотивованості. Ця процесуально-правова модель повинна бути розкрита і аргументована в поданні про арешт шляхом викладення фактичних даних, що підтверджують його обґрунтованість і вмотивованість, а суддя повинен дати їм оцінку. Подання повинне містити і конкретні відомості про час закінчення досудового слідства, обсяг кримінальної справи і можливі терміни ознайомлення з нею. При цьому суддя повинен врахувати думку сторін і захисників про час, необхідний для ознайомлення зі справою і задоволення клопотання.

Строк тримання під вартою може бути продовженим лише у випадку, коли продовження слідства є справді виправданим (ст.6/3 ЄКПЛ), а продовження строку досудового слідства повинно бути лише у виключних випадках. [371, с.248-252]. Якщо в поданні мова йде про продовження строку тримання під вартою з огляду на особливу складність справи (ч.2 ст.156 КПК), то повинні бути викладені підстави, мотиви і докази, що підтверджують таку складність і обґрунтовують необхідність прийняття цього рішення.

Суд і сторони повинні спиратися на фактичну і юридичну базу, дослідити всі обставини по справі. Ухвалення рішення про запобіжний захід має бути пов'язаним із встановленням того, чи закріплено у поданні про необхідність арешту, достатню кількість фактичних даних для застосування цього запобіжного заходу. Закон повинен у всіх випадках зобов'язувати суддю, який здійснює судовий контроль в процесі розгляду справи, допитати особу, щодо якої обирається запобіжний захід, бо часто у суді з'ясовується, що зібрані докази неприпустимі для використання їх у процесі доведення взагалі. Наприклад, А. Б. і М. були визнані винними і були засуджені Тячівським районним судом за ч.1 ст.185 ч.1 і ч.3 ст.185 КК до позбавлення волі. Ухвалою апеляційного суду Закарпатської області вирок щодо них було змінено в частині міри покарання, по кількох епізодах справу закрито, бо докази по них досудовим слідством було здобуто з порушенням КПК [421].

Чинний КПК не містить прямої вказівки на право особи і її захисника знайомитися з матеріалами, що обгрунтовують подання про необхідність обрання запобіжного заходу – взяття під варту (ст.ст.48, 165-2) та обов'язкове право особи, яку беруть під варту, бути присутньою у судовому засіданні. Особа, яка тримається під вартою, має бути забезпечена можливістю дати відповідь в усній або письмовій формі на клопотання органу, який висуває аргументи щодо її тримання під вартою, і зобов'язана бути забезпеченою доступом до матеріалів справи (ст.5 ЄКПЛ, справа Санчес-Рейс проти Швейцарії та ін.) [18, с.153]. Судочинство повинно бути змагальним і виступати гарантом забезпечення рівності процесуальних засобів сторін, в тому числі і по справах, де розглядаються скарги на постанови про затримання [18, с.154]. На цьому етапі права захисту обмежені, а участь захисника хоча і передбачена, але реальні гарантії для реалізації цих прав відсутні.

На нашу думку, слід передбачити надання права захиснику і обвинуваченому на ознайомлення з матеріалами на стадії досудового слідства без будь-яких обмежень. Це відповідатиме сучасному європейському порядкові провадження у кримінальних справах. З приведеного дослідження проти розширення прав захисника на ознайомлення з матеріалами справи виступає більше 90% прокурорів і слідчих, 50 % суддів і 10% адвокатів, а із загальної чисельності опитаних ця цифра склала всього 60%. З цієї кількості вважають за потрібне вивчення захисником усіх матеріалів справи з моменту затримання 50% адвокатів, 20% суддів, 5% слідчих і прокурорів, а всього з опитаних 19,1%[1]. Більшість опитаних респондентів висловилися проти ознайомлення суб'єктів захисту з усіма матеріалами справи на стадії досудового слідства. Судовий контроль поширюється і на період ознайомлення з матеріалами кримінальної справи (статті 156, 165-3 КПК). Вважаємо, що затримання, взяття обвинуваченого під варту на етапі ознайомлення з матеріалами

[1] Дослідження проводилося в Тячівському, Іршавському, Ужгородському районах і м.Ужгороді Закарпатської області, де і було опитано 50 слідчих і прокурорів, 50 суддів місцевих та апеляційного судів, 50 адвокатів, а всього 150 чоловік.

справи, продовження розслідування після оголошення про його закінчення є незаконними, а тому було б доцільним з метою контролю надавати суду копію протоколу про оголошення закінчення досудового слідства.

З метою забезпечення неупередженості суду один і той же суддя, який здійснював контрольні функції слідчого судді, не повинен розглядати справу по суті, чи продовжувати обраний запобіжний захід під час попереднього розгляду справи, бо тим він заздалегідь, ще до розгляду справи і оцінки доказів по ній, дає оцінку підставності обраного запобіжного заходу. Це питання повинно вирішуватися або в окремому судовому засіданні іншим суддею (слідчим суддею), або вирішуватися по канонам продовження запобіжного заходу.

Таким чином, дотримання принципу змагальності вимагає, щоб під час розгляду скарг при здійсненні судового контролю матеріали справи досліджувалися в суді за участю прокурора, підозрюваного (обвинуваченого), захисника, законного представника, слідчого, дізнавача (ст.261 КПК) та потерпілого, який має право відстоювати свої законні інтереси через надання даних, що підтверджують обгрунтованість застосування запобіжного заходу. Законом закріплено можливість одержання інформації про будь-які фактичні дані, що мають значення в справі, у тому числі і з показань потерпілого (ст.65КПК) [97, с.60-65; 124, с.146; 125, с.711-714].

На стадії досудового слідства існує диспропорція прав потерпілого і обвинуваченого [452, с.83-88; 455, с.50-55; 524, с.25, 65 та ін.], а тому в чинному КПК слід закріпити положення про обов'язкову їх та захисника присутність на будь-яких судових слуханнях з приводу обрання запобіжного заходу, її продовження чи скасування та надання адекватної можливості проконсультуватися із захисником ще до початку слухання. Їх відсутність слід визнавати грубим порушенням права на захист і принципу змагальності. КПК України, на відміну від КПК РФ, не містить положень про оскарження інших рішень, дій або бездіяльності вищевказаних суб'єктів, якщо вони здатні завдати шкоди конституційним правам і свободам учасників кримінального судочинства або утруднити доступ

громадян до правосуддя. Принцип змагальності вимагає, щоб скарга розглядалася в судовому засіданні з залученням всіх осіб, чиїх інтересів безпосередньо торкаються оскаржувані постанови, рішення, дії чи бездіяльність з метою надання сторонам можливості обґрунтовувати свої вимоги і заперечення щодо законності й обґрунтованості діянь чи рішень, що оскаржуються.

У практичному плані доцільно в КПК визначити коло осіб, що мають право оскаржити дії та рішення органу досудового слідства, прокурора.Сюди слід віднести всіх зацікавлених суб'єктів процесу: підозрюваних, обвинувачених, потерпілих, захисників, законних представників, цивільного позивача, цивільного відповідача, їх законних представників тощо; юридичних осіб, яким злочином завдано шкоду; осіб, яких через недогляд органів слідства не визнано потерпілими, цивільними позивачами [97, с.4, 60-65]; осіб, які в ході досудового слідства не були у встановленому законом порядку визнані учасниками процесу, але щодо них зроблені висновки, які мають юридичне значення. Участь у суді прокурора, що здійснює нагляд за органами досудового слідства, повинна бути обов'язковою, бо він в межах своїх повноважень, вправі у будь-який момент припинити порушення закону. З метою забезпечення дії принципу змагальності участь захисника там, де є участь прокурора, слід визнати обов'язковою.

Ухваленим рішенням, яке оскаржується, можуть бути порушені права обвинувачених, потерпілих, цивільних позивачів і відповідачів, їхніх законних представників, тому доцільно передбачити в КПК зупинення виконання рішення чи дії, які оскаржуються, бо може виникнути загроза порушення права на справедливий суд, про що йдеться у ст.6 ЄКПЛ. Такий підхід не суперечить рішенню Конституційного Суду України від 30.10.1997 року (по справі Устименка), за яким прийняття рішення не може стати перешкодою для подальшого звернення до суду [185, с.52-57]. Такий підхід відповідає і рішенню Конституційного Суду України №6-зп від 25 листопада 1997 року (по справі громадянки Дзюби Г.П. щодо права на оскарження в суді неправомірних дій посадової особи) [185, с.58-61], за

яким ч.2 ст.55 Конституції слід розуміти так, що кожна особа в Україні має гарантоване державою право оскаржити в суді загальної юрисдикції рішення, дії чи бездіяльність будь-якого органу, посадових і службових осіб, якщо вважає, що вони порушують її права і свободи чи перешкоджають їх здійсненню, а тому потребують правового захисту в суді.

Конституційний Суд України по справі за зверненням жителів міста Жовті Води (рішення №9-зп від 25.12.1997 року) роз'яснив частину першу статті 55 Конституції як таку, що кожному гарантовано право на захист прав і свобод у судовому порядку. Суд не може відмовити у правосудді, якщо громадянин вважає, що його права порушені або порушуються, створено або створюються перешкоди для їх реалізації, мають місце інші утиски прав і свобод, бо це є порушенням права на судовий захист, яке не може бути обмежене (ст.64 Конституції) [185, с.114-117]. Не може бути жодних винятків щодо здійснення особою конституційного права безпосередньо звертатися до суду зі скаргами; право на судовий захист (ст.ст.8, 55, 62 Конституції) належить до основних, невідчужуваних прав і свобод людини і однаково стосується можливого судового оскарження актів, дій чи бездіяльності посадових осіб органів досудового слідства і прокуратури, бо ними можуть порушуватися права і свободи (рішення Конституційного Суду №6-рп/2001 по справі щодо конституційності статті 248-3 ЦПК України) [186, с.388-396].

Судовий захист - це вид державного захисту, який є гарантією і конкрентним засобом ефективного поновлення громадянина в правах через правосуддя. Це право не може бути обмежено навіть в умовах воєнного або надзвичайного стану (рішення Конституційного Суду №8-рп/2002 від 7.05.2002 р. по справі щодо підвідомчості актів про призначення або звільнення посадових осіб) [187, с.248-254]. Обмеження кола суб'єктів оскарження є незаконним (у РФ воно обмежене тільки заявником) [344, с.45]. Суд, розглядаючи скарги, не повинен розглядати та вирішувати заздалегідь ті питання, які він вирішує при розгляді кримінальної справи по суті, бо це буде порушенням конституційних засад правосуддя (рішення Конституційного Суду України №3-рп/2003 від 30 січня 2003 року) [188, с.121-129].

Основним його завданням при виконанні функцій судового контролю є встановлення факту, чи дійсно права і свободи особи було порушено, або вони порушуються; чи були створені або створюються перешкоди для їх реалізації, або має місце інше ущемлення прав і свобод та поновити їх або усунути перешкоди для їх реалізації.

З приводу судового контролю за законністю й обґрунтованістю обшуків, прослуховуванням телефонних та інших переговорів, накладенням арешту на поштово-телеграфні відправлення, їх огляду і виїмки слід керуватися в першу чергу Конституцією, яка не дає процедурних рекомендацій, але є законом прямої дії. КПК закріпив порядок звернення слідчого до суду з поданням про вчинення цих слідчих дій, але слід уточнити, які документи повинні додаватися до такого подання. Арешт поштово-телеграфної кореспонденції і зняття інформації з каналів зв'язку, тягне обмеження конституційних прав на таємницю листування, поштових, телеграфних повідомлень, а тому проведення їх допускається тільки за умови судового контролю, який є гарантом забезпечення і захисту прав громадян під час виконання цих слідчих дій. В чинному КПК не закріплено положення про нові технічні засоби отримання інформації: комп'ютерне сканування, SMS-зв'язок, використання приладів відстежування за допомогою комп'ютерної техніки та комп'ютерних технологій. Поза увагою залишено питання розслідування за допомогою інформаторів та агентів, які працюють під прикриттям, що є новелою для вітчизняного кримінально-процесуального законодавства, тому слід передбачити усунення цієї правової прогалини щодо надання суду дозволу на отримання інформації і з нових джерел, в тому числі технічних.

Незалежний суддя є найбільш об'єктивним суб'єктом контролю на стадії досудового слідства, бо він "не може мати "свого інтересу" у кримінальній справі...в противному разі він підлягає відводу" [104, с.144]. У вітчизняному кримінальному процесі вкрай необхідно ввести процесуальну фігуру слідчого судді, до компетенції якого слід віднести підготовку справ до розгляду в стадії призначення справи до судового розгляду, збір

матеріалів і порушення справ приватного обвинувачення [413, с.16-17]; вирішення питань обрання, продовження строків і зміни запобіжного заходу; санкціонування огляду, обшуку житла та іншого володіння особи, службових приміщень; накладення арешту на кореспонденцію та зняття інформації з каналів зв'язку; вирішення питань щодо перевірок правомірності обмеження прав людини на досудовому слідстві; вчинення дій з підготовки до розгляду справи в суді та винесення її на судове засідання [106, с.696]; здійснення контролю за процесуальними рішеннями слідчих; розгляд заяв, скарг про відвід слідчих; скарг на дії, бездіяльність і рішення органів досудового слідства, прокурорів; розгляд питань про відвід захисника з формальних і неформальних причин; забезпечення цивільного позову; визначення загального напрямку розслідування; вибір доказів, що підлягають дослідженню тощо.

Слід передбачити подачу апеляції на рішення слідчого судді, яка буде розглядатися окремою палатою апеляційного суду. Моделлю для цього може служити Франція, досвід якої можна використати для організації судового контролю за вітчизняним досудовим слідством; де існує судовий орган, що контролює слідчого суддю – суддя щодо свобод і ув'язнень, який отримав частину повноважень слідчого судді та слідчі камери, які реформовано у слідчий орган другої інстанції [111, с.328-331; 122, с.79-81]. Це дає змогу слідчому судді залишатися незалежним від прокурора, прирівняти у правах процесуальні сторони, забезпечити належний судовий контроль, встановити процесуальні гарантії у сфері застосування примусових заходів.

Континентальні процесуальні системи Європи реформуються за рахунок резерву для розширення змагальності – досудового слідства. В 1993 році у Франції пом'якшили слідчий характер досудової підготовки через звільнення слідчого судді від обов'язку пред'являти обвинувачення. Це потягло різке зниження активності судової поліції і змусило повернутися до звичного розподілу процесуальних функцій, де розслідування веде суддя-слідчий, який збирає докази, арештовує і пред'являє обвинувачення, тобто суміщає юрисдикційні повноваження з

розслідуванням злочину [88, с.126-127]. За цією процедурою захист у правах прирівняли до обвинувачення за рахунок пасивних гарантій на оскарження незаконних дій і контролюючої ролі обвинувальної камери. В Італії процес формування доказів змістився в судову стадію, а ініціатива їх збору і залучення перейшла від від суду до сторін [111, с.23; 119, с.125-130]. Обвинувачений і його захисник отримали право проведення паралельного розслідування в повному обсязі.

В Німеччині досудове слідство ліквідували законом "Про реформу кримінально-процесуального права" (1974 р.), а його місце зайняло прокурорсько-поліцейське дізнання з суддею-дізнавачем, що легалізує судові докази шляхом проведення слідчих дій за клопотанням сторін, вирішує питання арешту, має право проводити за власною ініціативою невідкладні слідчі дії, допитувати обвинуваченого, керувати діяльністю експерта, тобто він на половину є суддею-слідчим. В німецькій докрині кримінального процесу переважає позиція, що принцип рівності прав обвинувачення і захисту є несумісними зі структурою німецького кримінального судоустрою [16, с.271, 285], але ця позиція піддається нищівній критиці [13, с.59].

Характерним є те, що західноєвропейські юристи бачать реформування досудового слідства через скасування низкою країн інституту слідчого судді або модифікації його повноважень, вважаючи цей інститут архаїзмом тих часів, коли суд виконував функцію розслідування справ та кримінального переслідування. Цим постулатом керувалися при скасуванні інституту слідчих суддів в Німеччині, Португалії, Туреччині, Італії і зміні їх процесуального статусу у Франції [111, с.23]. Однак інститут слідчого судді – це шлях до вирішення проблем на стадії досудового слідства у вітчизняному кримінальному процесі. Досвід реформування кримінального процесу в країнах Європи показав, що пасивний в зборі доказів слідчий суддя чи його відсутність є серйозним недоліком, бо постає проблема уникнення суміщення функцій активного незалежного судді на слідстві з роллю судді – дослідника схильного до обвинувачення; як сумістити активність суду з активністю сторін.

В цьому випадку "допустима субсидіарна активність суду у виясненні істини по справі, в тому числі проведення ним слідчих дій. Така субсидіарна активність спрямована на відновлення рівноваги, або фактичної рівності сторін" [408], а тому слід виключити суддю, який здійснює судовий контроль за досудовим слідством від подальшої участі у веденні цієї справи і забезпечити його організаційну автономність від установ, які справляють правосуддя. Це дасть змогу розділити дві юрисдикційні функції – судового контролю (in jure) та розгляд і вирішення справи (in judicio) [406, с.52].

Незалежний судовий контроль, об'єктивне досудове слідство неможливі без наявності слідчого судді, об'єктивного і незалежного дослідника обставин злочину [217, с.14], з введенням якого відпадає частина невластивих як слідчому, так і прокурору функцій, їх чіткий розподіл і буде гарантією дії принципу змагальності. Слідчий суддя не повинен входити в структури конкретних судів першої інстанції, а має бути повністю автономною процесуальною фігурою. Це буде важливою гарантією дотримання прав і свобод особи [359, с.9 та інші]. Ряд вчених мають протилежну точку зору і вважають наявність судового контролю в рамках кримінального процесу таким, що протирічить характеру застосування при цьому матеріального права і вказують на існування небезпеки того, що здійснення судового контролю втягне суддів в розслідування справ, позбавить їх об'єктивності і породить обвинувальний ухил в їх діяльності [44, с.64; 397, с.5-6], з чим не можна погодитися з огляду на вищенаведені аргументи.

"Функція судового контролю ... передбачає також судовий контроль вищих судів за правильністю застосування правових норм нижчими судами...судовий контроль за процесуальними рішеннями і діями органів дізнання та досудового слідства." [414, с.40]. Контроль вищих судів за правильністю застосування правових норм називають ревізійним судовим контролем. [212, с.75].

§ 2.3. Проблеми здійснення захисту на стадії досудового слідства

Конвеція про захист прав людини та основних свобод (п."c" ч.3 ст.6) [89], Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (п."d" ч.3 ст.14) [269, с.12-34] закріпили право особи захищати себе особисто або через безпосередньо нею вибраного захисника, а при відсутності коштів – через призначеного захисника , коли цього вимагають інтереси правосуддя. Відповідні правові гарантії закріплено Конституцією України, яка передбачила право кожного на правову допомогу (ч.1ст.59). Припис "кожен є вільним у виборі захисника своїх прав" за своїм змістом є загальним і стосується не лише підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного, але й кожної фізичної особи, яким гарантовано право вільного вибору захисника з метою захисту своїх прав та законних інтересів. Це право може бути реалізоване у будь-якому судочинстві (рішення Конституційного Суду України № 13-рп/200 від 16.11.2000 року по справі про право вільного вибору захисника) [186, 372 с.210-216].

Змагальний процес передбачає наявність захисту (статті 43, 43-1, 44, 45 КПК), що закріплено в системі рівних прав обвинуваченого (підозрюваного), за допомогою яких він на стадії досудового слідства може заперечувати обвинувачення (підозру) [494, с.30-34], а гарантією забезпечення права на захист, є право захищати себе за допомогою професійного захисника [518, с.126-131]. Конституція гарантує право кожного на одержання кваліфікованої юридичної допомоги, яка може бути реально забезпечена лише у випадку, коли захисником є професійний юрист-адвокат. "Роль адвокатури в наданні правової допомоги має зрости...необхідно розмежувати статус адвокатів у судовому процесі та інших фахівців у галузі права...доцільно обмежити коло справ, у якому правову допомогу можуть надавати фахівці в галузі права, які не мають статусу адвоката." [191, с.30].

Однак, після прийняття рішення Конституційного Суду по справі Солдатова [186; 372, с.210-216] набув поширення помилковий висновок про те, що захисником у справі може бути будь-який юрист, що значно знизило роль і значення адвокату-

ри. У чинному законодавстві не визначено, хто такі фахівці у галузі права, які мають право на надання юридичної допомоги і брати участь в як захисники. Нам вижається, що, поки не буде закону, яким би визначався статус та діяльність таких фахівців у галузі права, їх не слід допускати до участі у кримінальних справах, бо в Конституції з цього приводу чітко закріплено положення про те, що "для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги в судах... в Україні діє адвокатура"(ч.2 ст.59) [518, с.126-131]. Допуск до захисту людей, правовий статус яких не врегульовано законом, є небезпечною тенденцією, бо захист повинні здійснювати професіонали, статус яких врегульовано законом [246, с.8-10; 255, с.24-27; 341, с.245-256]. Допуск до захисту тільки адвокатів, високі вимоги до адвоката-захисника, ліцензування їх діяльності – характерні для законодавства про адвокатуру в усіх країнах [51, с.136-143; 349 ; 485, с.53-59]. Недоцільною, на наш погляд, є участь у кримінальній справі близьких родичів, статус яких не врегульовано, а професійний рівень не дає змоги нічого зробити для покращення становища обвинуваченого, а тому слід внести з цього приводу зміни до КПК [255, 24-27].

Видається, що саме через призму укріплення позиції захисту на стадії досудового слідства теж слід проводити реформування вітчизняного кримінального процесу, бо досудові стадії процесу вимагають посилення змагальності. Процесуальні можливості органів кримінального переслідування і сторони захисту не рівні: органи досудового слідства озброєні владними повноваженнями і кращими організаційними, технічними, матеріальними та іншими можливостями, а обвинувачений і його захисник такими повноваженнями і можливостями не володіють. З метою здійснення ефективного захисту і протистояння незаконним діям органів досудового слідства слід удосконалити правові можливості сторони захисту в цій стадії. Ця проблема була предметом вивчення багатьох процесуалістів та викликала неоднозначні висновки у підході до її вирішення [21, с.28-35; 53, с.180; 68, с.116; 93, с.868-875 ; 94, с.19-22; 130, с.16-17; 525, с.7-44; 142, с.17-18; 148, с.33; 193, с.30-35; 206, с.144; 247 с.331-339; 443, с.248-253; 488; 518, с.126-131 та інші]. На сучасному

етапі розвитку права її намагаються вирішити шляхом розширення прав захисника на досудовому слідстві.

Рівноправність сторін - це насамперед рівні процесуальні можливості і засоби при здійсненні своїх повноважень. Для реалізації принципу змагальності вирішальну роль мають обсяг і співвідношення прав учасників процесу, тобто реальна змога вільно розпоряджатися своїми матеріальними і процесуальними правами, мати свободу у наданні доказів і доведенні їх переконливості перед судом, бо справедливий закон – це не рівний для всіх закон, а такий, який створює додаткові можливості захисту для слабшого. Необхідно ввести в КПК України термін "сторони", що надасть можливість чітко розмежувати суб'єктів кримінального процесу, визначити їх статус у змагальному процесі.

Реальний захист прав особи можливий за умови своєчасного надання кваліфікованої юридичної допомоги, однак у законі відсутні чіткі критерії, за якими визначається момент, коли права і свободи особи почнуть порушуватися діями, пов'язаними з її кримінальним переслідуванням, щоб можна було говорити про необхідність надання їй захисника. Відсутність вирішення законодавцем питання про момент допуску захисника в кримінальний процес не забезпечує можливості особи захищатися повною мірою від такого переслідування, бо норми КПК не дають чіткої відповіді на це питання і не містять поняття кримінального переслідування. Захисник допускається до участі у справі на будь-якій стадії процесу (ст.44 КПК), а ст.45 КПК передбачає допуск захисника з моменту визнання особи підозрюваною чи пред'явлення їй обвинувачення.

У законі допуск захисника пов'язано з моментом порушення кримінальної справи проти конкретної особи і прийняттям рішення про визнання підозрюваною особи, щодо якої порушена кримінальна справа (ч.1 ст.45 КПК). Статус підозрюваного за діючим законом надає особі змогу захищатися від висунутої проти неї підозри в здійсненні злочину, у тому числі і за допомогою використання права на професійного захисника, однак у КПК нечітко виписано момент визнання особи підозрюваною та термін перебування особи в статусі підозрюваної. КПК пе-

редбачає 2 підстави визнання підозрюваним: коли особу, затримано по підозрі у вчиненні злочину і коли щодо особи застосовано запобіжний захід до винесення постанови про притягнення її як обвинуваченої. В законі відсутнє вирішення проблеми захисту особи, щодо якої порушено кримінальну справу, про що вона може бути вчасно не поінформованою, та коли щодо неї не прийнято рішення про визнання її підозрюваною; щодо особи, відносно якої порушено кримінальну справу і яку не затримано по підозрі у вчиненні злочину; щодо особи, до якої не застосовано запобіжний захід до винесення постанови про притягнення її як обвинуваченої.

Відсутнє у чинному законодавстві чітке визначення терміну, протягом якого часу особа може бути підозрюваною, хоча за законом при застосуванні запобіжного заходу до особи, обвинувачення їй має бути пред'явленене не пізніше десяти діб (ч.4 ст.148 КПК). Вважаємо, що особа може перебувати як підозрювана не більше 10 діб і саме такий граничний термін необхідно встановити в чинному кримінально-процесуальному законодавстві. Слід також передбачити таку підставу допуску захисника до участі у справі, як початок здійснення інших заходів процесуального примусу чи інших процесуальних дій, що торкаються прав і свобод особи, підозрюваної в скоєнні злочину, а також надати цій особі право користуватися допомогою захисника з моменту реальної загрози обмеження прав і свобод особи у зв'язку з кримінальним переслідуванням.

Гончаренко С.В. вважає, що користуватися допомогою захисника громадянин повинен з моменту реального обмеження прав і свобод у зв'язку з кримінальним провадженням [299, с.41], а Шумило М.Є. вважає, що процес має бути змагальним від початку кримінального переслідування, тобто від часу, коли особу поставлено до відому, що проти неї порушено кримінальну справу [160]. Однак загроза обмеження прав настає раніше, коли права ще не обмежені. Особу можуть поставити до відома, що стосовно неї порушено кримінальну справу занадто пізно, тим більше, що найчастіше справу порушують за фактом навіть тоді, коли з постанови про її порушення видно, кого вона стосується.

На практиці слідчі застосовуть різні незаконні методи, в тому числі і допит особи як свідка, з метою унеможливити нею реалізацію права на захист і допуск захисника до участі у справі, користуються правовою необізнаністю громадянина на шкоду його правам і законним інтересам, бо адвокат міг би цьому перешкодити. Правам свідка ніби-то нічого й не загрожує і за чинним законодавством він не користується правом на допомогу адвоката, але за зібраними матеріалами це потенційний підозрюваний, якого введено в оману шляхом допиту як свідка. В чинному КПК слід передбачити право свідка на захист та допомогу захисника.

Не випадково правила Міранди, даючи тлумачення V і VI Поправок до Конституції США, право зберігати мовчання і право на присутність адвоката взаємопов'язали [280]. Допуск захисника повинен мати місце на будь-якій стадії процесу і раніше затримання, визнання особи підозрюваною чи пред'явлення їй обвинувачення. Конституційний Суд РФ з цього приводу дав роз'яснення, яке називають правилом Маслова, за яким право на захист виникає з моменту загрози правам і свободам громадянина, тобто кожна особа, щодо якої вчиняються дії, спрямовані на виявлення доказів, фактів, обставин, які викривають її, вправі вимагати захисту адвоката [347]. Доцільно допустити захисника до участі у справі з моменту, коли права особи знаходяться під загрозою їх обмеження. Слід доповнити КПК ще однією підставою обов'язкової участі захисника: щоб захисник брав участь кожного разу, коли це вимагається в інтересах правосуддя.

Що слід розуміти під процесуальними діями, "які порушують права і свободи особи, підозрюваної в здійсненні злочину"? При провадженні по кримінальній справі практично будь-яка процесуальна дія певною мірою обмежує права осіб, втягнутих в неї. В чинному КПК доцільно вказати, що до інших процесуальних дій, які порушують права і свободи особи, підозрюваної в здійсненні злочину відносяться дії, підставою для проведення яких є процесуальне рішення, прийняте судом, слідчим, дізнавачем. Вимога його прийняття для проведення тих чи інших слідчих дій означає, що будь-яке обмеження або утиски прав

і законних інтересів при цьому могли б бути виправдані умовами конкретної ситуації, а проведення щодо конкретної особи таких дій свідчить про наявність щодо неї підозр (наприклад, проведення обшуку, вилучення, здійснення її огляду, обмеження свободи вільного пересування та ін.).

З метою процесуального забезпечення рівності прав сторін обвинувачення і захисту обвинуваченому і його захиснику слід надати виключні права для забезпечення можливості ефективно протистояти кримінальному переслідуванню: мовчання обвинуваченого не може розцінюватися як доказ вини чи як обтяжуюча обставина; тлумачити сумніви у винуватості в користь обвинуваченого; тлумачити недоведення вини як доведеної невинуватості; обов'язок доводити вину слід покласти на обвинувача; розширити права потерпілого, в тому числі право на захист. Заслуговують уваги з цього приводу положення Конституції США, за якими право захисту визначає, що не може існувати обмежень дій адвоката, спрямованих на відстоювання інтересів особи за практикою судового процесу, встановленою 6-ю і 14-ю поправками [7].

Чинним КПК не чітко закріплено право підозрюваного (обвинуваченого) не давати свідчень (ст.ст.43,43-1,73,74), за винятком п.2 ч.1 ст.142, а тому у законі слід чітко закріпити право не давати свідчень щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів і як додаткову гарантію – не відповідати на запитання. Прикладом є рішення Верховного суду США у справі Miranda v. Arisona [280, 8], за яким підозрюваному надано ряд прав при затриманні, арешті і допиті поліцією.

Свідчення, отримані у в'язниці, не можуть бути використані у суді, якщо поліція не надасть гарантій проти його самозвинувачення та ознайомлення з правами: мовчати, не давати показів і не відповідати на запитання, бо все, що він скаже може бути використано проти нього в суді; порадитися з адвокатом, який може бути присутній під час допиту; на безкоштовний захист, якщо особа не може сплатити послуги адвоката; відмова підозрюваного від прав мовчати та мати адвоката має бути свідомою, добровільною, без будь-якого тиску. Якщо особа показує будь-яким чином, що не бажає відповідати – допит

має бути припинений; у разі виявлення бажання спілкуватися з адвокатом, допит має бути зупинений до приходу адвоката або до тих пір, поки особа сама не продовжить відповідати на запитання [280, 11, 5]. Після консультацій з адвокатом допит не може продовжуватися без адвоката [12]. Тривалий допит особи або ув'язнення без права спілкуватися, після яких зроблено визнання, вважається свідченням примусової відмови від прав особи і тиску на неї. Ці правила слід закріпити у вітчизняному кримінальному процесі та внести застереження, за яким тривалий допит або ув'язнення без права спілкування з адвокатом чи близькими родичами слід вважати грубим порушенням прав особи та тиску на неї.

За чинним законодавством, роз'яснення прав особи, що притягується до кримінальної відповідальності і надання їй допомоги у встановленні зв'язку з захисником чи особами, які можуть запросити захисника, призначення їй захисника – є обов'язком особи, яка проводить досудове слідство (ст.47 КПК). Між тим, практика свідчить, що покладення на органи досудового слідства обов'язку забезпечити ці права підозрюваного і обвинуваченого малоефективне. За даними по Закарпатській області в 2000 році 70% підозрюваних не роз'яснювалися їх права зразу, або роз'яснювалися з порушеннями. За проведеним дослідженням, у 25 % випадків обвинувачення пред'являлося за добу до закінчення досудового слідства, у 55% – за 2–5 діб, і у 20% за 5 і більше діб[1]. Причиною цього явища є те, що чинним КПК не встановилено строки дачі таких роз'яснень, а тому слід передбачити негайне роз'яснення цих прав в момент обмеження чи загрози обмеження прав людини. Суд зобов'язаний контролювати органи досудового слідства щодо роз'яснення вищевказаним особам їх права негайно постати перед суддею і бути вислуханим з питань, пов'язаних з їх утриманням під вартою (п.3 ст.5 ЄКПЛ) [341, с.271-281].

Нечітко виписані у чинному КПК порядок і процедура затримання особи (ст.106-1), які регулюються підзаконним

[1] Статистичні дані СВ УМВС Закарпатської області за 2000 рік. Дослідження проводилися по Тячівському, Хустському, Рахівському районах та місту Ужгороду Закарпатської області.

нормативним актом - Положенням про порядок короткочасного затримання осіб, підозрюваних у вчиненні злочину від 13.07.1976 р. Під час затримання особи та її перебування в цій якості щодо неї вчиняється чи не найбільше порушень її прав, а тому процедуру і порядок затримання слід виписати чітко, максимально наближено до ст. 5 ЄКПЛ [182], передбачивши негайне доставлення затриманого до судді з урахуванням часу, необхідного для встановлення особи та обставин справи, але не пізніше 24 годин.

Однією із гарантій принципу змагальності сторін виступає право на оскарження затримання і арешту в суд [340 с.245-250 ; 342 с.250–256], за яким сторони мають можливість установленими законом засобами і методами обґрунтувати чи спростовувати заперечення щодо законності арешту чи рішення про продовження терміну тримання обвинуваченого під вартою, після чого суд приймає рішення (ст.ст.165^1–165^3 КПК). Скарга особи на порушення її прав повинна розглядатися не тільки з поданням про обрання щодо неї запобіжного заходу, але й може бути розглянута негайно, але не пізніше 24 годин з часу подачі чи під час доставки особи до судді з метою негайного відновлення порушених прав. Особі зобов'язані забезпечити право на доступ до правосуддя. Суд зобов'язаний забезпечити право на справедливий судовий розгляд [77, с.220–221; 95, с.280–282; 101, с.32 ; 458, 202-208] і за будь-яких обставин строк досудового слідства не повинен перевищувати меж необхідності, при цьому крім права на справедливий судовий розгляд, має бути забезпечене право на ефективний засіб захисту (ст.ст. 6, 13 ЄКПЛ). На практиці суди задовольняють подання органів досудового слідства, прокурора без глибокого вивчення матеріалів справи, особи затриманого (арештованого) і застосовують запобіжний захід – тримання під вартою при можливості застосувати альтернативні види, хоча тримання під вартою повинно застосовуватися і продовжуватися тільки у разі крайньої необхідності і не повинно застосовуватися ні при яких обставинах як мета покарання (ст.5 ЄКПЛ, п.1 Резолюції (65) 11 Комітету Міністрів Ради Європи, п. 1 Рекомендації R (80) 11 Комітету Міністрів державам-чле-

нам Ради Європи) [519]. За статистикою суди задовольняють близько 90% подань слідства про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Їх число з року в рік зростає: в 2001 році з 26937 подань задоволено 24564 (91,1%), у 2002 році з 66176 – задоволено 60708 (91,7%), у 2003 році з 62062 - задоволено 55647 (~90%). У 2004 році взяття під варту застосовано до 47,8 тис.осіб (80,4%) із затриманих підозрюваних або обвинувачених 59,4 тис.осіб[1], що вже є свідченням зниження такої тенденції. Принципове положення змагальності порушується, коли суд обмежується перевіркою окремих процесуальних моментів і обґрунтовує своє рішення лише аргументами, наведеними слідчим, не наводячи власних. За проведеним дослідженням, із 150 справ судді свої рішення про обрання міри запобіжного заходу в 40 % обґрунтовували аргументами, наведеними у поданні слідчого, і не навели власних мотивів[2].

Рішення про взяття під варту повинно обгрунтовуватися не винуватістю особи та суспільною небезпекою вчиненого злочину, а обставинами зазначеними в ст.ст.148, 150, 155 КПК в сукупності. При цьому суддя вправі вимагати додаткові матеріали; зобов'язаний обговорити і перевірити посилання на невинуватість і відсутність доказів, які підтверджують факт вчинення злочину, не вирішуючи цього питання; зобов'язаний переконатися, що у слідчих органів на момент порушення клопотання про застосування запобіжного заходу було достатньо даних, які дають підстави для притягнення особи до кримінальної відповідальності і необхідності обрання цього запобіжного заходу; дослідити обставини, з якими закон пов'язує можливість обрання цього запобіжного заходу та матеріали, що підтверджують законність і обґрунтованість арешту; дотримання норм кримінально-процесуального законодавства, якими регулюється порядок застосування запобіжного заходу і продовження його строків; наявність в

[1] Див.: За даними Управління узагальнення судової практики та аналітичної роботи з питань законодавства Верховного Суду України.

[2] Дослідження проводилися в Тячівському, Хустському, Рахівському районних судах Закарпатської області та Ужгородському міському суді.

наданих матеріалах відомостей, які підтверджують необхідність обрання цього запобіжного заходу чи продовження його строків [458, с.174–179].

Обов'язок збору доказів, повного, всебічного й об'єктивного дослідження справи лежить на дізнавачу, слідчому, прокурору (ст.ст.22, 65 КПК). Недотримання цих вимог тягне за собою скасування вироку [479, с.17–18; 480, с.115]. Захисник може брати участь у зборі доказів, якщо цього вимагають інтереси підзахисного, хоча він не зобов'язаний доводити невинуватість останнього, бо для цього існує презумпція невинуватості, а усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь, у зв'язку з чим слід стати на сторону обвинуваченого [170, с.399].

Питання щодо наявності у захисника обов'язків по збору та поданню доказів є дискусійним. Розглядаючи докази як будь-які фактичні дані, отримані відповідно до вимог закону, на основі яких за відповідною процедурою встановлюється наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння, винуватість особи та інші обставини, що мають значення для справи, КПК прямо не визначає змісту поняття "подання доказів". З цього приводу є різні точки зору: за одними під поданням доказів розуміють передачу слідчому предметів і документів, що мають значення для справи, [108 ,с.7–8; 109, с.52; 112, с.50–51; 219, с.75; 235, с.115–118], за іншими вважають, що заява, клопотання про збирання доказів чи вказівка на джерело доказів, участь у слідчих діях - теж охоплюється поняттям подання доказів [70, с.141–151; 68, с.116; 148, с.33; 396 с.39; 426, с.15]. Видається, варто було б дотримуватись обох приведених визначень, бо вони разом відповідають тому змісту, в якому "подання доказів" вживається в ст.66 КПК і виділено в ст.48 КПК як самостійні права захисника.

Ряд вчених і практиків підтримують ідею, що з метою забезпечення змагальності захиснику слід надати право збирати докази, бо права захисника на досудовому слідстві обмежені, а чинний КПК не містить заборони на здійснення захисником збору доказів. Слідчий, як правило, у 90% відхиляє клопотання захисника, бо вони спрямовані на отримання доказів, які

спростовують обвинувачення, усувають протиріччя, а система слідства зорієнтована на обвинувачення і закінчення справи обвинувальним висновком[1].

Тому з метою уникнення дискримінації захисту слід наділити захисника правами, аналогічними правам слідчого, і проводити, таким чином, рівноцінне розслідування, так зване "паралельне розслідування" [44, с.22; 96, с.22; 206, с.144; 233, с.152; 318, с.137; 355; 374, с.107; 495, с.45-46; 523 с.38-52; 488; 493, с.19], бо "не буде дійсно змагального ... процесу, якщо не надати адвокатурі права самостійно збирати і надавати ... докази" [318, с.137]. Змагальність можлива лише за умови зрівняння прав і можливостей сторін, без цього вона як принцип просто не має відповідного механізму та гарантій реалізації [508, с.125]. Така ідея відстоювалася і в одному з проектів КПК України та РФ [384, с.39].

Тільки через рівність сторін, змагальність та диспозитивність повинні реалізовуватися права сторін шляхом безпосереднього надання сторонами доказів почергово. Однак, як зазначалося вище, впровадження повної змагальності на досудовому слідстві не зовсім реальне без реформування вітчизняного кримінально-процесуального законодавства. Реалізувати ідею "паралельного розслідування", можна лише зламавши систему українського кримінального процесу, який є процесом змішаного типу, тоді як запропонована форма змагальності характерна для англо-американського кримінального процесу, а тому доцільнішим буде розширення реальних можливостей захисника щодо отримання відомостей, які мають значення для справи, і надання їх слідству [193, с.33].

Противники ідеї "паралельного розслідування", заперечуючи штучне впровадження положень змагальності європейського зразка в непристосовану для цього систему кримінального процесу, вважають, що це зруйнує існуючий порядок розслідування злочинів [110, с.13; 427, с.309-310]. Вони як суб'єктів кримінально-процесуального доказування виділяють тільки органи держави, яким надані виключні повноваження

[1] Дослідження проводилися в Тячівському, Хустському, Рахівському районних судах Закарпатської області та Ужгородському міському суді.

по збору і перевірці доказів [44, с.231-233]. За їх аргументами у захисника немає правових підстав для збору доказів [219, с.68; 401, с.22; 428, с.68], збирати які-небудь відомості шляхом опитування приватних осіб і проводити попередньо бесіди зі свідками він не вправі [446, с.555], а тому може брати участь тільки у дослідженні матеріалів [163, с.18] і доказуванні [218, с.71; 427, с.310], щоб уникнути дублювання дій протилежними сторонами, бо вибіркове фіксування доказів може привести до того, що "здійснення функції захисту перетвориться на кримінальне переслідування, а сторона захисту стане стороною обвинувачення"[500, с.14].

Обгрунтовується і позиція, що надання захиснику права на збір доказів шляхом проведення слідчих дій та участь у всіх слідчих діях перешкоджатиме досягненню цілей кримінального процесу, обмеження його інформованості буде "розумним рішенням, оскільки ймовірність зловживань з боку слідчого є меншою, ніж ймовірність прояву недобросовісності захисника"[516, с.113-120]. В літературі відмічалося, що подаватись можуть предмети та документи, а не усна інформація [484, с.11], тому має місце одержання захисником і передача слідчому носіїв доказової інформації [50, с.41], а їх фіксація є виключним правом органів слідства, в зв'язку з чим захисник не може подавати, або збирати докази. Він вправі робити певні дії за умови, що вони згодом будуть підставами для порушення клопотань про проведення тих чи інших слідчих або судових дій [53, с.195; 130, с.15-17]. Слідчий може визнати об'єкт таким, що не має відношення до справи [213, с.62-68].

З висновком, що адвокат не повинен мати повноважень по проведенню слідчих дій та паралельного розслідування згодні більшість опитаних практичних працівників – 67% суддів, 72% прокурорів і слідчих прокуратури, 69% слідчих МВС, за винятком 79% адвокатів, а у загальній кількості з опитаних працівників – 73% виступає проти надання адвокату цих повноважень[1]. Позиції противників збору адвокатом доказів та проведення ним паралельного розслідування обгрунтовуються різними ар-

[1] Дослідження проведене в Закарпатській області та м. Києві, до якого було залучено 200 респондентів.

гументами, але зводяться до того, щоб законсервувати існуючу в кримінальному процесі України нерівність обсягу прав і можливостей захисту і обвинувачення в стадії досудового слідства. Право захисника збирати відомості про факти, які можуть використовуватись як докази, закріплено в п.13 ч.2 ст.48 КПК, але ця проблема вимагає детальнішого дослідження. Захисник повинен мати право збирати докази шляхом безпосереднього пошуку відомостей, необхідних для захисту [81, с.9; 206, с.142; 425, с.116; 488, с.3; 274, с.126–137] і вести активну діяльність по їх збору в силу законодавства про адвокатуру [159, с.59]. Ми розділяємо точку зору про надання адвокату права без обмежень на збір будь-яких доказів [168, с.57].

Характерною рисою українського кримінального процесу є виняткова компетенція держави в особі її уповноважених органів проводити досудове слідство, а збирання доказів, способи їх закріплення, фіксація, як частина процесу доведення, є невід'ємною частиною діяльності цих органів при проведенні слідства (ст.66 КПК). Ч.1 ст.66 КПК щодо збору доказів слід викласти більш коректно, де передбачити процедуру, яким чином захисник може збирати докази у справі і закріплювати їх, бо в КПК України ця проблема не вирішена. За наявності права захисника збирати відомості про факти, які можуть бути використані як докази, приєднання їх до кримінальної справи покладено в залежність від рішення слідчого,дізнавача, прокурора [180, с.171, 219]. Окремі автори вважаютьспілкування адвоката з особами, які можуть володіти важливими для захисту відомостями– неприпустимим, бо це дасть змогу впливати на майбутнього свідка [60, с.116].

За канонами змагальності і рівності сторін, відомості, які зібрав захисник, зразу є доказами, так само як докази, що їх збирає протилежна сторона – слідчий, орган дізнання, дізнавач, прокурор [181, с.246]. Це положення слід закріпити в чинному КПК, де чітко виписати права захисника по збору і поданню доказів та передбачити методи і способи процесуального їх закріплення. Вони повинні відповідати вимогам про відносність і допустимість доказів. Особи, що дають пояснення адвокату, повинні робити це добровільно, бути поінформованими, що їх

пояснення можуть бути надані як докази у справі і з цього приводу вони можуть бути допитані органами досудового слідства, судом.

Закріплення чи фіксацію показів за згодою особи можна робити і як письмове пояснення, і як відео- або аудіозапис, можна засвідчувати їх підписом особи та захисника, або передбачити їх нотаріальне посвідчення. Пояснення у письмовій формі доцільно викладати на випадок, коли слідчий безпідставно відмовив у задоволенні клопотання про допит особи, або при її заяві про дачу показів у результаті застосування незаконних методів допиту [219, с.74]. Привабливою є ідея про покладення функції закріплення доказів, здобутих адвокатом, на суд, а саме: щоб ці функції здійснював слідчий суддя [355]. З метою забезпечення права захисника на збір доказів, варто передбачити відповідальність у вигляді штрафу за невиконання клопотань адвокатів про надання необхідних документів для осіб, що не виконуватимуть вимоги ст.6 Закону "Про адвокатуру" та закріпити в законі право адвоката зажадати в беззаперечному порядку через суд і ті документи, що не були йому надані добровільно. Важливим кроком у вирішенні цієї проблеми мало бути передбачене проектом Закону України "Про адвокатуру" (№7051) розширення прав захисника з вищезазначених повноважень (ст.29) [313, с.23].

Теоретичний і практичний інтерес представляє питання про обов'язок захисника обґрунтовувати свої клопотання. Мають місце твердження про те, що клопотання захисника завжди повинні бути обґрунтованими [70, с.141-151; 68, с.116; 148, с.33], однак поки захисник не ознайомився з усіма матеріалами справи йому, як правило, буває важко обґрунтувати клопотання, а тому його обґрунтування саме по собі не є для слідчого, дізнавача приводом для відмови у задоволенні клопотання захисника. Чинним кримінально-процесуальним законодавством не врегульовано проблему розв'язання клопотань, заявлених на протязі досудового слідства, не виписано механізму їх вирішення з моменту допуску захисника до участі у справі та з моменту, коли у особи виникло право захищатися від кримінального переслідування, а тому цю прогалину слід усунути. Всебічне, повне й об'єктивне дослідження обставин справи (ст.22

КПК) є обов'язком слідчого, тобто має місце вимога, а тому він зобов'язаний розглянути будь-яке клопотання, що відповідає вимогам закону. Якщо врахувати, що при обґрунтуванні клопотань нерідко використовується ціла система аргументів і логічних доводів, то найбільш доцільною вважаємо письмову його форму, яка дає можливість оцінювати доводи клопотання всім суб'єктам кримінального процесу, від яких теж залежить його вирішення.

Велике значення для досягнення в процесі доведення завдань, що стоять перед захистом, є право захисника брати активну участь у проведенні всіх слідчих дій [63, с.9-10]. Чинним законодавством не урегульовано, хто повинен визначати обов'язковість участі захисника у слідчій дії – сам захисник, його підзахисний, слідчий чи суд. На наш погляд, не слідчий повинен визначати, у якій слідчій дії участь захисника є обов'язковою, бо це порушує принцип змагальності та рівності прав сторін. З метою забезпечення дії принципу змагальності захисник повинен брати участь у всіх слідчих діях, які проводяться з його підзахисним. Винятком може бути тільки згода підзахисного, який після поради зі своїм захисником, може дати згоду на проведення певної слідчої дії з ним без участі захисника. Ця згода повинна бути зафіксована в протоколі слідчої дії. Противники активної участі захисника в слідчих діях вважають, що це може створити труднощі слідчому в застосуванні рекомендованих криміналістикою тактичних прийомів провадження допиту [149, с.209-214], що є надуманим. Слідство не повинно зводити роль адвоката до ролі статиста в слідчій дії.

Заслуговує уваги пропозиція, за якою слідчий повинен забезпечити захиснику можливість давати запитання не по закінченні слідчої дії. Захисник повинен давати їх і в ході такої дії [219, с.77-85], що гарантуватиме дотримання принципу змагальності, забезпечуватиме реалізацію функції захисту і гарантії рівності прав сторін у процесі. Право захисника давати запитання допитуваним особам робить його активним суб'єктом доведення. Тому у чинному КПК слід врегулювати відносини, що виникають із права захисника активно брати участь у слідчих діях, де повинні бути враховані інтереси і захисника, і органів досу-

дового слідства. Сторони не можуть з користю брати участь у процесі, якщо вони не можуть реалізувати свої права щодо дій, з приводу яких вони могли б надати свої заперечення, чи клопотання [326, с.68]. Слідчий зобов'язаний належним чином повідомити захисника про час і місце вчинення слідчої дії, такий його обов'язок випливає з права захисника брати участь у всіх слідчих діях за участю його підзахисного [219, с.82]. Правило щодо обов'язку слідчого вчасно повідомити захисника про час і місце проведення слідчої дії, у якій захисник має право взяти участь слід закріпити в КПК. Невиконання ним цього обов'язку повинно визнаватися істотним порушенням права на захист.

Слід врегулювати проблему обсягу прав потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого і захисника при проведенні експертизи. Вона має певну специфіку порівняно з іншими слідчими діями. При призначенні і проведенні експертизи обвинувачений наділений додатковими правами, що закріплені в статтях 142, 197, 205 КПК та цими правами не наділені підозрюваний, потерпілий навіть у випадку їх направлення в судово-медичну установу для проведення експертизи. За законом слідчий не зобов'язаний знайомити їх з постановою про призначення експертизи, а по її закінченні - з висновком експерта. В інтересах забезпечення змагальності, з метою здійснення повноцінного захисту при призначенні і проведенні експертизи, слід поширити ці права на підозрюваного, потерпілого і захисника [219, с.90 ; 304, с.165; 376, с.117-121; 378, с.86-88; 381, с.15; 510, с.8-9] шляхом внесення відповідних змін у КПК та наділити вищевказаних осіб рівними правами при проведенні експертизи [376, с.117-121; 378, с.86-88] та зборі доказів [70, с.141-151; 112, с.50-51; 234, с.50-51], за рахунок чого збільшиться об'єм гарантій дії принципу змагальності.

За чинним КПК, з усіма матеріалами кримінальної справи обвинувачений і його захисник можуть ознайомитися після закінчення досудового слідства (ст.218). Окремі автори пропонують виключити норму про обов'язок слідчого знайомити обвинуваченого з усіма матеріалами справи [175, с.22-23]. Ця позиція є хибною. З метою здійснення захисту, адекватного обвинуваченню, забезпечення принципу змагальності обвинувачений

його захисник повинні до судового розгляду справи ознайомитися з усіма матеріалами. Не дотримання цього правила судова практика визнає істотним процесуальним порушенням права на захист. Європейський суд з прав людини визнає ознайомлення сторони захисту з усіма матеріалами слідства - обов'язком сторони обвинувачення [353, 221].

Важливим для забезпечення змагальності є питання про обсяг матеріалів кримінальної справи, який необхідно надавати захиснику до закінчення розслідування. Захищатися від обвинувачення, не знаючи на чому воно базується, неможливо, а тому слід надати захиснику право знайомитися з усіма матеріалами. Ця позиція відповідає так званій процедурі habeas corpuse, яка встановлює право доступу до тих документів, якими слідство обґрунтовує обвинувачення з тим, щоб мала місце рівність захисту і обвинувачення. Вона випливає із змісту ст.5 та п.п. "а","б" п.3 ст.6 ЄКПЛ, де вказано, що кожна людина, яка обвинувачується в скоєнні кримінального злочину має право бути повідомленою про підстави пред'явленого обвинувачення і мати можливості для підготовки свого захисту. На нашу думку, у ст.121 КПК, де мова йде про те, що з даними слідства можна знайомитися лише з дозволу слідчого і у тому обсязі, який він визнає за можливий закладена процесуальна нерівність обвинувачення і захисту, яку слід усунути, а тому у чинному КПК слід передбачити правило, за яким стороні захисту слід надати право знайомитися з усіма матеріалами, якими обґрунтовується обрання (зміна) міри запобіжного заходу, пред'явленого обвинувачення та надати таке ж право з моменту виникнення реальної загрози конституційним правам і свободам громадянина.

Противники такого підходу вважають, що поінформованість сторони захисту про докази, які є в матеріалах справи, може обмежити тактичні можливості одержання правдивих показів, а обвинувачені використовуватимуть отриману інформацію на протидію розслідуванню і перешкоджатимуть слідству, що становитиме загрозу розкриттю злочинів [198, с.109; 511, с.122-123]. Така позиція є хибною. Участь адвоката надасть можливість виправити помилки і не допускати порушення прав особи, бо адвокат зобов'язаний вчасно реагувати на будь-які

порушення прав підзахисного та вимагати їх усунення.

У постанові про притягнення як обвинуваченого слідчий повинен навести основні докази вини [211, с.111; 226, с.66; 305, с.54], що дасть можливість активно проводити захист. Вимога "мотивованості постанови" (ст.131КПК), на думку окремих авторів, не має на увазі обов'язковість надавати докази, покладені в основу обвинувачення, а означає вимогу вказувати в постанові тільки встановлені по справі обставини, без приведення доказів, якими обґрунтовують висновок про їх наявність [229, с.75]. З метою уникнення необґрунтованого обвинувачення, вважаємо, що ст.132 КПК слід доповнити вимогою про обов'язковість зазначення в постанові про притягнення як обвинуваченого доказів, що обгрунтовують обвинувачення, а ст.142 КПК – доповнити положенням про те, що обвинувачений і його захисник вправі знайомитися з доказами вини, наведеними в цій постанові.

Істотними гарантіями при ознайомленні обвинуваченого і його захисника з матеріалами кримінальної справи є заборона обмеження їх в часі, необхідному для ознайомлення з цими матеріалами (ч.5ст.218 КПК). Однак, мають місце випадки, коли на ознайомлення з матеріалами кримінальної справи затрачається більше часу, ніж на розслідування [175, с.22], тому слідчий має право своєю мотивованою постановою визначити термін ознайомлення з матеріалами справи. Посадові особи адміністрації місця попереднього ув'язнення зобов'язані забезпечити необхідні умови для надання правової допомоги захисником без будь-яких перешкод [373, с.36], що необхідно закріпити у законі.

Має місце точка зору, за якою з метою забезпечення змагальності і рівності сторін у кримінальному судочинстві слід відмовитися від такого правового інституту, як ознайомлення сторони захисту з матеріалами справи після завершення досудового слідства та їй не слід вручати копію обвинувального висновку [322, с.104-111; 323, с.48-52], бо законом не встановлено кореспондуючого обов'язку захисника знайомити з доказами, які спростовують обвинувачення [174, с.22] та сторона обвинувачення заздалегідь відкриває свої секрети. Така позиція видаєть-

ся нам хибною, бо систематизацією зібраних доказів, формулюванням висновків по справі, закінченій слідством, оперуючи наявними в ній матеріалами, забезпечується гарантія адекватного захисту на стадії судового розгляду.

Ми дійшли висновку, що часто суди, розглядаючи справу, залишають поза увагою процесуальні порушення, пов'язані зі змістом обвинувального висновку [481, с.16-17; 342, с.42, 64-65; 147, с.355-356]. Необхідно істотно змінити вимоги до його змісту: в обвинувальному висновку слідчий повинен вказати перелік доказів, що підтверджують обвинувачення; перелік доказів, на які посилається сторона захисту та відобразити всі основні слідчі дії, проведені по справі. Захисник не зобов'язаний знайомити слідчого з усіма зібраними матеріалами, вказувати майбутнього свідка захисту. Він може викласти свої заперечення щодо обвинувального висновку письмово, однак це не є його обов'язком. Право захисника викласти свої заперечення проти обвинувального висновку не перешкоджає надати йому та обвинуваченому можливості ознайомитися з обвинувальним висновком у більш ранній термін, ніж це передбачено зараз, що слід закріпити в КПК.

Висновок до 2 розділу

1. У цьому розділі розглянуто найактуальніші проблеми досудового провадження, які існують з моменту порушення справи. Зроблено спробу детально дослідити спірні питання і структуру кримінально-процесуальної діяльності, особливості реалізації принципу змагальності в стадії досудового слідства та проблеми здійснення захисту в цій стадії.

2. З метою посилення гарантій незалежності слідчого запропоновано шляхи до вирішення проблеми його процесуальної самостійності через процесуальне закріплення і посилення його прав і обов'язків та комплекс заходів, прийняття яких дасть змогу удосконалити процесуальний статус слідчого і в той же час захистити права осіб, які втягнуті в орбіту провадження по кримінальній справі. Закриття кримінальної справи за будь-яких підстав повинен здійснювати лише суд, бо будь-

які обмеження прав і свобод особи повинні вчинятися лише за його рішенням. Порушено проблему щодо надання прав слідчому на оскарження вказівок прокурора і начальника слідчого відділу до суду.

3. Дії та рішення, які носять обвинувальний характер: порушення та відмова в порушенні кримінальної справи, визнання особи підозрюваною та обвинуваченою, пред'явлення обвинувачення та складення обвинувального висновку – повинні здійснюватися лише прокурором. Обвинувальну функцію повинен виконувати прокурор, а при певних обставинах – потерпілий. Пропонується конструкція розширення гарантій принципу змагальності на досудовому слідстві за рахунок розширення прав потерпілого, законного представника, цивільного позивача, обвинувачёного і його захисника, введення судового контролю за діями слідчого і прокурора, який повинен здійснюватися судом з ініціативи особи, яка переслідується та її захисника.

4. З метою посилення дії принципу змагальності на стадії досудового слідства обґрунтовано необхідність введення нового суб'єкта кримінального процесу - слідчого судді. Зроблено спробу визначити перелік його повноважень. Запропоновано покласти на суди обов'язок вирішення всіх конфліктів між особами, що здійснюють досудове слідство, з одного боку, і учасниками кримінального процесу – з другого; доповнити чинний КПК положенням про те, що тільки суд правомочний приймати рішення про накладення арешту на майно, включаючи кошти фізичних і юридичних осіб, що знаходяться на рахунках чи внесках на збереженні в банках і інших кредитних організаціях.

5. Пропонуються нові підстави процесуального забезпечення прав на звернення до суду, якщо громадянин вважає, що в ході досудового слідства був ускладнений доступ до правосуддя, обмежені його права в розумний термін, без невиправданої затримки одержати ефективне і справедливе правосуддя. Обґрунтовується необхідність розширення судового контролю за рахунок оскарження в суд відмови в задоволенні клопотання сторони захисту про проведення слідчих дій по збиранню доказів. З метою посилення прав і свобод громадянина запропоновано покращений варіант процедури обрання запобіжно-

го заходу та вирішення його в окремому судовому засіданні за обов'язкової участі захисника, підозрюваного (обвинуваченого), потерпілого.

6. В ході здійснення контрольних дій на стадії досудового слідства пропонується надати суду право скасування будь-якого незаконного рішення органу дізнання, досудового слідства, слідчого чи прокурора, яке буде оскаржене сторонами, що сприятиме реалізації принципу змагальності на цій стадії. На момент прийняття будь-якого рішення щодо обрання міри запобіжного заходу, її продовження чи скасування повинен бути присутній захисник.

До осіб, які мають право оскаржити дії, бездіяльність і рішення органів досудового слідства і прокурора пропонується віднести фактично всіх зацікавлених суб'єктів процесу: підозрюваних, обвинувачених, потерпілих, їх захисників і законних представників, цивільного позивача, цивільного відповідача, їх представників та осіб, у тому числі і юридичних, яким злочином заподіяно шкоду, які через недогляд органів розслідування не визнані потерпілими, цивільними позивачами, а також осіб, які в ході досудового слідства хоча і не були у встановленому законом порядку визнані учасниками процесу, але щодо них зроблені висновки, що мають юридичне значення. Визнати обов'язковою участь захисника там, де є обов'язковою участь прокурора.

7. З метою посилення гарантій і прав осіб, які притягуються до кримінальної відповідальності пропонується закріпити положення про нові технічні засоби (джерела) отримання інформації: комп'ютерне сканування, SMS-зв'язок, використання приладів відслідковування за допомогою комп'ютерної техніки; розслідування за допомогою інформаторів та агентів, які працюють під прикриттям. Пропонується внести зміни до КПК, за якими щоб тільки суд надавав дозвіл на отримання інформації з нових джерел.

8. Посилення принципу змагальності на стадії досудового слідства вимагає нових підходів вирішення проблем реалізації принципу змагальності, в зв'язку з чим пропонується вирішення окремих з них, а саме: визначення моменту допуску захис-

ника до участі у справі; визначення терміну перебування особи в статусі підозрюваної; нових підстав допуску захисника до участі в справі; визнання додаткових підстав прорушення прав підозрюваного та тиску на нього; розширення прав захисника і обвинуваченого на ознайомлення з матеріалами, що обґрунтовують клопотання про обрання, зміну чи продовження міри запобіжного заходу та їх право обов'язкової участі під час розгляду цього питання; розширення прав захисника по збору доказів та механізм цієї процедури; передбачено обов'язок слідчого забезпечувати участь захисника у всіх слідчих діях, які проводяться за участю його підзахисного.

9. З метою зміцнення процесуального статусу захисника слід наділити його додатковиими повноваженнями за рахунок збільшення переліку обов'язкової участі в різних стадіях процесу, прирівнявши у процесуальних правах до обвинувача, що слід закріпити у чинному КПК, а саме: там де визнано участь прокурора обов'язковою, такою ж визнати і участь захисника; закріпити право свідка користуватися допомогою захисника; передбачити участь захисника як представника потерпілого чи цивільного позивача; обов'язкову участь захисника у розгляді справи в апеляційній та касаційній інстанціях; обов'язкову участь захисника при повторному розгляді кримінальної справи після скасування вироку апеляційною або касаційною інстанцією; обов'язкову участь захисника, якщо санкція статті передбачає позбавлення волі понад 5 років; обов'язкову участь захисника по складних, багатоепізодних справах; обов'язкову участь захисника в інтересах потерпілих, якщо вони страждають психічними чи фізичними вадами, або є неповнолітніми чи малолітніми.

Розділ 3

Принцип змагальності в судових стадіях кримінального процесу

§ 3.1. Особливості дії принципу змагальності на стадії попереднього розгляду справи судом

Провадження справ у суді першої інстанції починається зі стадії попереднього розгляду справи суддею (назва глави 23 в редакції Закону №2533–III від 21.06.2001 року) з цілого комплексу дій судді, пов'язаних з розглядом ряду питань, які підлягають з'ясуванню при підготовці до судового засідання, і прийняттю відповідних процесуальних рішень (ст.237 КПК). Дії, які вчиняються суддею під час попереднього розгляду справи,служать гарантією законності, обґрунтованості, об'єктивності вироку. Суддя оцінює докази з точки зору їх достатності для можливого засудження обвинуваченого в майбутньому на стадії судового розгляду справи [205, с.111]. З метою забезпечення прав сторін, їм повинна бути гарантована можливість однаковою мірою впливати на прийняті на цій стадії рішення, при цьому має бути забезпечена незалежність судді. На цій стадії суддею з'ясовується ряд питань за допомогою сторін (ч.ч.2, 3 ст.237 КПК).

Порядок попереднього розгляду справи (ст.240 КПК) містить у собі нерівноправність сторін захисту і обвинувачення, бо він визначає обов'язкову участь прокурора в процесі попереднього розгляду справи, тоді як захисника, потерпілого, обвинуваченого віднесено до інших учасників процесу і щодо них закріплено положення про те, що їх повідомляють про день попереднього розгляду справи, однак їх неявка не є перешкодою для розгляду справи, що ставить ці сторони в нерівні умови на цій важливій стадії процесу. Таке становище робить умовним участь сторін у доказуванні на стадії попереднього розгляду кримінальної справи. Попередній розгляд справи починається з доповіді прокурора щодо можливості призначення справи до розгляду, тоді як думку інших учасників з цього приводу суд може не заслухати, бо їх участь не є обов'язковою.

Якщо з'явилися інші учасники судового розгляду, вони висловлюють свої думки щодо питань, які з'ясовуються суддею на цій стадії: про підсудність справи; про підстави для її закриття або зупинення; про складення обвинувального висновку відповідно до вимог КПК; чи наявні підстави для зміни, скасування або обрання запобіжного заходу;чи допущено під час порушення справи, провадження дізнання або досудового слідства таких порушень КПК, без усунення яких справа не може бути призначена до судового розгляду. Перелік цих питань великий, а закладені в них процесуальні тонкощі не під силу звичайному обвинуваченому та вимагають спеціальних знань, якими володіє тільки професійний захисник.

Ще радянські вчені звертали увагу на те, що вкрай важливою є участь адвоката на стадії віддання до суду [69, с.109; 312, с.51]. За КПК УРСР призначення кримінальної справи до слухання проводилося суддею одноособово на підставі встановлення обгрунтованості викладеного в обвинувальному висновку зібраним по справі матеріалам і достатності наявних доказів для розгляду її в судовому засіданні. Виклик осіб і організацій допускався за умов: якщо вони заявили клопотання про допуск до участі у справі і про подальший напрямок її розгляду, про витребування додаткових доказів, про зміну запобіжного заходу, про цивільний позов і його забезпечення, а також якщо при цьому у судді виникав сумнів в обгрунтованості заявлених клопотань.

За ст. 237 КПК УРСР усі питання, пов'язані з кримінальною справою, суддя вирішував одноособово, без участі сторін: підкориговував обвинувачення, виключав з нього окремі пункти, або застосовував кримінальний закон про менш тяжкий злочин, вручав підсудному копію обвинувального висновку і свою постанову, якою було змінене обвинувачення. КПК УРСР встановлюючи дискреаційні повноваження судді на цій стадії процесу і позбавляючи сторони можливості участі у вирішенні значимих для них питань, практично визначав порядок процесу, несумісний зі змагальністю кримінального судочинства, на що вченими неодноразово зверталася увага і висловлювалася думка щодо необхідності введення попереднього слухання справи з викликом сторін [177, с.12–13; 360, с.205; 468, с.225–231].

Зараз на стадії попереднього розгляду справи судом у стало "більше можливостей реалізації конституційних засад рівності усіх учасників судового процесу перед законом і судом, змагальності сторін та свободи у наданні ними своїх доказів і у доведеності перед судом їх переконливості, забезпечення права на захист" [255, с.26]. За чинним законодавством суди зобов'язані повідомляти про день попереднього розгляду справи обвинуваченого, його захисника та законного представника і надавати їм можливість заявляти клопотання, висловити свої думки з питань, зазначених у ст.237 КПК, та щодо клопотань інших учасників процесу. Це положення роз'яснено Постановою Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 року "Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві" [341, с.271]. У ст.16 попередньої постанови Пленуму з цього питання роз'яснювалося, що суд у необхідних випадках міг запросити в розпорядче засідання обвинуваченого чи його захисника для дачі пояснень з приводу заявлених ними клопотань.

Для рівноцінного протистояння обвинуваченню, що надасть суду змогу об'єктивно призначити справу до розгляду, захист повинен довести своє бачення по кожному з цих питань. Вважаємо, що участь захисника і обвинуваченого на цій важливій стадії з метою забезпечення гарантій реалізації принципу змагальності повинна бути обов'язковою. Необов'язковість участі обвинуваченого у процесі попереднього розгляду справи, суперечить вимогам п.1ст.6 ЄКПЛ, бо винесені судові рішення лишають обвинуваченого права відповісти на доводи обвинувачення, спростовувати їх. Обов'язкова участь обвинуваченого у процесі попереднього розгляду справи зміцнить гарантії принципу змагальності; унеможливить допущення до розгляду в судах справ, по яких є підстави для їх закриття або зупинення; дасть можливість більш якісно вирішувати питання щодо зміни, скасування або обрання запобіжного заходу; унеможливить розгляд в судовому засіданні справ, по яким під час їх порушення, проведення дізнання або досудового слідства було допущено такі порушення вимог КПК, без усунення яких справа не може бути призначена до судового розгляду.

Чинним КПК України функції захисника на цій стадії зведено до ролі спостерігача. На нашу думку, факт необов'язкової участі обвинуваченого, потерпілого, захисника у процесі попереднього розгляду справи може привести порушень ст.6 п.1 ЄКПЛ, бо суддею можуть бути винесені такі судові рішення, які суттєво зачіпатимуть інтереси особи, тоді як вона буде позбавлена можливості оспорювати доводи обвинувачення. На цьому етапі можуть виноситися рішення щодо призначення захисника, а тому обвинуваченому слід забезпечити право висловити свою думку з цього приводу. Участь адвоката також повинна бути обов'язковою з огляду на необхідність забезпечення кваліфікованого захисту на цій стадії, оскільки участь прокурора тут визнається обов'язковою, бо інакше порушуються вимоги процесуальної рівноправності сторін. Така процедура служитиме гарантією дотримання прав особи на цій стадії (ст. 6 ч.3 п."с" ЄКПЛ).

З метою забезпечення гарантій реалізації принципу змагальності на цій стадії судового розгляду, на нашу думку, слід внести з цього приводу в статтю 240 КПК доповнення про обов'язкову участь у попередньому розгляді справи захисника, потерпілого і обвинуваченого.

Передбачивши право зупинення справи або її закриття, законодавець не уточнив, що це може мати місце за клопотанням захисника чи обвинувачення. Взагалі законом передбачено 2 випадки, коли за клопотанням сторін у процесі суддя з'ясовує питання і виносить рішення, а саме: чи не має підстав для притягнення до кримінальної відповідальності інших осіб; чи є підстави для кваліфікації дій обвинуваченого за статтею Кримінального кодексу, що передбачає відповідальність за більш тяжкий злочин, чи пред'явлення йому обвинувачення, яке до цього часу не було пред'явлене. Зупиняючи справу або закриваючи її за власною ініціативою, суд виконує не властиву йому, як органу правосуддя, функцію, такі дії він повинен вчиняти за клопотанням сторін.

Доцільно передбачити обов'язкову участь сторін на попередньому розгляді справи ще і по тій причині, що повноцінна їх участь на цій стадії дасть змогу уникнути випадків, коли в

суді з'ясовуватимуться питання, які перешкоджають вирішенню справи по суті, і суддя змушений повертати її для проведення додаткового розслідування [199, с.36]. Повернення справи на додаткове розслідування зі стадії попереднього розгляду справи в завуальованій формі має на меті допомогу слідству та прокурору виправити допущені ними помилки та суперечить вимогам п.1 ст.6 ЄКПЛ, бо веде до суміщення функцій учасників процесу і надає суду право виступати на стороні обвинувачення (ст.246 КПК), тим більше не повинен цього робити суд за власною ініціативою.

Процедура вручення обвинувального висновку за чинним КПК збережена з радянського пероду (ст.254 КПК), тому зміст обвинувального висновку стає відомим лише за три доби до дня розгляду справи у суді, тоді, як нам видається, ця процедура у присутності захисника повинна мати місце зразу після затвердження його прокурором [69, с.109–110]. За цією процедурою, прокурор повинен вручити обвинуваченому, захиснику, потерпілому копію обвинувального висновку і повідомити, до якого суду буде направлено справу. Принципово інакше ця проблема вирішується у РФ. Кримінальна справа з обвинувальним висновком направляється до суду, а обвинуваченому вручається копія обвинувального висновку з додатками. Такі ж копії вручаються захиснику і потерпілому, якщо вони про це клопочуть.

За КПК РФ є п'ять підстав для проведення попереднього слухання в справі, при чому це можливо як за клопотанням сторін, так і за власною ініціативою суду (ст.229). Попереднє слухання можливе при наявності клопотання сторони про виключення доказу; при наявності підстав для повернення кримінальної справи прокурору; при наявності підстав для зупинення чи закриття кримінальної справи; за необхідності вирішити питання про особливий порядок судового розгляду; для вирішення питання про розгляд кримінальної справи судом за участю присяжних засідателів [180, с.452–453; 181, с.568–569]. Усі найбільш значущі для сторін питання вирішуються в порядку проведення попереднього розгляду справи суддею. Принципово важливим є те, що попереднє слухання проводиться з викликом сторін. Можливість участі обвинувачення і захисту на

цьому етапі забезпечує рівні права сторін перед судом, гарантує захист їх законних прав і інтересів, дозволяє врахувати думки учасників процесу і сприяти винесенню судом справедливого рішення, узгодженню позицій сторін.

При вирішенні клопотань про виключення доказів суддя з'ясовує, чи є у протилежної сторони заперечення проти цього клопотання (ч.4 ст.234 КПК РФ), якщо їх немає – суддя зобов'язаний задовольнити це клопотання. Таке правило, на перший погляд, цілком відповідає змагальній побудові процесу. Однак, тут закладено небезпечну можливість різних зловживань. Сторони одержують можливість домовлятися про виключення того чи іншого доказу, оминаючи суд, від якого нічого не залежить – він у цьому випадку тільки фіксує рішення сторін, при цьому попереднє слухання не проводиться. У той же час КПК РФ передбачає, що у разі заяви клопотання про виключення доказу, копія його передається протилежній стороні в день подання клопотання до суду, що, безумовно, має величезне значення для забезпечення рівноправності сторін при наступному вирішенні судом питання про допустимість доказу; судді надано право самому допитати свідка і долучити до кримінальної справи документ, зазначений в клопотанні (ч.3 ст.235).

До факторів забезпечення реальної рівності прав сторін у ході попереднього слухання справи, яке доцільно закріпити і у вітчизняному кримінальному процесі, слід віднести правило про сприяння стороні захисту, за яким при розгляді клопотання сторони захисту про виключення доказу на підставі, отримання його з порушеннями вимог закону, тягар спростування поданих доводів лежить на стороні обвинувачення, що має місце в РФ [180, с.456–461; 181, с.576–578]. Це надасть захисту певні процесуальні переваги, сприятиме забезпечнню рівних можливостей сторін. Відповідне положення слід внести у чинний КПК та проект КПК України.

У чинному кримінально-процесуальному законодавстві України не встановлено термінів для усунення прокурором порушень ст.ст.228-232 КПК, якщо йому повернуто справу зі стадії її попереднього розгляду. Порушенням принципу змагальності є відсутність права на оскарження постанови про повернення

справи прокурору. На неї має право принести подання тільки прокурор, що свідчить про нерівноправність сторін на цій стадії процесу та про ущемлення прав захисту. Слід передбачити право на оскарження цієї постанови стороною захисту і потерпілим, щоб гарантувати дію принципу змагальності.

Права сторін на стадії попереднього розгляду справи передбачені в ч.2 ст.240 КПК, однак сторони їх не можуть повною мірою реалізувати, бо обов'язок суду щодо забезпечення їх прав на ознайомлення з матеріалами справи виникає лише після призначення справи до слухання (ст.255 КПК), чим порушуються вимоги ч.3 ст.6 ЄКПЛ. Не виправданими і такими, що порушують принцип змагальності є передбачені в ст.255 КПК умови та порядок забезпечення прокурору, підсудному, захиснику, потерпілому ознайомлення з матеріалами справи, за яких це право наступає у вищевказаних осіб після призначення справи до судового розгляду, чим грубо порушується стаття 6/3 п.п."в" ЄКПЛ.

У вітчизняному законодавстві відсутня норма щодо обов'язку суду забезпечити сторонам можливості ознайомлення з матеріалами справи та й взагалі прямо не передбачене таке право, передбачена тільки така можливість, однак вона може бути реалізована тільки за наявності заявленого клопотання. Отже, сторонам надано тільки право заявляти клопотання про ознайомлення з матеріалами справи, що не є рівноцінним з наявністю безпосереднього права на ознайомлення з матеріалами справи. Право на ознайомлення з матеріалами справи сторін процесу носить безпосередній характер. Його використання, коли цього забажає сторона, повинно бути забезпечено гарантіями. З метою належного виконання своїх функцій сторона повинна знати всі матеріали справи, що служитиме додатковою гарантією реалізації принципу змагальності на стадії попереднього розгляду справи.

Прокурор, який підписує обвинувальний висновок, зобов'язаний переконатися у доведеності вини, за наявності сумнівів він повинен направити справу на додаткове розслідування. На практиці ним на цій стадії майже не заявляються клопотання про виключення чи про витребування додаткових

доказів, зміну обвинувачення або відмову від обвинувачення. За розподілом повноважень прокурорів, обвинувальний висновок підписує прокурор, який здійснює нагляд за слідством, але в суді його найчастіше підтримує інший.

Прокурор, що підтримує обвинувачення, приходить до суду з наглядовим провадженням, де є не всі матерали кримінальної справи, а тому він не знає змісту всіх доказів і не може зробити на цій стадії правильного висновку про обґрунтованість обвинувачення. Чинний КПК не передбачає можливості прокурора знайомитися з матеріалами кримінальної справи після затвердження обвинувального висновку, до направлення її до суду, як не передбачає і термінів ознайомлення з матеріалами справи прокурора, який виступатиме як державний обвинувач у суді. За статистикою, 12% прокурорів знайомляться із справою при надходженні її наглядовому прокурору, 18% - в суді до вирішення питання про призначення судового засідання, 77% - після призначення судового засідання, 5% - в ході судового розгляду, що є неприпустимим [199, с.36]. Можливість прокурора ознайомитися з матеріалами справи за ст.255 КПК передбачена після призначення справи до судового розгляду нарівні з іншими учасниками процесу.

Генеральний прокурор України на виконання функцій обвинувачення на стадії попереднього розгляду справи в суді видав наказ №3-гн "Про завдання та організацію роботи прокурорів у судовому розгляді кримінальних справ" від 30 березня 2004 року [151], яким визначив, що прокурори-державні обвинувачі свою позицію щодо можливості призначення справи до розгляду та думку про клопотання учасників процесу повинні обґрунтовувати матеріалами справи та нормами закону, а у разі необґрунтованого повернення справи на додаткове розслідування або її закриття подавати апеляцію чи касаційне подання [220, с.38].

Функція обвинувачення, яку виконує прокурор не повинна позбавляти його об'єктивного підходу до участі у справі. Прокурор повинен відмовитися від обвинувачення, зняти з власної ініціативи справу з розгляду і відкликати із суду, якщо в ході попереднього розгляду встановлено, що докази, якими обґрунтовано обвинувачення, є недопустимими [199, с.39; 250, с.96].

Однак чинний КПК не містить норми, яка б наділяла прокурора повноваженнями відмовлятися від обвинувачення на стадії попереднього розгляду кримінальної справи, як не передбачено і його право змінити обвинувачення на цій стадії та право клопотати про зміну обвинувачення в бік його пом'якшення. Таке право передбачено винятково на стадії судового розгляду і вирішення справи (ст.ст.264, 277 КПК). Обвинувачення визначає межі майбутнього судового розгляду і межі обвинувачення, а тому слід передбачити право прокурора змінювати обвинувачення або відмови від обвинувачення на стадії попереднього розгляду справи. Перенесення таких повноважень процурора на стадію попереднього розгляду справи розширило б можливість виконання наданих прокурору функцій та значно посилило б гарантії дії принципу змагальності на цій судовій стадії.

Щоб спростувати доводи як захисту так і обвинувачення – треба мати для цього достатні аргументи і докази. Право заявляти клопотання про визнання доказів допустимими, про витребування додаткових доказів, про зміну обвинувачення чи відмову від нього сторони повинні реалізовувати і на стадії попереднього розгляду справи, що значно розширить гарантії дії принципу змагальності на цій стадії. Це право слід закріпити в чинному КПК України.

Не сприяє реалізації принципу змагальності відсутність повноважень у сторін на оскарження постанови судді про зупинення справи чи направлення її за підсудністю. Вважаємо, що таке право сторонам слід надати, доповнивши ч.4 ст.249 чинного КПК положенням про надання сторонам права оскаржувати постанови судді про зупинення справи чи направлення її за підсудністю.

На стадії попереднього розгляду кримінальної справи суд вирішує питання про запобіжний захід – взяття під варту. Суб'єктам, які здійснюють обвинувачення і захист необхідно надати право оскаржити рішення про зміну запобіжного заходу, яке виноситься судом на цій стадії, що слід закріпити у чинному КПК та його проекті. Це служитиме додатковою гарантією забезпечення дії принципу змагальності в стадії попереднього розгляду справи.

Не сприяє рівності прав сторін на цій стадії відсутність у захисника, обвинуваченого та потерпілого права на оскарження постанови судді про призначення справи до судового розгляду, тоді як на неї прокурор може внести подання, чим закріплено в законі нерівні права і можливості реалізації сторонами своїх функцій. З метою їх забезпечення на цій стадії судочинства захиснику, обвинуваченому, потерпілому слід надати право оскаржувати постанову судді про призначення справи до судового розгляду. Тільки тоді суд на цій стадії виступатиме як неупереджений арбітр, забезпечуватиме гарантії дотримання принципу змагальності, недопущення порушення прав сторін, належного виконання ними своїх функцій, тобто сторонам буде забезпечено рівні процесуальні права і можливості реалізовувати свої функції на цій стадії.

Попередній розгляд справи апеляційним судом має свої особливості, відбувається в разі необхідності і здійснюється суддею одноособово із обов'язковим залученням прокурора. За загальним правилом інші учасники судового розгляду не повідомляються про час і місце розгляду справи, якщо вони не викликані в судове засідання, а якщо викликані, то їх неявка не перешкоджає розгляду справи (ст.357 КПК). Засуджений чи виправданий, їх законні представники підлягають обов'язковому виклику в апеляційний суд, якщо в апеляції ставиться питання про погіршення їх становища або суд визнає необхідним провести судове слідство, а також їх захисники, якщо їх участь у справі відповідно до вимог ст.45 КПК є обов'язковою.

З огляду на те, що апеляційним судом під час попереднього розгляду справи безпосередньо зачіпаються інтереси сторін, вирішуються надзвичайно важливі питання, пов'язані з підготовкою справи до розгляду, а саме: про відмову в прийнятті апеляції до свого розгляду; про зупинення провадження в справі; про повернення справи суду першої інстанції; про необхідність проведення судового слідства і його обсяг; про витребування у необхідних випадках додаткових доказів; про список осіб, які підлягають виклику в судове засідання; про доручення суду першої інстанції; про зміну, скасування або обрання запобіжного заходу; про виклик у необхідних випадках перекладача; про

розгляд справи у відкритому чи закритому судовому засіданні; про день і місце розгляду справи та ряд інших питань – з метою забезпечення дії принципу змагальності наявність сторін в цій стадії слід визнати обов'язковою [245, с.48–49].

"Апеляційний перегляд являє собою розгляд справи знову по суті обвинувачення, однак в межах поданої скарги"[79, с.184]. Необізнаність захисту про проведення судового слідства та його обсяги, що визначається при попередньому розгляді справи в апеляції, суттєво обмежує його у виборі відповідної тактики. Невизнання обов'язкової участі захисника, засудженого чи виправданого на цій стадії слід розглядати як порушення фундаментальних принципів кримінального судочинства – принципу змагальності і принципу диспозитивності. З метою усунення цих порушень до статтей 357, 358, 261 чинного КПК та до його проекту слід внести відповідні зміни, якими визнати участь сторін на стадії попереднього розгляду справи апеляційним судом – обов'язковою та передбачити обов'язок суду повідомляти їх про день, час і місце розгляду справи та питання, які розглядатимуться.

Слід передбачити процедуру оскарження сторонами процесу постанови судді, ухваленої при попередньому розгляді справи в апеляційній інстанції. Видається правильним, що у випадку, коли така постанова стає перешкодою до розгляду справи в апеляції, в зв'язку з чим істотно зачіпються інтереси сторін, передбачені ст.384 КПК, то сторонам слід надати право звернутися за захистом своїх прав та законних інтересів до касаційного суду [54, с.16–17; 245, 48–49]. Принцип змагальності на стадії попереднього розгляду кримінальної справи повинен бути належним чином закріплений в чинному КПК для забезпечення рівних прав та можливостей сторін, як того вимагають європейські стандарти, бо тільки тоді можна забезпечити реальний захист особи, від безпідставного порушення її конституційних прав.

§ 3.2. Спірні питання принципу змагальності на стадії розгляду справи судом першої інстанції

У ході судового розгляду вирішується правова суперечка між державою й обвинуваченим щодо права держави публічно визнати його винуватим у вчиненні злочину і за наявності достатніх для цього доказів покарати та щодо права обвинуваченого публічно спростувати висунуте державою обвинувачення, як в частині тяжкості вчиненого злочину, так і в частині відсутності в його діях (бездіяльності) вини. Під час цього спору нерідко порушуються найважливіші конституційні права і свободи людини. З метою забезпечення справедливого правосуддя обвинувач і обвинувачений повинні відстоювати перед незалежним судом свої позиції як процесуально рівноправні сторони, які нарівні змагаються між собою в цьому правовому спорі. Справжня змагальність, як відзначалося вище, значною мірою пов'язана з процесуальним статусом суду, що визначається багатьма факторами і в першу чергу – неприпустимістю покладання на суд функцій обвинувачення і захисту, забезпеченням незалежності і самостійності суддів, наділених здатністю неупереджено і об'єктивно вирішувати кримінальні справи.

"Принцип змагальності у судовому процесі є процесуальною гарантією всебічного, повного та об'єктивного з'ясування судом обставин ... кримінальної справи, ухвалення законного, обґрунтованого і справедливого рішення у справі" (В.П.Шибіко) [530, с.625–626]. Видається не зовсім правильною позиція щодо наділення суду активним статусом у процесі розгляду справи, бо за активного його становища суд матиме змогу, не піддаючись суб'єктивним вимогам сторін, розібратися цілком і всебічно зі справою і винести рішення, що відповідає інтересам правосуддя. "Активна діяльність суду полягає у забезпеченні рівних прав сторін обвинувачення і захисту" [514, с.165], і вона повинна бути спрямована на забезпечення рівних можливостей реалізації цих прав. Суд у своїй активності не повинен перетворюватися на обвинувача чи захисника, його головне завдання – неупереджено вирішувати справи, тобто активність суду в кримінальному судочинстві повинна реалізовуватися у визначених межах.

Ступінь активності суду визначається змістом багатьох статей чинного КПК (ст.ст.21, 29, 47, 66, 260, 271, 298, 299, 301, 303, 306, 310, 314, 315-1, 319, 326, 339), де щодо активного пошуку істини підкреслюється роль головуючого, який керує судовим засіданням, спрямовує судове слідство на забезпечення здійснення сторонами своїх прав, усуває з судового слідства все те, що не стосується конкретної справи, забезпечує належний рівень судового процесу, підтримує порядок під час судового засідання, а його розпорядження про додержання порядку повинні беззаперечно виконуватися всіма учасниками процесу. Він роз'яснює обвинуваченому суть обвинувачення; визначає своєю постановою обсяг доказів, які будуть досліджуватися; може за власною ініціативою оголосити покази підсудного, свідка, оглянути і оголосити документи, що є доказами в справі; відновити судове слідство після останнього слова підсудного чи під час наради при постановленні вироку.

Головуючий має право протягом усього допиту свідка, підсудного учасниками процесу ставити їм запитання, формулює питання, які ставить експерту з власної ініціативми, а також збирає докази; доручає підрозділам, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність провести оперативно-розшукові заходи чи використати засоби для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі; забезпечує право на захист, надаючи допомогу затриманим чи арештованим у встановленні зв'язку із захисником, призначає захисника через адвокатське об'єднання, пропонує запросити іншого захисника; вживає заходів до забезпечення цивільного позову, до можливої конфіскації майна; порушує кримінальні справи в порядку ч.1 ст.27 КПК; дає судові доручення з метою перевірки і уточнення фактичних даних, одержаних у ході судового слідства; викладає письмово окрему думку, яка не підлягаю оголошенню [339, с.40-48].

Не всі з цих повноважень спрямовані на забезпечення рівних прав та рівних можливостей реалізації цих прав сторонами, а ряд з них передбачає виконання функцій сторін. З метою усунення порушення принципу змагальності слід внести відповідні зміни до чинного КПК, якими врегулювати повноваження головую-

чого та унеможливити виконання судом функцій сторін. Процесуальна допомога суду сторонам, повинна забезпечити рівні умови для реалізації їх прав. Вона виступає однією з гарантій процесуальної рівності сторін, а значить змагальності процесу. По допомогу суду сторони вдаються у випадках, коли необхідно витребувати відомості, що мають значення для вирішення справи. Частіше за нею звертається захисник чи підсудний, бо у обвинувача зазвичай рідко виникають труднощі з цього приводу.Участь суду в процесі доведення вини, без сумніву, повинна бути максимально обмеженою.

У Концепції судової реформи ідея звільнення суду від обов'язку доведення і активного пошуку істини аргументована судженнями про необхідність звільнення суду від обвинувального ухилу. У законодавстві повинні бути відсутні усі рудименти обвинувальної ролі суду, а саме: право порушувати кримінальні справи; обов'язок суду направляти підсудному копію обвинувального висновку; обов'язок заповнювати прогалини досудового слідства за рахунок самостійного пошуку доказів; обов'язок продовжувати процес при відмові прокурора від обвинувачення [191, с.5, 10–12, 24].

З кримінально-процесуального законодавства слід виключити положення, які зобов'язують суд порушувати кримінальну справу, направити її на додаткове розслідування. Інститут додаткового розслідування повинен бути виключеним. Він не є традиційним для українського кримінально-процесуального законодавства – як для дореволюційного (див. ст.13 Статуту кримінального судочинства Російської імперії) [386, с.121], так і для післяреволюційного (див. перший радянський КПК 1923 року) періоду. Цей інститут вперше з'явився в КПК 1927 року і носить репресивний характер [419, с.230–235]. Він суперечить європейському законодавству, а тому від нього слід відмовитися.

Чинним законодавством на суд покладено цілий ряд обвинувальних функцій: порушення кримінальної справи; направлення справи на додаткове розслідування; вручення копії обвинувального висновку підсудному; оголошення копії обвинувального вироку в судовому засіданні; продовження розгляду справи у разі відмови прокурора від обвинувачення тощо [318, с.131;

411, с.62]. Окремі дії носять формальний характер і не настільки істотно здатні порушити суддівську неупередженість, але є більш серйозні (наприклад, порушення кримінальної справи і направлення справи на дослідування). Вони однозначно свідчать про виконання судом елементів обвинувальної функції. Проведене нами в цій роботі дослідження вищевказаних функцій обвинувачення, дає підстави стверджувати, що у всіх вказаних випадках у діяльності суду проявляється обвинувальна функція. Зазначені положення вимагають детального аналізу.

Раніше оголошення судом обвинувального вироку по вже сформованій практиці дії КПК здійснював не обвинувач, а суд, що створювало неправильне враження про наявність у діяльності суду обвинувальної функції. Важко уникнути зіставлення діяльності суду, що зачитує обвинувальний вирок, зі змістом цього документа. Слід позитивно оцінити нині чинний зміст ст.297 КПК, за яким судове слідство починається з читання обвинувального висновку, а в справах приватного обвинувачення – з оголошення скарги потерпілого. Обвинувальний висновок оголошує прокурор, а скарги – потерпілий чи його представник. У той же час можливість порушення судом кримінальної справи вимагає іншого підходу. Таку функцію суду слід виключити. Висновок про те, що порушення справи судом суперечить принципу змагальності через виконання при цьому органом правосуддя обвинувальних функцій, є правильним.

Суд не може здійснювати повноваження щодо порушення кримінальної справи через те, що при цьому він виконує цільові функції сторін, займається обвинувальною діяльністю. Актом порушення кримінальної справи починається публічне кримінальне переслідування від імені держави у зв'язку зі вчиненим злочином, тобто це функція обвинувачення, яка суперечить концепції змагальності, а тому вона не може виконуватися судом. "Судді у змагальному процесі (обвинувачення – захист) належить регулююча роль" [514, с.163]. Має місце точка зору, що на цій стадії – при порушенні кримінальної справи відбувається фіксація лише ознак злочину, але не "вчинення злочину", тому говорити про існування обвинувачення на цьому етапі неможливо, бо порушення кримінальної справи – це не обвинувачен-

ня і не кримінальне переслідування, воно може стосуватися не конкретних осіб, а якихось фактів, що свідчать про здійснення злочинів. Суд при порушенні кримінальної справи обвинувачення не формулює, а лише констатує виявлення ознак злочину, що об'єктивно були виявлені під час судового розгляду [127, с.138]. Така позиція повністю суперечить принципу змагальності та концепції розподілу функцій. Бо суд, констатуючи наявність складу злочину, порушує кримінальну справу і таким чином ще до розгляду справи по суті, він вже зв'язаний власним рішенням про порушення справи, в якому обґрунтовує наявність складу злочину та її складової (елементу), вини, а в діях підозрюваного вбачає склад злочину. Тут він повністю підтверджує позицію про достатність доказів для порушення справи, обґрунтовує це обвинувальними доказами, тобто виконує функцію обвинувачення.В кримінально– процесуальному законодавстві України не передбачено порушення справи приватного обвинувачення за заявою законного представника потерпілого, а таке право слід передбачити. В чинному КПК закріплено та судовій практиці вироблено змагальний характер процедури порушення кримінальної справи судом по справах приватного обвинувачення [203, с.18; 343, с.295–299].

Вимагає окремого дослідження процедура відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення. У літературі тривалий час точаться дискусії щодо вирішення проблеми цієї відмови [250, с.156 та ін.]. Право відмови прокурора від обвинувачення закріплене в КПК, зокрема в ч.3 ст.264, однак відповідно до ч.2 ст.267 КПК, потерпілий чи його представник вправі вимагати від суду продовження розгляду справи, коли вони підтримують обвинувачення, а якщо вони не бажають скористатися таким правом, то суд відповідно до ч.2 ст.282 КПК, своєю ухвалою (постановою) закриває справу.

Участь прокурора у судовому засіданні є обов'язковою (ст.264 КПК). За вітчизняним кримінально–процесуальним законодавством позиції сторін не обов'язкові для суду і навіть відмова прокурора від обвинувачення не звільняє суд від обов'язку продовжувати розгляд справи і вирішувати на загальних підставах питання про винуватість чи невинуватість підсудного. Суд

у цьому випадку роз'яснює потерпілому та його представнику право вимагати продовження розгляду справи. Якщо навіть спору немає, бо потерпілий, і його представник відмовляються продовжувати розгляд справи і підтримувати обвинувачення, відповідно до ч.2 ст.74, ч.3 ст.264, ч.3 ст.323 КПК, і в цих випадках суд продовжує розгляд справи та вирішує її на загальних підставах. Тобто в ч.2 ст.282 КПК закладено протиріччя, бо в ній не закріплено обов'язку суду закривати справу у випадку відмови прокурора від обвинувачення та у випадку, коли після роз'яснення судом потерпілому чи його представнику права на підтримання обвинувачення, вони не бажають скористатися таким правом.

Відповідно до вимог ст.264 КПК прокурор може відмовитися від обвинувачення лише після судового розгляду справи, зокрема після закінчення судового слідства, тобто суд повинен всебічно, повно і об'єктивно дослідити всі обставини справи (ст.22 КПК). Продовжуючи розгляд справи, незважаючи на відмову прокурора від обвинувачення, суд виконує обвинувальну функцію, вважають окремі автори[393, с.70–79]. Затвердження прокурором обвинувального висновку свідчить про його переконаність у необхідності підтримувати це обвинувачення і далі. Тобто навіть при відмові прокурора від обвинувачення, у матеріалах справи є обвинувальна теза і докази, що її підтверджують [464, с.51]. Суд може здійснювати правосуддя тільки в межах пред'явленого обвинувачення. Воно ставить органи кримінального переслідування і всю систему правосуддя в залежність від позиції однієї особи – державного обвинувача [41, с.40 – 41].

Прокурор перестає бути державним обвинувачем за його відмови від державного обвинувачення (від виконання функції обвинувачення) з моменту заяви про це [154, с.56], однак це не позбавляє потерпілого права виконувати цю функцію (ст.290 КПК). Ні чинним КПК, ні його проектом не виділено різновиди відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення на повну і часткову, хоча на їх наявність неодноразово звертали увагу вчені [154, с.56; 362, с.138 та інші]. Саме потерпілий у разі незгоди з позицією державного обвинувача зацікавлений у скасуванні виправдувального вироку чи збереженні більш тяж-

кого обвинувачення. З введенням у Кримінальний процес України інституту відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення подальша доля кримінальної справи залежатиме від позиції потерпілого

Має місце позиція, що відсутність у суду можливості продовжувати розгляд справи при відмові прокурора від обвинувачення, порушує права потерпілого від злочину - сторони в справі [158, с.5]. На наш погляд, відмовляючись від обвинувачення, прокурор висловлює лише власну думку, яка грунтується на його внутрішньому переконанні, що не виключає можливості помилки чи існування іншої точки зору. Така відмова зовсім не означає, що обвинувачення більше не існує, а предмет суперечки сторін зник, він продовжує існувати в матеріалах кримінальної справи, у сформульованому органами досудового слідства обвинувальному висновку, затвердженому прокурором і часто не тим, який потім повинен підтримувати обвинувачення в суді. Тут роль потерпілого і його представника набуває величезного значення, а публічне чи приватно-публічне обвинувачення перетворюється на приватне обвинувачення.

В Російській Федерації визнається порушенням принципу змагальності винесення судом обвинувального вироку при відмові від обвинувачення державного обвинувача і потерпілого [300, с.15]. Тут суд фактично обмежується у своїх правах по здійсненню правосуддя позицією однієї зі сторін процесу. Відмова прокурора і потерпілого від обвинувачення означає припинення кримінальної справи чи кримінального переслідування, і питання про те чи був скоєний злочин і хто його скоїв насправді, перестає бути важливим. На нашу думку, матиме місце істотне порушення принципу змагальності, якщо суд втручатиметься в процес виконання сторонами їхніх процесуальних обов'язків і за власною ініціативою домагатиметься доповнення досудового слідства чи проведення певних досліджень з власної ініціативи без відповідної ініціативи сторін, за відсутності їх клопотання (ст.ст.314, 315, 315-1, 326 КПК та ін.), в тому числі доручатиме органу, який проводить досудове слідство, виконання окремих слідчих дій (ст.315-1 КПК) чи направлятиме справу на додаткове розслідування (ст.281), оцінку якому як інституту дано мною

вище. Видається не зовсім правильною, на нашу думку, позиція, за якою суд може робити зазначені дії і за власної ініціативи [249, с.205]. Вона суперечить принципу розподілу функцій і концепції змагальності.

Направлення судом справи на додаткове розслідування суперечить принципу змагальності. Суд зобов'язаний винести виправдальний вирок, якщо буде встановлено, що в ході судового слідства не здобуто достатніх доказів, які підтверджують обвинувачення, а подальші обмеження щодо особи є незаконні і аморальні [129, с.20; 444, с.70]. Суд не вправі повертати справи для проведення додаткового розслідування, бо тут ініціюючи продовження слідчої дії по обґрунтуванню обвинувачення, суд виконує невластиву йому обвинувальну функцію. Такі дії суду можуть відображати тільки інтереси обвинувачення, бо цими діями забезпечується усунення недоліків саме обвинувальної діяльності. Інститут дослідування не повинен мати місце в кримінально-процесуальному законодавстві. Звичайно, дослідування з ініціативи суду з метою надання нового обвинувачення, зміни обвинувачення на більш тяжке і притягнення до відповідальності нових осіб суперечить змагальному процесу.

Суд повинен прагнути до всебічного, повного й об'єктивного розгляду справи, однак дослідування є нічим іншим, як перепоною для доступу громадян до правосуддя і чинником, який порушує розумні строки здійснення судочинства. Це один із засобів, щоб уникнути винесення виправдувального вироку, або розвалити справу. Повертаючи справу на додаткове розслідування (246 КПК) суд діє упереджено, бо ще задовго до винесення вироку підтверджує позицію про достатність або сумнівність доказів для засудження особи, а при скасуванні такого судового рішення апеляційний чи касаційний суд ще до постановлення вироку робить висновок про відсутність сумнівів "щодо доказовості й обґрунтованості обвинувачення"[249, с.216].

Наприклад, повертаючи справу на додаткове розслідування з мотивів неповноти слідства, яку не можна усунути у судовому засіданні, суд робить висновок про неможливість постановлення обвинувального вироку на підставі тих доказів, які наявні у матеріалах справи, а тому він зобов'язаний винести виправду-

вальний вирок, а не повертати справу на додаткове розслідування для збору додаткових доказів вини, бо суд тут діє в інтересах обвинувачення та діє упереджено щодо підсудного, виконуючи непритаманну суду функцію обвинувачення. Інститут повернення судом кримінальної справи на додаткове розслідування з будь-яких підстав повинен бути виключений з вітчизняного кримінально-процесуального законодавства, бо його існування порушує принцип змагальності.

Однак активність суду, спрямована на встановлення обставин в інтересах захисту сприяє рівності сторін. Суд також не може бути пасивним спостерігачем змагального процесу, бо повинен постійно аналізувати всі надані сторонами матеріали на предмет достовірності наданих доказів. Ця активність не повинна переходити межі процедури вирішення спору рівноправних сторін чи демонструвати перевагу позиції однієї сторони над іншою. Суд не зв'язаний доводами сторін, він самостійний у виборі тактичних засобів, методів, прийомів у дослідженні матеріалів, наданих сторонами.

Заслуговує уваги та видається нам правильною позиція, за якою інститут відкликання справи прокурором та повернення судом справи прокурору (ст.249–1 КПК) є таким, що суперечить принципу змагальності [249, с.221]. Тим більше, що постанова про повернення справи прокурору оскарженню не підлягає, однак на неї може бути внесено подання прокурором. Таким чином, порушується рівність прав сторін, бо прокурору в цьому випадку законодавцем надана перевага щодо можливості внесення подання, тоді як у захисту, обвинуваченого чи потерпілого відсутні повноваження на оскарження цієї постанови, чим порушується принцип змагальності. Тим більше, суд діє незаконно, підміняючи собою прокурора, коли дає слідчому судові доручення з метою перевірки і уточнення фактичних даних, одержаних у ході судового слідства, виконати певні слідчі дії, в результаті яких на стадії судового розгляду і вирішення справи по суті по цій же справі проводиться досудове слідство, виконуються слідчі дії, які оформляються протоколом. Цей протокол та інші здобуті докази передаються суду, який досліджує їх в судовому засіданні і приєднує до справи.

Таким чином, під час виконання слідчих дій по збору та закріпленню цих доказів щодо них випадають етапи: ознайомлення з матеріалами справи в порядку ст.ст.218-220 КПК; перевірка прокурором відносності і допустимості їх як доказів, які можуть бути покладені в основу обвинувального висновку, а в послідуючому і вироку; перевірка дотримання законів органами дізнання і досудового слідства під час збору цих доказів і проведення слідчих дій; перевірка та оцінка цих доказів на стадії попереднього розгляду справи суддею. Щодо цих слідчих дій та зібраних під час їх проведення доказів грубо порушується принцип змагальності, бо прокурор не може виконати вимог п.2–1 ч.1 ст.228 КПК по забезпеченню дотримання прав підозрюваного і обвинуваченого на захист під час збору таких доказів у порядку ст.315-1 КПК. Таким чином, ми дійшли висновку, що кримінально-процесуальне законодавство України не повинно мати такого правового інституту як судові доручення органам, які проводять розслідування щодо виконання ними слідчих дій по справах, які знаходяться на стадії судового розгляду, а введення його до чинного КПК Законом № 2533-Ш від 21.06.2001 року суттєво погіршило реалізацію принципу змагальності на стадії судового розгляду справи і наділило суд повноваженням з невластивою йому обвинувальною функцією. У чинному КПК слід виключити ст.315-1 з метою позбавлення суду невластивої йому функції обвинувачення.

Ефективним прийомом, що забезпечує активне змагання сторін у судовому розгляді, є висловлення міркувань, мотивів, поглядів і доводів з приводу будь-якого питання, яке підлягає вирішенню в суді. Це стосується права сторін на висловлення думки про законність складу суду і права на заяву відводу всьому складу суду чи будь-кому з суддів, прокурору, секретарю, експерту, перекладачу (ст.ст. 54, 55, 56, 58, 61, 62, 63, 287 КПК). Сторони висловлюють своє ставлення до можливості розгляду кримінальної справи за відсутності кого-небудь з осіб, що беруть участь у справі (ст.ст.290, 292 КПК). Цікавим є факт, що у чинному КПК суд виясняє думку сторін про можливість розгляду справи за відсутності тільки потерпілого (ст.290), свідків і експертів (ст.292), тоді як по решті учасників процесу він вирішує ці питання одноосібно.

Як бути з представником потерпілого, перекладачем, захисником, прокурором, цивільним позивачем та цивільним відповідачем і їх представниками. На наш погляд, питання їх неявки і причини повинні обговорюватися та тільки з увахуванням цього обговорення, а також думки тих, хто з'явився, повинно прийматися рішення про розгляд справи чи її відкладення на інший термін. Це має стосуватися і прокурора, що не прийшов підтримати державне обвинувачення без поважної причини. Відповідні пропозиції, на нашу думку, повинні знайти своє закріплення в чинному КПК України.

Для здійснення ефективного розгляду справи сторони повинні пропонувати суду свої пропозиції щодо обсягу та порядку дослідження доказів. Цей порядок передбачений ст.299 КПК. На жаль, у сформованій практиці нерідко за основу порядку дослідження доказів береться прикладений до обвинувального висновку список осіб, що підлягають виклику до суду [224, с.204]. В судовому засіданні особи, що з'явилися, допитуються в такій послідовності, як вони перелічені в списку. Таким чином, в основі визначення послідовності допитів лежить не їх доказова цінність, а позиція органів слідства.

Пропозиції сторін про порядок дослідження доказів – це один з елеменів їхньої процесуальної діяльності, за допомогою якого вони можуть побудувати розгляд справи більш ефективно. Можливість сторін запропонувати той чи інший порядок дослідження доказів, означає одночасно і їх можливість враховувати найбільшу доцільність проведення судового слідства, виходячи з переслідуваних ними інтересів. Логічніше встановити порядок дослідження доказів на основі розгляду судом відповідних клопотань сторін. У той же час необхідно врахувати, що встановлення порядку дослідження доказів не зводиться до техніки проведення судового слідства; воно є важливою процесуальною дією, від правильності якої залежить якість розгляду справи. Заслуговує уваги і видається доцільним для забезпечення змагальності і рівності сторін дослідження положення, що міститься в ст. 274 КПК РФ, за якими в ході судового розгляду спочатку досліджуються докази обвинувачення, а потім докази захисту. Така ж система має місце в кримінальному про-

цесі Англії, США та інших країн. Обвинувач і захист надають суду зібрані ними до судового розгляду докази. Але у вітчизняному кримінальному процесі існує досудове слідство, у ході якого докази збирає слідчий, не розділяючи їх на обвинувальні і виправдувальні.

Під час збору доказів у стадії досудового слідства слідчим, що одержує докази "за" і "проти", неможливо застосовувати на практиці таке положення. Однак воно повністю реалізовується, коли мова йде про докази, що одержані в ході судового розгляду по клопотанню сторін. КПК РФ (ч.3 ст.283) передбачає: "Якщо свідок викликаний у судовий процес по клопотанню одного з учасників судового розгляду, цей учасник дає запитання такому свідку першим". За процедурою дослідження доказів на стадії судового слідства, закріпленою в КПК України, якщо свідок викликаний у судове засідання за клопотанням прокурора або інших учасників судового розгляду, запитання цьому свідкові спочатку ставить той учасник судового розгляду, за клопотанням якого свідка викликано (ч.4 ст.303). Оскільки покази обвинуваченого відносимо до показів захисту, то момент його допиту, в разі дачі ним згоди давати покази, визначається підсудним і його захисником. Черговість дослідження доказів по справі повинна визначатися стороною, яка надає докази суду. Цією позицією посилюється роль сторін процесу, що дає можливість сторонам найефективніше здійснювати свої процесуальні функції і служить гарантією повноти і всебічності дослідження доказів. Вбачаємо за доцільне введення у вітчизняне кримінально-процесуальне законодавство правила, за яким в ході судового розгляду спочатку досліджуватимуться докази обвинувачення, а потім докази захисту.

На наш погляд, у чинний КПК України необхідно ввести поняття "допит", "перехресний допит" і "повторний допит", які з позиції змагальної побудови процесу і забезпечення рівної участі сторін у дослідженні доказів представляють величезний інтерес [318, с.129–142]. Відсутність у сторін закріпленого в законі права на проведення перехресного допиту свідка (потерпілого, експерта), спочатку допитаного іншою стороною є істотним відступом від змагальності під час дослідження доказів.

Окремі автори вважають, що проведення перехресного допиту можливе і за відсутності його законодавчої регламентації: "...досвідчений прокурор чи адвокат завжди зуміє провести перехресний допит... свідка навіть при відсутності регламентації стадій допиту в законодавстві" [291, с.29]. Суперечливість такої позиції обумовлена різними уявленнями про сутність і значення перехресного допиту. "Немає нічого більш важливого і більш важкого в адвокатському мистецтві, ніж допит свідків противника. Це найнебезпечніша частина процесу, бо тут помилки майже завжди бувають непоправимими" [84, с.63]. Під перехресним допитом розуміють такий допит, "коли сторони, які беруть участь у допиті, можуть почергово ставити запитання допитуваному про одну й ту саму обставину з метою перевірки, уточнення або доповнення його показів" [149, с.210].

Перехресний допит дає величезні можливості для повнішого дослідження справи, заповнення прогалин, усунення протиріч, конкретизації і деталізації свідчень. У процесуальній літературі він розуміється як допит свідка (потерпілого) однієї зі сторін після того, як його допитає інша сторона, " для роз'яснення чи доповнення відповідей, даних на запитання іншої" [308, с.92] сторони, проведений за тими ж вимогами і правилами, що і первісний допит.

"Класичний" перехресний допит в англо–саксонській системі судового слідства істотно відрізняється від первісного допиту, оскільки він орієнтований виключно на перевірку показів свідків, даних у ході первісного допиту, і містить у собі процесуальні засоби, що забезпечують ефективність цієї перевірки при вторинному допиті. Перехресний допит є базовим методом перевірки доказів в англійському суді [128, с.249]. Він може бути проведений щодо свідків, підсудного, потерпілого, експерта. Такий допит дає змогу стороні, яка проводила прямий допит, повернутися до початку допиту, щоб виправити його недоліки.

Перехресний допит повинен передбачати процесуальні засоби, які забезпечують ефективність його проведення: в змагальній системі судового слідства це навідні запитання та запитання, що стосуються характеристики особи свідка. Право скористатися цими процесуальними засобами повинне бути

винятковим привілеєм сторони, яка проводить цей допит. Без зазначених процесуальних засобів рівності сторін при перехресному допиті досягнуто не буде, бо сторона, яка першою здійснює допит, знаходиться в більш сприятливому становищі, оскільки фактично має можливість розкрити цілісну картину показів допитуваного.

Запропоновані процесуальні засоби дадуть можливість іншій стороні в ході вторинного допиту, уникаючи повторів і зайвих витрат часу, гранично чітко визначити всі слабкі місця в показах свідка та перевірити їх. Використання перехресного допиту, як способу перевірки доказів в українському суді, вимагає закріплення інституту перехресного і повторного допиту на законодавчому рівні, допущення в законі зазначених процесуальних засобів такого допиту. Перехресний допит стане однією з гарантій, які забезпечують ефективну перевірку доказів, і служитиме додатковою гарантією дії принципу змагальності в судовому процесі під час судового слідства. Видається, що для цього слід внести в законодавство зміни, які б нормативно закріпили в українському процесі зазначений інститут :

- перехресний допит повинен бути обмежений предметом прямого допиту або питаннями, які стосуються довіри до свідка;
- у ході перехресного допиту допустимі навідні запитання;
- питання про особистість свідка допустимі тільки в межах з'ясування можливих мотивів неправдивості свідчення.

В суді широко використовуються як докази висновки експерта. Сторони беруть активну участь у їх аналізі. Проведення експертизи на стадії попереднього розгляду справи не передбачено законом. Суд може викликати в судове засідання експерта для проведення додаткової або повторної експертизи чи для роз'яснення окремих положень висновку. Якщо експертиза проводилася на досудовому слідстві, питання про виклик експерта в судове засідання вирішується судом з урахуванням думок сторін (ст. ст.292, 296 КПК).

Якщо ні в суду, ні в сторін наявний висновок не викликає сумнівів, то виклик експерта не обов'язковий. Постановою Пленуму Верховного Суду України (п.4) "Про судову експертизу в кримінальних справах і цивільних справах" від 30 травня

1997 р. №8 (із змінами від 25 травня 1998, внесеними постановою №15) роз'яснено: "...судам слід мати на увазі, що при розгляді справ вони не мають права приймати рішення без проведення експертизи, якщо за законом призначення останньої є обов'язковим. Непроведення такої експертизи є підставою для повернення справи на додаткове розслідування" [147, с.240].

При проведенні експертизи в суді сторони мають рівні можливості пропонувати питання на вирішення експертів (ст.310 КПК), однак не мають права висловити свої думки та заперечення щодо кожного питання протилежної сторони. Допит експерта у суді (ст.311 КПК) проводться після оголошення висновку експертизи з метою роз'яснення і доповнення даного ним висновку. Спочатку запитання йому дає прокурор, потім потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач, їх представники, а вже аж потім захисник і підсудний. Така конструкція видається нам не зовсім правильною. В разі якщо одна із сторін висловлює сумнів з погляду вірогідності і повноти наявного висновку і клопочеться про виклик експерта в суд, запитання експерту спочатку повинна давати та сторона, яка наполягала на допиті експерта, а вже потім протилежна сторона і суд. Це надасть змогу досліджувати висновок експерта з позиції змагальності і підкреслити сторонами обвинувальні чи виправдувальні твердження, що містяться у висновку експерта.

Суд, врахувавши думку учасників, може усувати ті прогалини, які на його думку не стосуються справи або не належать до компетенції експерта, а також формулює питання, які він ставить перед експертом з власної ініціативи. Вважаємо, що суд, пропонуючи питання за власною ініціативою, виконує невластиву йому функцію, бо під час вчинення таких дій стає на позицію однієї зі сторін і виконує належну їй функцію, що суперечить принципу змагальності, а тому право суду ставити запитання експерту з власної ініціативи слід виключити, в зв'язку з чим в ст.310 ч.4 КПК необходно внести відповідну зміну.

З метою забезпечення змагальності, за чинним законодавством сторони беруть участь в огляді місця події, речових доказів та огляді і оголошенні документів (статті 313, 314, 315 КПК). Вони вправі звертати увагу суду і вимагати занесення до

протоколу всього того, на що вони вважають за необхідне звернути увагу суду (ст.315 КПК). За цими ж правилами проводиться огляд речових доказів (ст.313 КПК). Сторони вправі звертати увагу суду на ті обставини, що мають значення для вирішення справи.

Огляд і оголошення судом документів (ст.314), показань підсудного (ст.301), свідка (ст.306 КПК) проводиться як за ініціативою суду, так і за клопотанням учасників судового розгляду (ст.314 КПК), хоча така процесуальна дія повинна проводитися тільки за ініціативи сторін. Слід ввести правило, за яким оголошення показань підсудного, потерпілого, свідка, протоколів слідчих дій і документів повинні проводитися за ініціативи сторін та стороною, яка клопотала про їх оголошення. На наш погляд, не зовсім відповідає принципу змагальності положення, закріплене в ст.315 КПК, за яким тільки суд визнає необхідним оглянути місце події, при цьому конструкція статті така, що не зрозуміло, як бути з ініціативою сторін щодо проведення огляду місця події та їх думкою, клопотаннями щодо проведення цієї слідчої дії. Слід передбачити право сторін клопотати про огляд місця події, врахування їх думки щодо необхідності проведення цієї слідчої дії, та забезпечити право активної участі у її проведенні.

Для забезпечення змагальності і рівноправності сторін безсумнівне значення має вимога про необхідність при винесенні судом вироку перевірити всі доводи в захист обвинувачених. Суд у всіх випадках зобов'язаний досліджувати алібі обвинувачених, висунутих ними версій про здійснення злочинів іншими особами, незадоволення клопотань про допит осіб, що, на думку обвинувачених, могли б підтвердити їхню невинуватість. Суд не вправі винести обвинувальний вирок, якщо не перевірені і не спростовані всі доводи в захист обвинувачених. Окремі вчені не визнають прокурора стороною, рівною з адвокатом, через те що прокурор, будучи органом нагляду за законністю зобов'язаний вживати заходів до усунення будь-яких порушень закону, у тому числі й у судовому розгляді.

Чинний КПК не надавав прокурору яких-небудь особливих повноважень, які б надавали йому в судовому засіданні перевагу над іншими учасниками процесу. Єдина відмінність стано-

вища прокурора в суді – це те, що він не тільки вправі, але й зобов'язаний відреагувати на порушення закону. Однак названий обов'язок прокурора в будь – якому випадку не порушує процесуальної рівності сторін, тому що способами реагування прокурора виступають ті ж самі процесуальні засоби, що й в інших учасників процесу. Прокурор у судовому процесі перебуває не з метою , "щоб протидіяти "фактам порушення закону з боку суб'єктів судочинства", а для того, щоб викрити злочинця, розкрити причини злочину, зажадати справедливого покарання винуватого" [164, с.160].

Найважливішим для сторін елементом доведення, а разом із тим основним процесуальним прийомом судового змагання є подання доказів (ст.ст.261, 264, 266, 296 КПК). Ця процедура в судовому засіданні проводиться таким чином: сторона заявляє суду клопотання усно чи подає письмове клопотання про наявність даних із заявою їх витребування, визнання доказами і дослідження, або про безпосередню передачу суду цих даних, якщо сторона їх має на момент клопотання (наприклад, коли сторона передає суду документ та просить приєднати його до справи як доказ і дослідити). Однак ця процедура чітко не виписана у вітчизняному законодавстві, а тому її слід детально виписати і процесуально закріпити шляхом внесення відповідних змін у чинний КПК України.

Характерною для змагального порядку надання доказів є вимога закону, щоб із приводу кожного клопотання була вислухана думка протилежної сторони (ч. 3 ст. 296 КПК). Цією нормою стороні надається можливість заперечити обґрунтованість і доцільність задоволення клопотань протилежної сторони. Конструкція норми є не зовсім вдалою і коректною за рахунок вивищення прокурора в ч.3, де про протилежну сторону вказано лише як про інших учасників судового розгляду. Частину 3 ст.296 КПК доцільніше і коректніше було б сформулювати так: "По заявленому клопотанню суд вислуховує думку сторін та інших учасників судового розгляду і розв'язує ці клопотання мотивованою ухвалою, а суддя - постановою".

Чинним КПК (ст.261) закріплено основне правило змагального процесу щодо рівності прав сторін у судовому розгляді

на заявлення відводів і клопотань, надання доказів, участь у їх дослідженні та доведенні їх переконливості, виступ у судових дебатах, оскарження процесуальних рішень суду. Однак, розкриваючи положення кожного з учасників судового розгляду, кодекс відходить від вимоги рівності прав сторін: "прокурор...підтримує перед судом державне обвинувачення, подає докази, бере участь у дослідженні доказів, заявляє клопотання і висловлює свою думку щодо клопотань інших учасників судового розгляду, викладає свої міркування з приводу застосування кримінального закону і міри покарання щодо підсудного" (ч. 2 ст.264), тоді як "захисник сприяє підсудному в здійсненні його прав і в захисті його законних інтересів. Захисник має право на побачення з підсудним, бере участь у дослідженні доказів, порушує перед судом клопотання про витребування і приєднання до справи нових доказів, що виправдують підсудного або пом'якшують його відповідальність, заявляє інші клопотання, викладає суду свою думку про клопотання інших учасників судового розгляду..." (ч.1 ст.266 КПК). Необхідне законодавче закріплення положень, які уточнюють зміст діяльності сторін на стадії судового розгляду справи.

Розкриваючи права захисту, випускати таку дію, як надання предметів, документів, зібраних захисником самостійно, немає підстав. Адвокат надає предмети, письмові документи, що можуть бути визнаними при відповідному процесуальному оформленні доказами. Цей вид діяльності дозволений законом (п.п.8,13 ч.2 ст.48 КПК), тому повинен бути зазначений і в ст.266 КПК. Крім того, адвокат - захисник, обґрунтовуючи свою позицію в справі, завжди торкається питань кваліфікації. Необхідність висновків адвоката про кваліфікацію виникає при наявності підстав до зміни обвинувачення, коли правова оцінка вчиненого є дуже спірною, якщо відсутні чіткі рамки, що розмежовують злочин, вмінений підсудному, від інших суміжних злочинів, ознаки яких вбачаються в діях підсудного.

Вважаємо за доцільне змінити редакцію ч.1 ст.266 КПК України, де положення, яке розкриває зміст діяльності захисника, слід викласти таким чином : " Захисник сприяє підсудному в здійсненні його прав і в захисті його законних інтересів. Він

має право на побачення з підсудним. Захисник підсудного подає предмети, письмові документи та інші докази, клопотання про витребування і приєднання до справи нових доказів на користь підсудного, бере участь у дослідженні доказів, висловлює думку щодо клопотань інших учасників процесу, викладає суду свою думку щодо обвинувачення, меж його доведення або що стосуються справи, які суд зобов'язаний приєднати до справи як докази, заявляє недоведеності обвинувачення, про обставини, що пом'якшують відповідальність чи виправдують підсудного, висловлює суду пропозицію про застосування кримінального закону, призначення покарання, а також з інших питань, що виникають у процесі судового розгляду". Саме таке нормативне закріплення повноважень захисника у судовому процесі зробить його рівноправним учасником процесу і забезпечуватиме реалізацію принципу змагальності .

Розглядаючи проблему процесуальної рівноправності суб'єктів, що здійснюють обвинувачення і захист при наданні ними доказів, особливу увагу слід приділити питанню вирішення клопотань захисту про затребування нових доказів. Власне кажучи, захист знаходиться в менш вигідному становищі, тому що не має процесуальних засобів збирання доказів, бо захисник не наділений правом процесуального оформлення виявленої ним інформації.

Отримані захисником відомості залишаються "матеріалами" аж до винесення судом рішення про визнання їх доказами. Викликаючи для допиту у судове засідання свідка, захисник повинен обґрунтувати відносніть показів цієї особи, їх доказову цінність для вирішення кримінальної справи. Однак і при наявності таких аргументів клопотання захисника не є для суду обов'язковим, якщо головуючий інакше оцінить доказове значення показів цього свідка. Вирішення цієї проблеми є актуальним по сьогодні. В Статуті кримінального судочинства 1864р., особи, що брали участь у справі могли заявити клопотання про виклик до суду свідків, які не були внесені у список осіб, що викликалися до суду, а суд своє рішення викладав в ухвалі, яка могла бути оскаржена в касаційному порядку (ст.575) [386, с.165]. Сенат щодо цієї статті у своєму рішенні роз'яснив, що

за змістом закону суду слід мати на увазі, що відмова у виклику нових свідків у винятковій мірі суперечить основному принципу кримінального процесу – рівноправності сторін, а, отже припустима з особливою обачністю. Така відмова не повинне призводити до звуження повноти дослідження доказів, які надаються стороною захисту. Відхилення цих клопотань з огляду на те, що викликані свідки заплутають слідство, не повинне керувати судом, тому що на судовому слідстві спроба заплутати справу паралізувалася перехресним допитом, очними ставками. У всякому разі, шкода від зловживання правом підсудного менш небезпечна, ніж відмова підсудному у виклику свідків.

За правилами Статуту, сторона, якій суд відмовив у виклику свідка, мала право заявити про його виклик за свій рахунок. У цьому випадку суд зобов'язаний був негайно винести розпорядження про виклик свідка на рахунок прохача чи надавав йому право запросити його у суд від себе, по добровільній з ним угоді. Забезпечення рівності прав сторін при поданні сторонами суду доказів вимагає нормативного закріплення правила, за яким її клопотання про виклик до суду додаткового свідка повинне бути обов'язково задоволене, якщо сам заявник забезпечить присутність цього свідка, в зв'язку з чим нами пропонується ввести в чинне законодавство правило, за яким клопотання сторони про виклик до суду додаткового свідка повинно бути обов'язково задоволено, однак вона (сторона) зобов'язана забезпечити явку цього свідка.

На підтримання раніше викладеної думки слід зазначити, що не буде дійсно змагального процесу, якщо не надати стороні процесу – адвокату права самостійно збирати і надавати суду докази. Зараз кримінальну справу формує слідчий і прокурор, а захисник тільки зрідка заявляє клопотання про приєднання знайдених ним доказів, наслідком чого є те, що кримінальна справа формується з доказів обвинувачення, в яких захисник повинен знайти аргументи для обґрунтування своєї позиції захисту.

Прокурор подає на розгляд суду все те, що вже процесуально закріплено як докази, тоді як захисник позбавлений такої можливості і може надавати суду тільки матеріали, предмети, доку-

менти, відомості, які здобуті ним поза процесуальною формою отримання доказів. Виходячи з принципу змагальності захиснику, як і прокурору, слід надати рівні права на збір і подання доказів. З дозволу слідчого судді захисник міг би отримати можливість доступу до документів і речових доказів, які мають значення у справі, проводити по справі альтернативні експертизи, освідчення і інші дії. В кримінально-процесуальне законодавство, яке стосується діяльності адвокатури, слід ввести таку процесуальну фігуру, як адвокат-солісітор , який би спеціалізувався на проведенні паралельного адвокатського розслідування. Тільки тоді захист зможе ефективно протистояти обвинуваченню в суді.

Результати виконання сторонами своїх функцій найяскравіше проявляються під час обґрунтування ними своєї позиції в справі – у судових дебатах, коли їм надається право виступити перед судом і обґрунтовувати свої доводи (ст.318 КПК). Суд не тільки повинен забезпечити потерпілого правом виступити в судових спорах, з'ясувавши чи бажає він скористатися цим правом, бо в іншому випадку він буде позбавлений можливості сформулювати свої вимоги, викласти свою позицію з приводу виступу державного обвинувача і висловити заперечення та запропонувати потерпілому після закінчення судового слідства скористатися правом участі в судових дебатах, але і роз'яснити йому до початку розгляду справи, де він цим правом наділений. Незабезпечення потерпілому права виступати в судових дебатах слід визнати грубим порушенням принципу змагальності і рівноправності, бо тут сторони прагнуть переконати суд у правильності своїх висновків.

Функції сторін у суді першої інстанції закінчуються правом ознайомлення з протоколом судового засідання і подачі на нього зауважень (ст. 88 КПК). При згоді з зауваженнями головуючий без виклику сторін посвідчує їх правильність. Тут має місце порушення принципу змагальності, бо інша сторона може бути з позицією головуючого незгодною, але її позбавлено можливості висловити свою думку. Зауваження на протокол розглядаються з викликом особи, що їх подала, тільки при незгоді головуючого з ними. Всі учасники повідомляються про час розгляду, однак

їх неявка не перешкоджає розгляду зауважень, що суперечить принципу змагальності. Вважаємо за доцільне розглядати зауваження, подані з пропуском строку, якщо справа не розглянута апеляційним судом, надавши сторонам право звернення про продовження терміну подачі зауважень, а суду право його продовжувати і розглядати зауваження. Слід закріпити можливість продовження терміну розгляду таких зауважень, надавши суду право їх розглянути за наявності звернення сторони за продовженням цих термінів.

Протокол судового засідання віддзеркалює порушення, в тому числі забезпеченої чи не забезпеченої судом змагальності, рівноправності сторін і може бути свідченням неупередженості головуючого. Це форма закріплення досліджених судом доказів, на яких ґрунтується вирок і документ, що процесуально закріплює ці докази. При перевірці судових рішень апеляційною, касаційною інстанціями і в порядку виключного провадження протокол має важливе доказове значення для сторін. Для суду протокол – єдиний носій цілісної доказової інформації від правильності і повноти якого залежить обгрунтованість, вмотивованість і справедливість судового рішення. Він повинен бути виготовлений не пізніше 7 діб з дня судового розгляду справи, а тому створюється ситуація, при якій він має процесуальне значення тільки після завершення слухання справи, тобто коли судове рішення уже винесене.

Таким чином, суд під час ухвалення вироку позбавлений можливості скористатися законним джерелом доказів – протоколом судового засідання [388, с.38]. Може мати місце і ситуація, за якою суддя "підганятиме" зміст протоколу під вже проголошений вирок. З метою уникнення неточностей чи перекручень під час оформлення протоколу, "підгонки" його змісту під вирок слід застосовувати технічні засоби фіксації, що унеможливить допущення похибок у протоколі. Фіксування судового слідства технічними засобами (ст.87–1 КПК) є дуже позитивним, бо надає можливість виготовити протокол одночасно з закінченням судового засідання; забезпечити його повноту і вірогідність як процесуального документа – носія доказової інформації, дає змогу уникнути фальсифікації протоколу. Однак

повне фіксування судового процесу за допомогою технічних засобів повинно здійснюватися завжди, а не тільки на вимогу учасника судового розгляду справи, як це зараз закріплено в чинному законодавстві.

На жаль, чинним КПК не передбачено застосовування адвокатом науково-технічних засобів у відкритому судовому засіданні без дозволу суду (п.5 ч.2 ст.48 КПК), що теж не сприяє рівноправності сторін та гарантіям принципу змагальності. В цілому, оцінюючи сукупність наданих сторонам прав при розгляді справи у суді, слід відмітити те, що вони не зовсім забезпечують обвинувачення і захист рівними правами з позиції рівності правових можливостей змагання. З метою усунення цієї неповноти та для розширення змагальних засад на стадії судового розгляду у кримінально-процесуальний закон слід внести ряд змін.

Участі державного обвинувача в судовому розгляді повинна кореспондувати обов'язкова участь захисника. Відсутність закріплення в КПК цього положення не відповідає змагальності процесу. Тому ст. 45 КПК слід доповнити положенням: "Участь захисника в судовому розгляді є обов'язковою по тих справах, де бере участь державний обвинувач". Зміст діяльності захисника слід уточнити і доповнити ст. 48 КПК в такий спосіб: "Захисник підсудного представляє предмети, письмові документи та інші докази, що стосуються справи, які суд зобов'язаний приєднати до справи як докази, заявляє клопотання про затребування і приєднання до справи нових доказів на користь підсудного, бере участь у дослідженні доказів, висловлює думку щодо клопотань інших учасників процесу, викладає суду свою думку щодо обвинувачення, меж його доведення або недоведеності обвинувачення, про обставини, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають відповідальність, чи виправдовують підсудного, висловлює суду пропозицію про застосування кримінального закону, призначення покарання, а також з інших питань, що виникають у судовому розгляді".

За ст.66 КПК, суд віднесено до суб'єктів, які збирають докази, що суперечить принципу змагальності, оскільки це не функція суду, який повинен тільки їх досліджувати. Як учасник про-

цесу доведення суд має процесуальний статус, відмінний від статусу сторін. Суд повинен з'ясувати і дослідити докази, як на користь обвинувачення, так і на користь захисту. Тут він прагне з'ясувати всі обставини справи, тоді як сторона обвинувачення прагне довести свою обвинувальну тезу, а сторона захисту прагне її спростувати чи пом'якшити.

Винесення законного, обґрунтованого і справедливого вироку припускає певну активність суду в з'ясуванні всіх обставин, що мають значення для справи. Закріплюючи обов'язок суду створити необхідні умови для виконання сторонами їх процесуальних обов'язків і здійснення наданих їм прав у статті, що регулює принцип змагальності (ст.ст.16–1, 315–1, 326), КПК допускає право суду з метою перевірки доказів при необхідності за власною ініціативою одержувати додаткові докази. Суд може винести рішення про винуватість особи лише на основі достовірних доказів. Тобто, він не має права в ім'я неупередженості жертвувати встановленням істини по справі і не зв'язаний доказами, що їх надали сторони. Він може витребувати нові докази, які вважає необхідними для об'єктивного розгляду справи і вжити заходів, необхідних для з'ясування всіх обставин справи, призначити судову експертизу, викликати для допиту експерта, своєю постановою повернути справу на додаткове розслідування, що неприпустимо з позиції забезпечення принципу змагальності. Суд зобов'язаний забезпечити сторонам умови для виконання ними своїх функцій і не брати їх виконання на себе та, дослідивши всі зібрані по справі докази, винести обвинувальний або виправдальний вирок. В цьому випадку судом буде в повній мірі виконано покладену на нього функцію правосуддя.

§ 3.3. Проблеми реалізації принципу змагальності в апеляційній інстанції

За чинним КПК України однією з підстав скасування чи зміни вироку є невідповідність висновків суду, викладених у вироку, фактичним обставинам справи (п.2 ч.2 ст.367 КПК),

що припускає з'ясування судом у судовому розгляді обставин, які можуть істотно вплинути на його висновки (ст.369). "Суть оскарження вироку, який не вступив у законну силу, полягає в тому, яким методом і в яких обсягах вищестоящий суд може на підставі поданої скарги переглянути вирок нижчестоящого суду, до яких наслідків це може привести і які міри на підставі такого перегляду відповідний суд може прийняти своїм рішенням" [472, с.295].

Специфіка апеляції полягає в тому, що вона виконує значною мірою контрольні, перевіряючі функції. Завдання суду засудити справедливо виконане, якщо він розглядав матеріали всебічно, повно, об'єктивно і встановив дійсні обставини справи. Під час розгляду справи судом повинна встановлюватися істина, а висновки суду про всі фактичні обставини справи повинні відповідати тому, що мало місце насправді. КПК України термін "істина" не вживає, однак саме істина повинна бути метою доведення.

Юридична енциклопедія термін "істина у праві" тлумачить як "вірогідність закріплених у юридичних актах тверджень, висновків, принципів реальним процесам і фактам." [530, с.729]. Як результат пізнавальних процесів – вона повинна мати пізнавальний характер, а за змістом – має бути об'єктивною. Основні правила доведення, закріплені в чинному КПК в статтях 65, 66, 67, 323, 324 орієнтують суд саме на такий підхід. Цей висновок випливає і з аналізу ст.2 КПК, якою визначено завдання кримінально-процесуального судочинства. Їх можна виконати при умові, що суд розгляне кримінальну справу всебічно, повно й об'єктивно та встановить всі дійсні обставини справи, тобто зібрані по справі докази повинні бути вірогідними.

Апеляційне провадження – це особлива форма судового нагляду. Завдання цієї форми судового нагляду – забезпечити набуття законної сили тільки законним й обґрунтованим вироком. Це завдання є незмінним незалежно від приводу, що послужив початком апеляційного провадження, чи це апеляція сторони захисту, чи апеляція сторони обвинувачення. Апеляція є ефективним засобом виявлення й усунення помилок, які допускаються судами першої інстанції при ухваленні вироку. Вона забезпечує

реалізацію правозахисної функції правосуддя, тобто перенесення скривдженою стороною справи з нижчого суду до вищого, для перегляду винесеного нижчим судом рішення [350, с.153].

Погоджуючись в цілому з наявністю принципу змагальності і рівноправності сторін, частина вчених вважає, що цей принцип в цілому поширюється і на стадію перегляду вироків, ухвал і постанов судів, які не вступили в законну силу [209, с.19–20; 326, с.107; 325, с.8; 311, с.82]. Однак є і противники цієї позиції [502, с.143; 57, с.49], які на наш погляд мають рацію.Вони вважають, що дія цього принципу не забезпечується в повному обсязі в інших судових стадіях процесу. Слід зауважити, що залежно від особливостей різних стадій процесу визначається і різний рівень дії цього принципу в них. Найповніше його дія проявляється на стадії судового розгляду, де обставини справи досліджуються безпосередньо судом, який зобов'язаний сам допитати свідків, підсудного, потерпілого, дослідити речові докази, матеріали справи.

Особливість розгляду справ у апеляції закріплена в статях 356–365 КПК України: суд перевіряє законність і обґрунтованість вироку першої інстанції в межах апеляції по наявних у справі і додатково наданих матеріалах. Розробляючи концепцію судової реформи, вчені конкретизували, що апеляція виражається в перевірці дотримання закону при провадженні в судах першої інстанції і не вимагає безпосереднього дослідження доказів [191, с.5, 8–9, 12, 24].

Аналіз чинного законодавства і сформована практика дають підстави підтримувати висновок, що принцип змагальності в апеляційній інстанції діє обмежено. В цій інстанції присутні сторони, однак явка їх є не обов'язковою. Слід зазначити, що в науці немає єдиної точки зору щодо процесуальної ролі прокурора в апеляційній інстанції. Ряд авторів схиляється до висновку, що прокурор у суді другої інстанції стороною не є, бо в суд першої інстанції він приходить будучи переконаним у винуватості обвинуваченого [46, с.19–20; 311, с.107–117; 363, с.171; 391, с.69; 436, с.177–183; 470, с.354–356]. Свій висновок він робить на підставі сформульованого слідчим обвинувального висновку, тому в суді першої інстанції він прагне переконати суд, що

теза про винуватість підсудного є правильною, наполягаючи і переконуючи суд, щоб останній з цим твердженням погодився. Тоді як в апеляційній інстанції статус прокурора інший: тут він не має заздалегідь сформульованої тези щодо винуватості підсудного, бо не брав участі у контролі за досудовим слідством по цій справі, не затверджував по ній обвинувального висновку, не направляв справу до суду і не брав участі в суді першої інстанції по підтриманню обвинувачення. Тут роль прокурора зводиться до того, що він висловлює свою думку щодо законності і обґрунтованості судового рішення, незалежно від того, хто був ініціатором перегляду справи в апеляції.

Підтримуючи апеляцію, прокурор вправі з нею не погодитися, або погодитися частково, а тому вільний у виборі позиції і може її не підтримати та запропонувати суду відхилити апеляцію цілком чи частково. Іншої точки зору дотримувалися Е.Ф. Куцова і М.Л. Шифман [209, с.41-46; 521, с.49–52]. Нам їх думка видається такою, що заслуговує уваги та ми з нею погоджуємося. Вони вважали, що найчастіше прокурор, який бере участь у суді першої інстанції, не здійснює нагляд за досудовим слідством по конкретній кримінальній справі і не затверджує обвинувальний висновок, бо в силу розподілу посадових обов'язків, це роблять інші прокурори. Прокурор, маючи обвинувальний висновок, наглядове провадження від імені держави, підтримує цей висновок, але він повинен бути вільним у виборі своєї позиції, оскільки жорстко не пов'язаний з його аргументами. Якщо докази обвинувачення не знайдуть підтвердження в ході судового розгляду, прокурор вправі відмовитися від підтримки такого обвинувачення.

Суть участі прокурора в апеляції полягає в тому, що він представляє інтереси держави, як власне і в суді першої інстанції. При цьому він законом наділяється такою ж сукупністю прав, що і сторона захисту. Інтереси держави й особи, засудженої від імені держави, не збігаються, тому прокурор і засуджений в апеляції мають протилежні інтереси, свідченням чого є те, що прокурор виступає стороною обвинувачення в процесі, а засуджений, його захисник - стороною захисту. Тому не можна погодитися з точкою зору М.М. Гродзинського, А.Л. Ривліна,

І.Д. Перлова, М.М. Полянського [102, с.37, 44–45; 368, с.155-158; 311, с.112–114; 328, с.165], які пропонували компромісне рішення цього спірного питання: прокурор у апеляційній (касаційній) інстанції є стороною, якщо він підтримує апеляцію (касаційне подання) , в інших же випадках він виступає не як сторона, а як орган нагляду за законністю. Змагальність проявляється в рівних можливостях сторін подавати апеляції у випадках, якщо сторона незадоволена рішенням суду. Особливість процесуального статусу прокурора полягає у відсутності у нього особистого інтересу в процесі, що дає підстави говорити про публічну спрямованість його діяльності. Особливість функцій прокурора на цій стадії процесу полягає ще й у тому, що рівність сторін не припускає фактичної чи юридичної рівності, вона виражається лише в процесуальній рівності, що так само пояснює можливість прокурора подавати апеляції (касаційні подання).

За ст.362 КПК неявка учасників процесу на засідання суду апеляційної інстанції не є перешкодою для розгляду справи, якщо інше не перебачено КПК або рішенням апеляційного суду. Ця норма підкреслює рівність прав сторін в апеляційній інстанції. Питання про участь у засіданні засудженого, (це стосується осіб, які перебувають під вартою), вирішується в кожному конкретному випадку судом. Зазначене дає підстави зробити однозначний висновок, що суд вправі приймати будь-яке рішення, у тому числі відмовити засудженій особі брати участь в засіданні суду. У силу цього, клопотання засуджених про участь у суді касаційної інстанції раніше не завжди задовольнялися.

Обмеження засудженого в правах щодо можливості особисто відстоювати свою позицію, нарівні з прокурором, участь якого є обов'язковою, дає підстави зробити висновок про нерівність прав сторін, які беруть участь в апеляційній інстанції. На це звернув увагу Пленум Верховного Суду України в своїй постанові №8 від 24 жовтня 2003 р. "Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві" [341, с.271-281]. Демократичнішою була вимога, що мала місце в законодавстві раніше, за якою суд апеляційної інстанції повинен був перевірити, чи повідомлені засуджений, виправданий, їх захисники про день розгляду справи. Недотримання цієї ви-

моги було порушенням права на захист, що сприяло гарантіям реалізації принципу змагальності. Зараз суд апеляційної інстанції перевіряє ці обставини, якщо апеляцією порушуються питання про погіршення становища засудженого чи виправданого [255, с.27].

У проекті КПК немає істотних змін на цей рахунок, бо у статтях 538 і 542 прокурор ставиться у привілегійоване становище за рахунок того, що його присутність у апеляції є обов'язковою, тоді як участь захисника, засудженого – не обов'язкова, питання про виклик засудженого, який тримається під вартою вирішується судом [332]. На наш погляд, з метою забезпечення дії принципу змагальності на цій стадії процесу участь засудженого і його захисника є обов'язковою в апеляційній інстанції. Такий наш висновок також випливає з положень ст.6/3 п."с" ЄКПЛ.

Вирішення проблеми шляхом заміни реальної присутності засудженого при розгляді його справи в апеляції на віртуальну через використання технології відеоконференцзв'язку неодноразово обговорювалося російськими та вітчизняними вченими і практиками [32, с.12; 249, с.321 та ін.]. Ця проблема стосується порядку пред'явлення додаткових матеріалів особам, які не можуть бути безпосередньо присутніми в залі судового засідання. Процедура пред'явлення копій документів шляхом використання технічних можливостей при розгляді справ щодо осіб, які страждають різними фізичними вадами чи психічними розладами, неповнолітніх, що може погіршувати сприйняття цими особами процесу, який відбувається на екрані, зв'язана з певними труднощами. Ми дійшли висновку, що при розгляді кримінальних справ з використанням відеоконференцзв'язку участь адвоката слід визнати обов'язковою, незалежно від бажання засудженого. Це положення повинне бути закріплене відповідним чином у вітчизняному кримінально-процесуальному законодавстві.

Проблема обов'язкової участі захисника в апеляції чинним КПК України та у проекті КПК залишається неврегульованою. Обов'язковість участі захисника в апеляції кореспондується з обов'язковою в ній участю прокурора. Генеральний прокурор України 30 березня 2004 р. видав наказ №3-гн "Про завдання

та організацію роботи прокурорів у судовому розгляді кримінальних справ" [151]. Він зобов'язує нижчестоящих прокурорів забезпечити їх участь, як правило, по всіх справах, що розглядаються в апеляції. При такій вимозі участь у цій стадії не тільки самого засудженого, але й професіонала-захисника має бути обов'язковою.

Рівні права сторін можуть бути реалізовані лише за наявності реальних рівних можливостей. Тому на цій стадії професіоналу повинен протистояти професіонал і варто було б відмовитися від допуску в судове засідання на цій стадії як захисників будь-яких інших осіб, в тому числі фахівців у галузі права, статус яких не визначений жодним законом України [246, с.6; 256, с.6; 518, с.128–131], бо вільною професією адвокатура була лише в державах з нерозвинутою правовою системою на нижчих ступенях юридичного розвитку суспільства [398, с.5]. Адвокатура повинна бути професійною самоврядною організацією, що затверджено в Основних положеннях про роль адвокатів, прийнятих V111 Конгресом ООН по запобіганню злочинам у серпні 1990 р. [22, с.625, 627].

У ст.362 чинного КПК закріплено положення про можливість розгляду справи в апеляції за відсутності сторін, які не з'явилися. Вбачається, що необов'язковість участі сторін у апеляції йде в розріз із сутністю принципу змагальності і рівноправності сторін. Наявність сторін – один з складових елементів змагальності, ігнорувати який не можна, тому що з недотриманням цього елементу втрачається вся суть дії цього принципу на стадії розгляду справи апеляційною інстанцією. За такої конструкції правової норми сторони не мають реальної можливості реалізувати своє право, одна сторона на підтримку своєї апеляції на предмет скасування чи зміни судового рішення, а інша – на підтримку саме цього судового рішення. Не погодившись з рішенням суду першої інстанції одна зі сторін, подаючи апеляцію бажає продовжити протистояння, і вже в іншому порядку довести свою позицію, у правильності якої не сумнівається, апеляційному суду. Однак, можливість розгляду справи за відсутності сторони позбавляє її права продовжити протистояння та довести свою позицію суду.

На підставі проведеного дослідження видається доцільним викласти ч.3 ст.362 чинного КПК в такій редакції: "Про надходження апеляції, а також про час і місце розгляду справи апеляційним судом, суд першої інстанції зобов'язаний повідомити сторони, які у всіх випадках виявивши бажання брати участь у суді касаційної інстанції, допускаються на судове засідання. Засудженого до позбавлення волі суд зобов'язаний забезпечити для участі в розгляді апеляції. Неявка учасників процесу на засідання апеляційної інстанції без поважних причин є перешкодою для розгляду справи, якщо інше не передбачено цим Кодексом".

Сторони, в силу дії принципу змагальності, повинні мати рівні процесуальні права, тобто їх права повинні кореспондувати між собою. Однак як у чинному КПК, так і в його проекті ця нерівність збережена. Стороні обвинувачення в апеляції надані більш широкі повноваження та можливості впливати на рішення суду. Розгляд справи здійснюється в судовому засіданні за обов'язковою участю прокурора. Неявка захисника та інших учасників судового розгляду не перешкоджає розгляду справи (ч.2 ст.357 КПК, ст.542 проекту КПК).

З метою посилення дії принципу змагальності слід наділити захист такими ж правами, якими володіє сторона обвинувачення, виклавши ч.3 ст.362 чинного КПК в новій редакції: "Розгляд справи в апеляційній інстанції здійснюється в судовому засіданні за обов'язковою участю суб'єктів, що здійснюють обвинувачення і захист, прокурора і захисника, потерпілого і засудженого, цивільного позивача і цивільного відповідача та їх представників. Сторонам, які беруть участь в апеляції, судом гарантуються і забезпечуються рівні процесуальні права і можливості в реалізації своєї позиції". Цю редакцію ч.3 ст.362 КПК слід викласти в ч.1 ст. 362 КПК. Ми погоджуємося з тим, що "...набагато простіше вести справу без сторін, коли обвинуваченому не забезпечено право спорити з обвинуваченням. Однак достатніх гарантій правосуддя в такому процесі не має і бути не може. І хоча вдосконалення законодавства в плані розвитку і посилення змагальності дещо ускладнює процес, це посилить гарантії правосуддя і прав громадян, а тому таке вдосконалення необхідне і неминуче" [427, с.129].

Участь сторін визначає і порядок розгляду кримінальної справи в суді апеляційної інстанції. Видається зайвим судді–доповідачу доповідати суть вироку чи постанови, повідомляти ким і в якому обсязі вони оскаржені і викладати основні доводи апеляцій і заперечень учасників процесу (ч.2 ст.362 КПК) – це повинні робити сторони. Сторонам надається можливість виступити з обґрунтуванням своєї позиції і для надання додаткових матеріалів. Однак відсутність сторони у процесі позбавляє її можливості підтримати апеляцію, взяти участь у судовому слідстві, якщо таке проводиться, ознайомитися з додатковими матеріалами, що надійшли з суду першої інстанції на виконання доручень, прослухати пояснення з приводу поданих апеляцій і участі у судових дебатах.

Таким чином, відсутність у сторони реальної можливості реалізації цілого комплексу повноважень при не обов'язковій її участі в цій стадії процесу свідчить про те, що законодавцем не закладено дотримання гарантій принципу змагальності на цій стадії судового розгляду справи, в тому числі в апеляції.

З огляду на викладе, диспозицію ч.1 ст.362 КПК, що регулює порядок розгляду справи в апеляційній інстанції варто продовжити виклавши її в такій редакції: "Головуючий відкриває судове засідання і повідомляє, яка справа слухається, за чиєю скаргою, повідомляє склад суду, який розглядає справу, роз'яснює сторонам та іншим учасникам процесу їх права, з'ясовує наявність відводів і клопотань. Розгляд справи починається з виступу особи, яка першою подала апеляцію, що послужила приводом до розгляду справи в апеляційній інстанції. Якщо в справі розглядається кілька апеляцій, представники сторін заслуховуються по черзі. Послідовність виступів визначається судом з урахуванням думок сторін, що беруть участь у розгляді справи, однак перевага надається стороні захисту".

Принцип змагальності і рівноправності сторін повинен забезпечувати активність суду апеляційної інстанції тільки у певних рамках, не дозволяючи виходити за межі функціональної спрямованості діяльності суду. Суд апеляційної інстанції не може брати на себе функцій сторін, але він повинен мати можливість впливати на хід розгляду справи, а не лише керувати

процесом, як вважає частина вчених [78, с.49; 266, с.311–313; 490, с.123].

Вказуючи на характерні риси апеляції, вчені обов'язково називають ревізійні засади апеляції [311, с.38–39; 368, с.138; 431, с.367; 470, с.354-356 та ін.], що означає обов'язок суду перевіряти кримінальну справу в повному обсязі, не будучи зв'язаним ні з предметом апеляції, ні викладеними в ній доказами, а також у щодо тих осіб, які засуджені по конкретній справі, а не лише тих, щодо яких подані апеляції. Виходячи з принципу змагальності і рівноправності сторін, реалізація якого вимагає чіткої функціональної спрямованості діяльності всіх учасників кримінального судочинства, суд не вправі брати на себе виконання інших функцій, крім вирішення справи.

Не зовсім погоджуємося з тим, що суд не вправі виходити за рамки апеляцій, у яких сторони виклали свої заперечення на рішення суду по кримінальній справі. Порядок розгляду справи апеляційною інстанцією в законі чітко не розписано, однак суд апеляційної інстанції в інтересах забезпечення вимог про перевірку справи в повному обсязі у визначених законом випадках може запросити додаткові (нові) матеріали, виявляючи при цьому активність. В законі не розмежовано понять "додаткових матеріалів" і "додаткових доказів". На наш погляд, це додаткові докази, бо вони можуть бути не тільки затребувані судом, а й подані апелянтами чи учасниками з тим, щоб суд їх дослідив, оцінив як докази та використавдав як підставу для зміни чи скасування попереднього судового рішення, поклав в основу свого рішення. Визначаючи ступінь активності суду апеляційної інстанції, варто виходити, по–перше, з безпосередніх завдань цієї стадії, а по–друге, враховувати загальну мету кримінального процесу та широкі повноваження цієї інстанції (статті 366 ч.1, 373, 374, 376, 378 КПК).

Прагнучи забезпечити законність і обґрунтованість судових рішень, що не вступили в законну силу, суд повинен мати у своєму розпорядженні процесуальний механізм, який дасть змогу виявити незаконні, необґрунтовані судові рішення і вжити заходів до їх скасування чи зміни з метою встановлення істини по конкретній кримінальній справі. Суд, відповідно до тих форм і умов, які

властиві його діяльності на цій стадії, зобов'язаний об'єктивно встановлювати обставини справи, виявляти всі обставини, що викривають і виправдовують, пом'якшують і обтяжують вину. В цій діяльності суд не повинен підмінювати сторони, виконувати, крім своєї, іншу функцію, тому межі активності суду апеляційної інстанції повинні бути чітко визначені в законі.

Не вирішеною в українському процесі залишається проблема окремої думки судді, адже не завжди прийняте більшістю рішення суду є єдино правильним. За чинним КПК (ч.2 ст.339, ч.4 ст.379) окрема думка судді не оголошується в судовому засіданні під час проголошення рішення, а лише підлягає приєднанню до кримінальної справи. Законодавець не передбачив механізму реалізації цього правового інституту і за чинного положення в КПК про окрему думку сторони процесу можуть і не знати. За радянський період вирішення окремої думки було більш демократичним, бо вона направлялася голові вищестоящого суду, який переконавшись, що суддя має рацію, ініціював зміну чи скасування рішення суду. Слід передбачити процедуру, за якою цю окрему думку судді разом з справою головуючий передає вищестоящому суду, який у складі 1/3 колегії ініціює питання про зміну чи скасування рішення. Для цього слід передбачити доповнення до ч.2 ст.339 та ч.4 ст.379 КПК, яким передбачити обов'язок головуючого у справі окрему думку разом із справою направляти до кримінальної колегії вищестоящого суду, яка у складі 3–х її членів матиме право ініціювати питання про зміну чи скасування рішення.

Не досконалим вважаємо існуючий в законодавстві механізм розгляду окремої думки судді першої інстанції (ч.2 ст.339 КПК) за яким, коли кримінальна справа не розглядалася судом касаційної інстанції, то після того як вирок суду набрав законної сили, окрема думка разом з справою направляється голові вищестоящого суду для вирішення питання про необхідність перегляду справи в порядку нагляду. З метою закріплення чіткого механізму розгляду окремої думки судді першої інстанції в чинне законодавство слід внести відповідні зміни.

На наш погляд, не зовсім правильним є сьогоднішній концептуальний підхід щодо обмеження права апеляційної інстанції

проводити судове слідство лише в межах тієї частини вироку, законність і обґрунтованість якої оспорюється в апеляції. Деякі правові системи надають можливість судам апеляційної інстанції самостійно виходити за межі апеляції і перевіряти рішення судів першої інстанції на предмет так званих "абсолютних помилок" чи то в значенні суті кримінальної справи, чи процесуального порядку [282, с.236, 238; 334, с.152-153], а тому вітчизняне законодавство слід доповнити відповідним положенням.

Аналогічно принцип змагальності знаходить свій прояв в касаційній інстанції, стадії перегляду судових рішень в порядку виключного провадження та виконання вироку.

Висновок до 3 розділу

1.Чинним КПК України створено несприятливі умови для використання кожною стороною процесу наданих їй прав для виконання своїх функцій, в тому числі забезпечення принципу змагальності як в ході попереднього розгляду справи суддею, так в суді першої інстанції та в апеляційному суді. Порядок, передбачений КПК, не відповідає вимогам забезпечення захисту конституційних прав і законних інтересів учасників судочинства, рівності сторін і змагальності процесу, незалежності суду в цих стадіях судового розгляду кримінальних справ. Пропонується змінити процедуру вручення обвинувального висновку, яка не відповідає розподілу функцій у змагальному процесі та визнати обов'язковою участь захисника, обвинуваченого, потерпілого у стадії попереднього розгляду справи і розширити їх права.

2. В цьому розділі зроблено аналіз прав сторін, які пропонується розширити за рахунок додаткових функцій, що сприятиме додатковим гарантіям реалізації принципу змагальності. З метою усунення обвинувальних рудиментів суду запропоновано ряд пропозицій для вирішення цієї проблеми, в тому числі виключити суд з числа суб'єктів, які збирають докази. Пропонується виключення інституту повернення справи на додаткове розслідування як такого, що суперечить розподілу функцій, де суд виконує невластиву йому функцію обвинувачення, ініціюю-

чи продовження слідчої дії досудовим слідством, чим порушуються гарантії принципу змагальності.

3. З метою посилення гарантій принципу змагальності пропонується розширити права законного представника потерпілого. Відповідатиме вимогам Європейської конвенції з прав людини – відмова від розподілу на реабілітуючі та не реабілітуючі підстави припинення кримінального переслідування. Слід відмовитися від інституту відкликання справи прокурором та повернення судом справи прокурору, бо це суперечить принципу змагальності. Доцільно ввести в чинний КПК поняття "допит", "перехресний допит", "повторний допит", які з позиції змагальної побудови процесу і забезпечення рівної участі сторін у дослідженні доказів представляють величезний інтерес.

4. В дослідженні пропонується нова редакція ч.3 ст.296 КПК та положення, яке розкриває зміст діяльності захисника. Вимагають посилення повноваження захисника, якому слід надати додаткові права на судових стадіях. З метою проведення паралельного адвокатського розслідування у вітчизняний кримінальний процес доцільно ввести процесуальну фігуру – адвоката-солісітора. У дослідженні запропоновано вилучити у судді функції обвинувального характеру, зробивши його нейтральним до інтересів сторін у процесі, а тому його права направляти справу на додаткове розслідування з мотивів притягнення до кримінальної відповідальності інших осіб, якщо окремий розгляд справи щодо них неможливий, коригувати обвинувачення в бік погіршення стану обвинуваченого, вручати копії обвинувального висновку – слід вилучити.

5. З метою посилення дії принципу змагальності слід визнати участь захисника, підсудного, потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача, їх законних представників на стадії апеляційного розгляду справи – обов'язковою. Попередження захисника і забезпечення його участі в апеляційному суді повинно бути обов'язком суду. Пропонується розширити права сторін в апеляційній інстанції за рахунок надання їм права оскаржити постанову судді апеляційного суду, ухвалену на стадії попереднього розгляду справи. З метою забезпечення прав сторін, слід наділити їх рівними правами в апеляції, в

зв'язку з чим запропоновано викласти ч.3 ст.362 КПК в новій редакції. Пропонується нова диспозиція ч.1 ст.362 КПК, яка регулює порядок розгляду справи в апеляційній інстанції.

Запропоновано механізм внесення суддею окремої думки та процедуру її вирішення, а також доповнення до ч.4 ст.379 КПК, яким передбачено обов'язок головуючого у справі окрему думку судді разом із справою направляти до кримінальної колегії вищестоящого суду, яка у складі 3–х її суддів ініціює питання про зміну чи скасування рішення суду.

6. На наш погляд, не зовсім правильним є сьогоднішній концептуальний підхід щодо обмеження права апеляційної інстанції проводити судове слідство лише в межах тієї частини вироку, законність і обґрунтованість якої оспорюється в апеляції. Деякі правові системи надають можливість судам апеляційної інстанції самостійно виходити за межі апеляції і перевіряти рішення судів першої інстанції на предмет так званих "абсолютних помилок" чи то в значенні суті кримінальної справи, чи процесуального порядку. Єдиний дух змагальності повинен пронизувати всі стадії процесу, а тому принцип змагальності повинен бути фундаментальною основою українського правосуддя. З огляду на проведений аналіз чинного КПК слід зробити висновок про те, що порядок розгляду справ апеляційною інстанцією потребує суттєвого нормативного врегулювання і заповнення правових прогалин, глибокого теоретичного осмислення і аналізу для визначення в ньому місця принципу змагальності, визначення і узгодження прав і обов'язків сторін та інших учасників процесу. В Україні не вироблено єдиного погляду на суть і роль змагальності в кримінальному процесі, що створює значні труднощі як гносеологічного, так і емпіричного плану.

7. Змагальна форма вітчизняного кримінального процесу вимагає реалізації принципу змагальності на всіх стадіях процесу. Однак принцип змагальності в українському кримінальному процесі діє дуже обмежено, навіть на судових стадіях процесу. Для повної його реалізації в кримінальному судочинстві України потрібний зовсім новий концептуальний підхід до питань не тільки кримінально-процесуального, а й інших галузей права. Зараз можна говорити тільки про незначний прояв принципу

змагальності. Будучи принципом кримінального процесу України, принцип змагальності являє собою визначену цінність, як і будь-який інший принцип судочинства. Нам видається, що його роль у вітчизняному кримінальному процесі повинна бути визначальною.

8. Значення принципу змагальності і рівноправності сторін полягає в тому, що його варто розглядати як демократичні начала, які забезпечують встановлення істини по кримінальній справі, бо протиборство протилежних сторін створює сприятливі умови для виявлення всіх обставин по справі. Однак слід пам'ятати, що сама по собі змагальність ще не забезпечує досягнення істини по кримінальній справі, бо сторони можуть бути в ній не зацікавлені. Зараз в Україні створюються умови для реалізації принципу змагальності і рівноправності сторін, чому сприятиме прийняття нового КПК, в якому повинні бути закріплені основні елементи змагальності, що виключають розмаїтість у тлумаченні цього принципу і дасть можливість перетворити кримінальний процес на більш демократичний.

Висновки

1. У цьому дослідженні здійснено теоретичне узагальнення і запропоновано нове вирішення важливого наукового завдання – розширення дії принципу змагальності у різних стадіях кримінального процесу України, який за авторською концепцією має бути кардинально реформований в контексті європейських стандартів, що дасть змогу сформувати якісно новий рівень захисту прав і свобод громадян, суб'єктів кримінально-процесуальних правовідносин.

2. Запропоновані нормативні шляхи втілення в національне законодавство приписів Загальної декларації прав людини (1948 р.), Конвенції про захист прав людини та основних свобод (1950 р.), Міжнародного пакту про громадянські і політичні права (1966 р.), Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах (1959 р.) та інших міжнародно-правових актів. В світлі Конституції України, вище вказаних міжнародно-правових актів для сучасної України найбільш прийнятною є саме змагальна форма кримінального процесу. В зв'язку з цим в проекті КПК України запропоновано ряд кримінально-процесуальних механізмів, притаманних змагальній формі кримінального процесу, що забезпечать змагальні начала у всіх стадіях кримінального процесу.

3. Права і свободи людини і громадянина та їх обмеження повинні мати певні розумні межі та бути збалансованими. В дисертації знайшло своє відображення авторське бачення нормативного балансу між двома цінностями – правами людини і ступенем контролю над злочинністю, а також вияснено оптимальне співвідношення між змагальністю, імперативністю й диспозитивністю в регулюванні окремих процесуальних механізмів. Доведено, що змагальність як і диспозитивність та імперативність, є одним з основних способів нормативного регулювання організації кримінально - процесуальної діяльності.

4. В роботі запропоновано нове визначення поняття принципу змагальності, як правового інституту. Поряд з традиційними елементами принципу змагальності: поділ процесуальних функцій обвинувачення, захисту і вирішення справи, наявність

активних рівноправних сторін і суду, що вирішує справу і є гарантом забезпечення сторонам їх прав при виконанні ними своїх функцій запропоновано змінити структуру принципу змагальності за рахунок включення таких елементів, а саме: доступ до правосуддя, свобода оскарження всіх рішень до суду, процесуальна рівноправність суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності, що здійснюють обвинувачення і захист.

5. Визнаючи необхідність запровадження змагальної форми в стадію досудового слідства, пропонується відмовитися від фактично розшукового його характеру через забезпечення в новому КПК України реальної процесуальної незалежності слідчого та звільнити його від обов'язків виконувати протилежні за змістом процесуальні функції.

6. Захист прав і свобод людини не може бути дійовим без судового контролю і без надання особі можливості оскарження до суду рішень, дій чи бездіяльності органів дізнання, досудового слідства та прокурора. Запропоновано розширити межі судового контролю, а також перелік підстав для звернення до суду за таким захистом. З метою удосконалення процедури судового контролю на стадії досудового слідства пропонується введення нового суб'єкта кримінального процесу – слідчого судді, визначено його статус і запропоновано нову процедуру оскарження його рішень.

7. Подальшого вдосконалення потребує законодавче забезпечення розгляду кримінальних справ у судах першої інстанції. Право суду повертати справу для проведення додаткового розслідування і прокурору для усунення недоліків, давати органу досудового слідства доручення по справі, яка знаходиться у провадженні суду суперечить Конституції України, міжнародно-правовим актам та не відповідає завданням розкриття злочину, встановлення винних і забезпечення розгляду справи в розумні строки. З метою усунення цієї недоречності пропонується низка законопроектних новел.

8. В роботі зосереджено увагу на вирішенні проблеми оперативного виправлення судових помилок судами апеляційної і касаційної інстанцій, бо закріплені у чинному КПК процедури та процесуальні строки апеляційного і касаційного оскарження

й розгляду є недосконалими. Розроблені пропозиції по усуненню прогалин кримінально-процесуального закону у вказаних правовідносинах.

9. В роботі обґрунтована необхідність розширення дії принципу змагальності в апеляційній інстанції, зокрема, розширення прав учасників процесу і кола осіб, які мають право на подачу апеляції. Уточнені повноваження апеляційних судів, запропонований механізм подачі нових матеріалів апеляційному суду, а також намічені шляхи вирішення проблем, пов'язаних зі зміною або доповненням підстав апеляції. Пропонується механізм розгляду і вирішення окремої думки судді, який при прийнятті рішення залишився в меншості.

10. З метою забезпечення найбільш перспективних шляхів розвитку кримінально-процесуального права, розширення змагальних начал в кримінальному процесі України дисертантом розроблено низку законопроектних моделей, а саме:

- про те, що обвинувачений вправі знайомитися з доказами його вини, приведеними у постанові про притягнення його як обвинуваченого ;
- про встановлення обов'язку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, громадських об'єднань і організацій надавати запитувані адвокатом документи чи їх копії і встановити відповідальність за невиконання вимоги адвоката надати необхідні по справі документи, чи посвідчену його копію;
- про наділення адвоката правом вимагати у безперечному порядку через суд документи, які не були йому надані добровільно;
- про гарантії права захисника на активну участь у всіх слідчих діях, що проводяться за участю його підзахисного через покладення на слідчого обов'язку повідомити про час, місце їх проведення, а невиконання цього обов'язку визнати у чинному кримінально-процесуальному законодавстві України істотним порушенням закону, що виключає допустимість доказу ;
- про обов'язкову участь обвинувача, потерпілого, обвинуваченого, його захисника, цивільного позивача , цивільного відповідача та їх представників при проведенні попереднього розгляду справи, якщо ними в стадії досудового слідства були заявлені клопотання або подані скарги.

Список використаних джерел

1. Beulke W. Strafprozessrecht. (Schwerpunkte). – Heidelberg, –1996. 280 SS;
2. Cappeletti M.The Judicial process in Comparative Perspective. – Oxford: Clarendon Presse, 1989. – P.180
3. Diverting cases from the courts// The Criminal Law Review., 1995, –№6. –P.446
4. Driendl U.Verfahrensoekonomie und Strafprozessreformen. – Bochum, 1984.-S54
5. Edwards v. Arisona, 451 U.S. 477 (1981)
6. Groshyk H., Korybski A. Konflikt intereso'w i prawa. –Warszawa, 1990
7. Herring v. New-York, 422 U.S. 853 (1975)
8. Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938)
9. Kampanis v. Greece, п.47
10. Kapahnke U. Opportunitaet und Legalitaet in Strafverfahren. Tuebingen, 1982. – S.44
11. Michigan v. Mosley, 423 U.S. 96(1975)
12. Minnick v. Arisona, 489 U.S. 146 (1990)
13. Mueller I. Rechtsstaat und Strafverfahren. Frankfurt a. M,1980.S.59
14. Neubauer D.W.Amerika's courts and the criminal justice system. North Scituate (Mass.), 1979.- P.33
15. Nikolova v. Bulgaria, п.58; Niedbala v. Poland, п.67; Sanchez – Reise v. Switzerland, п. 51; Toth v. Austria, п.84; Kampanis v. Greece, п.47
16. Peters K. Strafprozess: Ein Lehrbuch.Heidelberh-rarlsruhe, 1981. S271, 285
17. Riverro J. Rapport de synthese.- Aix-en-Provence, 1982.- P.519
18. Sanchez-Reise v. Switzerland, п. 51 ; Niedbala v. Poland, п.67; Trzaska v. Poland, п.78; Ilijkov v. Bulgaria, п.103; Toth v. Austria, п.84; Wloch v. Poland, п.129-131; Migon v. Poland, п.61; Klamecki v. Poland, п. 130. Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст // За ред. О.Л. Жуковської. – К., 2004. – 960 с.
19. Wetzel. Sistem des ordentlichen Civilprozesses.3. Aufl.1878. –S.516

20. Абрамов С.Н. и др. Гражданский процесс. – М: Всесоюзный институт юридических наук. Юридиздат, 1948. –204 с.
21. Адвокатура України. Навчальний посібник / За ред. Михеєнко М.М., Святоцького О.Д. – К.: Ін Юре, 1997 . –224 с.
22. Адвокатура України: правове регулювання і судова практика. Практ.посіб.для адвоката / За ред. С.В. Сафулька, О.Д. Святоцького: Упоряд. Т.Г.Захарченко та ін..-К.: Видавничий дім «Ін Юре», 2003. –256 с.
23. Александров А.С. Автореф. дисс.... канд. юрид. наук. – Н.Новгород, 1995.
24. Александров А.С. Каким не быть предварительному следствию // Государство и право. – 2001. – № 9.
25. Александров А.С. Субсидиарный уголовный иск // Государство и право. – 2000. – №3.
26. Алексеев Н.С., Даев В.Г., Кокорев Л.Д. Почерк развития науки советского уголовного процесса. - Воронеж: Изд-во Воронежского ун-та, 1980. – 245 с.
27. Алексеев С.С. Избранное. Наука права. Общесоциальные проблемы. Публицистика. –М.: Статут, 2003. – 480 с.
28. Алексеев С.С. Общая теория права. – М.: Юридическая литература, 1981. – 359с.
29. Алексеев С.С. Право и правовая система // Правоведение. –1980. –№1.
30. Алексеев С.С. Проблемы теории права. Т.1. Свердловск: СЮИ, 1972. –С.105.
31. Алексеев С.С. Теория права. –М.:Изд–во БЕК, 1994. – 224 с.
32. Алексеева Л. Видеоконференцсвязь в суде: технические проблемы решены, остались процессуальные // Росийская юстиция. – 2000. – № 6.
33. Алиев Т.Т., Громов Н.А. Зейналова Л.М., Лукичев Н.А. Состязательность и равноправие сторон в уголовном судопроизводстве: Учебное пособие. – М.: Прориздат, 2003. –112 с.
34. Альперт С.А. Кримінально-процесуальні функції: поняття, система, суб'єкти Конспект лекцій. - Х.: Національна юридична академія України, 1995.
35. Альперт С.А. Принцип публичности (официальности) и его значение в деятельности советских органов предварительно-

го расследования // Ученые записки Харьковского юрид. ин-та. – Выпуск 3. – Харьков, 1957.
36. Альперт С.А. Принципы советского уголовного судопроизводства и их роль в формировании правового статуса участников процесса // Проблемы социалистической законности. Выпуск 17. – Харьков, 1986.
37. Альперт С.А. Обвинение в советском уголовном процессе. – Х., 1974.
38. Афанасьев В.Г. Основы философских знаний. – М.: Мысль, 1984. – 351 с.
39. Бабаев В.К. Презумпции в советском праве. Уч. пособие – Горький: Горьковская высшая школа, 1974. – 124 с.
40. Бабенко А., Черкасова Н. Суд должен проявлять активность при сборе и исследовании доказательств // Советская юстиция. – 1993. – №12.
41. Багаутдинов Ф., Васин А. Последствия отказа прокурора от обвинения в суде // Российская юстиция. – 2000. – №3.
42. Баев М.О. О стадии возбуждения государственного обвинения в уголовном Процессе // Воронежские криминалистические чтения. – Выпуск 12. – Воронеж, 2000.
43. Бажанов С. Оправдана ли так называемая доследственная проверка? // Законность. –1995. –№1.
44. Барабаш А.С. Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление. - СПб: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс». – 2005. –257 с.
45. Барабаш А.С., Помренин К.Г. Состязательность, ее роль в установлении виновности обвиняемого // Проблемы доказывания виновности в советском уголовном процессе. – Выпуск 3. – Красноярск, 1989.
46. Басков В.И., Темушкин О.П. Прокурор в суде второй инстанции по уголовным делам. – М.: Юридическая литература, 1972. – 158 с.
47. Баулін В. Кримінальна відповідальність: сутність, зміст та правова реформа // Вісник Академії правових наук України.– Х. – 2003. – №2(33). – №3 (34).

48. Баулін О.А. Реальне забезпечення процесуальної незалежності слідчого у майбутній правовій системі України. Концепція розвитку законодавства України // Матеріали науково-практичної конференції.-К., 1996.
49. Безлепкин Б.Т. Уголовный процесс России. Общая часть и досудебные стадии (курс лекций). – М.: Международный университет Бизнеса и Управления , 1998. –320 с.
50. Белкин Р.С. Собирание, исследование и оценка доказательств. Сущность и методы. – М.: Наука, 1966. –295с.
51. Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. – К.: Україна, 1999. –554с.
52. Бибило В.Н. Конституционные принципы правосудия и их реализация в стадии исполнения приговора. - Минск: Университетское издательство, 1986. –160 с.
53. Бистрик Г.М. Участь захисника у збиранні доказів у справі // Теорія та практика застосування чинного кримінального і кримінально-процесуального законодавства у сучасних умовах. Тези доповідей науково-практичної конференції. Ч.1. - К: НАВСУ, 2002.
54. Бірюкова А.М. Деякі питання участі захисника при попередньому розгляді справи // Адвокат. – 2003. – №5.
55. Боботов С.В. Буржуазная юстиция: состояние и перспективы развития. – М: «Наука», 1989. – 256 с.
56. Божьев В. Состязательность на предварительном следствии // Законность. – 2004. – №1.
57. Божьев В.П. К вопросу о состязательности в Российском уголовном процессе. // Уголовное право. – 2000. – № 1.
58. Божьев В.П. Уголовный процесс. Общая часть. – М.: Спарк, 1997. –193 с.
59. Бойков А. Д.Проект УПК РФ: Иллюзии потеряны, надежды остаются // Законность. – 1995. – № 3.
60. Бойков А., Карнеева Л. Об участии защитника на предварительном следствии // Советская юстиция. – 1970. – №18.
61. Бойков А.Д. Третья власть в России. – М.: Юрлитинформ, 2002 .
62. Бринцев В.Д. Досудове слідство: судовий слідчий чи «следственный судья» // Право України. –1997. – №7.

63. Бронз Й.Л. Зміни і доповнення, що пропонуються використати під час обговорення проекту кримінально-процесуального кодексу України // Адвокат. – 2003. – №3.
64. Бурмагин С. Принцип состязательности в теории и судебной практике // Российская юстиция. – 2001. – № 5.
65. Бущенко А.П. Практика Европейского суда по правам человека. – М.: Спарк, 2001. – 215 с.
66. Быков В.М. Принципы уголовного процесса по Конституции РФ // Российская юстиция. – 1994. – № 8.
67. Вандышев В.В., Дербенев А.П., Смирнов А.В. Уголовный процесс: Учебно-методическое пособие. – Ч.1. – СПб., 1996. – 97с.
68. Варфоломеева Т.В. Защита в уголовном судопроизводстве. – К.: Инст. Адвокатуры при КГУ им. Т.Шевченко,1998. – 200с.
69. Варфоломеева Т.В. Криминалистика и профессиональная деятельность защитника .-К.: Вища школа, 1987. – 152 с.
70. Варфоломеєва Т.В. Процесуальні, криміналістичні та етичні аспекти захисту // Вісник Акад. прав. наук України. – 2002. – №3.
71. Васильев А.М. Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. – М.: «Юридическая литература», 1976. – 264 с.
72. Васильев О.Л. Состязательность как принцип организации судебного следствия в уголовном процессе. (Размышления над постановлением Конституционного Суда РФ от 20 апреля 1999г.) // Вестник МГУ. Серия 11 «Право». – 1999. – №5.
73. Ветрова Г.Н. Уголовно-процессуальная ответственность. –М.: Наука, 1987. – 112 с.
74. Викторский С.И. Российский уголовный процесс. Учебное пособие. – М.: Юрид. Ф-т МГУ, «Городець»,1997. – 445 с.
75. Витрук Н.В. Основы применения кибернетики в правоведении. – М.: «Юрид. лит.», 1977. – 272 с.
76. Відомості Верховної Ради України. –1994. – №15; 1994. –№46; 1996. – №30; 1997. – №40; 2001. – №34; 2001. – №№34, 35, 44; 2002. – №46.
77. Віткаускас Д. Стаття 6 Європейської конвенції з прав людини. //Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст / За ред. О.Л.Жуковської. – К.: ЗАТ «ВІПОЛ», 2004. – 960 с.

78. Волкодаев Н.Ф. Правовая культура судебного процесса. – М.: Юрид. лит., – 1980. – 64 с.
79. Волколуп О.В. Система уголовного судопроизводства и проблемы ее совершенствования. – СПб: Юрид. центр Пресс, 2003. – 265с.
80. Володина Л.М. Механизм обеспечения прав личности в уголовном процессе: Автореф.дис... докт. юрид. наук. – Екатеринбург, 1998.
81. Воскресенський В., Кореневский Ю. Состязательность в уголовном процессе // Законность. –1995. – №7.
82. Всеобщая декларация прав человека// Международные акты о правах человека: Сборник документов. – М., 2000.
83. Вышинский А.Я. Теория судебных доказательств в советском праве. Изд. 3-е. – М.: Юрид. лит.,1950. – 327 с.
84. Гаррис Р. Школа адвокатуры. Руководство к ведению гражданских и уголовных дел / Пер. с англ. – Тула: Автограф, 2001. – 350 с.
85. Гартунг Н. История уголовного судопроизводства и судоустройства Франции, Англии, Германии и России. – СПб.: Типография Э. Арнгольда, 1868. – 206 с.
86. Герасіна Л.М. Проблеми правової конфліктології: феноменологічний, гносеологічний та праксеологічний аналіз / Л.М. Герасіна, М.І. Панов. – Х.: Право, 2004. – 112 с.
87. Гиганов А. Единоборство во имя истины // Литературная газета. – 1970, 13 мая.
88. Головко Л.В. Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. –М.: «СПАРК», 1995. – 130 с.
89. Голос України. – 2001. – №3 (2503), 10 січня.
90. Голунский С.А. Закон о судоустройстве СССР, союзных и автономных республик и работа прокуратуры в суде // Социалистическая законность. – 1938. – №11.
91. Голунский С.А. Вопросы доказательственного права в Основах уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик // Вопросы судопроизводства и судоустройства в новом законодательстве Союза ССР. – М., 1959.
92. Гончаренко В.Г. Деякі зауваження у зв'язку з прийняттям нового Кримінально-процесуального кодексу України // Вісник Акад. прав. наук України. – Харків: Право. –2003. – №№2-3.

93. Гончаренко С. Професійні права адвоката і гарантії адвокатської діяльності у контексті прецедентного права Європейського суду з прав людини. // Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст / За ред. О.Л.Жуковської. – К.: ЗАТ «ВПЮЛ», 2004. – 960с.
94. Гончаренко С. Професійні права адвоката: Європейський стандарт // Адвокат. – 2002. – №6 (33).
95. Гончаренко С. Стаття 6 ЄКПЛ: Кримінально-процесуальні права і гарантії. Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст / За ред. О.Л.Жуковської. – К.: ЗАТ «ВПЮЛ», 2004. – 960с.
96. Горя Н. Принцип состязательности и функции защитника в уголовном процессе // Советская юстиція. – 1990. – №7.
97. Гошовський М.І., Кубинська О.П. Потерпілий у кримінальному процесі України. – К.: Юрінком Інтер, 1998.
98. Григорьев В.Н. О концепции возбуждения уголовного дела // Актуальные вопросы предварительного расследования. – Волгоград, 1997.
99. Григорьева Н. Принципы уголовного судопроизводства и доказательства // Российская юстиция. – 1995. – №8.
100. Гриненко А.В. Методология уголовно-процессуальной науки // Государство и право. – 2003 . – №9.
101. Грицаєнко Л. Деякі аспекти судово-правової реформи в Україні: реальність та перспективи // Право України. – 2004. – №5.
102. Гродзинский М.М. Кассационное и надзорное производство в советском уголовном процессе. – М.: Госюриздат, 1958. – 227с.
103. Громов Н.А., Николайченко В.В. Принципы уголовного процесса, их понятие и система // Гос. и право. – 1997. - №7.
104. Грошевий Ю.М. Деякі проблеми кримінально-процесуальної теорії // Вісник Академії правових наук України. – Х.:Право. – 2004. – №3 (38).
105. Грошевий Ю.М. Принцип безпосередності і правосудність вироку радянського суду // Радянське право. – 1961. – №2.
106. Грошевий Ю.М. Проблеми удосконалення законодавства, що регулює кримінально-процесуальну діяльність // Вісник Академії правових наук України. – Харків: Право. – 2003. – №2 (33) – №3 (34).

107. Грошевий Ю.М., Марочкін Є.І. Органи судової влади в Україні. – К.: ІнЮре, 1997. – 22 с.
108. Грузд Б. Правило Маслова. Право на защитника – с момента угрозы свободам гражданина // Рос.юстиция. – 2000. – №10.
109. Гуткин И.М. Участие защитника на предварительном следствии в советском уголовном процессе. Учебное пособие – М.: Высшая школа МООП РСФСР, 1966. – 72 с.
110. Гуценко К.Ф. Судебная реформа: источники, некоторые результаты, тенденции // Вестн. Моск. ун-та.. –1995. – №5.
111. Гуценко К.Ф., Головко Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. Учебное пособие / Под ред. Гуценко К.Ф. – М: Зерцало, 2002. –517 с.
112. Давлетов А. Право защитника собирать доказательства // Рос. юстиция. – 2003. – №7.
113. Давлетов А. Проблема состязательности решена в УПК РФ неудачно // Российская юстиция. – 2003. – №8.
114. Давыдов П.М. Принципы советского уголовного процесса. Учебное пособие. – Свердловск: Изд-во СЮИД, 1957. – 51с.
115. Даев В.Г. Процессуальные функции и принцип состязательности в уголовном судопроизводстве // Правоведение. – 1974. – №1.
116. Даев В.Г., Маршунов М.Н. Основы теории прокурорского надзора. –Ленинград: Изд-во университета, 1990. – 136 с.
117. Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка.- М.: Русский язык. Изд-во национальных и иностранных словарей, 1980-. – Т.3. – 555 с.
118. Даневский В.П. Наше предварительное следствие, его недостатки и реформа. Антология уголовно-процессуальной науки. - К.: Семенко Сергей, 2003. –142 с.
119. Делла-Марра Т. Уголовный процесс Италии: реформа и контрреформа // Государство и право. –1994. – №1.
120. Демидов И.Ф. Курс советского уголовного права. Общая часть / Под ред. А.Д.Бойкова и И.И.Карпеца. –М.: «Юридическая литература»,1989.
121. Демидов И.Ф. Роль судебной власти в обеспечении законности уголовного преследования // Законность в Российской Федерации. – М., 1998.

122. Деришев Ю. Следственный судья в досудебном производстве // Уголовное право. – 2004. –№3.
123. Дженнис М., Кэй Р., Бредли Э. Европейское право в области прав человека: Практика и комментарии.-М.: Права человека, 1997. – 610 с.
124. Дзвонов Н.А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования преступлений: важная функция судебной власти. Дисс....канд.юрид. наук. – М., 1998.
125. Дідоренко Е. Деякі проблеми теорії та практики кримінального процесу // Вісник Академії правових наук України. – Х.: Право. –2003. –№ 2-№3.
126. Добровольская Т.Н. Принципы советского уголовного процесса. – М.: Юрид. лит., 1971. – 200 с.
127. Добровольская Т.Н. Принципы советского уголовного процесса. – М.: Юридическая литература, 1974. – 198 с.
128. Доказательства в уголовном процессе: традиции и современность / Под ред. В.А. Власихина. – М.: Юристъ, 2000. –272 с.
129. Долгушин А.В. Розвитие процессуальных возможностей реализации принципа состязательности. Дисс.... канд. юрид. наук. – М., 1995.
130. Доронін І.М. Форми реалізації права учасників процесу подавати докази у кримінальному судочинстві // Адвокат. – 2003. - № 4.
131. Дудар О.Ф. Організаційно-правові засади дотримання прав людини в діяльності правоохоронних органів. Основні детермінанти їх порушення //Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). – К. – 2004. – №9.
132. Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод. Комментарий к статьям 5 и 6 / Отв. ред. Топорнин Н.Б. - М.: ИГиПРАН, 1997. – 160 с.
133. Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод // Международные акты о правах человека: Сборник документов. - М.: Норма, 2000. – 725 с.
134. Европейский Суд по правам человека. Избранные решения: в 2-х т. / Предс. ред. кол. – доктор юрид. наук В.А.Туманов. – М.: НОРМА, 2000.
135. Елачич Н.А. Розыскное и состязательное начала на предварительном следствии // Журнал Мин. юстиции. – 1903. – №3.

136. Еникеев З.Д. Механизм уголовного преследования: Учебное пособие. – Уфа: Издательство Башкирского университета, 2002. – 116 с.
137. Ефимичев С.П., Ефимичев П.С. Конституция Российской Федерации и ее толкование Конституционным Судом РФ // Уголовное право. – 1999. – №1.
138. Ефимичев С.П., Ефимичев П.С. Принцип состязательности и его реализация в уголовном судопроизводстве // Российский следователь. – 2005. – №1.
139. Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст // За ред. О.Л. Жуковської. - К.: ЗАТ «ВІПОЛ», 2004. – 960 с.
140. Жогин Н.В., Фаткуллин Ф.Н. Предварительное следствие в советском уголовном процессе. – М.: Госюриздат,1965. – 367с.
141. Жогин Н.В., Фаткуллин Ф.Н. Возбуждение уголовного дела. – М.: Госюриздат, 1961. –206 с.
142. Жуковська О. Професійні права адвокатів у контексті прецедентної практики Європейського суду з прав людини // Адвокат. – 2002. – №6(33).
143. Загальна теорія держави і права: Підручник для студентів юрид. спец. вищ. навч. закладів / За ред. М.В. Цвіка, В.Д. Ткаченка, О.В. Петришина. – Х.: Право, 2002. – 432 с.
144. Закон України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до Законодавства Європейського Союзу» // Голос України. – 2004, 4 червня.
145. Законодавство України про судову і правоохоронну діяльність // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – К., 2001.
146. Законодательство Петра I / Ред. В.М. Клеандрова, Б.В. Колобова, Т.Е.Новицкой – М.: Юрид. литература, 1997. – 897 с.
147. Збірник Постанов Пленуму Верховного Суду України (1972-2004) – Х.: Видавець СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2004. – 608с.
148. Зейкан Я.П. Захист у кримінальній справі. Науково-практичний посібник. – К.: Вища школа, 2002. – 271 с.
149. Зейкан Я.П. Право на захист у кримінальному процесі. – К.: Юридична практика, 2005. – 384 с.

150. Зейкан. Я.П. Невирішені проблеми кримінального процесу. // Адвокат. – 2004. – №2.
151. htth://www.gp.gov.ua
152. Зеленецкий В.С. Возбуждение государственного обвинения в советском уголовном процессе. – Х.: Вища школа, 1979. – 144 с.
153. Зеленецкий В.С. Возбуждение уголовного дела. – Харьков: КримАрт, 1998, –340 с.
154. Зеленецкий В.С. Отказ прокурора от государственного обвинения. Учебное пособие. - Харьков: Харьковский юр. инст. им. Дзержинского, 1979. – 116 с.
155. Зеленецький В.С. Правова природа і функціональне призначення дослідчого провадження по заявах і повідомленнях про злочин // Вісник Академії правових наук України. – Харків: Право, 2003. – №3.
156. Зеленецкий В.С. Функциональная структура прокурорской деятельности. –Х: Вища школа,1978. – 98 с.
157. Зеленецкий В.С. Проблемы инициации юридического процесса // Проблемы социалистический законности. – Х.,1988. – Вып.22.
158. Зеленин Р.С. Значение мнения потерпевшего при отказе прокуратуры от обвинения // Журнал российского права. – 2002. – №5.
159. Зинатулин З.З. Общие проблемы обвинения и защиты по уголовным делам. - Ижевск: Изд-во Удмуртского университета, 1989. – 79 с.
160. Змагальність чи ілюзія? Семінар «Суд та сторони процесу у кримінальному судочинстві: змагальність та відкритість» // Юридичний вісник України. – 2003. –№15 (407), 12-18 квітня.
161. Зорин Г.А. Стратегическая программа криминалистического развития концепции уголовно-процессуальной состязательности и ее методологии (традиционные и нетрадиционные подходы) //Актуальні проблеми сучасної криміналістики.: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 19–21 вересня 2002 р. – Сімферополь-Алушта / МВС України, НАВСУ, КЮІ. – Сімферополь: ДОЛЯ , 2002.

162. Зусь Л.Б. Механизм уголовно-процессуального регулирования. Общая характеристика основных элементов. Учебное пособие. – Владивосток: Дальневост. Владивост. ун-т. , 1976. – 107 с.
163. Калиновский Б.К. Законность и типы уголовного процесса. Дисс.... канд. юрид. наук. СПб, 1999.
164. Капустин А.А. Реформа советского предварительного расследования: сущность, предпосылки, основные направления. Дисс....канд. юрид. наук. – СПб., 1992.
165. Капустинський В.А. Істина як важливий елемент розвитку судочинства // Вісник Верховного Суду України. – 2004. –№11(51).
166. Каткова Г.В., Кожевніков Г.К. Конституція України і принципи кримінального судочинства // Вісник Університету внутрішніх справ. – 1997. – Випуск 2.
167. Качалова О.В.Уголовный процесс.Учебник / Под общ.ред. В.М. Лебедева.–М.: ИТК «Дашков и К», 2004. – 776 с.
168. Квартин Ю. О гарантиях прав адвоката//Социалистическая законность. – 1989. – № 9.
169. Келина С.Г., Кудрявцев В.Н. Принципы советского уголовного права. М.:Наука, 1988. – 176 с.
170. Кларк Р. Преступность в США. Замечания по поводу ее природы, причин предупреждения и контроля. – М.: Книжная находка, 2002. – 420 с.
171. Клейнман А.Ф. Советский гражданский процесс. – М.:Изд. Московского университета,1954. – 407 с.
172. Ковалевский М. Историко-сравнительный метод в юриспруденции и приемы изучения истории права. – М.: Типография Ф.Б. Миллера, 1880.
173. Ковтун Н.Н.И состязательность, и поиск истины // Рос.юстиция. – 1997. – №7.
174. Кожевников И. Принципы состязательности и равноправия сторон в уголовном процессе// Российская юстиция. – 1996. – №12.
175. Кожевников И. Упорядочить полномочия следователя // Российская юстиция. –1997. –№12.
176. Козюбра Н.И. Понятие и структура методологии юридической науки // Методологические проблемы юридической науки. – К., 1990.

177. Кокорев Л.Д. Судебная реформа: идеи и реальность // Юридические зап. Вып.1. Проблемы судебной реформы. – Воронеж, 1994.
178. Кокорев Л.Д. Участники правосудия по уголовным делам. – Воронеж: Изд-во Воронежского ун-та, 1979. – 125 с.
179. Комарова Н.А., Лукашевич В.З. Принцип состязательности и равноправия сторон должен быть эффективным средством установления объективной истины в судебном разбирательстве // Правоведение. – 2001. –№ 4.
180. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. Козак Д.Н., Мизулина Е.Б. - М.: Норма, 2002. – 1039 с.
181. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. А.В.Смирнова, К.Б. Калиновского. – СПб: «Питер», 2003. – 1008 с.
182. Конвенція про захист прав людини та основних свобод // Голос України. 2001. – № 3 (2503), 10 січня
183. Кони А.Ф. Собрание сочинений в 8 т. / Под общ. ред. Базанова и др. Т.1. - М.: Юрид. литература, 1969. – 567 с.
184. Конституция Российской Федерации и ее толкование Конституционным Судом РФ // Уголовное право. –1999. - №1.
185. Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 1997-2001. Книга 1. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 512 с.
186. Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 1997-2001. Книга 2. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 504 с.
187. Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 1997-2002. Книга 3. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – 384 с.
188. Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 1997-2002. Книга 4. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 584 с.
189. Конституція України. – К.: Вид-во інституту законодавства Верховної Ради України, 2001.
190. Конституція України. Науково-практичний коментар / Ред. кол. Тацій В.Я., Битяк Ю.П., Грошевий Ю.М. та ін. – Х.: Право. – К., Концерн Видавничий дім «Ін Юре», 2003. – 800 с.
191. Концепція розвитку правосуддя в Україні на 2005-2015 роки. Центр політико-правових реформ. – К.: Право, 2005.
192. Копылова О.П. Проверка заявлений и сообщений о преступлениях. Автореф. дисс.... канд. юрид. наук. – СПб., 1999.

193. Кореневский Ю.В. Доказывание в уголовном процессе (закон, теория, практика) // В сб.: Доказывание в уголовном процессе: традиции и современность / Под ред. В.А. Власихина. М., 2000.
194. Корецкий И. Этика судебных споров // Социалистическая законность. – 1976. – №1.
195. Коржанский М.Й. Очерки теории уголовного права. – Волгоград: Высшая следственная школа, 1992. – 92 с.
196. Коржанський М.Й. Нариси уголовного права. - К.:ТОВ «Генеза», 1999. –208 с.
197. Корнева Т.Н. Изменения в статус обвиняемого: некоторые аспекты // Материалы международной научно-практической конференции, посвященной принятию нового УПК РФ. МГЮА. - М.: Изд-во «Профобразование», 2002.
198. Коряковцев В.В. Защитительная речь в суде присяжних // Правоведение. 2002. – №2.
199. Котик З. Участь прокурора в стадії попереднього розгляду кримінальної справи // Прокуратура. Людина. Держава. – 2005. – № 3(45).
200. Кримінальна справа № 9305404 //Архів Тячівського районного суду Закарпатської області.
201. Кримінальна справа № 9102801 // Архів Закарпатського апеляційного суду.
202. Кримінальний процес України. Підручник для студентів юрид.спец. вищ.закладів освіти / За ред. Ю.М. Грошевого та В.М. Хотенця. – Х.: Право, 2000. – 494 с.
203. Кримінально-процесуальний кодекс України. Офіційний текст, прийнятий ВР України 05.04.2001р. – Офіційне видання. – К.: Видавничий дім «ІнЮре», 2001. – 336 с.
204. Кримінально-процесуальний кодекс України. Проект станом на 7 липня 2005 р., роздрукований за фінансової підтримки Департаменту юстиції США. – К., 2005.
205. Кудин Ф.М., Костенко Р.В. Достаточность доказательств в уголовном процессе. – Краснодар: Изд-во Кубанского гос. агр. ун-та., 2000. –160 с.
206. Куйбіда Р.О. Реформування правосуддя в Україні: стан і перспективи. Монографія. – Київ: Атіка, 2004. – 336 с.

207. Курс советского уголовного процесса. Общая часть / Под ред. А.Д. Бойкова и И.И. Карпеца. - М.: Юрид. лит., 1989. – 639 с.
208. Курс советского уголовного процесса. Учебник. / Под ред. Демидова И.Ф. и др. – М.: Юрид. лит.,1989. – 640 с.
209. Куцова Э.Ф. Советская кассация как гарантия законности в правосудии. - М.: Госюриздат,1957. – 228 с.
210. Куцова Э.Ф. Уголовный процес России: истина и состязательность // Законодательство. – 2002. – № 9.
211. Куцова Э.Ф. Гарантия прав личности в советском уголовном процессе. Предмет, цели, содержание. – М.: Юридическая литература, 1973. –151 с.
212. Лазарева В.А. Предварительное судебное производство в уголовном процессе РФ. – Самара: Изд-во "Самарский университет", 1999. –136 с.
213. Ларин А.М. Истребование и предоставление предметов и документов в стадии расследования // Актуальные вопросы усовершенствования производства следственных действий. – Ташкент, 1982.
214. Ларин А.М. Наш инквизиционный процесс // Судебная власть: надежды и реальность: Сб. науч. ст. – М., 1993.
215. Ларин А.М. О принципах уголовного процесса и гарантиях прав личности в проектах УПК 1997 г. // Российская юстиция. – 1997. – №9.
216. Ларин А.М. Расследование по уголовному делу: процессуальные функции. М.: Юрид. литература, 1986. – 160 с.
217. Лившиц Ю.Д., Даровских С.М. Вопросы принципа состязательности в стадии предварительного расследования // Следователь. – 2002. – №8.
218. Лисицин Р.Д. Защитник подозреваемого на стадии предварительного расследования. Дисс…канд. юрид. наук. – М.,1998.
219. Лобанов А.П. Правоотношения адвоката-защитника со следователем и лицом, производящим дознание. – Тверь: Гос.университет / ТОО «Шерна», 1994. –110 с.
220. Лобач В. Державне обвинувачення у світлі міжнародних стандартів. Організація його підтримання в Україні на сучасному етапі // Прокуратура. Людина. Держава. – 2004.-№5.

221. Лобойко Л. Поняття принципу диспозитивності в кримінальному процесі // Вісник Академії правових наук України. –Харків: Право, 2003. – №4 (35).
222. Лобойко Л.М. Допустимість спрощення судового розгляду справи у кримінальному процесі змішаної форми // Судова реформа в Україні. Проблеми і перспективи.: Матеріали наук.-практ. конф. 18-19 квітня 2002 року в м.Харків - К. -Х.: Юрінком Інтер, 2002. – 286 с.
223. Лобойко Л.М. Принцип диспозитивності в кримінальному процесі України. Монографія. – Дніпропетровськ: Ліра ЛТД, 2004. – 216 с.
224. Лубшев Ю.Ф. Адвокат в уголовном процессе. Учебно-практическое пособие. – М.:Юрист, 1997. – 408 с.
225. Лукашевич В.З. Советский уголовный процесс. – Ленинград: Изд-во Ленинградского университета, 1989. – 472 с.
226. Лукашевич В.З. Установление уголовной ответственности в советском уголовном процессе. – Ленинград: Изд-во Ленинградского университета, 1975. – 193 с.
227. Лукашевич В.З., Чичканов А.Б. Принцип состязательности и равноправия сторон в новом УПК РФ // Известия вузов. Правоведение. – 2002. –№2.
228. Лукьянов И. Основные начала и формы уголовного судопроизводства // Юридический журналъ. – 1864. – №9
229. Лупинская П.А. Законность и обоснованность решений в уголовном судопроизводстве. -М.: Всесоюзн. юр. заочный институт, 1972. – 79 с.
230. Лупинская П.А. Принципы уголовного процесса // Юридический вестник. –1995. – №31.
231. Лысый В.П. Единство теории и практики в материалистической диалектике. – Львов: Вища школа, 1986. – 127 с.
232. Макаркин А.И. Состязательность на предварительном следствии. – СПб.: Юрид. центр «Пресс», 2004. – 265 с.
233. Макаров А.М., Алексеева Л.Б. Каким быть уголовному процессу // Советское государство и право. – 1990. – №11.
234. Маланчук П. Проблеми здійснення захисту особи, яка притягається до кримінальної відповідальності // Рос.юстиція. – 2003. – №7.

235. Маланчук П. Проблеми здійснення захисту особи, яка притягається до кримінальної відповідальності // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – №12.
236. Маляренко В., Пилипчук П. Межі судового контролю за додержанням прав і свобод людини // Право України. – 2001. – №4 .
237. Маляренко В.Т. Кримінальний процес України. Стан та перспективи розвитку. // Вибрані наукові праці. Навчальний посібник. – К.: Видавничий дім «ІнЮре», 2004. – 600 с.
238. Маляренко В.Т. Перебудова кримінального процесу України в контексті Європейських стандартів: теорія, історія і практика. Дис... докт.юрид. наук. – Х., 2005.
239. Маляренко В.Т. Поняття, загальна характеристика та класифікація основних засад кримінального судочинства // Вісник Верховного Суду України. – 1999. – №1(11).
240. Маляренко В.Т. Змагальність сторін у кримінальному судочинстві // Вісник прокуратури. – 2003. – №1.
241. Маляренко В.Т. Про досудове слідство, його недоліки і реформу // Вісник Верховного Суду України. – К. –2004. – №8 .
242. Маляренко В.Т. Судова практика і проблеми вдосконалення законодавства // Вісник Верховного Суду України. – 2000. – №4 .
243. Маляренко В.Т. Про змагальність сторін у кримінальному судочинстві та функціональне становище суду (окремі аспекти) // Кримінальний процес України.Стан та перспективи розвитку.Навчальний посібник.– К., 2004. – 600с.
244. Маляренко В.Т. Щодо строків кримінального процесу // Право України. – 2000. – № 1.
245. Маляренко В.Т. Про розгляд кримінальної справи в апеляційному порядку // Вісник Верховного Суду України. – 2002. – №2.
246. Маляренко В.Т. Про сумні тенденції в розвитку інституту захисту в Україні // Адвокат. – 2001. – №1–2.
247. Маляренко В.Т. Про рівень правосуддя у державі та повагу до суду // Право України. – 2004. – №1.
248. Маляренко В.Т. Реалізація основних конституційних засад судочинства в кримінально-процесуальному законодавстві України. – Автореф. Дисс.... канд. юрид. наук. – К., Х.: Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого, 1999.

249. Маляренко В.Т. Реформування кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: Теорія, історія і практика. – К.: Концерн Видавничий дім «Ін Юре», 2004. – 544 с.
250. Маляренко В.Т., Вернидубов І.В. Прокурор у кримінальному судочинстві: деякі проблеми та шляхи їх вирішення. – К.: Юрінком Інтер, 2001. –240 с.
251. Мамницкий В.Ю. Краткий исторический очерк законодательства о состязательности // Актуальные вопросы правотворческой деятельности. – К., 1992.
252. Мамницький М.Ю. Принцип змагальності в цивільному судочинстві. Автореф....канд. дис. – Харків, 1995.
253. Маркс К., Энгельс Ф. Соч., 2-е изд. Т.1. – М.: Госполитиздат, 1955. – 723 с.
254. Маркуш М.А. Змагальність у кримінальному процесі: историко-методологічний аспект //Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 2.
255. Маркуш М.А. Коментар до постанови №8 Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 року «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві» // Адвокат. – 2004. – №1.
256. Маркуш М.А. Новели проекту Кримінально-процесуального кодексу щодо права на захист // Адвокат. – 2003. – №5.
257. Маркуш М.А. Принцип змагальності: актуальність і новий нормативний зміст на сучасному етапі розвитку кримінального процесу в Україні // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). – 2004. – №10.
258. Маркуш М.А. Що у статусі твоєму захисник? Аналізуємо постанову Пленуму Верховного Суду України №8 від 24 жовтня 2003 року // Юридична газета. 2004. –№ 1 (13), 15 січня.
259. Маркуш М.А. Новели в проекті Кримінально-процесуального кодексу України // Науковий вісник Національної академії державної податкової служби України (економіка, право). – 2005. –№2 (29).
260. Маркуш М.А. Адвокатура – дзеркало демократії в державі. Тези виступу на «круглому столі» 16 березня 2005 року // Адвокат. – 2005. – №3.

261. Маркуш М.А. Межі судового контролю на стадії досудового слідства. Слідчий суддя // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). – 2005. – №11.
262. Маркуш М.А. Спірні питання структури кримінально-процесуальної діяльності на стадії досудового розслідування справи // Адвокат.– 2005.–№ 10.
263. Мартынчик Е.Г. Развитие уголовно-процессуального законодательства. - Кишинев: АН МССР, Штиинца, 1977. – 106 с.
264. Маршунов М.Н. Основы теории прокурорского надзора. – Ленинград, 1990. –180 с.
265. Матвеева Н.Н. Принцип состязательности и активности суда в советском уголовном процессе // Совершенствование законодательства о суде и правосудии. – М.: Ин-т гос.и права АН СССР, 1985.
266. Машовец А.О. О роли суда в состязательной системе судопроизводства // Конституцийные основы организации и функционирование институтов публичной власти в Российской Федерации: материалы конференции. – Екатеринбург, 2001.
267. Машовец А.О. Принцип состязательности и его реализация в предварительном следствии: Дисс… канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 1994.
268. Машовец А.О. Принцип состязательности и его реализация в предварительном следствии. Автореф. дис….канд. юрид. наук. –Екатеринбург, 1994.
269. Международный пакт о гражданских и политических правах // Международные пакты о правах человека. Сборник документов. – СПб.: Россия- Нева, 1993.
270. Международный пакт о гражданских и политических правах // Международные акты о правах человека. Собрник документов. – М.: «ИНФРА-М-НОРМА», – 2000. – 784 с.
271. Мещеряков Ю.В. Формы уголовного судопроизводства.Учебное пособие- Ленінград:Изд. ЛГУ, 1990. – 91 с.
272. Мизулина Е.Б. О модели уголовного процесса // Известия вузов. Правоведение. – 1989. – №5.
273. Мизулина Е.Б. Уголовный процесс: концепция самоограничения государства. Тарту: Изд-во Тартуского ун-та, 1991. – 148 с.

274. Милова И.Е.. Участие адвоката-защитника в сборе доказательств на досудебном следствии. Дис...канд. юрид. наук.- Самара, 1998
275. Михеєнко М. Конституційні принципи кримінального процесу // Вісник Академії правових наук України. – 1997. –№2(9).
276. Михеєнко М.М. Проблеми розвитку кримінального процесу в Україні // Вибрані твори. –К.: Юрінком Інтер, 1999. – 240 с.
277. Михеєнко М.М., Молдован В.В., Радзієвська Л.К. Кримінальний процес України. Навчальний посібник. – К.: Либідь, 1992. – 256 с.
278. Михеєнко М.М., Молдован В.В., Шибіко В.П. Кримінально-процесуальне право. – К.: Либідь, 1997. – 431 с.
279. Михеєнко М.М., Нор В.Т., Шибіко В.П. Кримінальний процес України: Підручник. 2-е вид., переробл. і доп. - К.: Либідь, 1999.
280. Miranda v. Arisona, 384 U.S. 436 (1966); Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938) .
281. Місце і роль прокуратури в системі органів державної влади в Україні. Матеріали слухання у комітеті з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності за участю програми сприяння парламенту України університету Індіани. Верховна Рада України. – К., 2005, 3 червня.
282. Молдован В.В., Молдован А.В. Порівняльне кримінально-процесуальне право: Україна, ФРН, Франція, Англія, США. Навч.посібн. - К.: Юрінком Інтер, 1999. – 400 с.
283. Мотовиловкер Я.О. О принципах объективной истины, презумпции невиновности и состязательности процесса. – Ярославль: ЯрГУ, 1978.- 96 с.
284. Мотовиловкер Я.О. Основные уголовно-процессуальные функции. - Ярославль: Изд. Яросл. гос. ун-та, 1976.- 94 с.
285. Нажимов В.П. и др. Принцип справедливости при осуществлении правосудия по уголовным делам // Межвузовский тематический сборник научных трудов. – Калининград, 1989.
286. Нажимов В.П. Исторические типы, формы и виды уголовного процесса. Курс советского уголовного процесса. Общая часть / Под ред. А.Д. Бойкова и И.И. Карпеца. – М.: Юрид.лит., 1989. – 639 с.

287. Нажимов В.П. Об уголовно-процессуальных функциях // Правоведение. – 1973. –№5.
288. Нажимов В.П. Психологические основы учения об уголовно-процессуальных функциях // Правоведение. – 1983. –№ 5.
289. Натискань В.П. Не абстракция, а реальность // Литературная газета. – 1979, 25 июля.
290. Натискань В.П. Типи, форми і види кримінального процесу. –К.: КДУ, 1977.
291. Немытина М.В. Суд присяжных: российская традиция или западная модель // Вестник Сарат. гос. академии права. – 1996. – №3.
292. Нерсесянц В.С. Логическое и историческое в познании государства и права // Методологические проблемы советской юридической науки. – М., 1980.
293. Нове у кримінально-процесуальному законодавстві України: Навчальний посібник для студентів юридичних спеціальностей вищих закладів освіти / За редакцією професора Ю.М.Грошевого. – Харків: «Право», 2002. – 150 с.
294. Новий тлумачний словник української мови. – К.: Аконіт, 1998. –Т.2. –Т.3. 910. – 923 с.
295. Нор В.Т. Публічність, змагальність і диспозитивність як основа кримінального судочинства в Україні // Матеріали X регіональної науково-практичної конференції: «Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні», 5-6 лютого 2004 р. – Львів: Львів. нац. ун–т, 2004.
296. Норми та стандарти Конвенції про захист прав і основних свобод людини. -К.: Мінюст України, 2002.
297. О понятии принципа уголовного права и уголовного процесса // Правознавство. –1976. –№ 1.
298. О роли суда в доказывании по уголовным делам в свете конституционного принципа состязательности процесса // Государство и право. – 1998. – №6.
299. Обговорюємо законопроекти (Юридичні читання «Представництво та захист у проектах Цивільного процесуального і Кримінально-процесуального кодексів» // Адвокат. – 2004. – №2.
300. Огляд касаційної практики Судової колегії по кримінальних справах Верховного суду РФ за 1999 р. // Бюлетень Верховного Суду РФ. – 2000. – № 9.

301. Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. – М.: Изд-во «Советская энциклопедия», 1973. – 956 с.
302. Омельченко О.Є. Процесуальна діяльність слідчого по попередженню злочинів. Автореф.дис...канд. юрид.наук. – К., 2004.
303. Організація судових та правоохоронних органів: навчальний посібник / За ред. Марочкіна І.Є., Сібільової Н.В., Толочка О.М. – Х., 2000. – 272 с.
304. Орлов Ю.К. Экспертиза в досудебных стадиях уголовного процесса // Правовые проблемы судебной экспертизы. – М., 1996.
305. Осик В. Чому помиляється обвинувачення? // Соціалістична законність. –1987. – № 7.
306. Паліюк В.П. Особливості застосування судами України Конвенції про захист прав людини та основних свобо. Навчально-практичний посібник. – Миколаїв: Атол, 2003. – 130 с.
307. Паліюк В.П. Застосування судами України Конвенції про захист прав людини та основних свобод. – К.: Фенікс, 2004. – 264 с.
308. Панько Н.К. Деятельность адвоката-защитника по обеспечению состязательности. Дисс... канд. юрид. наук. – Воронеж, 2000.
309. Пашин С.А. Возрождение российского суда присяжных // Нормативные материалы о судьях и суде присяжних. – М., 1994.
310. Пашин С.А. Проблемы доказательственного права // Судебная реформа: юридический профессионализм и проблемы юридического образования. Дискуссии. – М., 1995.
311. Перлов И.Д. Кассационное производство в советском уголовном процессе. –М. : Юрид. лит., 1968. –395 с.
312. Перлов И.Д. Право на защиту. Учебное пособие. – М.: Знание, 1969. – 79 с.
313. Перспективы реформирования адвокатуры Украины. Круглый стол // Юридическая практика. – 2005, 16 марта. 2005 .
314. Петрова Н.Е. Частное и субсидиарное обвинение. Автореф. дисс… канд. юрид. наук. – Самара, 1999.
315. Петрухин И.Л. Общий надзор прокуратуы и судебная власть // Уголовное право. – 2000. – №4.

316. Петрухин И.Л. Публичность и диспозитивность в уголовном процессе // Российская юстиция. – 1999. – №3.
317. Петрухин И.Л. Система конституционных принципов советского правосудия // Советское гос. и право. – 1981. – №5.
318. Петрухин И.Л. Состязательность и правосудие (к 100-летию Строговича) // Государство и право. – 1994. – №10.
319. Петрухин И.Л. Судебная власть и расследование преступлений // Государство и право. – 1993. – №7.
320. Петрухин И.Л. Частная жизнь (правовые аспекты) // Государство и право. – 1999. – № 10.
321. Пиюк А. Состязательность на стадии предварительного следствия и судебный контроль // Рос. юстиция. – 2000. – №4.
322. Півненко В.П. Особливості правового та організаційного механізму забезпечення дії принципів змагальності та равності сторін на стадії досудового розслідування // Юридичний вісник. – 2004. – №1.
323. Півненко В.П., Мірошниченко Є.О. Впровадження принципів змагальності і рівності сторін на стадії досудового слідства. Проблеми і шляхи їх вирішення // Вісник Верховного Суду України. – 2003. – №2.
324. Побегайло Г.Д. Судебные прения в советском уголовном процессе. – М.: ВЮЗИ, 1982. – 51 с.
325. Познанский В.А. Вопросы теории и практики кассационного производства в советском уголовном процессе. – Саратов: Изд-во Саратовского гос. ун-та, 1978.
326. Полянский Н.Н. Вопросы теории советского уголовного процесса / Под ред. Карева Д.С.- М.: Изд. МГУ,1956. – 271 с.
327. Полянский Н.Н. К вопросу о юридической природе обвинения перед судом // Правоведение. –1960. –№1.
328. Полянский Н.Н. Очерк развития советской науки уголовного процесса. – М.: Изд. Акад. наук СССР, 1960. – 212 с.
329. Полянский Н.Н., Строгович М.С., Савицкий В.М., Мельников А.А. Проблемы судебного права. – М.: Наука, 1983. – 224с.
330. Попелюшко В.О. Скорий суд – неправий суд // Юридичний вісник України. –2001. – №37.
331. Попелюшко В.О. «Мала» судова реформа в Україні та захист прав громадян. Монографія. – Острог, 2003. – 123 с.

332. Порівняльна таблиця до проекту Кримінально-процесуального кодексу України. Реєстраційний №3456-1 (друге читання).
333. Порівняльне кримінально-процесуальне право. Навчальний посібник / Під ред. В.В.Молдована, А.В.Молдована. – К.: Юрінком-Інтер, 1999. – 400 с.
334. Порівняльне судове право: Підручник / За ред. М.М.Михеєнко, В.В. Молдована, Л.К.Радзієвської. – К.: Либідь, 1993. – 395 с.
335. Постанова Верховної Ради України «Про засади державної політики в Україні в галузі прав людини» від 17 червня 1999р. №757-XIV // Офіційний вісник України. – 1999. – №25.
336. Постанова Верховної Ради України від 28 квітня 1992 р. "Про Концепцію судово-правової реформи в Україні" // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – №30.
337. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 1 листопада 1996 р. // Збірник Постанов Пленуму Верховного Суду України. –Сімферополь, 1998.
338. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 11 лютого 2005 р. №2 «Про практику застосування судами України законодавства, що регулює повернення кримінальних справ на додаткове розслідування» // Адвокат. – 2005. – №4.
339. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 27 грудня 1985 р. №11 «Про додержання судами України процесуального законодавства, яке регламентує судовий розгляд кримінальних справ» // Постанови Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах (1973-2004): Офіц. видання / За заг.ред. В.Т. Маляренка. –К.: Концерн «Видавничий дім «ІнЮре»,2005.
340. Постанова Пленуму Верховного Суду України №4 від 25 квітня 2003 року «Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства» // Постанови Пленуму Верховного Суду України в криміналних справах (1973-2004): Офіц. видання / За заг. ред. В.Т.Маляренка. - К.: Концерн «Видавничий дім "ІнЮре», 2004.

341. Постанова Пленуму Верховного Суду України №8 від 24 жовтня «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві» // Постанови Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах. / За ред. В.Т.Маляренка. – К.: Концерн «Видавничий дім «ІнЮре», 2005.
342. Постанови Пленуму Верховного Суду України (1972-2004): Офіц. видання. Т.1. / За заг. ред. В.Т. Маляренка. – К.: «Ін Юре», 2005. – 275 с.
343. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 25 січня 1974 р.№2 «Про судову практику в кримінальних справах, які порушуються не інакше, як за скаргою потерпілого». Збірник Постанов Пленуму Верховного Суду України (1972-2004). – Харків, 2004.
344. Постановление Конституционного Суда РФ от 29 апреля 1998 г. №13-П «По делу о проверке конституционности части четвертой статьи 113 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с запросом Костомукшского городского суда Республики Карелия" // СЗ РФ, 1998. –№ 19.
345. Постановление Конституционного Суда РФ «По делу о проверке конституционных положений частей 3, 4 и 5 статьи 377 УПК РСФСР в связи с жалобами граждан А.Б. Аулова, А.Б. Дубровской, А.Я. Карпинченко, А.И. Меркулова, Р.Р. Мустафина и А.А. Стубайло» от 14 февраля 2000 г. // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2000. – № 8. – Ст. 991.
346. Постановление Конституционного Суда РФ от 20 апреля 1999 года // Собрание законодательства РФ. – 1999. – №17.
347. Постановление Конституционного Суда РФ от 27 июня 2000г. № 11-П «По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 47 и части второй статьи 51 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И.Маслова». http: // echr.ru/documents/doc/1252150/1252150.htm .
348. Постановление Конституционного Суда РФ от 28 ноября 1996 года // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1996. –№50.

349. Постановление Конституционного суда РФ по делу о проверне конституционности ч.4 ст.47 УПК РСФСР в связи с жалобами граждан Б.В. Антипова, Р.Л. Гитиса, С.В. Абрамова от 28.01.1997 г. // Вестник Конституционного Суда. – 1997. – №25 // Российская газета. – 1997. –№33, 18 февраля. htth: // kodeks-em.ru 5107/law? doc&nd=9037088&nh =4&spack= 110listid% 3D010000.
350. Права, за якими судиться малоросійський народ.1743. – К.: НАН України. Інститут держави і права ім. В.М. Корецького. Інститут археографії та джерелознавства ім. М.С. Грушевського, 1997.
351. Правда Русская: В 2-х т./ Под. ред. академика Л.Д. Грекова. – М.-Л.: Изд. Акад. наук СССР в Ленинграде, 1947. –862 с.
352. Правові позиції Конституційного Суду України в рішеннях і висновках. (1993-2003 роки). – К.: Атіка , 2003.- 364 с.
353. Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. Справа Маточча проти Італії (Mattoccia v. Itali). – К., 2000.
354. Прилуцький П. Проблема істини в теорії кримінального судочинства // Право України. – 2004. – №4.
355. Примаченко О. Кримінально-процесуальний кодекс перехідного періоду (інтерв'ю з Сірим М.) //Дзеркало тижня. – 2004. –№12, 27 березня – 2 квітня.
356. Принципы советского уголовного процесса. Учебное пособие / Под ред. Давыдова П.М. – Свердловск: Госиздат, 1957. – 51 с.
357. Принципы советского уголовного судопроизводства и их роль в формировании правового статуса участников процесса // Проблемы соц. законности. – Х., 1986. – Вып.7.
358. Процессуальная форма в советском уголовном судопроизводстве. – М., 1981.
359. Рабінович П.М. Права людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних конституційних положень). – Х.: Право, 1997. – 63 с.
360. Радянський кримінальний процес / За заг. ред. А.Л. Ривліна. – К.: Вища школа, 1971.
361. Ратинов А.Р. Советская судебная психология. – М.: Знание, 1967. – 34 с.

362. Рахунов Р.Д. Участие прокурора в суде первой инстанции // Прокурорский надзор за законностью рассмотрения в судах уголовных дел. – М., 1963.
363. Рахунов Р.Д. Участники уголовно-процессуальной деятельности по советскому праву. – М.: Госюриздат, 1961. – 277 с.
364. Резник Г. О допустимости доказательств, тактике защиты и обвинения // Российская юстиция. – 1996. –№4.
365. Резник Г.М. Внутреннее убеждение при оценке доказательств. - М.: Юрид. лит., 1977. – 120 с.
366. Решетникова И.В. Основные черты системы противоборства сторон (адверсари системы) // Российский юридический журнал. – 1993. – №2.
367. Решетникова И.В., Ярков В.В. Гражданское право и гражданский процесс в современной России. – М.: Наука, 1999. – 302 с.
368. Ривлин А.Л. Пересмотр приговоров в СССР. –. М.: Юрид. лит., 1958. – 312 с.
369. Ривлін А.Л. Радянський кримінальний процес / За заг.ред. А.Л.Ривліна. – К.: Вид-во «Вища школа», 1971.
370. Ривлин А.Л. Общественное обвинение в суде //Советское государство и право. – 1960. – №9.
371. Рішення Конституційного Суду України від 30 січня 2003 р. № 3-рп/2003 у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини третьої статті 120, частини шостої статті 234, частини третьої статті 236 Кримінально-процесуального кодексу України (справа №1-12/2003 про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора) // Конституційний Суд України. Рішення. Висновки. 2002-2003. Книга 4. – К.: Юрінком Інтер, 2004.
372. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України, статті 44 Кримінально-процесуального кодексу України, статей 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про право вільного вибору захисника). Справа №1-17/2000 // Конституційний Суд України. Рішення. Висновки. 1997-2001.Книга 2. – К.: Юрінком Інтер, 2001.

373. Рішення Малинівського районного суду м.Одеси від 25 червня 2003 року // Адвокат. – 2003. –№5.
374. Рогаткин А.А. Петрухин И.Л. О реформе уголовно-процессуального права Р.Ф. // Проблемы Российской адвокатуры. – М., 1997. – 251 с.
375. Рогозин Н.Н. Уголовное судопроизводство.Пособие к лекціям/ –СПб.: Изд-во книжного склада "Право", 1914. – 548 с.
376. Романюк Б.В. Сучасні теоретичні та правові проблеми використання спеціальних знань у досудовому слідстві. Монографія. - К.: Нац. акад. МВС України, 2002. – 196 с.
377. Романюк Б. Дослідження слідчим предметів і документів // Вісник Академії правових наук України. – Х., 2003. – №4(35).
378. Романюк Б.В. Призначення судової експертизи на досудовому слідстві: деякі проблемні питання // Право України. – 2003. – №3.
379. Романюк Б. Прокурорський нагляд, судовий та відомчий контроль за діяльністю слідчого // Прокуратура. Людина. Держава. – 2004. – №6.
380. Романюк Б.В. До проблеми перебудови досудового слідства // Адвокат. – 2005. – №1(52).
381. Романюк Б.В. Розширення сфери дії принципу змагальності на стадії досудового слідства як напрям демократизації судочинства в Україні // Науковий Вісник Національної Академії внутрішніх справ України. Науково-теоретичний журнал. – К., 2005. – №1.
382. Романюк Б.В. Слідчий апарат і його місце в структурі державних органів //Адвокат. –2005. – № 8 (59).
383. Ронжин В.Н. О понятии и системе принципов социалистического права // Вестник Московського ун-та. - Сер.11. Право, 1997. – №2. – С.34.
384. Российская юстиция, 1994.-№9. -С.39. Тут мова йде про проект КПК РФ, поданий колективом авторів під керівництвом Пашина С.А.
385. Российский бюллетень по правам человека. Вып.13. – М., 2000.
386. Российское законодательство X-XX веков: В 9 томах. Т.8: Судебная реформа / Ответств. ред. Б.В.Виленский. – М.: Юрид. лит., 1991. – 496 с.

387. Российское законодательство X-XXвв. В 9 томах / Под. общ. ред. О.И. Чистякова. –М.: Юрид. лит., 1984.
388. Рубежов Г. Проблемы юридической психологии // Психологический журнал. –1986. – №1.
389. Руднев В. О состязательности на предварительном следствии // Уголовное право. – 1999. –№1.
390. Савицкий В.М. Государственное обвинение в суде. – М.: Наука, 1971. –343 с.
391. Савицкий В.М. Очерк теории прокурорского надзора. – М.: Наука, 1975.–383 с.
392. Савицкий В.М. Презумпция невиновности. – М.: Норма, 1997. – 121 с.
393. Савицкий В.М. Процессуальные последствия отказа прокурора от обвинения // Правознавство. – 1972. – №1.
394. Савицький В.М., Ларин А.М. Уголовный процесс. Словарь-справочник. – М.: «Контракт». Инст. гос.и права,1999. – 271с.
395. Салтевський М. Інформаційне забезпечення досудового слідства: теоретичний аспект // Вісник Академії правових наук України. – Х. –2003. –№ 1(32).
396. Саркисьянц Г.П. Участие защитника на предварительном следствии в совестком уголовном процессе // Советская юстиция. –1967. – №23.
397. Свиридов М.К. Соотношение функции разрешения уголовных дел и судебного контроля в деятельности суда // Правовые проблемы укрепления российской государственности. Вып.7. – Томск, 2001.
398. Святоцький О.Д., Михеєнко М.М. Адвокатура України. Навч. посібник для студентів юрид.вищих навч.закладів і фак. – К.: «Ін Юре», 1997. – 224 с.
399. Семенов В.М. Конституционные принципы гражданского судопроизводства. - М.: Юрид. лит., 1982. – 152 с.
400. Сергеевский Н.Д. Основные начала и формы уголовного процесса. (Вступительная лекция). – Ярославль: Типогр. Г. Фальк, 1874. – репринтная копия.
401. Сизый А.Ф. О проблемах следствия на современном этапе. // Закон и право. – 2004. – №7.

402. Сірий М. Кримінально-процесуальний кодекс перехідного періоду // Дзеркало тижня.-2004, 27 березня.
403. Сірий М.І. Українська модель здійснення судового контролю на досудових стадіях кримінального процесу. // Вісник Центру суддівських студій: інформаційний бюлетень, – 2005. – №4–5 .
404. Словник іншомовних слів / За ред. Мельничука.-К.: Головна редакція УРЕ, 1974. – 775 с.
405. Случевский В. Учебник российского уголовного процесса. – СПб.: Типография М.М. Стасюлевича, 1892.
406. Смирнов А.В. Модели уголовного процесса. – СПб: Наука, изд-во «Альфа», 2000. – 224 с.
407. Смирнов А.В. Об исторической форме советского уголовного процесса // Правоведение. –1989. –№5.
408. Смирнов А.В. Реформы уголовной юстиции конца XX века и дискурсивная состязательность // Журнал российского права. – 2001. – №12. http: // kalinovsky -k.narod.ru/b/sav-2001.htm
409. Смирнов А.В. Типология уголовного судопроизводства. Дисс....докт. юрид. наук. – М., 2001.
410. Смирнов В.П. Проблемы состязательности в науке российского уголовно-процессуального права // Гос. и право. – 2001. – № 8.
411. Смирнов В.П. Противоборство сторон как сущность принципа состязательности уголовного судопроизводства // Государство и право. – 1998. – № 3.
412. Смирнов В.П. Разделение основных функций и равноправие сторон – принципы уголовного процесса // Правоведени. – 1999. – №3.
413. Смітієнко З.Д. Рогатюк І.В. Деякі питання, пов'язані з реалізацією функцій кримінального процесу // Адвокат. – 2002. – №2–3.
414. Смородинський В. Проблема систематизації функцій судової влади. // Вісник Академії правових наук України. – Харків. – 2004. –№3 (38).
415. Собрание законодательства РФ // Еженедельное издание. –1996. – № 50.
416. Советский уголовно-процессуальный закон и проблемы его эффективности / Отв. ред. В.М. Савицкий. - М.: Наука, 1979. – 316 с.

417. Советский энциклопедический словарь. Под. ред. Прохорова А.М. - 3-е изд.: – М.: «Сов. энциклопедия», 1984. – 1600 с.
418. Солодилов А.В. Судебный контроль за проведением следственных действий и решениями прокурора и органами дознания, ограничивающими конституционные права и свободы граждан в уголовном процессе России: Автореф. дисс....канд. юрид. наук. –Томск, 1999.
419. Соломон П. Советская юстиция при Сталине / Пер. с англ.- М.: Российская политическая энциклопедия, 1998.- 464 с.
420. Справа «Сем Меріт проти України (Case of Merit v. Ukraine)». Рішення від 30 березня 2004 р. (заява № 66561/01) // Практика Європейського суду з прав людини – 2004. – №2. http:/ www.eurocourt.org.ua /Article.asp? Aidx=631
421. Справа № 1-278/04 // Архів Тячівського районного суду Закарпатської області.
422. Справа №4318200/136. Тячівський районний суд Закарпатської області.
423. Справа №9318205. Генеральна прокуратура України.
424. Статистичні дані СВ УМВС Закарпатської області за 2000 рік.
425. Стецовский Ю.И. Адвокат в уголовном судопроизводстве. – М.: Юрид. Лит., 1972. – 159 с.
426. Стецовский Ю.И. Участие защитника в доказывании по уголовному делу // Советская юстиция. – 1967. – №6.
427. Стецовский Ю.И., Ларин А.М. Конституционный принцип обеспечения обвиняемому права на защиту / Отв.ред. Кашепов В.П. – М.: Наука, 1988. –320 с.
428. Стецовский Ю.И., Халиулин А.Г. Обеспечение конституционного права обвиняемого на защиту на предварительном следствии // Вопросы уголовного процесса и криминалистики. – М., 1994.
429. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. – М.: Изд-во АН СССР, 1958. – 703 с.
430. Строгович М.С. Избраные труды в 3–х т. Т.2. – М.: Наука, 1992. – 277 с.
431. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. – М.: Наука, 1968. Т.1. – 470 с.

432. Строгович М.С. Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. –М.: АН СССР, 1955. – 384 с.
433. Строгович М.С. Общетеоретические проблемы социалистического правосудия // Советское государство и право. –1969. – № 1.
434. Строгович М.С. Право обвиняемого на защиту и презумпция невиновности. – М.: Наука,1984. –144 с.
435. Строгович М.С. Природа советского уголовного процесса и принцип состязательности. – М.: Юридическое изд-во НКЮ СССР, 1939.
436. Строгович М.С. Проверка законности и обоснованности судебных приговоров. – М.: Изд-во АН СССР, 1956. – 320 с.
437. Строгович М.С. Уголовный процесс. – М.: Изд-во МЮ СССР, 1946. – 511 с.
438. Судебная власть. / Под ред. И.Л.Петрухина. - М.: Проспект, 2003. - 720 с.
439. Судебная власть. Научное издание / Отв. ред. И.Л. Петрухин. – М.: ООО ТК «Велби», 2003. –720 с.
440. Сырых В.М. Метод правовой науки: основные элементы, структура. – М.: Юрид. лит., 1980. – 176 с.
441. Талалаев А.Н. Общепризнаные принципы и нормы международного характера (конституционное закрепление термина) // Вестник Москов. ун-та. Сер.11. Право. – 1977. – №2.
442. Тальберг Д.Г. Российское уголовное судопроизводство. Т.1. – К.: Университетская типография, 1889. – 468 с..
443. Тацій Л. Стандарти функціонування адвокатури в Україні // Вісник Академії правових наук України. – 2004. –№ 3 .
444. Теймэн С. Суд присяжных в совеременной России глазами американского юриста // Государство и право. – 1995. – № 2.
445. Теория государства и права. Учебник / Под ред. В.М. Корельского, В.Д. Перевалова. -М.: Издательская группа НОРМА-ИНФА, 1999. –504 с.
446. Теория доказательств в советском уголовном процессе. Изд. 2-е / Под ред. Жогина Н.В. – М.: Юрид. лит., 1973. - 735 с.
447. Тертишник В.М. Кримінально-процесуальне право України : Підручник. - 4-те вид., доп.і перероб. – К.: А.С.К., 2003. – 1076с.

448. Тертишник В.М. Проблеми розвитку концептуальної моделі системи принципів кримінального процесу // Вісник прокуратури. – 2001. – №5.
449. Тертишник В.М. Концептуальна модель системи принципів кримінального процесу. // Вісник Української академії державного управління. – К., 2001.
450. Тертишник В.М. Кримінально-процесуальне право України. – К.:Юрінком Інтер, 1999. – 576 с.
451. Тертишник В.М. Науково-практичний коментар до Кримінально-процесуального кодексу України. – К.: А.С.К., 2004. – 1051 с.
452. Тертышник В., Тертышник А. Проблемы защиты прав потерпевшего в уголовном процессе Украины и России // Право и политика. – 2003. –№11.
453. Тертышник В.М. Уголовный процесс. – Харьков: Арсис, 1997. – 528 с.
454. Тертышник В.М. Уголовный процесс. – Харьков: Арсис, 2000. – 576 с.
455. Тертышник В.М., Марченко А.О., Тертышник А.И. Защита прав и свобод человека. – Харьков: Арсис, 2000. – 288 с.
456. Тертышник В.М., Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Украины. – К.: А.С.К., 2001. –768 с.
457. Тилле А.А., Швеков Г.В. Сравнительный метод в юридических дисциплинах. 2-е изд. – М.: Высш. школа, 1978. – 199 с.
458. Толочко О. Право на свободу та особисту недоторканність: порівняльний аналіз статті 5 ЄКПЛ та українського законодавства. Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст / За ред. О.Л. Жуковської. –К., 2004. – 960 с.
459. Тоні Оноре. Про право. Короткий вступ /Пер. з англ. – К.: «Сфера»,1997. – 124с.
460. Трунов И.Л., Трунова Л.К. Меры пресечения в уголовном процессе. –СПб.: Юридический центр «Пресс», 2003. – 376 с.
461. Трусов А.И. Основы теории судебных доказательств. –М.: Госюриздат, 1960. – 176 с.

462. Туманянц А.Р. Судовий контроль за законністю і обгрунтованістю процесуальних рішень органів досудового слідства. Дис....канд.юрид наук. – Х.: Національна юридична академія України імені Я. Мудрого, 1998.
463. Тушев А.А. Роль прокурора в реализации принципа состязательности в уголовном процессе // Российская юстиция. – 2003. – № 4.
464. Тыричев И.В. Принципы советского уголовного процесса. Учебное пособие. – М.: Юрид. Лит., 1984. – 80 с.
465. Тыричев И.В. Уголовно-процессуальное право / Под ред.: П.А. Лупинской. –М.: Юристъ, 1997. – 591 с.
466. Уайнреб Ллойд Л. Отказ в правосудии. Уголовный процесс США. – М.: Юрид. лит., 1985. – 191 с.
467. Уголовно-процессуальное законодательство и решения Конституционного Суда РФ // Журнал российского права. – 2000. – №1.
468. Уголовно-процессуальное законодательство Союза ССР и РСФСР. Теоретическая модель / Под.ред. Савицкого В.М. – М.: Инст. гос. и права, 1990. – 317 с.
469. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации. Учебник / Ред. Лупинская П.А. - 2-е, перераб. и доп. изд. изд. – М.: Юристъ, 1997. –591с.
470. Уголовный процесс / Под ред. Чельцова М.А. – М.: Юрид. лит., 1969. – 464 с.
471. Уголовный процесс / Под ред. Н.С. Алексеева, В.З. Лукашевича, П.С. Элькинд. – М.: Юрид.лит., 1972. – 584 с.
472. Уголовный процесс зарубежных социалистических стран Европы. Учебник / Под ред. Павлова С.Н., Чугунова В.Е. – М.: Юрид.лит., 1967. – 448 с.
473. Уголовный процесс. Учебник / Под общ. ред. В.М. Лебедева. – М. : Норма, 2003. – 768 с.
474 Уголовный процесс. Учебник / Под ред. И.Л. Петрухина. – М.: Проспект, 2001. – 520 с.
475 Уголовный процесс. Учебник для вузов / Под общей редакцией проф. П.А. Лупинской . – М.: Юристъ, 1995.- 544 с.
476 Уголовный процесс. Учебник для студентов юридических вузов и факультетов / Под общ. ред. В.М. Лебедева. – М.: Издательско-торговая корпорация «Дашков и Ко», 2003. –597 с.

477. УПК РСФСР, 1922 г. – Ст.ст.148, 228 // СУ РСФСР, 1922 г. – №20-21. – Ст.230 // СУ РСФСР, 1923 г. - №7. - Ст.106
478. Усенко О.В. Досвід Європейського співтовариства дотримання прав і свобод громадян // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією. 2004 р., №9.
479. Ухвала Військової колегії Верховного Суду України від 13 квітня 1999 року // Відомості Верховного Суду України. – 1999. – №5.
480. Ухвала Судової колегії в кримінальних справах Верховного суду України від 22 листопада 1999 року // Рішення Верховного Суду України. Щорічник, 2000.
481. Ухвала судової колегії в кримінальних справах Верховного Суду України від 19 жовтня1999 року // Відомості Верховного Суду України. – 1999. – №6.
482. Учебник уголовного процесса // Отв. редактор А.С. Кобликов. – М.: Спарк, 1995. – 382 с.
483. Ушаков А.А. Общее понятие методологии // Методология советского правоведения. – Свердловск: Изд. Уральского университета, 1978 г., Вып. 70.
484. Федоров В.И Значение истребования и предоставления доказательств для обоснования процессуальных решений по уголовному делу. Автореф. Дис.... канд.юрид.наук. – Саратов, 1990.
485. Филимонов Б.А.Защитник в Германском уголовном процессе. – М.: «Спарк», 1997. – 112 с.
486. Философский словарь / Под ред. И.Т.Фролова. – М.: Политиздат, 1986. – 590 с.
487. Фойницкий М.Л. Курс уголовного судопроизвосдтва. – Т.1, 2. – СПб.: Изд-во Альфа, 1996. – 552 с.
488. Фріс П.Л., Макєєв А.Ю. Питання реформування кримінально-процесуального законодавства України та забезпечення рівності учасників кримінального процесу // Адвокат. –2002. – №1.
489. Хайєк Ф.А. Право, законодавство та свобода – нове викладення широких принципів справедливості та політичної економії. Політичний устрій вільного народу. – Т.3. - К.: Сфера, 2000. – 196 с.

490. Халдеев Л. Судья в уголовном процессе. – М.: Юрайт, 2000. – 501 с.
491. Хартия Европейского союза об основных правах // Международные акты о правах человека. Собрник документов. – М.: «ИНФРА-М-НОРМА», – 2000. – 784 с.
492. Хоматов Ю.В.. Розвиток змагальних засад діяльності адвоката–захисника у кримінальному судочинстві України: Автореф. дис.... канд. юрид. наук. – Х., 1994.
493. Хотенець П..В. Правовий статус адвоката в Україні. Автореф. дис.... канд. юрид. наук. Національна юридична академія ім. Я. Мудрого. – Х., 2002.
494. Хруслова Л. Щодо процесуальної рівності сторін, диспозитивності у кримінальному переслідуванні та порядку звільнення осіб від кримінальної відповідальності за проектом КПК // Прокуратура. Людина Держава. – 2005. – № 4 (46).
495. Царев В.М. Эффективность участия защитника в доказывании на предварительном следствии. – Красноярск: Изд-во Красноярского ун-та, 1990. – 153 с.
496. Циппеліус Р. Філософія права. –К.:Тандем, 2000. – 299с. (R.Zippelius. Rechtsphilosophie, 4. Aufl.- Munchen, 2003), &18,П
497. Циппеліус Р. Юридична методологія. – К.:Реферат, 2004. – 176 с.
498. Чангулі Г.І. Єдиний слідчий апарат не потрібен // Іменем закону. – 1992. – №37.
499. Частка Е.А. Проблема начал в теории уголовного процесса (Постановка вопроса) // Государство и право. –1996. – № 10.
500. Частка Е.А. Проект общей части УПК: критический анализ // Государство и право. – 1995. – №5.
501. Чаюн М.Г., Кириченко Ю.М., Кидисюк Р.А. та ін. Правові позиції Конституційного Суду України в рішеннях і висновках (1997-2003 роки). –К.:Атіка, 2003. – 336 с.
502. Чельцов М.А. Система основных принципов советского уголовного процесса // Ученые записки ВИЮН. – М., 1947.
503. Чельцов М.А. Советский уголовный процесс. – М.: Госюриздат,1962. – 503 с.
504. Чельцов М.А. Уголовный процесс. – М.: Изд-во. МЮСССР, 1948. – 624 с.

505. Чельцов-Бебутов М.А. Курс советского уголовно-процессуального права. Т.1 – М.: Юрид. лит., 1957. – 722 с.
506. Чельцов-Бебутов М.А. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. Том 1. – М.: Госюриздат, 1957. – 839 с.
507. Черданцев А.Ф. Теория государства и права. Учебник. – М: Юрайт, 1999. – 432 с.
508. Чичканов А.Б. Принцип состязательности в российском уголовном судопроизвосдтве // Правоведение. – 2001. –№5.
509. Чубатий М. До історії адвокатури на Україні // Ювілейний Альманах Союзу Українських Адвокатів у Львові. – Львів: СУА, 1934. – 120 с.
510. Чувилев А.А. Институт подозреваемого в советском уголовном процессе. Автореферат дисс....канд. юрид. наук. – М., 1968.
511. Шадрин В.С. Обеспечение прав личности и предварительное расследование в уголовном процессе // Государство и право. – 1994. – № 4.
512. Шейфер С.А., Петрова Н.Е. Проблемы реформирования производства по делам частного обвинения в духе расширения частных начал в уголовном процессе РФ // Государство и право. – 1999. – №6.
513. Шемшученко Ю. Теоретичні проблеми гармонізації законодавства України з європейським правом // Вісник Академії правових наук України. – 2004. – №3.
514. Шепітько В. Психологія судової діяльності: проблеми теорії та практики // Вісник Академії правових наук України. – Харків, 2004. – №3 (38).
515. Шестакова С.Д. Проблемы состязательности в российском уголовном процессе. Дисс. ...канд. юрид. наук. – СПб.,1998.
516. Шестакова С.Д. Состязательность уголовного процесса. – СПб.: Юридический центр «Пресс», 2001. – 220 с.
517. Шибіко В.П. «Мала реформа» судового розгляду кримінальної справи: рух від істини до змагальності // Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи. Матеріали наук.-практ. конф.,18-19 квітня 2002 р. Харків / Редкол. Сташис В.В. (гол. ред.) та інші. - К.; Х.: Юрінком Інтер, 2002.

518. Шило О., Капліна О. Професійний захист як гарантія забезпечення прав і законних інтересів особи в кримінальному судочинстві // Вісник Академії правових наук України. - Х., 2003. - № 1 (32).
519. Шило О.Г. Міжнародні стандарти забезпечення права на свободу та особисту недоторканність у кримінальному процесі. Тези доповіді. htth // www.niipp.rol.net.ua/ pages / tezu% 2027. htm
520. Шимановский В.В. К вопросу о процессуальной функции следователя в советском уголовном процессе // Правоведение. – 1965. – № 2.
521. Шифман М.Л. Прокурор в уголовном процессе. – М.: Юрид. изд-во Минюста, 1948. – 248 с.
522. Шпилев В.Н. Содержание и формы уголовного судоустройства. – Минск, 1974. – 143 с.
523. Шумило М.Є. Репортаж із семінару «Суд та сторони процесу у кримінальному судочинстві: змагальність та відкритість» у матеріалі «Змагальність чи ілюзія?» // Юридичний вісник України. – 2003. – №15 (407), 12-18 квітня.
524. Шумило М.Є. Реабілітація в кримінальному процесі України. Монографія. –Харків: Арсіс, 2001. – 320 с.
525. Элькинд П.С. Право обвиняемого на защиту в советском уголовном процессе. // Вопросы защиты по уголовным делам. – Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1967.
526. Элькинд П.С. Сущность советского уголовно-процессуального права. – Л.: Изд-во Ленинградского ун-та., 1963. –172 с.
527. Элькинд П.С. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. – Л.: Правоведение, 1976. – 213 с.
528. Юридический словарь. – М.: Юридическая литература, 1953. – 784 с.
529. Юридический энциклопедический словар / Гл. ред. А.Я. Сухарев. – М.: Советская энциклопедия, 1984. – 415 с.
530. Юридична енциклопедія. Т.2. / За ред. Шемчушенко Ю.С. та ін. – К.: «Українська енциклопедія» ім. М.П. Бажана, 1999. – 744 с.
531. Явич Л.С. Общая теория права. – Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1976. –287 с.

532. Якимович Ю.К., Пан Д.Т. Досудебное производство по УПК Российской Федерации. Учебно-практическое пособие. – СПб.: Юрид. центр «Пресс», 2003. – 297 с.
533. Якимович Ю.К. От обвинительного к инквизиционному досудебному уголовному процессу // Уголовная юстиция: состояние и пути развития. – Тюмень, 2003.
534. Якуб М.Л. Процессуальная форма в советском уголовном судопроизводстве. – М.: Юрид. лит., 1981. – 144 с.
535. Якуб М.Л. Демократические основы советского уголовно-процессуального права. – М.: Изд-во МГУ, 1960. – 171 с.
536. Якуб М.Л. О понятии принципа уголовного права и уголовного процесса // Правознавство. – 1976. – № 1.
537. Якупов Д.А. Проблема обвинительного и оправдательного уклонов в уголовном судопроизводстве. Дисс...канд. юрид. наук. – М., 1999.
538. Якупов Р.Х. Уголовный процесс. Учебник для вузов. – М.: «Зерцало», 1998. – 448 с.

Наукове видання

Маркуш

Марія Андріївна

Принцип змагальності в кримінальному процесі України

Монографія

Видано в авторській редакції

Відповідальний за випуск Н.М. Вапнярчук
Коректор В.В. Лук'янчук
Комп'ютерна верстка І.В. Москалюк
Художнє оформлення І.В. Москалюк

Підписано до друку 01.01.2007 р. Формат 84x108 1/32
Папір офсетний. Гарнітура Таймс.
Ум.-друк. арк. 9,11. Тираж 500 прим.

Надруковано з оригінал-макета, виготовленого
СПД ФО Вапнярчук Н.М.
(Свідоцтво про внесення до реєстру видавців:
серія ДК № 1674 від 04.02.2004 р.)
(тел.: 8-067-780-96-42)
в друкарні СПД ФО Білетченко Г.В.
(8-057-758-35-98)

Марія Андріївна МАРКУШ

суддя Конституційного Суду України, кандидат юридичних наук, Заслужений юрист України

В 1983 році закінчила Харківський юридичний інститут імені Ф.Е. Дзержинського. Після закінчення працювала стажистом адвоката, адвокатом, завідувачем юридичної консультації Тячівського району Закарпатської області, головою правління територіального відділення Закарпатської обласної асоціації адвокатів.

З травня 2002 року по травень 2006 року - народний депутат України, заступник Голови Комітету Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності. Брала участь у розробці 158 проектів законів України у сфері національної безпеки, захисту економічної конкуренції; реформування правоохоронних органів, суду, адвокатури; внесення змін до кримінального, кримінально-процесуального, виборчого законодавства, розробці проекту КПК України та ін. За плідну роботу в парламенті України нагороджена Почесною грамотою Верховної Ради України.

В квітні 2006 році успішно захистила дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Автор низки наукових публікацій з питань кримінального права та кримінального процесу.

У серпні 2006 року призначена Верховною Радою України суддею Конституційного Суду України.