

Міністерство внутрішніх справ України
ДНІПРОПЕТРОВСЬКИЙ ДЕРЖАВНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ВНУТРІШНІХ СПРАВ

В.В. Рогальська

**ЗМАГАЛЬНІСТЬ
У ДОСУДОВОМУ ПРОВАДЖЕННІ**

Монографія

*За науковою редакцією
доктора юридичних наук, професора
Л.М. Лобойка*

Дніпропетровськ
2012

ББК 67.9 (4 УКР) 311

Р 59

УДК 343.13

*Рекомендовано вченою радою Дніпропетровського
державного університету внутрішніх справ
(протокол № 9 від 29 травня 2012 р.)*

РЕЦЕНЗЕНТИ

доктор юридичних наук, професор **Попелюшко В.О.** – директор Інституту права ім. І. Малиновського Національного університету «Острозька академія»;

кандидат юридичних наук, доцент **Янович Ю.П.** – доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики Навчально-наукового інституту права та масових комунікацій Харківського національного університету внутрішніх справ.

Рогальська В.В.

Р 59 Змагальність у досудовому провадженні : монограф. / Рогальська В. В. ; за наук. ред. д-ра юрид. наук, проф. Л. М. Лобойка. – Дніпропетровськ : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2012. – 172 с.

Монографію присвячено дослідженню змагальності у досудовому провадженні. Визначено і розглянуто прояви змагальності, її зміст, предмет, сутність, межі та функціональне призначення у досудових стадіях. Вперше визначено початковий момент реалізації змагальності та сформульовано системи процесуальних гарантій її передумов – процесуальної рівності сторін та незалежного і неупередженого суду. Проаналізовано законодавство держав-учасниць СНД та держав-членів Ради Європи на предмет реалізації змагальних елементів у досудовому провадженні.

Для науковців, викладачів, студентів, аспірантів вищих навчальних закладів, практичних працівників, а також усіх, хто цікавиться питаннями кримінального процесу.

ББК 67.9 (4 УКР) 311

© Рогальська В.В., 2012

© ДДУВС, 2012

З М І С Т

<i>Перелік умовних скорочень</i>	4
ВСТУП	5
Розділ 1. СУТНІСТЬ ЗМАГАЛЬНОСТІ У ДОСУДОВОМУ ПРОВАДЖЕННІ	
1.1. Прояви змагальності і розвиток законодавства та теоретичних поглядів на неї у досудовому провадженні	7
1.2. Предмет та функціональне призначення змагальності у досудовому провадженні	22
Розділ 2. ПЕРЕДУМОВИ ЗМАГАЛЬНОСТІ У ДОСУДОВОМУ ПРОВАДЖЕННІ	
2.1. Рівність сторін як передумова змагальності у досудовому провадженні	46
2.2. Незалежний та неупереджений суд як передумова змагальності у досудовому провадженні	70
Розділ 3. РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ЗМАГАЛЬНОСТІ У ДОСУДОВОМУ ПРОВАДЖЕННІ ДЕРЖАВ-УЧАСНИЦЬ СНД ТА ДЕРЖАВ-ЧЛЕНІВ РАДИ ЄВРОПИ	
3.1. Регламентация змагальності у досудовому провадженні в законодавстві держав-учасниць СНД	93
3.2. Регламентация змагальності у досудовому провадженні в законодавстві держав-членів Ради Європи	108
ВИСНОВКИ	129
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	134
ДОДАТКИ	156

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ

Великобританія	Сполучене Королівство Великобританії та Північної Ірландії
ЄКПЛ	Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод
ЄСПЛ	Європейський суд з прав людини
КПК	Кримінально-процесуальний кодекс
МВС	Міністерство внутрішніх справ
Нацкомісія	Національна комісія із зміцнення демократії та утвердження верховенства права
Німеччина	Федеративна Республіка Німеччина
ОВС	Органи внутрішніх справ
ООН	Організація Об'єднаних Націй
п.	пункт
РФ	Російська Федерація
с.	сторінка
СНД	Співдружність незалежних держав
ст.	стаття
Франція	Французька Республіка
ч.	частина

ВСТУП

Усі ми наразі перебуваємо в очікуванні нового КПК України. Відомо давньокитайська мудрість свідчить про те, що найтяжче жити саме під час змін. Але найтяжче мабуть тоді, коли не знаєш у якому напрямку змінюватися та до чого такі зміни призведуть у результаті. Можна стверджувати, що усім нам дуже пощастило, оскільки напрямок реформування був визначений ще у перші роки незалежності відповідно до зобов'язань, які взяла на себе Україна при вступі до Ради Європи та ратифікувавши ЄКПЛ. А от до чого призведуть ці зміни нам приблизно відомо, оскільки Україна є єдиною державою – учасницею СНД, яка досі живе за КПК, прийнятим ще на початку другої половини ХХ століття. Усі інші держави-учасниці цієї спільноти, які одночасно є і членами Ради Європи, встигли не тільки прийняти нові КПК, а й кардинально оновити вже прийняті шляхом внесення суттєвих поправок, або навіть прийняти другий КПК (як, приміром, Республіка Грузія). Отже, у нас є нагода вчитися не на своїх помилках, а використати набутий позитивний досвід іноземних держав при реформуванні вітчизняного кримінально-процесуального законодавства.

Світовий досвід функціонування кримінального судочинства свідчить про те, що на сьогодні людство ще не винайшло кращої, аніж змагальна, моделі процесу. Саме така модель здатна задовольнити потреби демократичного суспільства та забезпечити повноцінний захист прав і свобод людини при вирішенні кримінально-правового спору.

Згідно з КПК України, досудове провадження залишається в цілому розшуковим, хоча і з окремими елементами змагальності – більшою мірою на стадії досудового розслідування, меншою – на стадії порушення кримінальної справи.

У цьому контексті великої значущості набуває дослідження кримінально-процесуальних норм, що регулюють механізм забезпечення змагальності у досудовому провадженні та вивчення законодавства іноземних держав, а саме держав-учасниць СНД та держав-членів Ради Європи, з метою визначення оптимальних шляхів ширшої імплементації зма-

гальності у досудові стадії вітчизняного кримінального процесу.

Проблемам змагальності у різних її проявах на окремих стадіях кримінального процесу присвячені праці українських вчених Ю. М. Грошевого, В. С. Зеленецького, Л. Б. Ісмаїлової, О. В. Капліної, С. О. Ковальчука, Л. М. Лобойка, В. Т. Малярєнка, М. А. Маркуш, О. Р. Михайленка, Є. О. Мірошніченка, О. О. Мохонько, В. В. Назарова, М. О. Ноздріної, М. А. Погорецького, В. О. Попелюшка, К. Р. Сейтназарова, М. І. Сірого, С. В. Слінька, В. М. Тertiшника, А. Р. Туманянц, О. Г. Шило, Б. І. Яворського, О. Г. Яновської, Ю. П. Яновича та ін.

Серед зарубіжних процесуалістів, які займалися цією проблематикою, слід виокремити таких учених, як Ф. М. Аббасова, Р. В. Багдасаров, Д. В. Ванін, О. В. Вишнеvsька, Є. О. Галоганов, Е. Г. Гусаков, С. В. Дадонов, С. М. Даровських, Т. М. Добровольська, А. В. Долгушин, П. С. Елькінд, Є. О. Карякін, Ю. О. Курохтін, Т. А. Лотиш, М. О. Лукічова, А. І. Макаркін, А. О. Машовец, Ю. В. Мещеряков, К. В. Митрофанова, Я. О. Мотовіловкер, Н. О. Моряшова, С. А. Мукасеєва, І. Я. Нажимов, Н. К. Панько, С. А. Пашин, І. О. Пікалов, М. М. Полянський, О. М. Резепнік, К. В. Рябцева, О. Б. Семухіна, О. В. Смірнов, М. С. Строгович, В. О. Трофімов, І. Я. Фойницький, М. О. Чельцов-Бебутов, О. Б. Чічканов, Р. З Шамсутдінова, С. Д. Шестакова та ін.

Однак попри те, що змагальність притаманна всім стадіям кримінального процесу у проявах форми кримінального судочинства, принципу процесу та методу правового регулювання, увага науковців здебільшого акцентувалася лише на проблемах реалізації принципу змагальності під час судового провадження або під час застосування заходів процесуального примусу на стадії досудового розслідування.

З огляду на вищевикладене і враховуючи те, що новий КПК України досі не набув чинності, оскільки не пройшов додаткову міжнародну експертизу та не підписаний Президентом України, дослідження змагальності у досудовому провадженні в різних її проявах набуває особливої актуальності.

Автор висловлює щирю вдячність та глибоку повагу Лобойку Леоніду Миколайовичу, постійна увага та підтримка якого дозволила цій роботі відбутися.

Розділ 1
СУТНІСТЬ ЗМАГАЛЬНОСТІ
У ДОСУДОВОМУ ПРОВАДЖЕННІ

**1.1. Прояви змагальності і розвиток законодавства
та теоретичних поглядів на неї у досудовому провадженні**

З'ясування сутності змагальності у досудовому провадженні не може бути ефективним без описування, аналізу й уточнення самого поняття «змагальність» у літературі взагалі та у кримінально-процесуальній науці зокрема.

Найчастіше, коли мова йде про «змагальність», мається на увазі або «гра», або «особлива форма судочинства». Так, під терміном «змагальність» у тлумачних словниках розуміється: 1) прагнення змагатися, вступати в боротьбу, в спір з метою досягти кращих результатів у чому-небудь порівняно з іншими [1]; 2) демократичний принцип судового провадження, відповідно до якого розгляд справи відбувається у формі спору сторін у судовому засіданні, при рівних процесуальних правах учасників процесу та при виключних повноваженнях суду [2].

Визначити співвідношення цих, на перший погляд, несумісних понять намагався ще в 1938 р. нідерландський вчений Й. Хейзинга. У своїй праці «Homo ludens» вчений дійшов висновку, що сфери правосуддя та гри є спорідненими між собою, оскільки судочинство, на його думку, має в найвищому ступені змагальний (грайливий) характер, що пронизує увесь його розвиток та продовжує жити в ньому по сьогоднішній день [3, с. 85].

У теорії кримінального процесу «змагальність» розглядається у трьох проявах: як принцип, як форма та як метод правового регулювання. Це пояснюється тим, що вона зумовлює побудову кримінального судочинства (форма), характеризує основні якісні особливості галузі кримінально-процесуального права, що гарантують реалізацію елементів змісту змагальності у сфері правового регулювання кримінально-процесуальних пра-

вовідносин (принцип) і виражаються у нормативно передбачених гарантіях вчинення дій, які нею охоплюються (метод) [4, с. 12].

Сучасне науково-теоретичне мислення прагне проникнути у сутність явищ і процесів, що вивчаються. Це можливо лише за умови цілісного підходу до об'єкта вивчення, розгляду його у виникненні та розвитку, тобто застосування історичного підходу до його вивчення [5, с. 59]. Отже, перш ніж досліджувати сутність змагальності на досудовому провадженні у сучасному стані, необхідно вивчити її генезис та розвиток у часі, оскільки без знання історії неможливо зрозуміти минуле, пізнати сьогодення та передбачити майбутнє.

Історія кримінального процесу – це здебільшого історія його досудового провадження, оскільки саме цей етап кримінального судочинства є носієм найбільш характерних особливостей національної системи кримінального провадження та відчуває на собі вплив політичного режиму держави. Тому з метою дослідження основних віх, виявлення закономірностей та тенденцій розвитку змагальності у всіх трьох перелічених її проявах, вважаємо за доцільне простежити її становлення в історично-порівняльному аспекті саме на досудових стадіях кримінального процесу України.

У чинному КПК України [6] термін «досудове провадження» («досудові стадії кримінального процесу») не використовується. З метою уникнення неоднозначного розуміння застосованої термінології, доречно роз'яснити, який саме етап судочинства ми включаємо в це поняття.

До внесення 07 липня 2010 р. змін до КПК України [7] у кримінальному судочинстві традиційно виділяли вісім стадій: 1) порушення кримінальної справи; 2) досудове розслідування (дізнання та досудове слідство); 3) попередній розгляд справи суддею; 4) судовий розгляд; 5) апеляційне провадження; 6) касаційне провадження; 7) виконання вироку; 8) перегляд судових рішень у порядку виключного провадження.

В. С. Зеленецький та Л. М. Лобойко у своїх працях [8; 9], окрім зазначених стадій, цілком вірно, на нашу думку, виділяють додатково ще стадію порушення державного обвинувачення, яка розпочинається з моменту прийняття прокурором до свого провадження кримінальної справи, що надійшла від слідчого з обвинувальним висновком, та закінчується прийняттям прокурором одного з рішень, передбачених ст.ст. 229 – 232-1, 418 КПК України. Зазначені автори аргументують не-

обхідність включення порушення державного обвинувачення до системи стадій кримінального процесу, тим, що, по-перше, діяльність прокурора щодо порушення державного обвинувачення має самостійний характер, виходить за межі стадії досудового розслідування та не входить до просторово-часових меж стадії попереднього розгляду справи суддею; по-друге, зазначеній частині кримінального процесу притаманні всі ознаки, які є в інших стадіях кримінального провадження, а саме: завдання, коло учасників, процесуальні засоби діяльності, етапи та кінцеві рішення.

З урахуванням цих теоретичних висновків та змін, внесених до КПК України Законом України від 07.07.2010 року «Про судоустрій і статус суддів», можна зробити висновок про те, що на сьогодні система стадій кримінального процесу включає в себе: 1) порушення кримінальної справи; 2) досудове розслідування (дізнання та досудове слідство); 3) порушення державного обвинувачення; 4) попередній розгляд справи суддею; 5) судовий розгляд; 6) апеляційне провадження; 7) касаційне провадження; 8) виконання вироку; 9) перегляд судових рішень за нововиявленими обставинами; 10) перегляд судових рішень Верховним Судом України.

На відміну від чинного КПК України [6], у двох проектах КПК України, що були підготовлені протягом останніх п'яти років, використовувався термін «досудове провадження», під яким розумілося провадження з моменту отримання заяви, повідомлення чи іншої інформації про злочин (кримінального правопорушення) до направлення справи до суду [10; 11].

Запозичуючи зазначене поняття досудового провадження із вищевказаних проектів КПК України та використовуючи діючу за чинним КПК України систему стадій кримінального процесу, ми приєднуємося до висновку О. І. Пашиніна, який до досудового провадження (досудових стадій кримінального процесу) відносить стадії порушення кримінальної справи, досудового розслідування (дізнання та досудового слідства) та порушення державного обвинувачення [12, с. 21], тобто діяльність державних органів і посадових осіб, які ведуть кримінальний процес, щодо порушення, розслідування кримінальних справ та вирішення питання про направлення справи до суду для розгляду її по суті.

Попри те, що українським законодавцем змагальність визначена як

принцип (засада) кримінального процесу (ст. 129 Конституції України [13], ст. 16-1 КПК України [6]), своє дослідження змагальності ми почнемо саме з форми процесу, бо є прихильниками позиції сучасних процесуалістів, які вважають, що форма процесу виникла раніше, ніж процесуальні принципи, аргументуючи це тим, що історичний момент появи кримінально-процесуальної діяльності співпадає з моментом появи її форми, а не принципів, для яких обов'язковою ознакою є нормативне закріплення в законодавстві, тому форма є первинною стосовно принципу та співвідноситься з ним як категорії окремого та загального, де загальним є форма, а окремим – принцип [14, с. 7; 15, с. 53].

У загальному вигляді, форма кримінального процесу – це порядок організації процесу, що зумовлює джерело руху кримінальної справи і основи процесуального статусу його учасників. Якою вона буде в конкретній державі в конкретний історичний період залежить від політики, філософії та ступеня розвитку юридичних та інших наук [16, с. 51].

За формою розділяють змагальний (обвинувальний), інквізиційний (слідчий, слідчо-розшуковий, розшуковий) та змішаний (слідчо-судовий, континентальний) процес [17, с.10 – 12].

Залежно від ступеня соціальної свободи та автономії особи в суспільстві розрізняють такі різновиди змагального процесу: обвинувальний, приватно-позовний, публічно-позовний та публічно-змагальний [14, с. 26].

В обвинувальному процесі метою обох сторін є перемога у конфлікті, що фіксується рішенням судового органу. При цьому першочергове значення має дотримання сторонами формальних умов спору. Як засоби вирішення спору широко використовуються ордалії, присяга, судовий двобій та ін. У приватно-позовному судочинстві процес проходить винятково через волевиявлення сторін. Кожна з них, навіть представник державної влади, діє як приватна особа, що забезпечує формальну рівність сторін. На сторони цілком покладено тягар доказування, а суд оцінює подані ними докази згідно із внутрішнім переконанням. У публічно-позовній змагальності з'являється спеціальний державний орган кримінального переслідування, який відстоює публічні інтереси. При цьому рівноправність сторін забезпечується наданням обвинуваченому певної сукупності пасивних гарантій. Метою цього процесу є встановлення об'єктивної істини. Публічно-змагальний процес направлений

вже не на перемогу у конфлікті, а на його врегулювання. Сторонам забезпечується не формальна, а функціональна рівність. Принципи об'єктивної істини та вільної оцінки доказів не втрачають свого значення [18, с. 16 – 17].

Початковим етапом розвитку теоретичних уявлень про змагальну форму (модель, тип) судочинства на теренах України можна вважати другу половину XIX століття. Саме тоді вітчизняна процесуальна наука та освіта стала на рівень європейської практики. Один з найвідоміших вчених того часу І. Я. Фойницький у своїй праці «Курс уголовного судопроизводства» достатньо велику увагу приділив дослідженню змагальності. На його думку, суттєвими ознаками змагальної форми кримінального судочинства є наявність рівноправних сторін, що відокремлені від суду й користуються правами участі у справі, та звільнення суду від процесуальних функцій сторін [19, с. 63].

Після революції 1917 р. дослідженням змагальності займалася невелика кількість процесуалістів, оскільки вважалося, що змагальна форма процесу у класичному її розумінні є притаманною для “буржуазних” держав. У цей період, вагомий внесок у розвиток змагальності вніс М. С. Строгович, який, комплексно досліджуючи у своїй докторській дисертації принцип змагальності, розглядав змагальність і як форму процесу. На його думку, про змагальний процес можна вести мову лише за наявності протилежних сторін, які перед судом доводять та обґрунтовують свої положення та вимоги [20, с. 119].

У радянський період змагальність, як форма кримінального процесу, була також предметом вивчення у працях М. М. Полянського [21], М. О. Чельцова-Бебутова [22] та інших науковців. У пострадянський період дослідженню змагальної форми судочинства стало приділятися значно більше уваги, саме це питання у своїх працях розглядали: І. Я. Нажимов [23], Ю. В. Мещеряков [16], О. В. Смірнов [14], С. Д. Шестакова [15], А. І. Макаρκін [18], Р. З Шамсутдінова [24], Н. К. Панько [25], К. В. Рябцева [26], О. Б. Семухіна [27] та ін. Їхні погляди на змагальну форму судочинства принципово не відрізнялися від висновків попередників, за винятком лише того, що вищевказані науковці вже більш сміливо висловлювалися щодо запровадження змагальної форми не тільки у судовому провадженні, а й у досудових стадіях кримінального процесу. Серед українських вчених-процесуалістів, які більш ґрунтовно

досліджували у своїх працях змагальність як форму кримінального процесу, слід назвати В. Т. Маляренка [28] та М. А. Маркуш [29].

Враховуючи погляди всіх вищезазначених науковців щодо змагальної форми кримінального процесу, можна виділити такі її характерні ознаки: наявність двох протилежних сторін, процесуальну рівність сторін та наявність незалежного від сторін суду. Отже, про змагальну форму досудового провадження можна вести мову лише за наявності у ньому сукупності перелічених ознак.

У вітчизняному кримінальному процесі засади «нищого» різновиду змагальності – обвинувального процесу у досудовому провадженні – були закладені ще за часів Київської Русі в першому писаному зводі законів – Руській Правді, норми якої діяли на території України аж до середини XIV ст. Для процесу того часу характерними були: активна участь сторін – позивача та відповідача (ст. 21); особливі форми досудового процесу – заклик (заклич), звід, гоніння по сліду (ст.ст. 35, 36, 38, 39, 77); засобами вирішення спорів виступали судовий поєдинок, присяга (рота), ордалії у вигляді випробування залізом або водою (ст.ст. 21, 22, 48, 85–87, 115); посередницька функція суду [30, с. 16–27].

Аналіз законодавчих актів періоду XIV–XVI ст. (Судебник Казимира IV 1468 р., Литовські статuti 1529 р., 1566 р., 1588 р. та ін.) дозволяє дійти висновку, що в більшості випадків, кримінальний процес мав змагальний характер. Позитивними рисами еволюції змагальної досудової форми процесу в українських землях того часу можна назвати: становлення обов'язкового попереднього слідства у кримінальних справах, збирання доказів та проведення слідства; початок процесу формування інституту професійних суддів; впорядкування справи судового захисту, виділення адвокатської діяльності як професії тощо [28, с. 58].

Після входження України до складу Росії в судочинстві почали застосовувати російські правові акти, серед яких велике значення для розвитку змагальної форми кримінального процесу в досудових стадіях мав іменний указ Петра I від 05.11.1723 р. «О форме суда». Цим указом скасовувалася розшукова форма процесу, яка була встановлена Судебниками 1497 та 1550 рр., а суд визнавався його єдино можливою формою. У подальшому ідеї змагальності у досудовому кримінальному процесі знайшли своє втілення у «Правах, по котрым судится малороссийский народ» 1743 р., за котрим, як і в попередній період, продовжував діяти

принцип приватного обвинувачення: суд не міг розпочати судовий процес без звернення зацікавленої особи; в ньому вже йшлося про таку сторону процесу як «адвокат» або «повірений», було надано дефініцію цього поняття [28, с. 58–62; 31; 32, с. 35–38].

Для розглянутих періодів характерним було розповсюдження змагальних засад на всі стадії кримінального процесу, але в деяких випадках, поряд з пануючим змагальним, мали місце і деякі елементи розшукового досудового процесу.

Кардинальні зміни у процесуальному порядку розслідування та розгляду кримінальних справ були запроваджені прийнятим 20 листопада 1864 року Статутом кримінального судочинства (далі – Статут 1864 р.), яким було запроваджено змішану форму кримінального процесу, де досудове провадження засновувалося на розшукових засадах, а судові стадії – на змагальних. Історичне значення Статуту 1864 р., в контексті розглянутої теми, полягає в тому, що саме ним вперше було впроваджено поняття «судове змагання сторін» (ст.ст. 630, 632, 802), закріплено рівність сторін у судовому засіданні (ст. 630), здійснено розподіл досудового розслідування на поліцейське дізнання та досудове слідство (ст.ст. 250–261), введено інститут судових слідчих (ст.ст. 249, 262–277), передбачено створення судової влади, відокремленої від обвинувачення; введено інститут присяжних (ст. 201), закріплено прокурорський нагляд на стадії досудового розслідування (ст.ст. 278–287), запроваджено адвокатуру, закріплено такі демократичні засади, як гарантії прав обвинуваченого на захист, участь у процесі захисника тощо [33].

Але багатьма вченими-процесуалістами того часу реформа 1864 р. була сприйнята вельми критично саме через запровадження розшукової форми досудового провадження [34; 35]. Так, В. П. Даневський у своїй праці «Наше предварительное следствие: его недостатки и реформа» зазначав, що принциповий недолік досудового провадження полягає в інквізиційній основі, що пронизує зазначений етап процесу та суперечить змагальності. На думку вченого, інквізиційний характер досудового провадження полягає у потрійній ролі слідчого, який одночасно виступає обвинувачем, захисником і суддею, та у суміщенні дізнання (розшуку), його цілей та засобів з досудовим слідством, з його завданнями та засобами [34, с. 26].

Досудове провадження за законами та кодексами українського кри-

мінального процесу (Декрет про суд № 1 від 22.11.1917 р. [36], Декрет про суд № 2 від 15.02.1918 р. [37], Декрет про суд № 3 від 22.07.1918 р. [38], Положення про народний суд від 30.11.1918 р. [39], Положення про народний суд від 21.10.1920 р. [40], КПК УРСР 1922 [41], 1927 [42], 1960 років [43]) хоча і продовжувало здійснюватися в рамках створеної Статутом 1864 р. змішаної форми процесу, але вже без участі захисника, при збільшені наглядових процесуальних повноважень прокурора та за обмежених повноважень суду на цьому етапі кримінального процесу.

На сьогодні ані в законодавстві, ані в теорії кримінального процесу так досі чітко і не визначено форму процесу, що найбільше підходить для нашої держави. Але, судячи зі змісту ст. 129 Конституції України [13], ст. 16-1 КПК України [6], положень Концепції 2006 року [44], Концепції 2008 року [45], КПК України (реєстр. № 9700 від 13.01.2012 р.) [46], в яких йдеться про розширення змагальних конструкцій кримінально-процесуальних процедур не тільки у судових, а й у досудових стадіях, Україна взяла курс саме на розбудову змагальної форми кримінального процесу.

У ст. 129 Конституції України змагальність визначена як засада судочинства [13], але при цьому українським законодавцем не надане тлумачення цього терміна. Не заглиблюючись у розкриття терміна «засада» та співвідношення цього поняття з поняттям «принцип», оскільки це виходить за межі нашого дослідження, необхідно зазначити, що у тлумачних словниках, у теорії держави і права та в науці кримінального процесу поняття «принцип» і «засада» розглядаються в більшості випадків як тотожні [47, с. 17]. Отже і в нашому дослідженні ці поняття будуть розглядатися як тотожні.

Один з перших, хто ґрунтовно дослідив принцип змагальності у радянській літературі, був М. С. Строгович. Він визначив вищевказаний принцип як основний та провідний у радянському кримінальному процесі, сутність якого полягає у відокремленні функцій сторін від функцій суду [20, с. 109, 112].

Я. О. Мотовиловкер, досліджуючи принцип змагальності, підтримав ідеї М. С. Строговича, зробивши висновок, що принцип змагальності – це не плід суб'єктивних побажань того чи іншого автора, а результат наукового аналізу та узагальнення діючого законодавства та судової практики, яка склалася на його основі [48, с. 76].

Протягом останніх двох десятиліть дослідженням вищезазначеного принципу стало займатися значно більше вчених, особливо це помітно на прикладі теорії кримінального процесу у РФ [49–59].

У вітчизняних теоретичних дослідженнях, після закріплення засади змагальності в Конституції України, про сутність, зміст, предмет, структуру, значення, межі та механізм реалізації принципу змагальності писала значна кількість українських вчених-процесуалістів, серед яких найбільш ґрунтовно ці питання досліджувалися у працях М. А. Маркуш [29], О. О. Мохонько [60], М. О. Ноздріної [61], С. О. Ковальчука [4] та О. Г. Яновської [62].

Попри таку велику кількість досліджень принципу змагальності, сучасне розуміння вищезазначеної засади у своїй основі практично нічим не відрізняється від того уявлення про неї, яке склалося ще на початку ХІХ століття, за яким принцип змагальності – це правове положення, згідно з яким двом рівноправним сторонам (обвинувачення і захисту) забезпечується можливість брати активну участь у дослідженні обставин кримінальної справи перед незалежним арбітром – судом, що не може здійснювати інших функцій, окрім функції правосуддя.

Залежно від критеріїв віднесення тих чи інших правових положень до числа принципів кримінального процесу, погляди вчених-процесуалістів, що досліджували у своїх працях принцип змагальності, розподілилися на 3 групи: 1) процесуалісти, які вважають що принципи повинні діяти на всіх або на більшості стадій кримінального процесу і обов'язково в його центральній стадії. За таким критерієм вони відносять змагальність до принципів кримінального процесу, що діє в повній мірі в судових та обмежено – в досудових стадіях процесу [63, с. 105]; 2) прибічники другої групи вважають що принципи повинні пронизувати всі стадії кримінального процесу, отже про принцип змагальності можна вести мову лише при розповсюдженні його дії на всі стадії кримінального процесу, в тому числі і на досудові [64, с. 123]; 3) вчені-процесуалісти третьої групи вважають, що принципу змагальності не існує, тому що: а) всі його структурні елементи складають зміст інших принципів кримінального процесу, б) змагальність означає рису, зміст, форму, умову судового розгляду, спосіб пізнання, встановлення істини, захисту інтересів особи тощо, в) змагальність не відповідає критеріям принципу процесу та виступає способом дослідження доказів, способом

відстоювання учасниками процесу своєї позиції у справі, здійснення ними своїх прав і обов'язків, засобом для встановлення істини, методом її відшукування тощо [65, с. 71].

Метою даного дослідження не є встановлення ознак принципів кримінального процесу, але ми не можемо погодитися з позицією вчених першої групи і підтримуємо процесуалістів, які вимагають обов'язкового розповсюдження дії принципу змагальності на всі стадії кримінального процесу, та вважаємо, що позиція науковців третьої групи заслуговує на увагу та потребує більш детального дослідження в окремих працях.

Отже, повертаючись до розвитку законодавства та теоретичних поглядів на принцип змагальності у досудовому провадженні в кримінальному процесі України, необхідно зазначити, що в 1996 році під впливом двох факторів: 1) норм міжнародного права, які містяться перш за все в Загальній Декларації прав людини від 10 грудня 1948р. (ст.ст. 1–12) [66], в ЄКПЛ (ст.ст 2–8, 15) [67], в Міжнародному пакті про громадянські та політичні права від 16 грудня 1966 р. (ст.ст. 2, 4, 6–11, 14–17, 26) [68] та в інших міжнародно-правових актах, до яких приєдналась Україна (відповідно до вищевказаних документів, принцип змагальності діє на всіх стадіях кримінального процесу, а рівність прав учасників процесу в наданні доказів, заявленні клопотань є правовою основою реалізації цієї демократичної засади); 2) положень Концепції судово-правової реформи, що схвалена Постановою Верховної Ради України 28 квітня 1992 р. [69] (одним з головних завдань якої визнано створення судочинства, яке максимально забезпечило б умови для реалізації змагальності сторін), відбувається досить суттєва реформація системи принципів українського кримінального процесу, що призвело до прийняття в 1996 р. Конституції України, яка відтворила норми з вищевказаних міжнародних договорів та у ст. 129 визнала змагальність сторін як одну із засад кримінального судочинства [13].

Позитивом у плані еволюції вищевказаного принципу слід вважати прийняття 21 червня та 12 липня 2001 р. Законів України «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України» [70; 71]. Це стало значним кроком уперед до розширення принципу змагальності у кримінальному процесі України, а саме: його нормативне закріплення в КПК України, розмежування трьох функцій – обвинувачення, захисту та

розгляду справи в судових стадіях (ст. 16-1), допуск захисника у справі на будь-якій стадії процесу (ст. 44); надання права захисникові збирати відомості про факти, що можуть використовуватись як докази у справі (ст. 48); позбавлення суду права порушувати кримінальні справи публічного обвинувачення; впровадженням судового контролю за діями й рішеннями органів досудового розслідування, якими обмежуються конституційні права та свободи осіб; позбавлення права прокурора приймати рішення про взяття під варту обвинуваченого (підозрюваного) та ін.

Наступним кроком до розвитку принципу змагальності на досудових стадіях у кримінально-процесуальному законодавстві стало підписання 10 травня 2006 р. Указу Президента України «Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів». Відповідно до IV розділу зазначеної Концепції, принцип змагальності визнано одним з таких, на якому повинно ґрунтуватися судочинство та зазначено необхідність його реалізації під час провадження дізнання та досудового слідства [44].

Революційним етапом на шляху кардинальної реформи кримінального процесу стало підписання 8 квітня 2008 р. Президентом України Указу «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 лютого 2008 року «Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів, яким була затверджена Концепція реформування кримінальної юстиції України». Позитивним для розвитку принципу змагальності на досудовому провадженні, згідно з цією Концепцією, має стати: запровадження нової, позбавленої обвинувального ухилу процедури досудового розслідування (п. 2 розділу II); покладення на державного обвинувача обов'язку висунення обвинувачення, процесуального керівництва досудовим розслідуванням та складання обвинувального акта (п. 4 розділу II); удосконалення процедури судового контролю шляхом введення посади слідчого судді, тільки з дозволу якого вбачається можливим тимчасове обмеження конституційних прав людини і основоположних свобод (п. 2 розділу II); надання можливості збирання і надання суду інформації сторонами захисту та обвинувачення (п. 2 розділу II); запровадження інституту «взаємного відкриття матеріалів досудового провадження» (п. 2 розділу II); рівний доступ до експертних знань (п. 2 розділу II); скасування інституту направлення судом справи на додаткове розслідування (п. 2 розділу II); передбачення

можливості створення та регламентування діяльності приватних детективів (детективних агентств) (п. 4 розділу II) та ін. [45]. Ця Концепція та всі її положення, що стосуються реалізації принципу змагальності протягом всього кримінального провадження, пізніше лягла в основу проекту КПК України, що був розроблений Нацкомісією на підставі Плану заходів із виконання обов'язків та зобов'язань України, що впливають з її членства в Раді Європи [11], а в подальшому – і в основу проекту КПК України, що був розроблений робочою групою з питань реформування кримінального судочинства та зареєстрований у Верховній Раді України 13.01.2012 р. під реєстр. № 9700 [46].

Наступним значним кроком для розширення змагальних засад на досудовій стадії кримінального процесу стало рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2009 р. № 23-рп/2009 [72], в якому було надано тлумачення ст. 59 Конституції України та зазначено, що кожній особі, зокрема свідку, під час допиту в органах дізнання чи досудового слідства та особам при наданні пояснень у державних органах має бути забезпечена реальна можливість отримувати правову (юридичну) допомогу від обраної за власним бажанням особи у статусі адвоката для захисту від можливого порушення її прав. Причому реалізація кожним права на правову допомогу не може залежати від статусу особи та характеру її правовідносин з іншими суб'єктами права. Саме це рішення Конституційного Суду України послугувало прийняттям Закону України від 01.07.2010 р. «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України щодо права свідка на захисника та іншу правову допомогу» [73], згідно з яким свідок наділяється правом користуватися допомогою захисника під час допиту та проведення інших слідчих дій (ст. 69-1 КПК України), але більш суттєвим стало те, що законодавець у ст.ст. 48 та 167 КПК України вперше визнав, що до свідків також може здійснюватися кримінальне переслідування та передбачив для цих учасників процесу можливість захищатися від здійснюваного переслідування шляхом отримання консультацій від захисника та оскарження дій слідчого у разі, якщо з характеру і змісту питань впливає, що свідок має допитуватися як підозрюваний. Ці положення також узгоджуються із практикою ЄСПЛ. Так, у рішеннях «Яременко проти України» від 12 червня 2008 р., «Луценко проти України» від 18 грудня 2008 р. та «Шабельник проти

України» від 19 лютого 2009 р., ЄСПЛ визнав, що використання показань осіб, які вони давали як свідки без участі захисника, для доведення вини у вчиненні злочину ними (свідками) або їх співучасниками, є порушенням ст. 6 ЄКПЛ [74, с. 47–59, 117–127, 128–138].

Окрім внесення до КПК України норми щодо надання свідку права на захисника та іншу правову допомогу, до чинного КПК України протягом останніх двох років було також внесено ряд доповнень, які суттєво вплинули на розширення змагальних засад на досудовому етапі судочинства. Так, у липні того ж року Законом України «Про судоустрій та статус суддів», з метою досягти більшої рівноваги між сторонами обвинувачення та захисту, законодавець вирішив їх зрівняти хоча б у назвах документів, які вони подають до суду. Так, рішення прокурора, яке до цього мало назву «подання», було замінено по аналогії із документом, що подають інші учасники до суду, – на «скаргу» [7]. З цією ж метою було внесено зміни до статей 217 та 218 КПК України, в яких регламентовано обов'язок слідчого на вимогу обвинуваченого, потерпілого чи його представника, цивільного позивача, цивільного відповідача або їх представників вручити їм засвідчену належним чином копію опису матеріалів кримінальної справи [75; 76].

Змагальність, як метод кримінального процесу, досліджувалася у працях В. В. Вандишева, О. П. Дербеньова, О. В. Смірнова [77], С. Д. Шестакової [15], Л. М. Лобойка [78], І. А. Скуляка [79] та інших. Відповідно до висновків, зроблених вищезазначеними авторами у своїх працях, змагальний (тристоронній, арбітральний, судовий) метод правового регулювання полягає у забезпеченні впливу сторін кримінального процесу одна на одну через вільного (незалежного) від їхніх інтересів арбітра – суду і можливості останнього стримувати активність сторін, пов'язану із порушенням закону чи створенням умов, що погіршують становище іншої сторони.

Змагальний метод є правовим механізмом реалізації принципу змагальності у змагальному й частково у змішаному кримінальному процесі та покликаний врегульовувати тристоронні відносини, що виникають між сторонами і судом на досудових та судових стадіях. Отже, про історичний розвиток застосування змагального методу на досудовому провадженні можна вести мову лише з розвитком принципу змагальності на цьому етапі вітчизняного кримінального процесу.

Поворотним етапом у цьому процесі можна вважати прийняття 21 червня та 12 липня 2001 р. Законів України «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України», бо саме після проведення цієї «малої судової реформи» розшуковий досудовий кримінальний процес поступово почав перетворюватися на змішаний. Так, змагальний метод правового регулювання почав застосовуватися в досудових стадіях при вирішенні питань про проведення процесуальних дій, які обмежують конституційні права людини (ст.ст. 61-1, 126, 165-2, 165-3, 177, 178, 187, 187-1, 190, 205 КПК України) та при оскарженні до суду дій та рішень органу дізнання, слідчого та прокурора (ст.ст. 52-5, 106, 236-2, 236-6, 236-8 КПК України) [70; 71].

Після 2001 року, для розширення змагальності на досудовому провадженні, суттєвими стали зміни, що були внесені законодавцем протягом останніх трьох років, коли останній поклав на суд обов'язки щодо розгляду скарг на рішення про видачу особи (екстрадицію) (ст. 468 КПК України) [80] та прийняття рішень: про поміщення особи у приймальник-розподільник для дітей в порядку ст. 7-3 КПК України [81], про виїмку оригіналів первинних фінансово-господарських та/або бухгалтерських документів (ст. 178 КПК України) [82], про застосування до особи, яка вчинила злочин за межами України, тимчасового чи екстрадиційного арешту (ст.ст. 462, 463 КПК України) [80], щодо обмеження строку, протягом якого обвинувачений і його захисник повинні ознайомитися з матеріалами справи, у разі їх зволікання (ст. 218 КПК України) [83]. Також суттєвим кроком для забезпечення незалежності та неупередженості суду на досудовому етапі судочинства, що, в свою чергу, є однією з передумов змагальності у досудовому провадженні, стало введення автоматизованої системи документообігу суду, що розповсюджується і на розподіл справ між суддями для прийняття рішень у досудових стадіях кримінального процесу [7].

Проведений історичний аналіз дає підстави зробити висновок про те, що розвиток змагальності у вітчизняному кримінально-процесуальному законодавстві, що регламентує досудове провадження, йде своїм особливим шляхом у напрямку від обвинувального через інквізиційний до публічно-змагального кримінального процесу. Цей шлях зумовлюється рівнем розвитку процесуального законодавства, правової культури та ступенем автономії особи в державі та в суспільс-

тві. Констатувати, що цей шлях успішно завершений, стане можливим лише після прийняття нового КПК України, який буде змагальним за своєю формою та таким, що надасть можливість через розширення сфери застосування змагального методу на всіх стадіях процесу повністю втілити у кримінально-процесуальному законодавстві таку надзвичайно важливу конституційну засаду, як змагальність.

Прийняття нового КПК України є першочерговим завданням, оскільки, відповідно до п. 5 резолюції Парламентської Асамблеї Ради Європи «Про виконання обов'язків та зобов'язань Україною», Парламентська Асамблея закликала органи влади України завершити підготовку нової версії проекту КПК України та схвалити його без подальшого зволікання для виконання зобов'язання, початково встановлений кінцевий термін для якого минув ще у листопаді 1996 року [84].

Робота на новим КПК України вже триває довгий час, але активізувалась вона протягом останніх п'яти років, коли було створено численну кількість робочих груп, зусиллями яких підготовлено чимало проєктів, але у своїй роботі нам би хотілося зосередити увагу лише на трьох, які найбільше обговорювалися серед науковців і практичних працівників та пройшли експертизу Венеціанської комісії: 1) проєкт КПК України, що був зареєстрований у Верховній Раді ще в 2007 році під реєстр. № 1233 та відкликаний 13.01.2012 р. постановою Верховної Ради України № 1233/П [10]; 2) проєкт КПК України, розроблений Нацкомісією, який не вносився до парламенту, але неодноразово обговорювався на публічних круглих столах та отримав позитивні відгуки експертів Ради Європи [11], 3) проєкт КПК України, що розроблений робочою групою з питань реформування кримінального судочинства (реєстр. № 9700 від 13.01.2012 р.) та прийнятий 13.04.2012 р. Верховною Радою України у другому читанні [46]. Аналіз цих проєктів на предмет впровадження змагальності на досудовому етапі кримінального судочинства дозволяє дійти висновку, що вони є принципово різними, про що також свідчать висновки експертів Ради Європи, позитивні відгуки яких є необхідними перед розглядом остаточної версії проєкту кодексу у парламенті. Останній з цих проєктів вже отримав у цілому позитивні відгуки експертів Ради Європи та був прийнятий у другому читанні, наразі триває підготовка щодо направлення його на повторну міжнародну експертизу перед поданням його на підпис Президенту України, але чи буде він підписаний, а найголовніше

– коли, покаже час. Та перш ніж здійснювати таке масштабне реформування, необхідно з'ясувати, що є предметом змагальності та яким є її функціональне призначення у досудовому провадженні, що і буде зроблено у наступному підрозділі.

1.2. Предмет та функціональне призначення змагальності у досудовому провадженні

Під час характеристики сутності (головного, визначального у предметі, що зумовлене глибинними зв'язками й тенденціями розвитку та пізнається на рівні теоретичного мислення [1]) змагальності у досудовому провадженні повинні знайти відображення, як мінімум, два чинники: функціональне призначення та предмет. У рамках розгляду останнього доцільно дослідити зміст та межі дії змагальності.

Предмет змагальності у досудовому провадженні, тобто те, на що спрямована пізнавальна, практична діяльність будь-кого (будь-чого) [1], полягає у вирішенні на досудових стадіях кримінально-процесуального конфлікту, що виник між протилежними сторонами процесу з приводу кримінально-правового спору в межах кримінально-процесуальних правовідносин.

Кримінально-процесуальний спір, як і кримінально-процесуальний конфлікт, є специфічним різновидом юридичного конфлікту, іманентними ознаками якого є: існування сторін та наявність у них протилежних (несумісних) інтересів.

Використовуючи вищезазначені ознаки юридичного конфлікту, В. В. Литвинов надав власне визначення поняття кримінально-правового спору, під яким він розуміє конфлікт, що виник між двома сторонами у зв'язку з припущенням першою стороною вчинення діяння іншою стороною, яке посягає на охоронювані кримінальним законом права і інтереси першої сторони [85, с. 47]. Саме таке розуміння кримінально-правового конфлікту, на нашу думку, є найбільш вдалим та таким, що охоплює усі стадії кримінального процесу, під час яких складаються правовідносини між відповідними учасниками судочинства.

Щодо кримінально-процесуального конфлікту, то, як вірно зазначила Н. П. Кирилова, цей різновид юридичного конфлікту зумовлений

передбаченою законом різницею природи і змісту процесуальних функцій, що реалізують учасники кримінального судочинства [86, с.12].

Велику увагу кримінально-процесуальним конфліктам та процедурам їх вирішення у своїй монографії присвятив російський вчений В. М. Кудрявцев. На його думку, кримінально-процесуальні конфлікти виникають між учасниками, що переслідують несумісні, найчастіше протилежні цілі. Вказані учасники вступають у протиборство між собою, використовуючи при цьому свої права та виконуючи обов'язки, що встановлені кримінально-процесуальним законом. Механізм вирішення таких конфліктів В. М. Кудрявцев ставить у пряму залежність від форми процесу [87, с. 165, 176].

Основні суб'єкти кримінально-процесуальних конфліктів у змагальному досудовому провадженні – протилежні сторони, тобто ті учасники, які безпосередньо здійснюють свою діяльність один проти одного (представники сторін обвинувачення і захисту).

Загальновизнаним є те, що учасники кримінального судочинства, які належать до певної сторони, об'єднані спільними інтересами. Між тим 80,5 % опитаних нами практичних працівників зазначили, що не завжди учасники, які належать до однієї сторони підтримують єдину позицію у кримінальній справі [Додаток А], отже і кримінально-процесуальні конфлікти на досудовому провадженні можуть виникати не тільки між протилежними сторонами, а й між учасниками, які належать до однієї сторони процесу. Такі конфлікти не входять до предмета змагальності і є проявом так званої «квазізмагальності»*.

Ф. М. Ягофаров дотримується протилежної точки зору та вбачає можливість розповсюдження змагального порядку вирішення конфлікту на усі спірні відносини, які можуть виникнути у процесі кримінального судочинства, у тому числі і між учасниками однієї сторони [88, с. 9].

На нашу думку, ця позиція є спірною, оскільки в основі більшості вказаних конфліктів є міжособистісні протиріччя, які мають процесуальну природу та носять латентний характер, найчастіше їх мета полягає не у вирішенні кримінального спору, а в активізації діяльності інших представників тієї чи іншої сторони для виконання покладених на них функцій.

Конфлікти, що виникають між учасниками однієї сторони, можна

* Квазі – від лат.о «quasi» – псевдо, нібито [1].

умовно поділити на дві групи:

- 1) вирішення яких врегульовано чинним кримінально-процесуальним законодавством;
- 2) вирішення яких не регулюється кримінально-процесуальним законодавством.

До першої групи слід відносити конфлікти, що виникають між:

- а) учасниками сторони захисту*:
 - захисником та обвинуваченим (підозрюваним);
 - захисником та свідком;
 - захисниками, що здійснюють захист двох і більше обвинувачених (підозрюваних, свідків);
 - цивільним відповідачем та його представником;
- б) учасниками сторони обвинувачення:
 - потерпілим та його представником;
 - цивільним позивачем та його представником;
 - потерпілим та особами, що ведуть кримінальний процес (органи дізнання, слідчий, прокурор);
 - цивільним позивачем та особами, що ведуть кримінальний процес (органи дізнання, слідчий, прокурор);
 - особами, що ведуть кримінальний процес.

Найчастіше конфліктні ситуації охоплюють учасників, які належать до сторони обвинувачення. Це відбувається через те, що саме ця сторона об'єднує учасників, які виступають від імені держави, та тих, які мають приватні інтереси [89, с. 11–25].

Конфлікти між захисником та обвинуваченим, на думку В. П. Бож'єва, знаходяться взагалі поза сферою кримінально-процесуального права, оскільки здійснюються без участі владного суб'єкта [90, с. 156].

В. М. Кудрявцев не погоджується з вказаною точкою зору та пропонує ці конфлікти відносити до колізії захисту. Характеризуючи зазначений різновид конфліктів, учений зазначає, що вони практично завжди

* Учасниками, які у досудовому провадженні належать до сторони захисту, є: особа, щодо якої здійснюється кримінальне переслідування, підозруваний, обвинувачений, їхні захисники та законні представники, цивільний відповідач та представник цивільного відповідача; а до сторони обвинувачення: прокурор, органи досудового розслідування (дізнання та досудового слідства), потерпілий та його представник, цивільний позивач та його представник (детальніше — у наступному розділі).

мають латентний характер, оскільки обвинувачений та захисник використовують можливість зіставити та обговорити свої позиції наодинці у непроцесуальній формі, а при недосягненні згоди – розірвати угоду (чи анулювати доручення) про захист. Для цього достатньо, щоб підзахисний заявив про відмову від захисника. Колізія виходить із латентної фази, переходить у відкритий процесуальний конфлікт, коли про незгоду підзахисний чи захисник заявляють слідчому чи суду [87, с. 173].

Взагалі правовідносини, що виникають між захисником та обвинуваченим (підозрюваним, свідком), регулюються не тільки нормами кримінально-процесуального, але й і цивільного права. Відносини між захисником та підзахисним за характером регулювання є найбільш близькими до цивільно-правового договору доручення (глава 68 Цивільного кодексу України [91]). Кримінально-процесуальне законодавство дає тільки загальну регламентацію відносин вказаних суб'єктів, визначає специфіку цієї діяльності стосовно кримінального процесу, посилюючи гарантії прав обвинуваченого (підозрюваного, свідка) – довірителя, стосовно прав, що надаються йому цивільним законодавством та, окрім того, регламентує участь захисника за призначенням.

До другої групи конфліктів слід відносити усі інші спірні ситуації між учасниками, які належать до однієї сторони процесу, наприклад: між обвинуваченими, між потерпілими, між цивільним позивачем та потерпілим тощо.

Отже, до предмета змагальності входять лише кримінально-процесуальні конфлікти, що виникли з приводу кримінального спору між протилежними сторонами.

Для того щоб з'ясувати як проявляються і як вирішуються такі конфлікти у змагальному досудовому провадженні, необхідно звернутися до загальної конфліктології, де під чинниками, що визначають діяльність протилежних сторін, маються на увазі: проблемні (конфліктні) ситуації, цілі, функції, структури та засоби конфліктуючих сторін [87, с. 64–65].

В основі проблемних (конфліктних) ситуацій у досудовому провадженні між представниками протилежних сторін можуть бути будь-які правовідносини, що виникають між ними під час реалізації вказаними учасниками своїх прав та обов'язків у вигляді дій, бездіяльності або процесуальних рішень (подання клопотань представників сторони захи-

сту до учасників, які ведуть процес; заявляння відводу або усунення від участі у справі представників протилежних сторін; оскарження діянь чи процесуальних рішень, що винесені учасниками протилежної сторони, тощо).

Цілі представників протилежних сторін у більшості випадків є різними. Так, основна мета представників сторони обвинувачення – органів досудового розслідування – полягає у встановленні причетності винної особи до вчинення злочину [92, с. 26], мета сторони захисту є протилежною, а саме – спростувати цю причетність (підозру, обвинувачення) та навести обставини, що заперечують або пом'якшують кримінальну відповідальність [93, с. 44]. У тому випадку, коли цілі протилежних сторін співпадають — конфлікт вирішується. Так, якщо представник органів досудового розслідування дійде висновку, що особа, щодо якої здійснюється кримінальне переслідування, не причетна до вчинення злочину, він закриває кримінальну справу в частині пред'явленого обвинувачення, що є своєрідним свідченням про відмову від подальшого кримінального переслідування цієї особи. У цьому випадку стороні захисту нема чого оскаржувати — конфлікт щодо спростування причетності вирішено.

Як уже вище зазначалося, різниця процесуальних функцій, що виконують представники сторін під час досудового провадження, лежить в основі кримінально-процесуальних конфліктів між зазначеними учасниками, вирішення яких і є предметом змагальності. Але розмежування функцій не тільки зумовлює наявність кримінально-процесуальних конфліктів, а взагалі виступає сутністю змагальності*.

Під *структурою* конфліктуючих сторін мається на увазі склад учасників, які до них входять, а саме їхня професійна складова, оскільки обвинувачений, який не є кваліфікованим юристом, ніколи не зможе як рівний протистояти слідчому, який в обов'язковому порядку повинен мати вищу юридичну освіту [94]. Зрозуміло, що передбачити обов'язкову участь захисника у кожній кримінальній справі неможливо та і не потрібно, але з метою встановлення у досудових стадіях процесу змагального порядку вирішення кримінально-процесуальних конфліктів особам, щодо яких здійснюється кримінальне переслідування (обвинува-

* Більш детально розмежування функцій, як сутність змагальності, буде розглянуто нами під час дослідження змісту змагальності.

чення), необхідно надати реальну можливість запросити собі захисника-адвоката на будь-якій стадії процесу.

Під засобами, що надаються сторонам для вирішення кримінально-процесуальних конфліктів, слід розуміти як процесуальні, так і матеріальні засоби. Але якщо питання щодо надання чи позбавлення учасників протилежних сторін матеріальних засобів не регулюється кримінальним процесом, то арсенал процесуальних засобів урівноважити між вказаними учасниками законодавцю під силу шляхом надання їм однакових процесуальних прав (формальної рівності) або шляхом надання кожній із сторін певних переваг з метою досягнення між ними рівності можливостей (фактичної рівності).

Будь-який конфлікт вирішується або самими учасниками конфлікту або за допомогою втручання третьої сторони [87, с. 201].

У змагальному процесі кримінально-процесуальний конфлікт, що виник з приводу кримінально-правового спору, також вирішується за рахунок вказаних механізмів, при цьому третьою стороною – арбітром – між сторонами обвинувачення та захисту виступає незалежний та неупереджений суд.

Вирішення кримінально-процесуального конфлікту у змагальному судочинстві відбувається за певних умов та в певних межах.

Такі умови містяться передусім у змістовних елементах змагальності. «Зміст» у філософії – це певні властивості, характерні риси, які відрізняють явище, предмет від подібних явищ, предметів [1].

На відміну від ст. 129 Конституції України [13], у ст. 16-1 КПК України [6] законодавець визначив певні елементи, без яких, на його думку, неможлива реалізація змагальності у судових стадіях процесу. Розшифрувавши у цих положеннях вагомі риси змагальності, законодавець тим самим надав їм обов'язкового характеру системи, де недотримання однієї з перелічених вимог призведе до дисбалансу всієї системи а, отже, – до виключення самої можливості реалізації змагальності. Відповідно до КПК України, змістовними елементами змагальності є: 1) розмежування функцій (обвинувачення, захисту і вирішення справи); 2) наявність учасників процесу, які виступають як сторони і здійснюють покладені на них функції; 3) непокладання двох і більше функцій на один і той же орган чи на одну і ту саму особу; 4) рівні права сторін у судовому засіданні та свобода у наданні ними доказів, їх дослідженні та

доведенні їх переконливості перед судом; 5) покладення на суд обов'язку, зберігаючи об'єктивність і неупередженість, створювати необхідні умови для виконання сторонами їх процесуальних обов'язків і здійснення наданих їм прав. Можна припустити, що ці елементи складають зміст змагальності не тільки у судовому, а й у досудовому провадженні.

Відповідно до ст. 6 ЄКПЛ, основними характерними рисами змагальності на усіх етапах кримінального провадження є: 1) створення незалежного суду; 2) забезпечення рівності сторін [95, с. 88].

Аналіз теоретичних робіт з кримінального процесу дозволяє дійти висновку, що на сьогодні відсутній єдиний підхід до визначення змісту змагальності. Це передусім пов'язано з тим, що в науці існує певний термінологічний дисбаланс, оскільки сукупність змістовних елементів, які характеризують змагальність, процесуалісти подають і як предмет, і як сутність, і як зміст змагальності.

І.Я. Фойницький ще в 1910 р. визначив три суттєві ознаки змагальності: 1) наявність сторін, що відокремлені від суду та користуються правами участі у справі; 2) рівноправність сторін; 3) звільнення суду від процесуальних функцій сторін [19, с. 63–64]. Ця структура змагальності стала класичною, оскільки, попри значну кількість праць, присвячених її дослідженню, переважна більшість науковців цілком погоджується із запропонованою системою ознак та лише деталізує або розширює перелік вказаних елементів.

М. С. Строгович деталізує останню ознаку, вказуючи, що суд повинен мати активне та самостійне становище щодо сторін [96, с. 149–151]. Окремі вчені (П. А. Лупинська) відстоюють протилежну точку зору, а саме – пасивне становище суду щодо сторін [97, с. 119].

П. С. Елькінд, на відміну від вищезазначених авторів, зміст змагальності вбачає тільки у розмежуванні кримінально-процесуальної діяльності (відповідних правовідносин) на функції [98, с. 52].

Т. М. Добровольська розширює перелік змістовних ознак за рахунок таких елементів, як підтримання цивільного позову та заперечення проти нього [99, с. 136–137].

К. В. Митрофанова та С. А. Тумашов доповнюють зміст змагальності додатково ще таким елементом, як наявність спору або протиріч між сторонами [100, с. 30–45].

М. А. Маркуш включає до складу елементів змагальності свободу оскарження до суду, доступ до правосуддя, процесуальну рівноправність суб'єктів, що здійснюють обвинувачення і захист, та контроль суду [101, с. 32].

О. В. Вишнеvsька у своїй дисертації дійшла висновку, що структурними елементами змагальної діяльності є: сторона обвинувачення та сторона захисту, яким притаманна активність, що направлена на предмет змагальності [102, с. 10]. Цей висновок був також підтриманий О. Г. Яновською, яка у своїй монографії також виокремлює лише два вказані елементи структури принципу змагальності: наявність сторін та їх активність [62, с. 18].

М. М. Полянський як самостійний елемент змісту змагальності виділяє право обвинуваченого на захист [103, с. 103].

М. О. Ноздріна структуру змісту змагальності розширює за рахунок процесуальної діяльності сторін, які відстоюють у справі свій особистий інтерес, користуються рівними процесуальними правами, здійснення яких значно впливає на провадження у кримінальній справі, зокрема: свободою у наданні доказів, їх дослідженні та доведенні їх переконливості перед судом; правом розпоряджатися предметом цивільного позову; можливістю розпоряджатися предметом кримінального процесу (обвинуваченням) та спірним матеріальним правом при провадженні по цивільному позову у кримінальній справі [61, с. 45].

Наведені думки та аналіз національного і міжнародного законодавства щодо змісту змагальності дає підстави стверджувати, що в його структурі доцільно виділяти лише два елементи: 1) процесуальну рівність сторін обвинувачення та захисту; 2) незалежність та неупередженість суду, які відомі ще з давньоримських часів як *nemo iudex in re sua* – ніхто не може бути суддею у своїй власній справі та *audiatur et altera pars* – та буде заслухана супротивна сторона. Ці структурні елементи пронизують усі стадії змагального судочинства. Усі інші ознаки, які виділяються законодавцем та вченими-процесуалістами, поглинаються вищевказаними, окрім розмежування основних процесуальних функцій, що виступає сутністю змагальності.

Так, наприклад, наявність сторін, рівноправність сторін, підтримання цивільного позову та заперечення проти нього, свобода оскарження до суду, право обвинуваченого на захист, свобода у наданні дока-

зів, їх дослідженні та доведенні їх переконливості перед судом – поглинаються такою ознакою як процесуальна рівність сторін.

Такі ознаки, як звільнення суду від процесуальних функцій сторін, активне (пасивне) становище суду стосовно сторін, контроль суду є складовими елементами виділеної нами змістовної ознаки змагальності – незалежність та неупередженість суду.

Наявність спору або протиріч між сторонами, як уже нами було вище зазначено, зумовлюється передбаченою різницею природи і змісту процесуальних функцій, що реалізують учасники кримінального судочинства на досудових стадіях, тобто розмежуванням функцій обвинувачення (кримінального переслідування), захисту і вирішення справи (правосуддя, юстиції), що виступає сутністю змагальності.

Щодо активності сторін, то, на нашу думку, це не є обов'язковою ознакою змагальності, оскільки представників сторін обвинувачення та захисту не можна примусити бути активними, якщо вони цього не бажають. Для забезпечення змагальності між сторонами у досудовому провадженні головним є надання потенційної можливості їхнім представникам змагатися між собою (вирішувати кримінально-процесуальний конфлікт, що виник з приводу кримінально-правового спору) у рівних умовах (процесуальна рівність) та за наявності арбітра (незалежний та неупереджений суд).

Отже, рівність сторін та незалежний і неупереджений суд є саме тими властивостями та характерними рисами, які відрізняють змагальність від інших форм, принципів та методів. При цьому вказані змістовні елементи притаманні змагальності протягом усього кримінального провадження на усіх його стадіях. Вони є своєрідними умовами існування змагальності, оскільки у разі їх суттєвого недотримання вести мову про наявність змагальної форми кримінального судочинства або про дію принципу змагальності чи змагального методу правового регулювання вже буде неможливо.

Повертаючись до тези про те, що будь-який конфлікт вирішується або сторонами самостійно або за допомогою арбітра, на перший погляд може здатися, що при визначенні співвідношення вказаних передумов змагальності визначальним є саме процесуальна рівність сторін, оскільки при її дотриманні сторони завжди зможуть на рівних умовах вирішувати кримінально-процесуальний конфлікт, звертаючись до суду лише у

виняткових випадках – коли самотійно не досягнути результату, який їх обох задовільнить. Але у змагальному процесі окремі кримінально-процесуальні конфлікти між представниками протилежних сторін в обов'язковому порядку вирішуються судом (при обмеженні окремих конституційних прав і свобод представників сторони захисту стороною обвинувачення). У вказаних випадках процесуальний статус сторін не є формально рівним і єдине, що буде забезпечувати та гарантувати справедливе вирішення таких конфліктів, – це наявність незалежного та неупередженого суду.

З наведеного слідує висновок про те, що в окремих випадках про змагальний процес можна вести мову навіть за формальної відсутності однієї із змістовних ознак, оскільки сторони можуть бути процесуально не рівними через існування переваг обвинувачення та переваг захисту, що є притаманним для публічно-змагального процесу, або можуть не звертатися при вирішенні кримінально-процесуального конфлікту до незалежного та неупередженого суду, оскільки будуть спроможні самотійно вирішити існуючий між ними спір. Але, як нами вже зазначалося, для змагального судочинства головним є не примусити сторони змагатися одна з одною, а надати їм потенційну можливість при виявленні у них такого бажання скористатися своїми правами, які будуть фактично рівними з правами представників протилежної сторони, та можливість звернутися до суду, який буде незалежно та неупереджено вирішувати кримінально-процесуальний конфлікт, що виник між ними з приводу кримінально-правового спору, тому процесуальна рівність сторін та наявність незалежного та неупередженого суду є самотійними, але водночас і взаємопов'язаними і взаємозалежними один від одного елементами змагальності, які лише у сукупності складають її зміст.

Розмежування функцій виступає саме сутністю, а не змістовною ознакою змагальності, оскільки її відсутність виключає і рівність сторін, і наявність незалежного і неупередженого суду, бо без розподілу функцій немає і суб'єктів, на яких покладено їх виконання.

Ще у IX столітті розподіл функцій між учасниками судочинства розглядався як критерій відмежування змагальної форми судочинства від розшукової. Аналогічної точки зору дотримувалися у свій час І. Я. Фойницький, М. С. Строгович, В. М. Савицький, О. В. Смирнов, які визначали розмежування основних процесуальних функцій як

punktum punkti змагального процесу [18, с. 27].

Взагалі у процесуальній науці питання щодо поняття кримінально-процесуальних функцій, їх структури, правового змісту окремих елементів, їх системи, співвідношення між собою досі залишаються вельми актуальними та однозначно невизначеними. Не вступаючи у наукову полеміку з цих питань, нами взято за основу визначення процесуальних функцій, що надав В.О. Попелюшко, згідно з яким, це – «закріплені в законі основоположні підсистемні види (частини, компоненти, напрямки) кримінально-процесуальної діяльності, здійснювані різними за процесуальними інтересами суб'єктами (групами суб'єктів) процесу, з метою виконання поставлених перед ними завдань та досягнення визначених законом цілей, як завдань та цілей кримінального судочинства в цілому» [104, с. 67].

У традиційному розумінні, основними процесуальними функціями в змагальному судочинстві, розмежовування яких повинно здійснюватися не тільки у судовому провадженні, а й у досудових стадіях, є: кримінальне переслідування (обвинувачення), захист та правосуддя (вирішення справи, судочинство, юстиційна функція)*, де функція кримінального переслідування передбачає встановлення причетності винної особи до вчинення злочину, функція захисту – спростування причетності особи до злочину та наведення обставин, що заперечують або пом'якшують кримінальну відповідальність, функція правосуддя – вирішення кримінально-процесуальних конфліктів між сторонами, що виникли у досудовому провадженні з приводу кримінально-правового спору.

Під розмежуванням функцій мається на увазі виконання їх самостійними сторонами та судом. Це означає, що у діяльності кожного учасника процесу не повинно бути елементів нехарактерної для нього функції.

Покладення вказаних функцій на одну і ту саму особу чи на один і той самий орган суперечить законам логіки та психології. За такої побудови процесу сторони позбавляються можливості реалізувати свої права, а суд неминуче перетворюється у прибічника однієї із сторін, найчастіше – сторони обвинувачення [55, с. 10].

Предмет змагальності у кримінальному процесі має певні межі. Останні можуть бути як нормативними, так і фактичними [8, с. 38].

* У монографії під основними функціями, що здійснюють учасники процесу у досудовому провадженні, маються на увазі: кримінальне переслідування, захист та правосуддя.

Нормативні межі змагальності врегульовані законодавством (Конституція України, КПК України) та визначають стадію або етап кримінального провадження, протягом якого державні органи і посадові особи, які здійснюють кримінальний процес, повинні забезпечити сторонам (обвинувачення та захисту) рівні можливості для реалізації наданих їм прав при відстоюванні своїх інтересів у межах покладених на них функцій.

Фактичні межі змагальності визначаються стадією або етапом кримінального провадження, протягом якого кримінально-процесуальне законодавство України забезпечує сторонам процесу реальну можливість використання процесуальних засобів захисту своїх інтересів в умовах змагального судочинства.

При дослідженні нормативних та фактичних меж змагальності, на особливу увагу заслуговує визначення початкового моменту реалізації змагальності у кримінальному провадженні, оскільки висновок про те, що досудовим провадженням реалізація змагальності не обмежується, не ставиться під сумнів, а ось єдності думок щодо визначення початкового моменту її реалізації, незважаючи на значну кількість існуючих наукових публікацій, серед вчених так і не досягнуто.

Так, М. С. Строгович [96, с. 153], Т. М. Добровольська [99, с. 135], В. П. Бож'єв [105, с. 4], П. М. Давидов [106, с. 38], А. А. Давлетов [107, с. 16–18], Т. М. Мірошніченко [108, с. 338], А. Л. Ривлін [109, с. 43], М. Л. Якуб [110, с. 159], С. П. Єфімічев, П. С. Єфімічев [111, с. 7], С. Б. Погодін, Р. Тугушев [112, с. 45] та ін. обґрунтовують доцільність реалізації змагальних конструкцій лише в судових стадіях кримінального процесу.

В. О. Руднєв [113, с. 86], А. О. Машовець [49, с. 78], Ю. М. Грошевий [114, с. 695], Ю. П. Янович [115, с. 21], О. М. Дроздов [116, с. 82], М. А. Маркуш [29, с. 64], С. О. Ковальчук [4, с. 16], Л. І. Сокира [117, с. 65], В. І. Шишкін [118, с. 24], А. І. Макаркін [18, с. 83], Є. О. Мірошніченко, В. П. Півненко [119, с. 48], Л. Б. Ісмаїлова [120, с. 12] та ін. звертають увагу на можливість поширення окремих елементів змагальності на стадію досудового розслідування.

Ряд науковців допускають можливість запровадження змагальності також і на стадію порушення кримінальної справи [100, с. 30–45].

Дослідити нормативні межі змагальності в чинному кримінально-процесуальному законодавстві можливо тільки стосовно засади змага-

льності, оскільки в теорії права лише до принципів висувається вимога щодо обов'язковості нормативного закріплення [121, с. 52]. Для форми процесу та методу правового регулювання такої вимоги немає.

Аналіз законодавства щодо визначення меж дії принципу змагальності у кримінальному процесі України дозволив дійти висновку, що на сьогодні у законодавчих актах існує плутанина з цього питання.

Так, законодавець у 1996 році у ст. 129 Конституції України визнав змагальність основною засадою судочинства [13], але не роз'яснив значення терміна «судочинство», тим самим не встановив, на які саме стадії кримінального процесу розповсюджує дію вищевказана засада.

Термін «судочинство» найчастіше використовують у двох юридичних значеннях: у більш широкому – як синонім усього кримінального процесу, що включає не тільки судові, а і досудові стадії, та у вузькому – як провадження у суді [122, с. 45]. Стаття 129 Конституції України розміщена у розділі «Правосуддя», у зв'язку з чим можна припустити, що законодавець мав на увазі виключно судову діяльність, проте прямої заборони на розширення сфери дії засади змагальності на досудове провадження в Конституції України не міститься. Аналізуючи рішення Конституційного Суду України від 23.05.2001 р. № 6-рп/2001 у справі щодо конституційності ст. 248-3 ЦПК України (абзац 4 п. 4.2), де було надано роз'яснення терміна «судочинство», що вживається у ст. 129 Конституції України, як - врегульований нормами КПК України порядок діяльності органів дізнання, попереднього слідства*, прокуратури і суду (судді) щодо порушення, розслідування, розгляду і вирішення кримінальних справ, а також діяльності інших учасників кримінального процесу – підозрюваних, обвинувачених, підсудних, потерпілих, цивільних позивачів і відповідачів, їх представників та інших осіб з метою захисту своїх конституційних прав, свобод та законних інтересів [123], можна зробити висновок про те, що термін «судочинство» розуміється законодавцем саме у широкому значенні – як досудове та судове провадження у кримінальних справах. Відповідно і норму, що викладена у ст. 129 Конституції України, необхідно тлумачити як таку, що розповсюджує дію принципу змагальності не лише на судові, а й на досудові стадії кримінального процесу. Але тоді постає питання: чому ж законодавець не врахував Рішення Конституційного Суду України і в червні 2001 р. в ч.

* За чинним КПК – досудове слідство.

1 ст. 16-1 КПК України дію засади змагальності розповсюдив лише на судові стадії кримінального процесу, тим самим утворивши колізію між КПК України та Основним Законом держави?

Положення ст. 16-1 КПК України щодо реалізації змагальності тільки у судовому провадженні також суперечить практиці ЄСПЛ [124], яка є джерелом права, відповідно до ч. 2 ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» [125], та міжнародним документам (Загальна Декларація прав людини [66], ЄКПЛ [67], Міжнародний пакт про громадянські та політичні права [68]), що ратифіковані Україною і, згідно з ч. 1 ст. 9 Основного Закону, є частиною національного законодавства України, оскільки рішення ЄСПЛ та норми зазначених міжнародно-правових актів розповсюджують дію змагальності, як і Конституція України, на всі стадії кримінального судочинства.

Ця точка зору підтримана і в Концепціях, затверджених Указами Президента України в 2006 р. (розділ IV) [44] та в 2008 році (розділ II) [45], де також йдеться про необхідність розширення змагальних конструкцій на досудові стадії кримінального процесу.

Протириччя з цього питання існують і в проектах КПК України. Так, проект КПК України, що розроблений Нацкомісією (ст.ст. 1, 19) [11] та проект КПК України реєстр. № 9700 від 13.01.2012 р. (ст.ст. 4, 8, 23) [46] розповсюджує змагальність на усі стадії кримінального процесу, в тому числі і на досудові, а проект КПК України реєстр. № 1233 від 13.12.2007р. – лише на судове провадження (ст.ст. 7, 20) [10].

Попри усі ці неузгодження в законодавстві, можна стверджувати, що в Україні змагальність визнана та нормативно регламентована як принцип усього кримінального процесу, оскільки, по-перше, згідно з ч. 3 ст. 8 Основного Закону України, норми Конституції є нормами прямої дії та мають перевагу над нормами галузевого законодавства [13], а, по-друге, відповідно до ч.2 ст.19 Закону України «Про міжнародні договори України», норми міжнародно-правових актів у разі суперечностей мають пріоритет над нормами чинного КПК України [126].

Для дослідження фактичних меж змагальності у досудовому провадженні необхідно спершу встановити початковий момент виникнення кримінально-процесуального конфлікту між сторонами, що виник з приводу кримінально-правового спору, який визначається об'єктивними

(зовнішніми) актами поведінки, що направлені проти іншого учасника (конфліктуючої сторони), за умови, що останній повідомлений про це, або, усвідомлює ці акти як направлені проти нього та має можливість їм протистояти (захищатися від них).

Оскільки у змагальному кримінальному процесі саме обвинувачення є рушійною силою, то і вказані об'єктивні (зовнішні) акти поведінки першого учасника виходять саме від учасників, що здійснюють обвинувачення у вигляді кримінального переслідування особи під час досудового провадження.

Отже, для визнання кримінально-процесуального конфлікту в змагальному судочинстві таким, що розпочався, необхідним є дотримання, як мінімум, трьох умов:

перший учасник свідомо та активно діє проти іншого учасника (здійснення кримінального переслідування);

інший учасник (особа, яку переслідують) повідомлений або усвідомлює, що вказані дії направлені проти його інтересів;

останній має можливість протистояти першому учаснику (захист від кримінального переслідування).

Дослідження перших двох умов тісно пов'язане з визначенням початкового моменту здійснення кримінального переслідування, щодо якого в теорії існують різнобічні погляди вчених.

Так, М. С. Строгович, О. М. Ларін дотримувалися позиції, згідно з якою кримінальне переслідування починається з моменту набуття особою процесуального положення підозрюваного чи обвинуваченого [96, с. 194; 127, с. 99]. Ряд авторів ототожнюють початковий момент кримінального переслідування з порушенням кримінальної справи [128, с. 81; 129, с. 10]. Окремі науковці початок реалізації кримінального переслідування пов'язують з початком проведення першої процесуальної дії, що спрямована на викриття конкретної особи у вчиненні злочину, незалежно від її статусу [130, с. 79; 92, с. 146].

Перераховані позиції науковців не зовсім узгоджуються з практикою ЄСПЛ, а саме з рішеннями у справах *Eckle v Germany* (1982) [131] та *Foti and Others v Italy* (1982) [132], де зазначається, що обвинувачення (кримінальне переслідування) розпочинається з офіційного повідомлення особі (курсив наш. – В. Р.) компетентним органом державної влади про наявність припущення про те, що цією особою вчинене криміналь-

но каране правопорушення та інших заходів, що припускають таку підозру (курсив наш. – В.Р.). Отже, кримінальне переслідування, за практикою ЄСПЛ, не можна вважати розпочатим, доки особа, щодо якої воно здійснюється, не повідомлена про це органами, що його здійснюють, або не усвідомлює їх діяльність як таку, що направлена на її викриття у вчиненні кримінально караного правопорушення.

Повідомлення особі про розпочате проти неї кримінальне переслідування або усвідомлення нею діяльності посадових осіб як такої, що направлена на її викриття у вчиненні злочину, є також обов'язковою умовою для того, щоб визнати кримінально-процесуальний конфлікт у змагальному судочинстві розпочатим.

Діючий КПК України на ранніх етапах провадження у справі (до встановлення формальних підстав для затримання особи, застосування запобіжного заходу чи пред'явлення обвинувачення) не встановлює обов'язку для посадових осіб, які ведуть кримінальний процес, здійснювати інформування особи, що переслідується, про наявність у них припущення, що саме ця особа вчинила злочин, попри те, що вказані учасники на цих етапах судочинства вже мають можливість здійснювати свою обвинувальну діяльність.

Аналіз чинного КПК України дозволяє дійти висновку, що кримінальне переслідування, в умовах, що надають особі, яка переслідується, можливість бути повідомленою або усвідомити, що вказані дії направлені саме проти неї, орган дізнання, слідчий, прокурор здійснюють ще на стадії порушення кримінальної справи. Це відбувається зокрема:

1) на етапі подання заяви, повідомлення та іншої інформації про злочин, оскільки вже в поданому джерелі інформації може міститися інформація про безпосереднє вчинення злочину заявником (явка з повинною), або про вчинення злочину певною особою, яка, на думку заявника чи представника органу дізнання, слідчого, прокурора або суду, його вчинила (заява, повідомлення, рапорт). Так, у 47 % вивчених кримінальних справ у поданих джерелах інформації про вчинений злочин містилися такі дані [Додаток Б];

2) на етапі перевірки заяв, повідомлень та іншої інформації про злочини, під час якого можливе: проведення з метою виявлення слідів злочину й інших речових доказів: ревізій, огляду місця події; накладення арешту на кореспонденцію, зняття інформації з каналів зв'язку, ви-

магання пред'явлення підприємствами, установами, організаціями, посадовими особами і громадянами різних предметів і документів; відібрання пояснення від особи, відповідно до якої у суб'єктів реалізації функції кримінального переслідування є припущення про вчинення нею злочину. У 93 % вивчених кримінальних справ до порушення кримінальної справи були проведені слідчі дії, які в подальшому були використані як докази обвинувачення, в 90 % були відібрані пояснення від осіб, що в подальшому набули статусу підозрюваного чи обвинуваченого [Додаток Б];

3) на етапі вирішення заяв, повідомлень та іншої інформації про злочини, під час якого приймається рішення про порушення кримінальної справи щодо особи, що можна вважати офіційним повідомленням особі компетентним органом державної влади про наявність припущення про те, що цією особою вчинено злочин.

Дії органів кримінального переслідування, що здійснюються до початку кримінального провадження (оперативно-розшукові заходи), або до моменту повідомлення чи усвідомлення особи, що вказані дії направлені проти неї, є латентною (прихованою) стадією розвитку кримінально-процесуального конфлікту у змагальному процесі, а точніше – попередньою стадією, яка включає в себе планування майбутніх процесуальних і слідчих дій та підготовку до них.

Таким чином, усі оперативно-розшукові, слідчі та інші процесуальні дії, що здійснені державними органами і посадовими особами, які ведуть кримінальний процес, до початку кримінального провадження або до моменту повідомлення чи усвідомлення особи, що вказані дії направлені проти неї (навіть ті, що здійснені протягом часу з моменту встановлення особи, що вчинила злочин, до моменту повідомлення їй про це, або хоча б до моменту її усвідомлення, що вона є підозрюваною), перебувають поза межами змагальності. Такі дії слід відносити до латентного кримінально-процесуального конфлікту та, відповідно, до латентного кримінального переслідування.

Третя умова початку кримінально-процесуального конфлікту в змагальному судочинстві – можливість захищатися від дій першого учасника, оскільки реалізація кримінального переслідування у змагальному судочинстві повинна зумовлювати реалізацію захисту.

На стадії порушення кримінальної справи особи, які переслідують-

ся, мають можливість захищатися від кримінального переслідування лише завдяки положенням ст. 63 Конституції України, згідно з якою вони мають право відмовитися надавати пояснення щодо себе, членів своєї сім'ї та своїх близьких родичів [13]. Але ця стаття розповсюджується не тільки на вказану категорію осіб, а й на усіх інших учасників процесу, тому вважати її засобом захисту від переслідування в умовах змагального судочинства було б не зовсім вірно.

Про повноцінний захист можна вести мову лише при регламентованій можливості особи мати захисника, що також гарантується Конституцією України, а саме – статтею 59 [13], та реальній можливості звернутися до захисника та запросити його для участі у справі у разі виникнення в особи такого бажання.

Відповідно до ст. 44 КПК України захисник до участі у справі допускається в будь-якій стадії процесу. Але в цій же статті зазначається, що захист здійснюється захисником прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, а також свідка, відповідно до змін, внесених у 2010 році до КПК України [6]. Отже, на стадії порушення кримінальної справи діючий КПК України не передбачає допуску захисника взагалі, а на стадії досудового розслідування – лише з моменту оголошення протоколу затримання особи, затриманій за підозрою у вчиненні злочину або оголошення постанови про застосування запобіжного заходу до винесення постанови про притягнення як обвинуваченого або виклику свідка для допиту.

Попри існуючі у КПК України обмеження щодо участі захисника на досудовому провадженні, Конституційний Суд України у своєму Рішенні № 23-рп/2009 від 30.09.2009 передбачив можливість кожній особі отримувати правову (юридичну) допомогу від обраної за власним бажанням особи у статусі адвоката, навіть при наданні пояснень у державних органах [72], тобто вже на стадії порушення кримінальної справи.

Та законодавець чомусь проігнорував цю норму і, вносячи зміни до КПК України у липні 2010 р., право на захист передбачив лише для свідків [73], тим самим поставив у залежність набуття права на захист від статусу особи та характеру її правовідносин з іншими суб'єктами права. Це, у свою чергу, призвело до того, що на стадії порушення кримінальної справи посадові особи, які ведуть процес, посилаючись на КПК України, ускладнюють доступ до участі у справі захисникам осіб, щодо

яких здійснюється кримінальне переслідування (72 % опитаних респондентів підтвердили існування перепон щодо допуску захисника на стадії порушення кримінальної справи [Додаток А], а в 139 справах (42 %), де брав участь захисник – у 56 (40 %) він був допущений після складання протоколу затримання особи, в 54 (39 %) – після обрання запобіжного заходу, в 29 (21 %) – після винесення постанови про притягнення як обвинуваченого, і в жодній справі (0 %) – раніше [Додаток Б].

Для виправлення ситуації, що склалася, та для розширення змагальних засад на досудових стадіях кримінального процесу, необхідно привести КПК України у відповідність до вищезазначеного Рішення Конституційного Суду України і передбачити не тільки нормативне закріплення права особи, яка переслідується, на захист, незалежно від її статусу, але й механізм реалізації такого права.

Так, слід зобов'язати орган дізнання, слідчого, прокурора при виявленні бажання в особи скористатися правом на захист від кримінального переслідування, роз'яснювати їй, що для забезпечення такого права та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура (ч. 2 ст. 59 Конституції України [13]), ст.1 Закону України «Про адвокатуру» [133]). За аналогією з положенням ч. 6 ст. 47 КПК України встановити термін у 24 години, протягом якого особа може вільно обрати собі адвоката, та зазначити, що цей час повинен обчислюватися, відповідно до ст. 89 КПК України, з моменту роз'яснення даного права. Також у КПК України слід регламентувати положення, згідно з яким нез'явлення особи з адвокатом протягом зазначеного строку до посадових осіб, які ведуть процес, не перешкоджає останнім проводити процесуальні та слідчі дії без участі адвоката. У такому випадку під час проведення додаткових процесуальних та слідчих дій за її участю особа не повинна бути позбавлена права на захист. Вказаний строк на реалізацію права на правову допомогу не повинен продовжуватися і надаватися повторно. Якщо після проведення процесуальних та слідчих дій без участі адвоката особа подасть клопотання про проведення повторно таких дій за участю адвоката, необхідно передбачити положення про те, що слідчий вправі відмовити у задоволенні клопотань, бо невикористання особою права на захист не може розцінюватись як порушення останнього.

На стадії досудового розслідування змагальність реалізовується

фрагментарно з моменту появи захисника у справі. Як вже зазначалося, це відбувається з моменту оголошення протоколу затримання особи, затриманій за підозрою у вчиненні злочину, або оголошення постанови про застосування запобіжного заходу до винесення постанови про притягнення як обвинуваченого або виклику свідка для допиту. До цього моменту захисник не може бути допущений до участі у справі попри те, що обвинувачення (кримінальне переслідування) особи може здійснюватися ще на стадії порушення кримінальної справи. Сторони захисту та обвинувачення за своїм положенням не є рівними у процесі збирання, подання та оцінки доказів у досудовому провадженні. Існує суміщення функцій. Так, на сторону обвинувачення покладено обов'язок вживати всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи, виявляти, як ті обставини, що пом'якшують відповідальність, так і ті, що її обтяжують (ст. 22 КПК України).

Про повну незалежність та неупередженість суду на цьому етапі судочинства говорити ще зарано. Так, відповідно до ст. ст. 4, 27, 246, 374, 396 КПК України, він має право порушувати кримінальні справи, доручати проводити певні слідчі дії та направляти справу на додаткове розслідування, що, у свою чергу є проявом функції обвинувачення. Суд бере участь при вирішенні обмеженого кола питань: при оскарженні до суду дій та рішень органу дізнання, слідчого та прокурора (ст.ст. 52-5, 106, 236-2, 236-6, 236-8, 468 КПК України) та при вирішенні питань про проведення процесуальних дій, які обмежують конституційні права людини (ст.ст. 7-3, 61-1, 126, 165-2, 165-3, 177, 178, 187, 187-1, 190, 205, 218, 462, 463 КПК України).

На стадії порушення державного обвинувачення відсутні прояви змагальності, оскільки сторона обвинувачення в особі прокурора продовжує здійснювати дії з переслідування особи, а участь сторони захисту зовсім не забезпечена, навіть при прийнятті тих рішень, які мають істотне значення для неї (обрання, скасування чи зміна раніше обраного запобіжного заходу, зміна або винесення нової постанови про звільнення від кримінальної відповідальності та ін.).

Отже, говорячи про фактичні межі змагальності, можна зазначити, що вона на досудовому провадженні реалізується на стадії порушення кримінальної справи лише за умови допуску захисника до участі на цьому етапі судочинства і то не на підставі КПК України, а ст. 59 Конституції України та вищезазначеного рішення Конституційного Суду

України. На стадії досудового розслідування її реалізація обмежена, оскільки тут ще не в повній мірі проявляються змістовні ознаки змагальності: процесуальна рівність сторін та незалежність і неупередженість суду, а на стадії порушення державного обвинувачення змагальність взагалі не реалізовується. Це, у свою чергу, свідчить про неспівпадання фактичних та нормативних меж змагальності. Фактичні межі є вужчими за нормативні.

Для виправлення вказаних прогалин, необхідно не тільки нормативно закріпити межі змагальності протягом усього судочинства, а й детально регламентувати механізм реалізації змагальності з моменту подання заяви, повідомлення та іншої інформації про злочин, аж до прийняття рішення в суді. З цією пропозицією також погоджуються 94 % опитаних практичних працівників, які на питання про те, чи доцільно розширити засаду змагальності у досудових стадіях, відповіли «так» [Додаток А]. Проект КПК України, розроблений Нацкомісією [11], та проект КПК України реєстр. № 9700 від 13.01.2012 р. [46] усувають вищезазначені недоліки. Так, відповідно до зазначених проектів, кримінальне провадження (досудове та судове) здійснюється на засадах змагальності, сторони обвинувачення та захисту мають можливість реалізовувати свої кримінально-процесуальні функції вже на досудових стадіях, тим самим забезпечуючи вимоги Конституції України, міжнародно-правових документів та Концепцій, затверджених Указами Президента України в 2006 р. та в 2008 р. щодо розповсюдження змагальних засад на усі стадії кримінального процесу.

Наступний чинник, що доцільно з'ясувати при дослідженні сутності змагальності у досудовому провадженні, є її функціональне призначення на цьому етапі кримінального судочинства.

Найбільш ґрунтовно функції змагальності у кримінальному процесі були досліджені Л. М. Лобойком у його докторській дисертації «Методи правового регулювання у кримінальному процесі» [78], але вчений розглядав функціональне призначення змагальності лише в одному з її проявів, а саме – як методу правового регулювання, та не розмежовував функції на ті, що виконує змагальність під час досудового та під час судового провадження. На його думку, основною функцією змагального методу є запровадження у кримінальний процес положень принципу змагальності. Дана функція, «розпадається» на ряд допоміжних, через

які вона конкретизується у процесі, а саме: 1) приведення через змагальний метод надмірної активності сторін у «нормативну» активність у відстоюванні своїх інтересів; 2) врівноважування прав і можливостей сторін в їх реалізації у ситуаціях, коли одна сторона створює для себе вигідні умови для змагання, а іншу, навпаки, ставить у невідповідні для неї умови; 3) правова інтеграція цілей і завдань сторін, що беруть участь у кримінальній справі, в мету і завдання кримінального процесу, 4) функція обмеження повноважень сторін [78, с. 299–302].

Ми погоджуємося з таким висновком вченого та вважаємо що зазначені функції є універсальними для змагальності у всіх її проявах як у судових, так і у досудових стадіях процесу.

Розглянемо їх детально, але з урахуванням особливостей кожної із них у досудовому провадженні.

Приведення надмірної активності представників сторін обвинувачення (органи досудового розслідування) та захисту (особи, які переслідуються та їх захисники) в «нормативну» активність у відстоюванні своїх інтересів. Вказана функція є притаманною для публічно-позовної змагальності, оскільки вказана форма процесу наділяє представників сторони обвинувачення, які ведуть процес, повноваженнями на виконання імперативних приписів норм права щодо вжиття всіх необхідних заходів, кінцевою метою яких є викриття винних (проведення слідчих, процесуальних та оперативно-розшукових дій). На відміну від цього, представники сторони захисту не зобов'язані законом вживати всіх заходів до захисту. Необхідність застосування обмеження надмірної активності сторони захисту виникає тільки тоді, коли вона таку активність проявляє (наприклад, заявлення клопотань та відводів, оскарження рішень сторони обвинувачення тощо). У тому випадку, коли така активність стає надмірною, змагальність забезпечує таке правове становище сторін, за якого жодна із них не може здійснити надмірний вплив на іншу, минаючи суд (проведення слідчих дій та застосування примусових заходів, які обмежують конституційні права людини: ст.ст. 7-3, 61-1, 126, 165-2, 165-3, 177, 178, 187, 187-1, 190, 205, 218, 462, 463 КПК України, або при оскарженні до суду дій та рішень органу дізнання, слідчого та прокурора: ст.ст. 52-5, 106, 236-2, 236-6, 236-8, 468 КПК України).

Врівноважування прав і можливостей представників сторін обвинувачення та захисту в їх реалізації тоді, коли одна сторона створює у досудових стадіях для себе вигідні умови для змагання, а іншу, навпаки,

ставити у невідповідні для неї умови - це функція змагальності, яка є властивою для неї у досудовому провадженні для врегулювання ситуацій, коли вигідні умови створюються тією чи іншою стороною як незаконно, так і в межах закону. У першому випадку за допомогою змагальності регламентуються відносини суду з представниками сторін, які, перевищивши свої права, порушили правила змагальності. У другому – змагальність застосовується з метою попередження таких порушень.

Правова інтеграція цілей і завдань представників сторін обвинувачення і захисту у досудових стадіях у мету і завдання кримінального процесу. Змагальність дозволяє на законодавчому рівні інтегрувати різні цілі сторони обвинувачення та захисту в єдину мету кримінального процесу. Як уже нами зазначалося, метою діяльності сторони обвинувачення у досудовому провадженні є встановлення причетності особи до вчинення злочину, а метою сторони захисту – спростування цієї причетності. Але у своїй сукупності у змагальному процесі сторони, прагнучи до їх досягнення, сприяють досягненню єдиної мети кримінального судочинства. Але мета кримінального процесу не є абсолютною та незмінною. Вона змінювалася у різні часи під впливом багатьох чинників, тому не є дивним, що науковці, говорячи про вказану функцію змагальності, у той чи інший час зазначали, що вона сприяє різним цілям судочинства.

Так, Т.М. Добровольська, писала, що змагальність слугує суттєвою гарантією проти односторонності та суб'єктивізму при розгляді справи та досягненні істини у кожній справі. На її думку, змагальність допомагає суду правильно розглянути матеріали справи та винести законний та обґрунтований вирок, що є суттєвою умовою, котра забезпечує виховний вплив суду, укріплення його авторитету та віри населення у справедливість та правосудність судових рішень [99, с. 138–139].

На думку М. С. Строговича, змагальність допомагає визначити положення суб'єктів процесу, їх права та обов'язки, їх взаїмовідносини один з одним, а найголовніше її призначення – забезпечити досягнення матеріальної істини у кожній справі [20, с. 103, 109].

П. С. Елькінд функціональне призначення змагальності вбачала у забезпеченні допомоги суду щодо пізнання істини, що є результатом ретельного аналізу – співставлення та протиставлення матеріалів обвинувачення та захисту, доводів «за» та «проти» [98, с. 53]. Змагаль-

ність, на її думку, є гарантією повного, всебічного й об'єктивного дослідження обставин кримінальної справи, засудження тільки винуватих і тільки в міру їхньої дійсної провини, виправдання і повної реабілітації невинуватих осіб, важливою гарантією законності, обґрунтованості та справедливості судової репресії [134, с. 1].

Сьогодні, коли мова все частіше йде про встановлення публічно-змагального процесу, відповідно і мета судочинства, досягненню якої сприяє встановлення такого різновиду процесу, полягає не у забезпеченні встановлення істини у справі як у публічно-позовному різновиді змагальності, а у врегулюванні кримінально-правового конфлікту між сторонами.

Оскільки для досягнення цілей завжди треба виконати певні завдання, то в контексті аналізованих проблем доцільно вести мову також про інтеграцію завдань сторін, що в кінцевому рахунку виливається в сукупність завдань кримінального процесу.

Обмеження повноважень сторін у досудовому провадженні. Здійснення кримінально-процесуальної діяльності під керівним началом суду означає, що сторони обвинувачення і захисту не змогли самостійно вирішити кримінально-процесуальний конфлікт, що виник з приводу кримінально-правового спору, у досудовому провадженні поза судом. Останні змушені миритися із делегуванням повноважень суду, бо вирішити на основі права конфлікт, що виник між ними, поза судовою діяльністю вони не змогли [78, с. 299–302].

Розділ 2

ПЕРЕДУМОВИ ЗМАГАЛЬНОСТІ У ДОСУДОВОМУ ПРОВАДЖЕННІ

2.1. Рівність сторін як передумова змагальності у досудовому провадженні

Питання щодо співвідношення змагальності та рівності сторін завжди мало дискусійний характер. Це пов'язано передусім з тим, що і в Конституції України (ст.ст. 24, 129) [13], і в КПК України (ст.ст. 16, 16-1, 261) [6] ці положення закріплені як окремі принципи, але в той же час, у ст. 16-1 КПК України законодавець рівність прав та свободу у наданні доказів, їх дослідженні та доведенні їх переконливості перед судом визначив як один з елементів засади змагальності [6], що, у свою чергу, призвело до неоднозначного розуміння взаємозв'язку вказаних явищ серед науковців.

О. Величко, розглядаючи співвідношення вказаних принципів, визначив, що принцип змагальності є похідним від процесуальної рівності і рівноправності сторін та є лише відображенням, трансформацією його правової природи щодо процесуального статусу сторін та однакових способів досягнення ними своєї процесуальної мети [135]. Схожої точки зору дотримується і Л. Б. Ісмаїлова, яка вважає змагальність однією з передумов рівності сторін [136, с. 17].

Вказані погляди були сприйняті не усіма науковцями. Так, окремі з них наполягають на тому, що зазначені принципи є самостійними, оскільки виконують різні функції: рівноправність сторін – регулятивну статичну, а змагальність – регулятивну динамічну [137, с. 124].

В. З. Лукашевич та А. Б. Чичканов вважають, що рівність сторін виступає змістовним елементом змагальності, але не протягом всього процесу, а лише перед судом, оскільки, на їх думку, тільки при пред'явленні доказів та відстоюванні своєї позиції важливо бути рівним зі своїм супротивником [138, с. 103].

Ми також виступаємо прихильниками позиції, що рівність сторін є

невід'ємним та обов'язковим елементом змагальності, але вважаємо, що ця рівність повинна забезпечувати справедливий баланс між сторонами процесу протягом усього кримінального провадження, оскільки діяльність сторін не може зводитися лише до пред'явлення доказів та відстоювання своєї позиції в суді, бо в цьому разі вона виступає лише методом перевірки доказів у суді першої інстанції. Рівність сторін повинна забезпечуватися і без участі суду, але за умови обов'язкової законодавчої регламентації можливості сторін звернутися до нього у разі порушення рівноваги між ними. Це, у свою чергу, буде стимулювати учасників, а особливо тих, які ведуть процес, діяти в рамках закону, сумлінно виконувати свої обов'язки та не порушувати права інших учасників процесу.

А. Тушев дотримується іншої точки зору, та вважає, що рівність сторін не є обов'язковою передумовою змагальності, оскільки навіть у нерівних умовах сторони мають можливість змагатися [139, с. 35]. Ця позиція науковця має сенс лише якщо нерівні умови спричинені «позитивною нерівністю» суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності та направлені не на встановлення формальної рівності прав, а на встановлення рівності фактичних можливостей щодо задоволення специфічних інтересів різних учасників процесу [140, с. 88], оскільки для запровадження змагального судочинства проголошення лише формальної рівності прав сторін недостатньо. На нашу думку, нерівність може бути незначною, тобто такою, яка несуттєво впливає на реалізацію змагальності у цілому. Така думка має місце, оскільки ми не є прибічниками позиції науковців, які гіпертрофовано ідеалізують змагальність [107, с. 17], бо, як вірно зазначає О. В. Смірнов, змагальний процес це – продукт ідеальної типології, що відіграє роль еталона [14, с. 154], отже логічно припустити, що ідеальної рівності у реальному світі досягти просто неможливо. Тому не слід занадто захоплюватися формальною рівністю сторін у змагальному судочинстві та намагатися довести її до абсолютної, як це відбувається, наприклад, у Сполучених Штатах Америки, де представники обвинувачення сидять за таким же столом і на такому ж узвишші, що і представники захисту, та і одягнені вони в такий же звичайний одяг, що і захисники, оскільки вважається, що це має суттєве значення для забезпечення рівності сторін [141]. Така захопленість встановленням рівних правил судочинства нівелює саму ідею змагальності.

Плюралізм розумінь співвідношення вказаних явищ, на нашу думку, пов'язаний також з неоднозначним розумінням рівності сторін у теорії кримінального процесу та у кримінально-процесуальному законодавстві.

Так, вчені-процесуалісти рівність сторін визначають як: 1) рівність процесуальних прав сторін для відстоювання власних тверджень і заперечення доводів протилежної сторони [142, с. 28–29]; 2) рівність процесуальних засобів, за допомогою яких сторони відстоюють свої твердження та вимоги й оспорюють твердження та вимоги протилежної сторони [96, с. 150]; 3) рівність процесуальних можливостей сторін для відстоювання своїх прав та інтересів [143, с. 81].

Рівність сторін поділяють на формальну та фактичну. Формальна рівність полягає у наданні сторонам рівних процесуальних прав, а фактична – у створенні та забезпеченні сторонам рівних процесуальних можливостей для реалізації процесуальних прав і наданні їм з цією метою рівних процесуальних засобів [4, с. 22].

У кримінально-процесуальному законодавстві України рівність сторін розуміється як рівність прав та свобод у наданні доказів, їх дослідженні та доведенні їх переконливості перед судом (ст. 16-1 КПК України) [6].

В ЄКПЛ про рівність сторін йдеться в п. «d» ч. 3 ст. 6, де зазначено, що між стороною обвинувачення та захисту встановлюється повна рівновага щодо виклику та допиту осіб, на що зокрема вказують слова «на тих же умовах» [67].

ЄСПЛ розтлумачив рівність сторін як вимогу надання кожній із них відповідних можливостей доведення своїх переконань, включаючи докази, на умовах, що не зображують сторону в більш невігідному становищі, ніж опонента [144]. Окрім цього, ЄСПЛ не просто задекларував рівність сторін у кримінальному судочинстві, як це зробив законодавець у КПК України, а і в окремих своїх рішеннях визначив яким чином вона повинна забезпечуватись, а саме шляхом: дотримання конкретних вимог щодо процесуальної процедури, встановлених у п.п. 1, 3 ст. 6 ЄКПЛ [95]; виключення випадків, коли одна сторона знаходиться в більш невігідних умовах, аніж інша [145]; обов'язкової присутності адекватних процесуальних гарантій, що враховують характер справи та включають в себе, за необхідності, адекватну можливість подання доказів, запереч-

чення доказів супротивної сторони та подання аргументів з питань, що розглядаються [146]; неприпустимості надання додаткових можливостей супротивній стороні для подання своєї точки зору за відсутності іншої сторони [147]; однакового ставлення до свідків захисту та до свідків обвинувачення протягом усього кримінального судочинства [148]; надання можливості сторонам при ознайомленні з матеріалами справи отримати копії необхідних документів, зробити їх конспект або використати їх у процесі судового розгляду [149]; забезпечення рівного доступу до матеріалів справи [150] тощо.

Дійсно, регламентація у кримінально-процесуальному законодавстві рівності прав сторін обвинувачення та захисту ще не забезпечує її, оскільки будь-яке явище, для того щоб воно було ефективно реалізоване, повинно підтримуватися так званими «чинниками об'єктивного порядку» або «умовами надійності» [151, с. 160], тобто відповідними гарантіями. Останні свого часу були предметом дослідження у працях таких процесуалістів, як В. М. Горшенєв [151, с. 160], В. М. Трофименко [152, с. 4, 8], Л. М. Лобойко [78, с. 50] та інші.

Узявши за основу системи гарантій, що розроблені цими вченими, проаналізувавши думки практичних працівників [Додаток А] та виходячи з тих положень щодо рівності сторін, що наразі панують серед науковців та у законодавчих актах, можна визначити такі гарантії рівності сторін у досудовому провадженні: 1) нормативне розмежування сторін та визначення учасників, які здійснюють функції обвинувачення і захисту; 2) законодавче закріплення рівності сторін; 3) чітко встановлений правовий статус учасників кримінального процесу, котрі виступають як сторони; 4) регламентація у кримінально-процесуальному законодавстві рівних процесуальних прав у представників сторін та надання їм рівних процесуальних можливостей для реалізації прав; 5) наявність у спеціально уповноважених органів держави обов'язку здійснювати контроль або нагляд за дотриманням рівності сторін; 6) обґрунтування рішень, що обмежують рівність сторін; 7) встановлення відповідальності за суттєве порушення рівності сторін.

З метою дослідити реальний стан дотримання рівності сторін у досудових стадіях кримінального процесу України нами було проанкетовано 364 респонденти, 64,6 % опитаних (235 осіб) вказали на те, що у досудовому провадженні права представників сторін обвинувачення і

захисту та можливості щодо реалізації цих прав вказаними учасниками є нерівними [Додаток А]. Це є свідченням того, що запобіжники, якими виступають вказані кримінально-процесуальні гарантії, не спрацьовують. Однією з підстав такого стану речей є існування в КПК України певних прогалин, що перешкоджають у повному обсязі забезпечити рівність сторін у досудових стадіях кримінального процесу і тим самим обмежують реалізацію змагальності на цьому етапі провадження. До числа таких прогалин, належать:

1. У кримінально-процесуальному законодавстві досі не розмежовано сторони у досудовому провадженні. Для ефективної реалізації засади змагальності, одного лише закріплення переліку учасників процесу є недостатнім. Для цього необхідно нормативно розмежувати сторони та визначити чіткий перелік учасників, які здійснюють функції обвинувачення та захисту. На сьогодні у ст. 16-1 КПК України законодавець конкретизував лише суб'єктів, які здійснюють функції обвинувачення та захисту у судовому засіданні [6], але ж і на досудових стадіях кримінального процесу учасники кримінально-процесуальної діяльності виконують зазначені функції.

На відміну від чинного законодавства, проекти КПК України усувають вказану прогалину та розмежовують сторони протягом усього процесу, але склад учасників, на яких покладено виконання функцій обвинувачення та захисту, зазначають різний.

Так, розробники проекту КПК України реєстр. № 1233 від 13 грудня 2007 р. до сторони обвинувачення на досудових стадіях кримінального процесу відносять: прокурора, потерпілого та його представника, цивільного позивача та його представника, а до сторони захисту: підозрюваного, обвинуваченого, особу, стосовно якої вирішується питання про застосування примусових заходів виховного або медичного характеру, особу, стосовно якої проводилася попередня перевірка чи закрито провадження у кримінальній справі, їхніх захисників та законних представників, цивільного відповідача та його представника (п. 48 ст. 6). Органи досудового розслідування за вказаним проектом не належать до жодної із сторін [10].

Дещо інакше розмежував учасників, які здійснюють вищезазначені функції на досудовому провадженні, проект КПК України, розроблений Нацкомісією. Згідно з ним, до сторони обвинувачення належать: проку-

пор, орган досудового розслідування, керівник органу досудового розслідування та слідчий органу досудового розслідування (ст.ст. 33, 36–38), до сторони захисту: підозрюваний, обвинувачений та його захисник (ст. ст. 39, 41). Потерпілому (ст. 51), уповноваженому представникові (ст. 54) та законному представникові (ст. 55) розробники проекту надали окремий статус та не віднесли їх до жодної із сторін [11].

КПК України реєстр. № 9700 від 13.01.2012 р. до сторони обвинувачення відносить: слідчого, керівника органу досудового розслідування, прокурора, а також потерпілого та його представника в окремих випадках. До сторони захисту, відповідно до зазначеного проекту, належать: підозрюваний, обвинувачений (підсудний), засуджений, виправданий, особа, до якої передбачається застосування примусових заходів виховного чи медичного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, їхні захисники та законні представники. Таких учасників, як цивільний позивач, цивільний відповідач та їхні представники у вказаному проекті КПК взагалі немає [46].

Видається за доцільне погодитися з позицією розробників вказаних проектів і з урахуванням її внести зміни до кримінально-процесуального законодавства шляхом викладення у такій редакції: «Сторона обвинувачення – прокурор, слідчий, начальник слідчого відділу, особа, яка провадить дізнання, потерпілий та його представник, цивільний позивач та його представник; сторона захисту – особа, щодо якої здійснюється кримінальне переслідування, підозрюваний, обвинувачений, підсудний, засуджений, виправданий, їхні захисники та законні представники, цивільний відповідач та його представник».

2. Законодавче закріплення рівності сторін лише у судових стадіях (ст. 129 Конституції України [13], ст.ст. 16, 16-1, 261 КПК України [6]). Міжнародні джерела права, які закріплюють європейські стандарти дотримання прав людини (ЄКПЛ, рішення ЄСПЛ), рівність сторін обвинувачення та захисту не обмежують рамками судового провадження. Погляди розробників проектів КПК України з цього питання теж різняться: якщо проект КПК України реєстр. № 1233 від 13 грудня 2007 р. розповсюджує рівність сторін тільки на стадію судового розгляду (ст.ст. 7,9) [10], то проект, розроблений Нацкомісією (ст. 18) [11], та КПК України реєстр. № 9700 від 13.01.2012 р. (ст. ст. 8, 11, 23) [46] – на усі стадії процесу.

Позиція вітчизняного законодавця [6] та розробників проекту КПК України реєстр. № 1233 від 13 грудня 2007 р. [10] розповсюдити рівність сторін тільки на судовий етап судочинства суперечить не тільки вказаним міжнародним джерелам права, думці практичних працівників, 50,8 % яких на питання: «Чи повинні бути рівними права та можливості їх реалізації у сторін захисту та обвинувачення на досудовому провадженні?» відповіли – «так» [Додаток А], але і логіці, адже змагання (в суді) апріорі ніколи не буде рівним за визначально нерівних стартових можливостей учасників (представників сторін), оскільки слабший (у кого було менше прав і можливостей їх реалізувати на досудовому провадженні) завжди приречений на програш.

3. У КПК України окремі учасники процесу, попри виконання ними функцій обвинувачення та захисту на досудовому провадженні, не мають статусу, визначеного законодавцем (заявник, особа, щодо якої порушено кримінальну справу та не застосовано запобіжний захід та ін.), отже не мають і регламентованих процесуальних прав та обов'язків [6]. Це свідчить про те, що законодавець поставив у залежність набуття прав учасників процесу від «отримання» ними відповідного процесуального статусу. З метою виправлення ситуації, що склалася, необхідно з'ясувати до яких учасників процесу можна віднести вказаних осіб, а при неможливості – передбачити в КПК України самостійні норми, в яких регламентувати їхні права та обов'язки.

Частково ці прогалини усунуті в існуючих проектах КПК України. Так, особа, щодо якої порушено кримінальну справу за проектом КПК України реєстр. № 1233 від 13 грудня 2007р. вважається підозрюваною (ст. 44) [10], а за проектом КПК України, що розроблений Нацкомісією, – взагалі заборонено порушувати кримінальну справу проти конкретної особи [46]. Нами запропоновано дещо інший варіант вирішення вказаної проблеми, а саме: ввести до переліку учасників кримінального судочинства особу, щодо якої здійснюється кримінальне переслідування. Запровадження у законодавстві цього учасника є вкрай необхідним, оскільки до поняття «особа, щодо якої здійснюється кримінальне переслідування», ми пропонуємо включити усіх осіб, щодо яких до формального набуття статусу підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного, органом дізнання, слідчим, начальником слідчого відділу, прокурором здійснюється процесуальна діяльність, спрямована на здобуття доказів,

які підтверджують їх причетність до вчинення злочину, або осіб, у яких є підстави вважати, що у вищезазначених посадових осіб є припущення про їх причетність до вчиненого злочину. Наразі вказані особи позбавлені можливості захищатися від кримінального переслідування встановленими законами засобами, тобто здійснювати змагальну діяльність з представниками сторони обвинувачення, саме через те, що не мають статусу, визначеного законом.

Права та обов'язки такого учасника як заявник регламентовані у ст. 57 проекту КПК України, що розроблений Нацкомісією, та у ст. 64 КПК України реєстр. № 9700 від 13.01.2012 р. [11; 46].

Окрім цього, в чинному КПК України не чітко виписані повноваження представників сторони обвинувачення, які ведуть процес. Їхні права та обов'язки в переважній більшості регулюються окремими законами або відомчими наказами, що не сприяє можливості ознайомлення інших суб'єктів кримінального судочинства з обов'язками цих посадових осіб. Розробники трьох проектів КПК України виправили вказане становище та більш широко регламентували права та обов'язки вказаних посадових осіб (глави 4 – 6 проекту КПК України реєстр. № 1233 від 13 грудня 2007 р. [10], глава 2 проекту КПК України, що розроблений Нацкомісією [11], параграф 2 глави 3 КПК України реєстр. № 9700 від 13.01.2012 р. [46]).

4. Порівняльний аналіз прав представників сторін обвинувачення та захисту на досудовому провадженні дозволяє дійти висновку, що за чинним КПК України рівність прав між представниками сторін обвинувачення та захисту на досудовому провадженні відсутня, оскільки обвинувачений (підозрюваний, правопорушник) та його захисник наділені більшим обсягом прав, аніж потерпілий і його представник та майже безправні в порівнянні з повноваженнями органів, які ведуть процес.

Так, відповідно до Конституції України та чинного КПК України обвинувачений наділений, окрім прав, які є у потерпілого, згідно зі ст.ст. 49, 217 КПК України, ще рядом прав, встановлених статтями, що регламентують права обвинуваченого (ст. 62 Конституції України, ст.ст. 6, 7, 7-1, 43, 43-1, 46, 47, 106, 142, 145, 165-2, 197, 205 КПК України) або впливають зі змісту статей, що регламентують обов'язки посадових осіб, які ведуть кримінальний процес (ст.ст. 19, 45, 119, 141, 232, 429 КПК України) [6; 13]. У контексті теми нашого дослідження усі ці права

можна умовно поділити на дві групи: 1) «favor defensionis» (виняткові права захисту або «переваги захисту»); 2) інші права.

До першої групи належать такі права обвинуваченого: знати в чому він обвинувачується (підозрюється) (ст.ст. 43, 43-1, 142 КПК України); відмовитися давати показання і відповідати на запитання (ст. ст. 43, 43-1, 142 КПК України); давати неправдиві показання; на поводження з ним як з невинним у вчиненні злочину, відповідно до принципу презумпції невинуватості (ст. 62 Конституції України); на тлумачення усіх сумнівів щодо доведеності вини на його користь (ст. 62 Конституції України); не доводити свою невинуватість у вчиненні злочину (ст. 62 Конституції України); вимагати перевірки затримання (ст. 43-1 КПК України); подавати апеляцію на постанови судді про: затримання (ст. 106 КПК України), обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту (ст. 165-2 КПК України) та направлення обвинуваченого на стаціонарну експертизу (ст. 205 КПК України) [6; 13].

До другої групи, належать усі інші права обвинуваченого, а саме: права, що пов'язані з реалізацією права на захист (ст.ст. 43, 43-1, 45, 46, 47, 142 КПК України), та права, які йому надаються при проведенні слідчих та процесуальних дій (ст.ст. 6 п. 4, 7, 7-1, 19, 119, 141, 142, 145, 197, 232, 429 КПК України) [6].

Порівняльний аналіз прав представника потерпілого та захисника обвинуваченого дозволяє також зробити висновок про диспропорцію обсягу прав вищевказаних учасників, оскільки представник потерпілого позбавлений за чинним КПК України ряду прав, які має захисник обвинуваченого. Усі ці права, як і при попередньому аналізі, ми вважаємо за доцільне поділити на дві групи: 1) «favor defensionis»; 2) інші права.

До першої групи належать такі права захисника обвинуваченого: ознайомлюватися з матеріалами, якими обґрунтовується затримання підозрюваного чи обрання запобіжного заходу або пред'явлення обвинувачення (ст. 48 КПК України); подавати апеляцію на постанови судді про затримання (ст. 106 КПК України) та про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту (ст. 165-2 КПК України); брати участь та висловлювати свою думку при вирішенні судом питання про усунення захисника від участі у справі (ст. 61-1 КПК України); збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази у справі, в тому числі запитувати і одержувати документи чи їх копії від громадян та юри-

дичних осіб, знайомитися на підприємствах, в установах, організаціях, об'єднаннях громадян з необхідними документами, крім тих, таємниця яких охороняється законом, одержувати письмові висновки фахівців з питань, що вимагають спеціальних знань, опитувати громадян (ст. 48 КПК України) [6].

До другої групи належать такі права захисника: бути присутнім на допитах підозрюваного, обвинуваченого та при виконанні інших слідчих дій, виконуваних з їх участю або за їх клопотанням чи клопотанням самого захисника, а при виконанні інших слідчих дій – з дозволу дізнавача, слідчого (ст. 48 КПК України); до першого допиту підозрюваного чи обвинуваченого мати з ним конфіденційне побачення, а після першого допиту – такі ж побачення без обмеження їх кількості та тривалості (ст. 48 КПК України); застосовувати науково-технічні засоби при провадженні тих слідчих дій, в яких бере участь захисник, а також при ознайомленні з матеріалами справи – з дозволу особи, яка провадить дізнання, чи слідчого (ст. 48 КПК України); знати про принесені у справі подання прокурора, апеляції, подавати на них заперечення (ст. 48 КПК України); при провадженні додаткових слідчих дій через слідчого задавати питання свідкові, потерпілому, експертові, спеціалістові і обвинуваченому, а також клопотатися про занесення до протоколу обставин, які мають значення для справи (ст. 221 КПК України); брати участь та висловлювати свою думку при вирішенні судом питання: при оскарженні постанови про затримання органом дізнання підозрюваного у вчиненні злочину (ст. 106 КПК України), про поміщення обвинуваченого у відповідний медичний заклад для проведення стаціонарної експертизи (ст. 205 КПК України), про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту (ст. 165-2 КПК України), про продовження строків тримання під вартою (ст. 165-3 КПК України) [6].

Проведений вище аналіз свідчить про надання законодавцем обвинуваченому та його захисникові ширшого кола прав, ніж має потерпілий та його представник .

Але такий дисбаланс прав вказаних учасників створений не тільки законодавцем, але і органами, які ведуть процес. На цю обставину звернув увагу Верховний Суд України (далі – ВСУ) у своєму узагальненні практики застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів, де зазначив, що органи досудового слідства бі-

льше уваги приділяють додержанню прав підозрюваних та обвинувачених, ніж забезпеченню прав і законних інтересів потерпілих [153]. Така ситуація є неприпустимою – потерпілий від злочину, який вже і так зазнав несправедливості від злочинця, не повинен зазнати повторної несправедливості у вигляді обмеження його прав законодавцем у порівнянні із обвинуваченим та у вигляді відсутності уваги до себе й ігнорування своїх інтересів з боку посадових осіб, які ведуть процес.

Якщо наділення обвинуваченого та його захисника правами першої групи є зрозумілим, бо їх наявність покликана компенсувати відсутність у сторони захисту тих прав, якими наділені суб'єкти владних повноважень зі сторони обвинувачення [154, с. 4], то надання інших прав лише обвинуваченому та його захисникові та ненадання їх потерпілій особі та його представникові є прогалиною, яку необхідно якомога швидше усунути, оскільки це свідчить про диспропорцію обсягу процесуальних прав зазначених учасників процесу на досудовому провадженні, що призводить до порушення «рівноваги прав» сторін та порушення змагальних засад на цьому етапі судочинства.

У юридичній літературі висловлюється точка зору, згідно з якою потерпілому та його представникові необхідно надати усі права, які мають обвинувачений та його захисник [155, с. 167–168; 156, с. 425–426]. На наш погляд, це недоцільно робити, оскільки права учасників кримінального процесу не можуть бути абсолютно однаковими, бо тоді процесуальні статуси суб'єктів кримінального провадження «вирівнюються». Тому потерпілому та його представникові в новому КПК України доцільно надати не усі права, які наразі є в обвинуваченого та у його захисника, а лише ті, які не належать до виняткових прав захисту.

Пропонуючи це, ми усвідомлюємо, що у кримінально-процесуальній науці сталою є точка зору, що урівнювати зазначених учасників у правах на досудовому провадженні не потрібно, оскільки на стороні обвинувачення разом з потерпілим та його представником виступають державні органи, що здійснюють досудове провадження, і вони вправі і в змозі захистити та представити інтереси потерпілих осіб. В ідеалі, так дійсно повинно бути, але в реальному житті учасники процесу зі сторони обвинувачення не завжди мають та підтримують єдину позицію у кримінальній справі. Про це яскраво свідчать результати опитування практичних працівників, 80,5 % з яких підтвердили цей висновок

[Додаток А], дані Огляду ООН з питань злочинності, де зазначається, що більше половини жертв злочинів в усьому світі не задоволені ставленням поліції до їх скарг [157, с. 123–124], а також те, що законодавець у КПК України передбачив можливість потерпілої особи та її представника заявляти відвід та оскаржувати дії і рішення особи, яка провадить дізнання, слідчого та прокурора (ст.ст. 49, 52 КПК України) [6].

Тому з метою активізації обвинувальної діяльності посадових осіб, які ведуть досудове провадження, та посилення змагальності між сторонами, на нашу думку, необхідно в діючий КПК України внести зміни, спрямовані на те, щоб: 1) кожному праву потерпілого відповідав обов'язок конкретної посадової особи; 2) права потерпілого та його представника були максимально наближені до прав обвинуваченого та його захисника. Таке розуміння ролі потерпілого в американському процесі отримало назву «модель участі жертви», яка передбачає забезпечення досягнення інтересів жертви у справі шляхом розширення прав потерпілого у системі кримінального судочинства [158, с. 9]. На нашу думку, використання саме цієї моделі в Україні буде сприяти забезпеченню встановлення змагальності на досудовому провадженні. З цією метою необхідно більш детально розглянути права, які має обвинувачений та його захисник і які ми пропонуємо надати потерпілому та його представникові.

Надання потерпілим особам прав, що пов'язані з реалізацією права на захист і якими володіє обвинувачений, є одним із найбільш неврегульованих питань. Так, на сьогодні, законодавець у ст. 49 КПК України не надав потерпілому права мати представника. Хоча зі змісту ст. 52 КПК України таким правом потерпілий повинен бути наділений. Відповідно, законом не встановлено ані момент вступу цього учасника у справу, ані порядок його запрошення, призначення, відмови та заміни. Також законом не визначено, на якій підставі органи, котрі провадять досудове розслідування, повинні виносити постанови про визнання особи представником потерпілого [156, с. 425–426]. Суттєвим недоліком діючого КПК України є й відсутність регламентації можливої кількості представників потерпілого та випадків їх обов'язкової участі. Зазначені прогалини необхідно усунути шляхом внесення змін до КПК України, де вказати, що потерпілий має право на представника, яким може бути: адвокат, інший фахівець у галузі права, який за законом має право на

надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи, а також близькі родичі потерпілого, його опікуни або піклувальники, повноваження яких повинні бути оформлені відповідно до вимог ст. 44 КПК України [159, с. 45–46]. Пропозиція надання потерпілому права на представника та встановлення однакових вимог як до захисника обвинуваченого (підозрюваного), так і до представника потерпілого реалізована і в проектах КПК України (ст.ст. 56, 63 проекту КПК України реєстр. № 1233 від 13 грудня 2007 р. [10] та ст.ст. 52, 54 проекту КПК України, що розроблений Нацкомісією [11], та ст.ст. 60, 62 проекту КПК України реєстр. № 9700 від 13.01.2012 р [46]).

Також необхідно передбачити обов'язкову участь представника для вразливих категорій потерпілих осіб (неповнолітні, іноземці, особи з розумовими та фізичними вадами), осіб, що потерпіли від тяжких та особливо тяжких злочинів, а також малозабезпечених осіб, що узгоджується з правами потерпілих, передбаченими Декларацією ООН про основні принципи для жертв злочинів та зловживань владою [160] та Концепцією забезпечення захисту законних прав та інтересів осіб, які потерпіли від злочинів [161]. Схожої точки зору дотримуються розробники проекту КПК України реєстр. № 1233 від 13 грудня 2007 р. (ст. 64) [10] та ряд науковців [162, с. 85; 159, с. 45; 163, с. 60].

У тих справах, де участь представника буде обов'язковою, а у потерпілого не буде бажання або можливості запросити представника, необхідно передбачити можливість безкоштовного надання цих послуг адвокатами. Доцільно, щоб оплата вказаної допомоги гарантувалася з державного бюджету, як це передбачено для обвинуваченого [164, с. 26]. Вказана пропозиція знайшла своє відображення також у ст. 64 проекту КПК України реєстр. № 1233 від 13 грудня 2007 р. [10].

Оскільки в чинному КПК України досі відсутня норма, що визначає кількість захисників, яких може запросити собі обвинувачений, то, з метою забезпечення рівності сторін на досудовому провадженні, для потерпілого і обвинуваченого доцільно встановити однакові можливості щодо кількості осіб, яких ці учасники можуть запросити собі для захисту чи представництва своїх інтересів. Це питання, на нашу думку, вірно вирішено у ст. 42 проекту КПК України, що підготовлений робочою групою Нацкомісії, де зазначено, що кількість захисників не повинна перевищувати трьох осіб [11].

Окрім цього, потерпілому доцільно надати право на конфіденційне побачення зі своїм представником до першого допиту, як це передбачено для обвинуваченого і підозрюваного в ст.ст. 43, 43-1 КПК України. Це питання набуде особливої актуальності після того, коли до КПК України буде введено норму щодо обов'язкової участі представника потерпілого для вразливих категорій осіб, які постраждали від злочину. Бо їм потрібен час для того, щоб обговорити усі деталі та обставини справи перед першим допитом особи як потерпілого, на відміну від тих потерпілих осіб, які самотійно запрошують собі представників та мають можливість поспілкуватися зі своїми представниками сам на сам. У разі ненадання потерпілому права на конфіденційне побачення зі своїм представником до першого допиту такий представник перетворюється лише на понятого, який своїм підписом засвідчує відповідність записів у протоколі слідчої дії.

Допуск представника потерпілого у справі має здійснюватися органом, який веде кримінальний процес. Це, у свою чергу, не буде порушенням змагальності, оскільки вказані органи, як і потерпілий, належать до сторони обвинувачення, на відміну від закріпленого в КПК України порядку допуску захисника обвинуваченого представниками сторони обвинувачення, що є неприпустимим у змагальному судочинстві.

У КПК України необхідно також регламентувати порядок відмови та заміни представника потерпілого. Ряд питань з цього приводу вже врегульовано Постановою Пленуму ВСУ «Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів», де в п. 9 передбачено, що повнолітній дієздатний потерпілий вправі у будь-який момент відмовитись від представника і продовжити захищати свої інтереси самотійно. У випадках, коли представник використовує свої повноваження на шкоду інтересам потерпілого, його участь має бути припинено або його може бути замінено за постановою дізнавача, слідчого, судді чи за ухвалою суду [165]. Але Постанови Пленуму ВСУ не є джерелом права та не вирішують усього кола питань. Тому необхідно якнайшвидше внести відповідні зміни до чинного КПК України, де детально регламентувати права і обов'язки потерпілого та його представника.

Питання розширення прав потерпілого при проведенні слідчих та процесуальних дій на досудовому провадженні є вже давно назрілим. В

умовах реформування досудового провадження для розширення змагальних засад на цьому етапі судочинства цілком логічним є надання потерпілому не тільки права брати участь у проведенні обшуку та відтворенні обстановки і обставин події (як це регламентовано наразі в КПК України), а і можливості бути присутнім під час виконання інших слідчих дій за його клопотанням, як це передбачено для обвинуваченого.

Для уникнення диспропорції обсягу прав потерпілого та обвинуваченого доцільно також внести зміни до ст. 19 КПК України, де передбачити не тільки для обвинуваченого, а і для потерпілої особи, що не володіє мовою, якою ведеться судочинство, право отримувати слідчі і процесуальні документи в перекладі на її рідну мову або іншу мову, якою вона володіє, оскільки іноземці, які потерпіли від злочину, не повинні знаходитися в гіршому становищі, ніж іноземці, котрі вчинили злочин.

З метою максимального наближення до прав обвинуваченого потерпілому також має бути надана можливість ознайомлюватися з матеріалами протокольної форми, а не тільки з тією справою, що направляється до суду, оскільки надання такого права тільки правопорушнику (ст. 429 КПК України) є порушенням однієї з гарантій рівності сторін – забезпечення рівного доступу до матеріалів справи.

Незрозумілою є також позиція законодавця, який не регламентував право потерпілої особи ознайомлюватися з постановою про закриття справи в частині обвинувачення (ст. 141 КПК України) та право заперечувати проти направлення справи до суду для її закриття з підстав, передбачених ст.ст. 7 та 7-1 КПК України, на відміну від обвинуваченого, для якого ці права передбачені в законі. Це також свідчить про порушення рівного доступу до матеріалів справи та ігнорування прав потерпілих, на запровадження яких вказано у Рекомендації Комітету Міністрів державам-членам стосовно положення потерпілого в межах кримінального права та кримінального процесу [166], а також у Декларації основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживання владою, які передбачають для потерпілих осіб право бути повідомленими про їх роль, об'єм, терміни провадження та результати розгляду їх справ, а також у випадках, коли ними здійснено запит на отримання такої інформації [160].

Незабезпечення потерпілій особі права ознайомлюватися з поста-

новою про призначення у справі декількох слідчих, що є в обвинуваченого (ст. 119 КПК України), також порушує рівність учасників з протилежними інтересами та позбавляє потерпілу особу можливостей впливати на процес розслідування, бо перешкоджає останній скористатися наданим їй законом правом заявити, за наявності для цього підстав, відвід іншому слідчому, що, відповідно до ст. 370 КПК України, є істотним порушенням кримінально-процесуального закону прав обвинуваченого та тягне за собою скасування вироку чи постанови суду.

Про доцільність надання потерпілому прав, що є в обвинуваченого під час призначення і проведення експертизи відповідно до ст. 197 КПК України, в юридичній літературі вже йшлося неодноразово [167, с. 30; 168, с. 67; 169, с. 21]. Ми також підтримуємо цю позицію, оскільки вважаємо, що в умовах запровадження змагального процесу є неприпустимою ситуація, коли потерпілі особи мають можливість ознайомитися із матеріалами експертизи і висновком експерта лише під час вивчення матеріалів справи в порядку ст. 217 КПК України та позбавлені усіх інших прав під час призначення і проведення експертизи, якими сьогодні наділений законом обвинувачений.

З метою усунення нерівності прав потерпілого та обвинуваченого на стадії порушення державного обвинувачення, на нашу думку, доцільно виключити частину другу у ст. 232 КПК України, в якій нормативно закріплено обов'язок прокурора або його заступника повідомляти обвинуваченого до якого суду направлено справу, оскільки ст. 240 КПК України зобов'язує суд повідомляти усіх учасників процесу про день попереднього розгляду справи суддею. У такому повідомленні, окрім дати, вказується обов'язково і суд, у якому буде здійснюватися попередній розгляд справи. Отже, постає питання: навіщо двічі повідомляти учасників процесу про те, в якому суді буде розглядатися справа?

Зайвою є також кримінально-процесуальна регламентація у ст. 171 та у ст. 145 КПК України права обвинуваченого та потерпілого вимагати (просити) доповнення протоколу допиту і внесення до нього поправок, оскільки залишення зазначених статей в такому вигляді дає підстави говорити про порушення рівності прав між зазначеними учасниками процесу та надання обвинуваченому більших можливостей впливати на хід вказаної слідчої дії. Але ж існує стаття 85 КПК України, що є загальною нормою щодо ст. 145 та ст. 171 КПК України, де і передбачене однакове

право для усіх слідчих дій і для усіх учасників процесу, які беруть участь у цих діях, робити зауваження, вставки та поправки до протоколу.

Надання представникові потерпілого права бути присутнім при виконанні слідчих дій за участю потерпілого та можливість мати з ним конфіденційні побачення, на наш погляд, не потребує додаткової аргументації, оскільки призначення цього учасника – це представлення інтересів та забезпечення дотримання прав потерпілих осіб при провадженні у кримінальній справі, що забезпечується лише за можливості обговорити усі обставини справи до проведення слідчих дій та можливості бути присутнім на них і впливати на хід їх проведення. Вирішення питання щодо ненадання представникові потерпілого можливості бути присутнім при виконанні інших слідчих дій, на нашу думку, повинно вирішуватися аналогічно з тим варіантом, який ми запропонували досліджуючи права потерпілого та обвинуваченого, а саме: передбачити в КПК України можливість потерпілому та його представникові бути присутнім при виконанні інших слідчих дій за їх клопотанням, як це передбачено для обвинуваченого та його захисника.

Представникові потерпілого доцільно надати право при провадженні додаткових слідчих дій за його участі через слідчого ставити питання іншим учасникам процесу, як це передбачено для захисника обвинуваченого. Щодо регламентації у ст. 221 КПК України права захисника клопотатися про занесення до протоколу обставин, що мають значення для справи, то воно, на нашу думку, є зайвим, оскільки у ст. 85 КПК України, яка є загальною нормою щодо ст. 221 КПК України, вже передбачене право для усіх слідчих дій і для усіх учасників процесу, які беруть участь у цих діях, робити зауваження, вставки та поправки до протоколу.

Слушною, на нашу думку, є позиція вчених з приводу того, що потерпілому та його представникові слід надати право брати участь та висловлювати свою думку при обранні, скасуванні або зміні будь-якого з перелічених у законі запобіжних заходів, а також бути негайно поінформованим про прийняті по застосуванню запобіжних заходів рішення та мати право їх оскаржити [170, с. 264; 171, с. 70; 172, с. 143]. Висновок про необхідність врахування думки потерпілих та їх представників при обранні запобіжного заходу зумовлений також Мінімальними стандартними правилами ООН щодо заходів, не пов'язаних з тюремним ув'язненням (То-

кійські правила), відповідно до яких вибір заходу, не пов'язаного з тюремним ув'язненням, ґрунтується на оцінці як встановлених критеріїв стосовно характеру і ступеня тяжкості правопорушення, так і особи, біографії правопорушника і прав жертв (п.п. 1.4, 3.2) [173], та Конвенцією ООН проти транснаціональної організованої злочинності, в якій передбачається, що кожна держава-учасник, за умов дотримання свого внутрішнього законодавства, створює можливості для викладення та розгляду думок та побоювань потерпілих на відповідних стадіях кримінального провадження стосовно осіб, які вчинили злочини, таким чином, щоб це не завдавало шкоди правам захисту (п. 3 ст. 25) [174].

Регламентация у ст. 48 КПК України права захисника обвинуваченого знати про принесені апеляції та подавати на них заперечення у досудових стадіях, на нашу думку, є зайвою, оскільки глави 29 та 30 КПК України, які встановлюють загальний порядок подання та розгляду справи за апеляцією, закріплюють обов'язок суду першої інстанції повідомити про надходження апеляції учасників, інтересів, яких вона стосується, з переліку осіб, перерахованих у ст. 348 КПК України (серед яких законодавець зазначив і потерпілого з його представником, і обвинуваченого з його захисником) та роз'яснити їм їхнє право на подання заперечень проти апеляції. Єдине, що законодавець не врахував, – це термін, протягом якого можуть бути подані заперечення на апеляції учасниками процесу на досудовому провадженні. Так, ст. 351 КПК України встановлює загальний п'ятиденний термін для подання заперечень на апеляцію з моменту вручення копії або ознайомлення з апеляцією, але ст. 382 КПК України, що закріплює порядок перевірки ухвал та постанов суду, ухвалених судами на досудовому провадженні, встановлює максимальний термін лише три доби для розгляду апеляцій на постанови судді, винесені в порядку, передбаченому ст.ст. 52-5, 165-2, 165-3, 177, 205, 462, 463 КПК України, з моменту її надходження до апеляційного суду та не більше семи діб – для розгляду апеляції на постанови судді, винесені в порядку, передбаченому ст.ст. 236-2, 236-6, 236-8, 468 КПК України. При цьому взагалі не зазначається термін, що надається учасникам процесу для подання заперечень на апеляцію. З метою усунення вказаної прогалини, на нашу думку, доцільно внести зміни до КПК України, де регламентувати загальний термін для подання заперечень учасниками процесу на апеляції щодо судових рішень, зазначених у ст.

382 КПК України, – не більше однієї доби з моменту вручення копії або ознайомлення з апеляцією.

Ненадання представникові потерпілого права, передбаченого у законі для захисника обвинуваченого, щодо можливості застосовувати науково-технічні засоби при провадженні тих слідчих дій, в яких бере участь захисник, а також при ознайомленні з матеріалами справи – з дозволу особи, яка провадить дізнання, чи слідчого, є неприпустимим, оскільки можливість сторонам при ознайомленні з матеріалами справи отримати копії необхідних документів, зробити їх конспект або використати їх у процесі судового розгляду, відповідно до практики ЄСПЛ [175], є однією з гарантій рівності сторін та змагального судочинства.

Пропонуючи розширити перелік прав потерпілого та його представника на досудовому провадженні, ми свідомі того, що це не забезпечить у повній мірі реалізації змагальності сторін на досудовому провадженні. Бо, по-перше, зміни в законодавстві не зможуть зобов'язати органи, які ведуть кримінальний процес, роз'яснити в доступній для потерпілих формі права, що надані їм законодавцем*, а, по-друге, не забезпечать активізації потерпілих осіб у реалізації своїх прав, якщо ті просто не бажають їх реалізовувати. Так, дослідження свідчать, що на сьогодні 60 % осіб, які постраждали від злочинів, не проявляють ініціативи щодо визнання їх потерпілими, а 55,5 % потерпілих не користуються правами, що надані їм законодавцем [176, с. 58–59, 217–219, 224, 226]. Отже, в нас відсутні гарантії, що розширення прав потерпілого та його представника призведе до більшої активності вказаних учасників процесу щодо використання своїх прав та забезпечить тим самим посилення змагальності в досудовому кримінальному провадженні, але метою змагального процесу є не зобов'язати, а надати потенційну можливість сторонам змагатися одна з одною. Висловлена нами пропозиція регламентувати в КПК України максимально рівні права представників про-

* Вказані посадові особи при роз'ясненні прав потерпілому в більшості випадків не розкривають значення таких юридичних термінів, як: цивільний позов, клопотання, відвід, докази та ін., що перетворює процедуру роз'яснення прав на процес одержання підпису особи на постанові про визнання її потерпілим. Результатом цього є те, що потерпілі особи не можуть, навіть якщо забажають, у повній мірі реалізувати свої права, бо просто не знають або недостатньо розуміють яким чином це зробити. Це слугує поясненням того, що участь потерпілих у досудовому провадженні зводиться в більшості випадків лише до надання свідчень, заявлення цивільного позову та ознайомлення з матеріалами справи після закінчення досудового слідства [Додаток Б].

тилежних сторін направлена саме на це.

Як вже нами було зазначено, рівність між правами обвинуваченого і його захисника та повноваженнями органів, які ведуть процес, відсутня, але у кримінальному процесі, який є публічним за своїм характером, її між зазначеними учасниками не може існувати. Це зумовлено багатьма чинниками: по-перше, це не є характерним для публічно-позовного змагального процесу, елементи якого наразі є притаманними для України, і до повного встановлення якого вона прагне; по-друге, публічна сфера передбачає здійснення прокурором та органами досудового розслідування прав лише у поєднанні з їхніми обов'язками, що проявляється у формі «правообов'язку» [177, с. 36; 178, с. 56], на відміну від обвинуваченого та його захисника, в яких наявність процесуальних прав, регламентованих КПК України, – це лише можливість їх використати, що передбачає й відмову від їх використання, але, найголовніше, – це те, що наразі державі вигідно, щоб її представники (органи досудового розслідування, прокурори) були наділені ширшими повноваженнями, аніж представники сторони захисту, та, як свідчать результати проведеного анкетування, і самі учасники, які ведуть процес на досудовому провадженні, не проти такого стану речей [Додаток А]. Але, відповідно до зобов'язань, які взяла на себе Україна при вступі до Ради Європи, залишення системи кримінального судочинства в такому вигляді, який існує сьогодні, є неприпустимим. З метою досягнення більшої рівноваги прав та обов'язків між представниками сторони захисту та учасниками, які ведуть процес, необхідно переглянути права перших на предмет їх відповідності європейським стандартам дотримання прав людини, а останніх потрібно позбавити ряду повноважень, що є несумісними із змагальною формою судочинства.

На нашу думку, лише окремі повноваження, якими наразі наділені представники держави, які ведуть процес, впливають на реалізацію змагальності у досудовому провадженні. Ними є: порушення кримінальної справи щодо особи; проведення слідчих, процесуальних та оперативно-розшукових дій; обрання, скасування чи зміна заходів процесуального примусу; вирішення відводів; допуск, заміна чи усунення захисника та представника цивільного відповідача; збирання, визнання та оцінка доказів; визначення напрямку та строків розслідування; розгляд скарг на дії та рішення інших представників сторони обвинувачення (органів ді-

знання, слідчого чи прокурора); вирішення клопотань; пред'явлення обвинувачення.

Зазначені вище повноваження поділяються на дві групи.

До першої групи належать: порушення кримінальної справи щодо особи; вирішення відводів; допуск, заміна чи усунення захисника та представника цивільного відповідача від участі у справі; визнання та оцінка доказів; розгляд скарг на дії та рішення інших представників сторони обвинувачення (органів дізнання, слідчого чи прокурора), проведення слідчих та процесуальних дій, які найбільше обмежують конституційні права громадян.

До другої групи належать усі інші права вказаних учасників процесу, які ми за аналогією із правами сторони захисту визначили як «favor prosecution» (переваги обвинувачення).

Зрозуміло, що надати обвинуваченому та його захисникові усі права, які мають прокурор та органи досудового розслідування, неможливо, та і не потрібно. На нашу думку, для забезпечення більшої «рівноваги» між сторонами, учасників, які ведуть процес, потрібно позбавити усіх прав, котрі ми віднесли до першої групи, оскільки деякі із зазначених прав взагалі є несумісними із змагальною формою процесу, наприклад порушення кримінальної справи щодо особи, а решту в змагальному судочинстві повинен вирішувати незалежний та неупереджений суд, а не представники сторони обвинувачення*. Що стосується прав, які ми віднесли до «favor prosecution», то, на нашу думку, їх необхідно залишити представникам сторони обвинувачення, бо вони пов'язані з обвинувальною діяльністю та не йдуть всупереч змагальній моделі судочинства.

5. Нерівність між сторонами, що виникла на досудовому провадженні, доцільно усувати на цьому ж етапі кримінального судочинства за рішенням суду після надходження відповідних скарг від представників сторін, оскільки *порядок, за яким сторона захисту оскаржує рішення сторони обвинувачення до представників сторони обвинувачення, є нелогічним. А процедура розгляду скарг, що надійшли до суду на досудовому провадженні, але розглядаються судом при попередньому розгляді справи або при розгляді її по суті, є неефективною.* Безперечно, відомчий контроль та прокурорський нагляд тільки сприяють дотриманню рі-

* Повноваження органів досудового розслідування та прокурора, які, за нашим задумом, потрібно скасувати або передати до суду, будуть детально нами розглянуті у наступному підрозділі.

вності сторін на досудових стадіях кримінального процесу, але конфліктні ситуації, що виникають між представниками протилежних сторін з приводу порушення рівноваги на цьому етапі судочинства повинен вирішувати незалежний від сторін арбітр, тобто суд. З цією метою доречним є введення посади слідчого судді, як це передбачено у проектах КПК України (ст. 28 проекту КПК України реєстр. № 1233 від 13 грудня 2007 р. [10], ст. 28 проекту КПК України, що розроблений Нацкомісією [11], ст. 4 проекту КПК України реєстр. № 9700 від 13.01.2012 р. [46]).

6. Вимога щодо обов'язкового обґрунтування прийнятого рішення нормативно закріплена у ст. 130 КПК України. Отже процесуальні рішення, які обмежують рівність сторін у досудовому провадженні, повинні бути обов'язково обґрунтовані, тобто містити такі факти або відомості про них, які могли б переконати, що без обмеження рівноваги між сторонами в даному випадку не обійтися. У разі явної необґрунтованості щодо обмеження прав однієї із сторін, що в подальшому може призвести до порушення рівноваги між сторонами, таке рішення можна вважати незаконним та таким, що не потребує виконання і потребує настання відповідних наслідків щодо тієї особи, яка його винесла.

За порушення рівноваги сторін, яка, на думку Л. Б. Ісмаїлової, має місце у випадку: 1) застосування однієї зі сторін до іншої (як правило, стороною обвинувачення до сторони захисту) фізичного або психологічного примусу без достатніх на те підстав і без судового контролю, а також застосування таких методів розслідування, які можуть порушити його здатність до правильних суджень і прийняття адекватних рішень; 2) прямого введення в оману однієї зі сторін (звичайно сторони захисту) щодо її прав, а також замовчування їх; 3) позбавлення обвинуваченого можливості повною мірою захищатися від пред'явленого обвинувачення (наприклад, неповідомлення родичам про його затримання й арешт, ненадання допомоги захисника або перекладача, необґрунтована відмова в задоволенні клопотань); 4) порушення правил *favor defensionis* (переваги захисту), у тому числі презумпції невинуватості (покладення тягара доведення на обвинуваченого і т.п.); 5) надання іншій стороні не передбачених законом пільг і переваг (наприклад, необґрунтоване продовження строків проведення процесуальних дій); 6) незаконної зміни суб'єктного складу процесуальних правовідносин, що здатна змінити встановлений законом баланс чинностей на користь однієї зі сторін (за-

лучення зацікавлених спеціалістів, незаконна участь у проведенні досудового слідства не уповноважених на це слідчих, працівників органів дізнання тощо); 7) надмірної тривалості процесу (особливо при утриманні обвинуваченого під вартою), що значно утруднює здійснення захисної функції [136, с. 17; 179, с. 11] та ін., законодавець передбачив відповідальність, яка слугує своєрідним чинником, що стримує представників сторін від порушень встановленої законом рівноваги між ними. Залежно від галузі права, що її встановлює, відповідальність за порушення рівності сторін може бути: кримінально-правовою, процесуально-правовою, цивільно-правовою, дисциплінарною та ін. Найбільший інтерес для нас являє процесуально-правова відповідальність, тому вона буде розглянута більш детально.

Процесуально-правова відповідальність передбачена в санкціях норм кримінально-процесуального права, що регулюють перш за все: застосування заходів примусу до осіб, які своїми діями порушують встановлену рівність прав сторін та рівність можливостей щодо реалізації цих прав (ст. 148 КПК України); усунення захисника, представника потерпілого, представника цивільного позивача, представника цивільного відповідача (ст.ст. 61, 63 КПК України) та осіб, які ведуть процес (ст.ст. 58, 60 КПК України), від участі у справі на досудових стадіях процесу за наявності підстав вважати, що їх подальша участь у справі може вплинути на порушення рівноваги сторін; винесення судом окремої ухвали (постанови) при виявленні порушень прав представників сторін, допущених при провадженні досудового судочинства (ст. 23-2 КПК України); повідомлення відповідного органу, адвокатського об'єднання про усунення захисника від участі у справі для вирішення питання про його відповідальність, за наявності підстав вважати, що він своїми діями чи бездіяльністю порушив законодавство, що регулює забезпечення рівності сторін на досудових стадіях кримінального процесу (ст. 61-1 КПК України); скасування необґрунтованих і незаконних рішень, винесених представниками сторони обвинувачення на досудовому етапі кримінального процесу, що свідчать про порушення рівноваги між сторонами (ст.ст. 52-5, 106, 227, 236-2, 236-6, 236-8 КПК України); визнання незаконними доказів, якщо вони, наприклад, були здобуті з порушенням гарантованих Конституцією України прав людини і громадянина; встановленого кримінально-процесуальним законодавством по-

рядку або не уповноваженою на це особою чи органом, або за допомогою дій, не передбачених процесуальними нормами (п.19 Постанови Пленуму ВСУ від 01.11.1996 № 9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» [180]); обмеження строку, протягом якого представники сторони захисту повинні ознайомитися з матеріалами справи, якщо вони зволікають з її ознайомленням (ст. 218 КПК України); повернення справи на додаткове розслідування або скасування вироку, якщо під час порушення справи, провадження дізнання або досудового слідства були допущені істотні порушення вимог кримінально-процесуального законодавства щодо дотримання рівності сторін (ст.ст. 246, 249-1, 374 КПК України), тощо.

Проблема полягає в тому, що в умовах змагального кримінального процесу вирішувати питання про застосування вказаних санкцій норм кримінально-процесуального права до представників сторін повинен виключно незалежний та неупереджений арбітр, тобто суд, але наразі цей орган вирішує обмежене коло питань, наведених нами вище у переліку. В більшості випадків самі представники сторони обвинувачення (органи досудового розслідування, прокурор) вирішують питання про застосування кримінально-процесуальної відповідальності до представників обох сторін, що суперечить змагальній конструкції досудового провадження.

Інші види відповідальності за порушення рівноваги між сторонами містяться в нормах інших галузей права. Так, кримінально-правова – регламентована в санкціях норм КК України, що передбачають відповідальність за злочини у сфері службової діяльності (ст. ст. 364, 365 КК України) та проти правосуддя (розділ XVIII КК України) [181], вчинення яких тією чи іншою мірою може вплинути на дотримання рівноваги сторін у досудовому провадженні у кримінальному процесі; цивільно-правова – передбачена перш за все в Законі України від 01.12.1994 р. «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду» [182], дисциплінарна – в законах України та нормативно-правових актах відомств, де працюють представники сторін (наприклад: розділ IV Закону України від 22.02.2006 р. «Про дисциплінарний статут ОВС України» [183] та ст.ст. 16,17 ЗУ від 19 грудня 1992 р. «Про адвокатуру» [133]).

2.2. Незалежний та неупереджений суд як передумова змагальності

Про реалізацію змагальності на досудовому провадженні можна вести мову лише за наявності незалежного та неупередженого суду, який вирішує спір процесуально рівних сторін. На жаль, чинне законодавство у ст.ст. 16-1 та 18 КПК України розповсюджує засаду змагальності та розмежовує функції обвинувачення, захисту і вирішення справи лише в судовому провадженні, при цьому, зобов'язує суд бути незалежним і неупередженим тільки розглядаючи справу в суді [6]. Але, відповідно до змін, внесених до КПК України в 2001 р. [70, 71], суд у досудовому провадженні є повноправним учасником процесу та здійснює свої повноваження, що істотно різняться від тих, які на нього покладені в судовому провадженні. Отже, на сьогодні досі залишаються не визначеними такі питання: яка функція покладена на суд у досудовому провадженні та чи розповсюджуються на досудові стадії процесу такі ознаки суду, як незалежність та неупередженість?

Міжнародні документи, що закріплюють стандарти дотримання прав людини у галузі кримінального судочинства (Загальна Декларація прав людини [66], Міжнародний пакт про громадянські і політичні права [68], ЄКПЛ [67] та ін.), відводять суду роль незалежного арбітра, неупередженого дослідника фактів, нейтрального до сторін у правовому конфлікті.

Що стосується думки вчених щодо функції, покладеної на суд у досудових стадіях кримінального процесу, то багато з них є прихильниками позиції, що суд виконує функцію юстиції (судочинства) шляхом здійснення правосуддя, а також вирішення питань про затвердження обвинувачення, пред'явленого органами кримінального переслідування, руху кримінальної справи, виконання слідчих дій та контролю за обмеженням конституційних прав та свобод громадян [15, с. 147–148; 184, с. 74; 14, с. 50–52, 216–217]. Прерогативами суду в досудовому провадженні змагального кримінального процесу є такі напрямки судової діяльності: 1) прийняття рішень про рух кримінальної справи; 2) легалізація інформації, що зібрана сторонами, в якості доказів; 3) контроль за

пред'явленням обвинувачення; 4) контроль за обмеженням конституційних прав [18, с. 125].

Протягом останнього десятиріччя з метою позбавлення досудового провадження розшукових ознак та задля захисту конституційних прав його учасників незалежним та неупередженим органом український законодавець на досудових стадіях надав суду повноваження, що істотно різняться від його повноважень у судових стадіях кримінального процесу та які умовно можна поділити на дві групи: 1) ті, що пов'язані з вирішенням питання про проведення слідчих дій та застосування примусових заходів, що обмежують конституційні права людини (ст.ст. 7-3, 61-1, 126, 165-2, 165-3, 177, 178, 187, 187-1, 190, 205, 218 КПК України [6]); 2) ті, що пов'язані з розглядом скарг на дії та рішення органу дзнання, слідчого та прокурора (ст.ст. 52-5, 106, 236-2, 236-6, 236-8, 462, 463, 468 КПК України [6]). Окремо слід виділити повноваження суду, закріплені у ст.ст. 246, 374, 396 КПК України, щодо можливості повернення справи на додаткове розслідування та надання вказівок щодо проведення слідчих дій [6]. Попри те, що суд може здійснювати цю діяльність лише в судовому провадженні, ці повноваження слід розглядати в рамках цього дослідження, оскільки виконання рішень і вказівок у порядку вищевказаних статей КПК України здійснюється представниками сторони обвинувачення саме на досудовому провадженні та впливає на реалізацію змагальності на цьому етапі судочинства.

Процедура розгляду судом скарг та прийняття рішень щодо проведення слідчих і процесуальних дій в порядку ст.ст. 7-3, 52-5, 61-1, 106, 126, 165-2, 165-3, 177, 178, 187, 187-1, 190, 205, 218, 236-2, 236-6, 236-8, 462, 463, 468 КПК України також суттєво відрізняється від тієї, яка встановлена в судовому провадженні при розгляді справи по суті. Так, при вирішенні питань про проведення слідчих дій, що обмежують конституційні права (ст.ст. 126^{*}, 177, 178, 187, 187-1, 190, 218 КПК України), та при розгляді скарг у порядку ст. 52-5 КПК України суддя (у ст. 187-1 КПК України – голова апеляційного суду або його заступник) розглядає подання від сторони обвинувачення (особи, що провадить діз-

* Порядок накладення арешту на вклади обвинуваченого чи підозрюваного або осіб, які несуть за законом матеріальну відповідальність за його дії, в порядку ст. 126 КПК не визначений, але вивчення матеріалів кримінальних справ свідчить, що процедура прийняття цього рішення є аналогічною з тією, що передбачена у ст. 177 КПК України [Додаток Б].

нання, слідчого або прокурора) чи скаргу від особи, інтересів якої вона стосується, вивчає матеріали, якими обґрунтовується подання або на підставі яких було прийнято рішення, що підлягає оскарженню, за необхідності вислуховує сторону обвинувачення та за результатами розгляду подання чи скарги виносить мотивовану постанову [6].

Вирішення питань у порядку ст.ст. 7-3, 61-1, 106, 165-2, 165-3, 205, 236-2, 236-6, 236-8, 462, 463, 468 КПК України провадиться судом у присутності обох сторін, тобто у формі, що є більш насиченою змагальними елементами. Так, суддя, одержавши подання від сторони обвинувачення чи скаргу від особи, інтересів якої вона стосується, вивчає матеріали, якими обґрунтовується подання або на підставі яких було прийнято рішення, що підлягає оскарженню, знайомиться з ними, заслуховує пояснення сторін та за результатами розгляду подання чи скарги виносить мотивовану постанову [6].

Відповідно до ст.ст. 246, 374, 396 КПК України суд має право своєю постановою повернути справу на додаткове розслідування і вказати які слідчі дії повинні бути проведені [6]. Такі вказівки суду є обов'язковими для органів дізнання і досудового слідства. Ці повноваження суду ніяк не узгоджуються із запровадженням змагального судочинства в Україні, оскільки ця діяльність суду, по суті, є заміщенням виправдувальних вироків та проявом функції обвинувачення. Вказаний висновок підтримали і 73,1 % опитаних практичних працівників [Додаток А].

Досі ані судді, ані законодавець, ані практичні працівники [Додаток А], ані вчені-процесуалісти не досягли єдності позиції щодо того, яку функцію виконує суд, здійснюючи проаналізовану вище діяльність на досудових стадіях у кримінальному процесі. Результати опитування суддів свідчать про те, що попри покладення на них функції розгляду справи, 18 % опитаних вважають себе суб'єктами функції обвинувачення [185, с. 50]. Що стосується думки вчених, то одні вважають, що це самостійна функція суду, що є притаманною для нього на етапі досудового провадження [186, с.197], інші впевнені в тому, що ця діяльність суду здійснюється в рамках виконання судом своєї основної функції – правосуддя [187, с. 27; 177, с. 198–203]. Остання позиція науковців нам здається більш виваженою та обґрунтованою.

Зазначені вчені, роблячи такий висновок, послуговуються такими

міркуваннями. Визнати особу винною у вчиненні злочину може тільки суд. Отже, вирішення питання щодо кримінальної відповідальності особи є винятковою компетенцією суду. Але питання про відповідальність постає не тільки в судових стадіях процесу, а і у досудових стадіях, коли у справі з'являється підозрюваний чи обвинувачений. Ці суб'єкти кримінального процесу мають знати в чому їх підозрюють чи обвинувачують органи досудового розслідування. Підозра і обвинувачення формулюються у відповідних процесуальних документах із зазначенням відповідних статей кримінального закону. Для того щоб сторона кримінального переслідування не мала значних переваг перед стороною захисту при вирішенні питань, пов'язаних із реалізацією кримінальної відповідальності, у досудових стадіях повинен бути присутнім суд, який при цьому не виступає контролером у досудовому провадженні, оскільки, як вірно зазначає Л. М. Лобойко, контролерів (начальник слідчого підрозділу – безпосередній та інші за ієрархією) і наглядачів (прокурори) на досудовому провадженні вистачає, але всі вони виконують обов'язок щодо викриття винної особи, тобто здійснення функції кримінального переслідування. Суд же втручається (чи принаймні повинен втручатися) у вирішення всіх найважливіших питань, пов'язаних із поступовою реалізацією кримінальної відповідальності особи. Він виконує роль арбітра у змагальній діяльності сторони кримінального переслідування, з одного боку, і сторони захисту – з іншого. Під час досудового провадження суд виконує не контрольну функцію, а функцію правосуддя. Звичайно, він не вирішує справу остаточно із постановленням вироку. Але діяльність у досудових стадіях, як відомо, здійснюється не тільки до суду, а й для суду. Тому суб'єкт, який в майбутньому буде приймати остаточне рішення про винність особи і її покарання та з інших питань у кримінальній справі, – суд – повинен з перших етапів кримінального процесу бути причетним до процесуальної діяльності. Але не в плані виконання функції судового контролю, про яку прийнято говорити у процесуальній теорії і в практиці судочинства, а у плані забезпечення реалізації змагальності. Функція ж контролю і пов'язаного з ним захисту прав і свобод людини є не кримінально-процесуальною, а загально-правовою. Вона розповсюджується на усі сфери діяльності із застосування норм права, у тому числі і на кримінальний процес [177, с. 198–203].

Отже, з вищевказаного можна зробити висновок, що діяльність су-

ду з розгляду скарг на дії та рішення органу дізнання, слідчого та прокурора, а також щодо вирішення питань про проведення слідчих дій та застосування примусових заходів, які обмежують конституційні права людини, слід розглядати як правосуддя.

Цей висновок слідує також і із змісту норм таких законодавчих актів: Конституції України (розділ VIII) [13], КПК України (ст.ст. 15, 16) [6], Закону України «Про судоустрій та статус суддів» (розділ 1) [7]. Але, вирішуючи питання про те, яку функцію виконує суд на досудових стадіях процесу, необхідно пам'ятати, що для пересічного громадянина не має значення який термін законодавець та науковці запровадять для позначення діяльності суду на досудовому провадженні. Для нього головне, щоб суддя, який здійснює свої повноваження на цьому етапі судочинства, був неупередженим, а прийняті ним рішення – справедливими.

Проведений аналіз повноважень суду на досудовому провадженні за чинним КПК України свідчить також про існування певних обставин, що перешкоджають повною мірою забезпечити реалізацію змагальності на цьому етапі судочинства: 1) фрагментарна участь суду; 2) наявність в його повноваженнях обвинувального ухилу.

Для розширення змагальних засад на досудових стадіях кримінального процесу доцільно внести ряд змін до чинного законодавства.

По-перше, позбавити суд права направляти справу на додаткове розслідування. Як вже нами було зазначено, така діяльність суду, по суті, є заміщенням виправдувальних вироків та проявом функції обвинувачення, що є неприпустимим у змагальному судочинстві. Такий висновок підтверджується і результатами опитування практичних працівників, 74,2 % з яких на питання: «Чи доцільно скасувати інститут повернення справи на додаткове розслідування?» відповіли «так» [Додаток А], а також статистичними даними Державної судової адміністрації України за 2010 рік, відповідно до яких лише щодо 656 осіб судами першої інстанції були постановлені виправдувальні вирoki, а кількість кримінальних справ, що були повернені судами першої інстанції та відкликані прокурорами в порядку ст.ст. 232, 246, 249-1, 281 КПК України при цьому склала 7253 [188], тобто в одинадцятьоро раз більше, ніж кількість виправданих осіб. А якщо врахувати, що не у всіх 7253 справах був один підсудний, то кратність значно зросте. Розуміючи це, розробники окремих проектів КПК України відмовились від надання зазначених повно-

вноважень суду. Так, у проекті КПК України, розробленому Нацкомісією, і проекті КПК України реєстр. № 9700 від 13.01.2012 р. відсутня можливість суду повернути справу на додаткове розслідування [11; 46]

По-друге, позбавити представників сторони обвинувачення, які ведуть процес, повноважень щодо вирішення відводів органів досудового розслідування та прокурора в порядку ст.ст. 58, 60 КПК України, а також розгляду скарг на рішення, дії та бездіяльність інших, окрім потерпілого, представників сторони обвинувачення, відповідно до ст. 110, 234, 236 КПК України, шляхом передавання їх до суду. Оскільки, по-перше, діючий порядок є неефективним, про що свідчать результати проведеного анкетування [Додаток А], а, по-друге, в разі прийняття органами прокуратури рішення про відмову в задоволенні заяви про відвід чи відмови у задоволенні скарги у представників сторони захисту є усі підстави сумніватися в неупередженості прийнятого рішення, бо органи прокуратури та органи досудового розслідування є представниками однієї сторони, отже є залежними один від одного. До того ж, відповідно до практики ЄСПЛ, такий порядок вирішення відводів є неприпустимим, оскільки однією з гарантій справедливого та ефективного розгляду скарг та вирішення заяв про відвід є незалежність від тих органів, заяви про відвід яких розглядаються або рішення і дії яких оскаржуються, тобто ті, хто перевіряє, ні в якому разі не можуть належати до тих органів, які перевіряються, та мати з ними тісні зв'язки (професійна взаємопов'язаність, підпорядкованість) або ж виконувати завдання притягнення до відповідальності скажника [189, с. 23–24]. Отже, норми чинного КПК України, що регламентують процедуру відводів представників сторони обвинувачення, які ведуть процес (статті 56, 58 та 60), потребують значного коригування.

Пропозиції надати суду повноваження розглядати скарги у досудовому провадженні не тільки на рішення, передбачені ст.ст. 52-5, 106, 236-2, 236-6, 236-8, 468 КПК України, а й на інші рішення, дії та бездіяльність органів дізнання, слідчого та прокурора, вже лунали в теорії процесу. Так, О. Г. Шило у своїй докторській дисертації запропонувала розширити предмет судового оскарження у досудовому провадженні, якщо в діяннях вищезазначених органів існують обставини, які свідчать, що: 1) вони завдали або можуть завдати шкоди конституційним правам і свободам людини; 2) перешкоджають руху кримінальної справи до су-

ду, доступу особи до правосуддя, 3) мають своїм наслідком суттєве ускладнення обстоювання учасником процесу своєї позиції при проведенні судового розгляду кримінальної справи, 4) перевірка їх законності й обґрунтованості не пов'язана з дослідженням питань, що вирішуються при судовому розгляді кримінальної справи [190, с. 20].

Схожих поглядів дотримуються і більшість (67 %) практичних працівників [Додаток А], 49,5 % з яких на поставлене в анкеті запитання: «На які рішення, дії та бездіяльність органів дізнання, слідчого та прокурора, окрім передбачених у законі, доцільно надати суду право розглядати скарги під час досудового провадження?», відповіли: «на ті, що перешкоджають подальшому руху кримінальної справи (про направлення заяви або повідомлення за належністю в порядку ст. 97 КПК України; про продовження строків досудового слідства в порядку ст. 120 КПК України; щодо неприйняття жодного з рішень у порядку ст. 97 КПК України) та на рішення про відмову слідчого та прокурора у задоволенні клопотань, заявлених учасниками процесу [Додаток А].

На нашу думку, саме ці рішення, дії та бездіяльність посадових осіб безпідставно залишені законодавцем поза увагою суду. Адже органи досудового розслідування дуже часто зловживають своїми повноваженнями щодо направлення справи за належністю та продовження строків досудового слідства з метою затягування прийняття рішення за заявою чи у справі. Маємо аналогічну мету і тоді, коли посадові особи, які ведуть процес, взагалі не приймають жодного з рішень, передбачених у ст. 97 КПК України. Та якщо в першому випадку дії та відповідні рішення органів розслідування, згідно зі ст.ст. 110, 234, 236 КПК України, можна оскаржити прокурору чи до суду (хоча розглядатися вони будуть лише при попередньому розгляді справи або у судовому розгляді її), то бездіяльність вказаних осіб за чинним КПК України взагалі не підлягає оскарженню, оскільки в диспозиції вищезазначених статей передбачена лише активна поведінка органів дізнання, слідчого та прокурора [6].

Вказана ситуація потребує виправлення, оскільки є суттєвою перешкодою для реалізації учасниками процесу права на оскарження будь-якого рішення, дії чи бездіяльності посадових осіб, що передбачене в ст. 55 Конституції України [13]. До того ж вказана бездіяльність органів

досудового розслідування є незаконною перешкодою до здійснення кримінального правосуддя. Незаконність її полягає у невиконанні державним органом чи його посадовою особою обов'язку, встановленого статтею 4 КПК України [6]. З метою виправлення зазначеної ситуації доцільно внести відповідні зміни до КПК України, а саме – до статей 110, 234 та 236.

Попри те, що вищевказані діяння представників сторони обвинувачення найчастіше все ж таки зачіпають права і законні інтереси осіб, які постраждали від злочину, вони мають негативний вплив і на осіб, щодо яких здійснюється кримінальне переслідування, оскільки порушується їх конвенційне право на розгляд обвинувачення щодо них протягом розумного строку (у разі прийняття рішення щодо продовження строків досудового слідства) або вони залишаються у невивідному для себе стані на невизначений термін (у разі прийняття чи неприйняття жодного з рішень у порядку ст. 97 КПК України).

Але більшого значення для сторони захисту все ж таки має діяльність органів досудового розслідування щодо вирішення заявлених ними клопотань, оскільки наразі у досудових стадіях процесу існує єдина можливість ввести до матеріалів кримінальної справи в якості доказів інформацію, що зібрана захисником або подана особою, щодо якої здійснюється кримінальне переслідування, – шляхом заявлення про це клопотання до посадових осіб, які ведуть процес. Скарга сторони захисту на винесення постанови про відхилення такого клопотання розглядається іншим представником сторони обвинувачення – прокурором. Звернутися із такою скаргою до суду представники сторони захисту можуть, але, як і в попередній ситуації, розглянуті вони будуть лише при попередньому розгляді справи або при розгляді її у судовому засіданні по суті. Бездіяльність же посадових осіб щодо неприйняття жодного рішення за заявленими клопотаннями за чинним КПК України взагалі не можна оскаржити.

Зазначені прогалини виправлені у проекті КПК України реєстр. № 9700 від 13.01.2012 р., де у ст. 303 зазначається, що на досудовому провадженні до слідчого судді може бути оскаржена бездіяльність слідчого, прокурора, яка полягає у невнесенні відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань після отримання заяви чи повідомлення про кримінальне правопорушення, не

поверненні тимчасово вилученого майна, а також у не здійсненні інших процесуальних дій, які він зобов'язаний вчинити у строк, визначений проектом КПК України.

Окрім цього, розробники проекту КПК України розширили кількість рішень, дій та бездіяльності представників сторони обвинувачення, які можуть бути оскаржені до слідчого судді: зупинення досудового розслідування; закриття кримінального провадження; відмова у визнанні потерпілим; зміна порядку досудового розслідування та продовження його згідно з правилами, передбаченими главою 39 проекту КПК України (застосування примусових заходів медичного характеру).

У цій же статті проекту КПК України передбачено порядок, за яким у досудовому провадженні можна оскаржити до суду рішення слідчого, прокурора про відмову в задоволенні клопотання про проведення слідчих (розшукових) дій або негласних слідчих (розшукових) дій [46].

По-третє, учасники, які ведуть процес, повинні бути позбавлені повноважень щодо допуску, заміни чи усунення захисника та представника цивільного відповідача від участі у справі згідно зі ст. 61-1 та ст. 63 КПК України, оскільки у змагальному судочинстві ці дії повинні бути прерогативою суду, бо, як вже було зазначено, у представників сторони захисту при прийнятті органами прокуратури чи досудового розслідування таких рішень є всі підстави сумніватися в неупередженості їх прийняття та сприймати їх як такі, що мають за мету не допускати чи позбутися професійних супротивників. Такі нововведення вважають доречними і 84,3 % опитаних респондентів [Додаток А].

По-четверте, надати виключно суду право визнавати та оцінювати докази у порядку ст.ст. 65–67 КПК України. Тобто треба позбавити осіб, які провадять розслідування, вказаних повноважень, що, на думку М. Оніщука, призведе до того, що останні вже не матимуть «монопольного» права на визнання інформації доказами, і кожна із сторін матиме рівні можливості в доведенні перед судом винуватості або невинуватості особи у вчиненні злочину [191]. Ми підтримуємо вказану позицію, оскільки, дійсно, сутність конфлікту сторін перш за все стосується головних питань – вчинив чи не вчинив злочин обвинувачений; чи винен він у вчиненому; яка повинна бути кваліфікація діяння та міра покарання. Вирішення цих питань пов'язано з визначенням обставин, що мають

значення для справи. Залишення діючої процедури доказування в тому стані, що існує наразі за чинним КПК України, тобто без рівних процесуальних можливостей сторін брати участь у процесі доказування – у збиранні, перевірці та оцінці доказів – не може гарантувати справедливості спору, оскільки перемогти може не більш правий, а той, хто має більше можливостей та використовує їх для збирання доказів [192, с. 52; 193, с. 56]. Цей висновок підтримують 60 % опитаних адвокатів та 53,1% суддів і лише 28 % слідчих ОВС [Додаток А]. Такі показники є цілком зрозумілими, оскільки представники сторони обвинувачення у разі позбавлення їх вказаних повноважень втрачають значну перевагу над стороною захисту, до існування якої вони так звикли і втрачати яку їм би так не хотілося. Але, якщо прагнути встановити змагальну процедуру досудового провадження, то суттєвих змін у процедурі доказування в чинному КПК України не уникнути.

Доречно зазначити, що розробники проекту КПК України реєстр. № 9700 від 13.01.2012 р. теж чомусь не ризикнули змінити процедуру доказування у кримінальному провадженні і не пішли далі ініціювання стороною захисту проведення слідчих і процесуальних дій (ст. 93) та можливості оскаржити рішення представників сторони обвинувачення про відмову в їх проведенні. Представники сторони обвинувачення за вказаним проектом КПК України і надалі нарівні з судом продовжують оцінювати докази (ст. 94) [46].

По-п'яте, надати виключно суду право вирішувати питання щодо застосування усіх заходів процесуального примусу. В юридичній літературі вже лунали схожі пропозиції, але лише щодо обрання судом окремих запобіжних заходів чи розширення переліку запобіжних заходів, рішення про обрання яких можна оскаржити у суді.

Так, В. Т. Маляренко та П. П. Пилипчук пропонують встановити порядок, за яким суд буде приймати рішення щодо обрання таких заходів процесуального примусу як застава та відсторонення обвинуваченого від посади, а у разі введення у закон нових запобіжних заходів, таких як передача під нагляд міліції та домашній арешт, – також і щодо них [194, с. 42].

А. Р. Туманянц у своїй дисертації обґрунтовує висновок про те, що суд повинен приймати рішення про відсторонення обвинуваченого від посади та накладення арешту на майно [195, с. 4].

О. Г. Шило до компетенції суду пропонує віднести також прийняття рішення про: 1) арешт майна підозрюваного, обвинуваченого або осіб, які несуть за законом матеріальну відповідальність за його дії; 2) відсторонення обвинуваченого від посади; 3) тимчасове обмеження в користуванні спеціальним правом; 4) реалізація речових доказів до винесення вироку суду або постанови (ухвали) про закриття провадження у справі; 5) привід підозрюваного, обвинуваченого, свідка або потерпілого [190, с. 38].

І. Курільчук та В. Примаєк пропонують внести зміни у законодавство не шляхом передачі повноважень щодо обрання запобіжних заходів від органів розслідування до суду, а шляхом регламентації у КПК України права учасників процесу на оскарження у суді рішень щодо вже обраних стороною обвинувачення запобіжних заходів [196, с. 120; 197, с. 7].

На нашу думку, такі нововведення не сприяють вирішенню одного із завдань кримінального судочинства – охорони прав та законних інтересів осіб, які беруть у ньому участь (ст. 2 КПК України). Бо обрання будь-якого заходу примусу, а не лише тих, що визначені законодавцем та запропоновані науковцями, є проявом обмеження конституційних прав людини.

Опитування практичних працівників [Додаток А], а також аналіз норм Конституції України, що закріплюють основні права громадян та норм КПК України, що регламентують примусові заходи [6; 13], дає підстави стверджувати, що:

- *привід* (ст.ст. 70, 72, 135, 136 КПК України) обмежує таке конституційне право громадянина як право на свободу та особисту недоторканність (ст. 29 Конституції України), а також право на свободу пересування (ст. 33 Конституції України);

- *відсторонення обвинуваченого від займаної посади* (ст. 147 КПК України) – право на працю (ст. 43 Конституції України);

- *письмове зобов'язання про повідомлення про зміну свого місця перебування, а також про явку до слідчого і суду за їхнім викликом* (ст. 148 КПК України); *запобіжне обмеження, тобто заборона особі, щодо якої порушено кримінальну справу, виїжджати за межі України до закінчення досудового розслідування та судового розгляду* (ст. 98-1 КПК України); *підписка про невиїзд* (ст. 151 КПК України); *порука громадсь-*

кої організації або трудового колективу (ст. 154 КПК України); нагляд командування військової частини (ст. 163 КПК України); віддання неповнолітнього під нагляд батьків, опікунів, піклувальників або адміністрації дитячої установи (ст. 436 КПК України) – право на свободу пересування, вільний вибір місця проживання, право вільно залишати територію України (ст. 33 Конституції України);

- *взяття під варту* (ст. 155 КПК України); *затримання* (ст.ст. 106, 115 КПК України); *поміщення неповнолітнього у віці від 11 років до віку, з якого настає кримінальна відповідальність, до приймальника-розподільника для дітей* (ч. 3 ст. 7-3 КПК України) – право на свободу та особисту недоторканність (ст. 29 Конституції України);

- *застава* (ст. 154-1 КПК України); *особиста порука* (ст. 152 КПК України) – право на приватну власність (ст. 41 Конституції України) та право на свободу пересування (ст. 33 Конституції України) [6; 13].

В умовах розвитку будь-якої держави практична діяльність осіб і органів, які ведуть боротьбу із злочинністю, є неможливою без обмеження конституційних прав людини [198, с. 1], але порядок, за яким одна сторона на власний розсуд безконтрольно обмежує права іншої сторони, не узгоджується із запровадженням змагального судочинства, в якому такі обмеження повинні застосовуватися виключно незалежним та неупередженим судом. При цьому вирішення цих питань повинно відбуватися у змагальній формі, тобто у присутності представників обох сторін та наявності у них однакових прав при обранні, скасуванні або зміні заходів процесуального примусу.

Схожий порядок обрання заходів забезпечення кримінального провадження вже регламентований розробниками проекту КПК України реєстр. № 9700 від 13.01.2012 р. Так, відповідно до ст. 132 вказаного проекту КПК України, суду надаються повноваження приймати рішення щодо застосування майже усіх заходів забезпечення кримінального провадження, а саме: судового виклику; приводу; накладення грошового стягнення; тимчасового обмеження у користуванні спеціальним правом; відсторонення від посади; тимчасового доступу до речей і документів; тимчасового вилучення майна; арешту майна; затримання особи та запобіжних заходів, якими згідно зі ст.176 проекту КПК України є: особисте зобов'язання; особиста порука; застава; домашній арешт та тримання під вартою. І лише виклик слідчим чи прокурором (ст. 133 проекту

КПК України) здійснюється не за рішенням слідчого судді [46].

По-шосте, надати суду повноваження приймати рішення про проведення тих слідчих та процесуальних дій, що найбільше обмежують конституційні права громадян та щодо проведення яких у органів розслідування існує велика імовірність вважати, що їх виконання буде неможливим без застосування примусу при втручанні в особисту свободу громадян.

На думку В. В. Назарова, на досудовому провадженні при проведенні слідчих та процесуальних дій найбільше обмежуються такі права: право людини на повагу до її гідності (ст. 28 Конституції України), недоторканність житла (ст. 30 Конституції України), таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції (ст. 31 Конституції України), повага особистого і сімейного життя (ст. 32 Конституції України) [198, с.10].

Проведене нами соціологічне дослідження засвідчило, що найбільше порушуються та обмежуються вищезазначені права під час: обшуку (ст. 177, 180, 182–185, 188, 189 КПК України), виїмки (ст. 178–184, 186, 188, 189 КПК України), освідування (ст. 193 КПК України), одержання зразків для експертних досліджень (ст. 199 КПК України), накладення арешту на кореспонденцію і зняття інформації з каналів зв'язку (ст. 187 КПК України), огляду і виїмки кореспонденції та дослідженні інформації, знятої з каналів зв'язку (ст. 187-1 КПК України), проведення стаціонарної та амбулаторної експертизи (ст. 205 КПК України), огляду житла (ст. 190 КПК України) [Додаток А].

Ми погоджуємося із зазначеними висновками, оскільки, дійсно, проведення огляду та обшуку обмежує права особи, передбачені ст.ст. 28, 30–32 Конституції України, виїмка – ст.ст. 28, 30–32, 41 Конституції України, освідування – ст. 28 Конституції України, одержання зразків для експертних досліджень – ст. 28 Конституції України, накладення арешту на кореспонденцію і зняття інформації з каналів зв'язку (ст. 187 КПК України), а також огляд і виїмка кореспонденції та дослідженні інформації, знятої з каналів зв'язку (ст. 187-1 КПК України) – ст. 31, 32 Конституції України, проведення стаціонарної та амбулаторної експертизи – ст. 28 Конституції України [6; 13].

Та якщо щодо окремих слідчих дій законодавець встановив порядок, за яким суд приймає рішення чи є достатньо підстав обмежувати

права громадян шляхом проведення вказаних дій, то для освідування, обшуку (окрім обшуку житла чи іншого володіння особи), виїмки (окрім примусової виїмки з житла чи іншого володіння особи, виїмки матеріальних носіїв секретної інформації та / або документів, що містять банківську таємницю чи документа виконавчого провадження, або оригіналів первинних фінансово-господарських та / або бухгалтерських документів), одержання зразків для експертних досліджень, проведення амбулаторної експертизи такого порядку в КПК України не передбачено [6].

Вибірково до надання суду повноважень щодо прийняття рішення про проведення слідчих і процесуальних дій, що найбільше обмежують конституційні права громадян, підійшли і розробники проекту КПК України реєстр. № 9700 від 13.01.2012 р. Так, за судом і надалі залишаються повноваження приймати рішення про проведення усіх тих слідчих і процесуальних дій, що провадяться наразі за рішенням суду. Окрім того, за проектом КПК України лише суд має право надавати дозвіл щодо проведення обшуку усіх об'єктів (ст. 234) та примусового відібрання біологічних зразків у особи (ст. 245). А ось примусове проведення освідування чомусь і надалі планується здійснювати за рішенням сторони обвинувачення (ст. 241) [46], попри те, що під час примусового проведення цієї процесуальної дії обмеження конституційних прав особи можуть бути не меншими, ніж під час тих дій, повноваження щодо прийняття рішення про які передані від сторони обвинувачення до суду або «залишилися» у віданні суду.

На нашу думку, описана вище ситуація потребує виправлення, оскільки, якщо виконання постанови суду про проведення слідчої дії є обов'язковим для органів, які провадять розслідування, та передбачає навіть застосування примусу у разі супротиву осіб, яких вона стосується, то при проведенні інших слідчих та процесуальних дій, рішення про які приймаються органами розслідування, вказані особи можуть відмовитися від участі в їх проведенні, аргументуючи це небажанням свідчити проти себе в порядку статті 63 Конституції України [13]. Це, у свою чергу, призводить до того, що представники сторони обвинувачення, не отримуючи важливі для розкриття злочину докази, застосовують до представників сторони захисту насильство, погрози та інші незаконні заходи.

На наш погляд, існує три варіанти виправлення цієї ситуації: 1) надати виключно суду повноваження щодо прийняття рішень про проведення усіх слідчих дій. За таким порядком представники сторін звертаються з поданням або клопотанням до суду про проведення вказаних дій, а суд виносить постанову про проведення або про відмову у проведенні слідчої дії; 2) розширити перелік слідчих дій, рішення про проведення яких приймає суд, за рахунок включення до нього також і тих, що несуть найбільшу загрозу конституційним правам громадян (будь-який обшук та виїмка, освідування, одержання зразків для експертних досліджень, проведення амбулаторної експертизи, огляд житла чи іншого володіння особи). Тобто за необхідності проведення усіх слідчих та процесуальних дій, що найбільше обмежують конституційні права, орган розслідування звертається з поданням до суду, на підставі якого останній виносить постанову про проведення слідчої чи процесуальної дії або про відмову в її проведенні; 3) застосувати до слідчих і процесуальних дій, що найбільше обмежують конституційні права громадян і рішення про проведення яких приймається наразі органами досудового розслідування (виїмка, освідування, одержання зразків для експертних досліджень, проведення амбулаторної експертизи), а не судом, застосовувати порядок, що встановлений законодавцем для проведення виїмки з житла. Так, за наявності підстав вважати, що слідча чи процесуальна дія буде здійснюватися без примусу, органи розслідування самостійно виносять постанову про її проведення, якщо ж, навпаки, є підстави сумніватися в тому, що учасники слідчої чи процесуальної дії будуть добровільно виконувати вказівки органів розслідування – останні звертаються з поданням до суду про примусове її проведення. А повноваження щодо прийняття рішень про проведення такої слідчої дії як обшук (незважаючи на те, де він буде проводитися) надати виключно суду.

На наш погляд, з метою усунення випадків безпідставного обмеження прав осіб, які залучаються до проведення слідчих і процесуальних дій, та позбавлення залежності органів розслідування від бажання чи небажання осіб брати участь у їх проведенні, необхідно обрати третій варіант усунення прогалин у законодавстві. По-перше, результати анкетування практичних працівників свідчать про те, що при проведенні виїмки, освідування, одержання зразків для експертних досліджень, амбулаторної експертизи, в більшості випадків особи добровільно вико-

нують вказівки слідчого [Додаток А], тому немає потреби безпідставно ускладнювати процедуру шляхом отримання дозволу у суді. По-друге, при застосуванні обов'язкової процедури звернення до суду за отриманням дозволу на проведення кожної слідчої або процесуальної дії суддя, по суті, перетворюється на слідчого та перестає бути незалежним та неупередженим арбітром між сторонами.

Але, зрозуміло, що у невідкладних випадках органи розслідування повинні мати можливість самостійно приймати рішення про примусове проведення вказаних дій, навіть за наявності підстав сумніватися, що особи будуть добровільно виконувати їхні вказівки при проведенні слідчих чи процесуальних дій. Але в такому разі в КПК України в обов'язковому порядку повинно бути регламентовано: 1) право особи запросити захисника для участі у вказаних діях; 2) обов'язок органів розслідування протягом доби направити до суду копію протоколу слідчої або процесуальної дії; 3) право представників сторони захисту оскаржити до суду рішення та дії сторони обвинувачення при проведенні вказаних дій.

Що стосується надання суду повноважень приймати рішення про проведення обшуку будь-де, а не тільки у житлі чи іншому володінні особи, як це наразі регламентовано у чинному КПК України, то слід зазначити, що запропонована процедура повністю узгоджується з практикою ЄСПЛ, який у своєму рішенні Класс та інші проти ФРН зазначив, що оскільки ч. 2 ст. 8 ЄКПЛ не вимагає судового рішення про обшук, ЄСПЛ допускає, що дозвіл на обшук може давати не лише суд, а й інші органи, але головне, щоб ці органи були незалежними від сторін [199]. За логікою ЄСПЛ ані прокурор, ані слідчий не вправі надавати дозволи (за чинним КПК – «санкції») на провадження обшуку будь-де, бо вони є стороною процесу. У демократичному суспільстві саме суд відіграє роль захисника прав громадян від порушень їх з боку обвинувальної влади, отже логічно, що саме він і повинен надавати дозвіл на проведення цієї слідчої дії.

По-сьоме, для вирішення питань у порядку ст.ст. 7-3, 52-5, 61-1, 106, 126, 165-2, 165-3, 177, 178, 187, 187-1, 190, 205, 218, 236-2, 236-6, 236-8, 462, 463, 468 КПК України та п.п. 2–6 зазначених пропозицій ввести на досудовому провадженні посаду слідчого судді. Ця ідея вже частково підтримана розробниками усіх існуючих проектів КПК Украї-

ни [10; 11; 46].

Як вже було зазначено, для забезпечення виконання судом своєї функції у змагальному кримінальному процесі, останній повинен бути наділений незалежністю та неупередженістю.

Проблеми незалежності та неупередженості суддів і судової влади в різні періоди були предметом вивчення таких процесуалістів України, як С. С. Аскеров [200], В. О. Гринюк [201], В.В. Городовенко [202] та ін.

Вказані ознаки суду встановлюються такими міжнародно-правовими актами, як: Загальна декларація прав людини (ст.10) [66], ЄКПЛ (ст. 6) [67], Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ст. 4) [68] та ін., згідно з якими вони не повинні обмежуватися рамками судового провадження та, відповідно до Основних принципів незалежності судових органів, що схвалені Резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада і 13 грудня 1985 року [203] та Рекомендації Ради Європи № (94) 12 «Незалежність, дієвість та роль суддів» від 13 жовтня 1994 року [204], мають бути гарантовані через запровадження відповідних положень до Конституцій чи інших законодавчих актів або через включення їх до системи внутрішнього права.

Попри те, що незалежність та неупередженість далеко не одне й те саме, найчастіше ці ознаки суду розглядаються спільно. У висновку Консультативної Ради європейських суддів для Комітету Міністрів Ради Європи про стандарти незалежності судових органів та незмінюваність суддів № 1 від 2001 р., незалежність суду визначається як прерогатива чи привілей, що надається не на користь власних інтересів суддів, а на користь забезпечення верховенства закону та в інтересах тих осіб, які покладають надію на правосуддя. Незалежність має бути як стосовно суспільства в цілому, так і стосовно конкретних сторін у будь-якій справі, у якій судді повинні винести своє рішення. Як вже було зазначено, незалежність судової влади є втіленням загального принципу: «ніхто не може бути суддею у власній справі». Значення цієї засади виходить далеко за конкретні інтереси певної сторони в будь-якій суперечці. Судова влада повинна користуватися довірою не тільки з боку сторін у конкретній справі, але й з боку суспільства в цілому. І суддя повинен не тільки бути реально вільним від будь-якого невідповідного упереджен-

ня або впливу, але він або вона повинні бути вільними від цього й в очах розумного спостерігача. В іншому випадку довіра до незалежності судової влади буде підірвана. Незалежність використовується як гарантія неупередженості. При винесенні судових рішень стосовно сторін у судовому розгляді судді повинні бути неупередженими, а саме – вільними від будь-яких зв'язків, прихильності чи упередження, що впливає – або може сприйматися як таке, що впливає – на здатність судді приймати незалежні рішення [205].

На сьогодні практика ЄСПЛ має виняткове значення як на міжнародному рівні, так і на рівні національних правопорядків. Розвиваючи положення ЄКПЛ, у своїх Рішеннях ЄСПЛ сприяє утвердженню певних міжнародних стандартів справедливого судочинства. Велику роль практика ЄСПЛ відіграє при наявності прогалин у внутрішньому законодавстві та правозастосовній практиці і при тлумаченні національного законодавства у контексті ЄКПЛ [206, с. 304]. Отже, задля впровадження певних міжнародних стандартів незалежності та неупередженості суду на рівні національного кримінального процесуального законодавства та практики його застосування, зокрема під час вирішення відводів суддів у досудовому провадженні, доцільно запозичити практику ЄСПЛ щодо проведення тесту на неупередженість судді в конкретній справі.

Наразі ЄСПЛ виділяє дві складові категорії неупередженості – внутрішнє переконання судді (суб'єктивний чинник) та зовнішнє середовище, в якому він працює (об'єктивний чинник), отже, при перевірці суду на неупередженість ЄСПЛ виокремлює два шляхи: проведення суб'єктивного або об'єктивного тесту. Про це йдеться в рішенні *Persack v Belgium* (1982 р.), де зазначається, що незважаючи на те, що зазвичай неупередженість означає відсутність упередженості, її відсутність може бути перевірена різноманітними способами відповідно до п. 1 ст. 6 ЄКПЛ. У цьому контексті можна провести розмежування між суб'єктивним підходом, який відображає особисте переконання судді в конкретній справі, та об'єктивним підходом, який визначає, чи були достатні гарантії, щоб виключити будь-які сумніви щодо цього [207].

Суб'єктивна неупередженість пов'язана з особою судді, з його особистим переконанням. Так, ЄСПЛ зазначає, що суд повинен бути

суб'єктивно вільним від особистого упередженого ставлення [208]. Тест на суб'єктивність має на меті з'ясування особистих переконань конкретного судді щодо конкретної справи. Презумпція особистої неупередженості судді чинна, доки немає доказів протилежного (*Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v France* (2007 р.)) [209, с. 239]. Це означає, що ЄСПЛ апіорно вважає суд неупередженим, доки не з'являться докази, що спростовують це твердження. Так, у справі *Hauschildt v Denmark* (1989 р.) зазначається, що ЄСПЛ потрібні докази фактичної наявності упередженості судді для відсторонення його від справи [148].

Ключовим положенням при проведенні об'єктивного тесту на неупередженість суду є правило про те, що «правосуддя не тільки повинно здійснюватися, але його здійснення повинно бути очевидним». У рішенні *Persack v Belgium* (1982 р.) ЄСПЛ встановив, що національні суди протягом всього кримінального процесу повинні викликати довіру у суспільства, особливо в обвинувачених, а також те, що суддя, стосовно якого є обґрунтовані побоювання щодо недостатньої неупередженості, повинен невідкладно взяти самовідвід. Та, попри те, що за практикою ЄСПЛ, будь-який обґрунтований сумнів заявника в неупередженості самого суду є достатньою підставою для констатації порушення незалежності та неупередженості [207], вирішальне значення все ж таки мають не суб'єктивні побоювання обвинуваченого, хоч би які вони були зрозумілі, а те, чи його побоювання, з урахуванням конкретних обставин справи, можна вважати об'єктивно виправданими (*Nortier v Netherlands* (1993 р.)) [209, с. 229–230].

В українському законодавстві незалежність та неупередженість суду закріплені в нормах-дефініціях у Конституції України (ст.ст. 126, 129) [13], в КПК України (ст.ст. 16-1, 18) [6] та в Законі України «Про судоустрій та статус суддів» (ст.ст. 1, 6, 7, 47, 54) [7].

Більш широко розтлумачив значення цих ознак суду Конституційний Суд України в своєму Рішенні від 01.12.2004 р. № 19-рп/2004, де зазначив, що незалежність суддів є невід'ємною складовою їхнього статусу та конституційним принципом організації й функціонування судів, а також професійної діяльності суддів, які при здійсненні правосуддя підкоряються лише закону. Незалежність суду забезпечується рядом гарантій, однією з яких є заборона будь-якого впливу на суддів, яку треба розуміти як забезпечення незалежності суддів у зв'язку із здійсненням ни-

ми правосуддя, а також як заборону щодо суддів будь-яких дій незалежно від форми їх прояву з боку державних органів, установ та організацій, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, фізичних та юридичних осіб з метою перешкодити виконанню суддями професійних обов'язків або схилити їх до винесення неправосудного рішення тощо [210].

Виходячи з такого розуміння зазначених ознак суду, можна визначити такі кримінально-процесуальні гарантії незалежності та неупередженості суду у досудовому провадженні: 1) законодавче закріплення виконання незалежним та неупередженим судом процесуальної функції, що покладається на незалежний та неупереджений суд; 2) нормативно врегульований механізм здійснення об'єктивного та неупередженого розподілу справ між суддями; 3) закріплення у кримінально-процесуальному законодавстві переліку підстав, що виключають участь судді; 4) регламентована законом процедура самовідводу та відводу судді за наявності обставин, що виключають його участь; 5) надання сторонам процесу права подавати апеляції на рішення суду; 6) встановлення юридичної відповідальності за порушення незалежності та неупередженості суду.

Дослідження рівня незалежності та неупередженості суду в Україні, що були проведені Центром Разумкова в рамках проекту Моніторингу незалежності суддів в Україні, показали те, що дві третини представників громадськості, влади та самих суддів вважають рівень цих ознак українських судів незадовільним [211]. Такий висновок частково підтримали і опитані нами практичні працівники [Додаток А].

Однією з підстав існування такого стану речей є певні прогалини в КПК України, що перешкоджають у повному обсязі забезпечити незалежність та неупередженість суду в досудових стадіях кримінального процесу і тим самим обмежують реалізацію змагальності на цьому етапі провадження, як то:

1) законодавче закріплення розподілу функцій лише в судових стадіях (ст. 16-1 КПК України), попри те, що на досудовому провадженні суд також виконує свою процесуальну функцію при вирішенні питань про проведення процесуальних дій, що обмежують конституційні права людини та при оскарженні дій та рішень органу дізнання, слідчого та прокурора;

2) відповідно до ст. 18 КПК України незалежність та неупередженість притаманні суду лише в судовому провадженні, що у свою чергу, суперечить ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ, яка гарантує кожному право на розгляд справи незалежним та неупередженим судом протягом всього судочинства [212, с. 8];

3) попри велике значення для гарантування незалежності та неупередженості суду на досудових стадіях кримінального процесу доповнення КПК України 07.07.2010 р. ст. 16-2, що закріплює механізм автоматизованого розподілу справ за допомогою спеціальної комп'ютерної програми, існує велика можливість «обійти» комп'ютерну програму й призначити «потрібного» суддю. Випадковий розподіл справ є дійсно важливим інструментом для підвищення прозорості й поваги до суду. Він усуває існування суб'єктивного критерію та звільняє суддів від будь-якого тиску, але результати аналізу та оцінки системи документообігу загальних судів, що підготовлений Кертісом Деклу в рамках проекту Агентства США з міжнародного розвитку (USAID) «Україна: верховенство права», засвідчують те, що вказана система поки що працює не належним чином [213]. На це звертають увагу і науковці, які зазначають, що, дійсно, існує велика загроза належної роботи вказаного механізму автоматизованого розподілу справ через: можливість реєстрації у суді фіктивних заяв під прізвища суддів, задоволення відводів (самовідводів) та наявність обставин, що можуть перешкоджати швидкому провадженню у справі (серед поважних причин непризначення судді протягом певного періоду у системі визначені такі: відрядження, відпустка, хвороба, важка справа тощо) [214, с. 334–335]. Але більш всього зазначені висновки підтверджуються вже існуючою практикою порушення реальних кримінальних справ за незаконне втручання в роботу автоматизованої системи документообігу суду. Так, у Сумській області, працівники Генеральної прокуратури України за матеріалами УБОЗ ГУМВС України в Сумській області порушили кримінальну справу щодо голови міськрайонного суду за фактами одержання хабара, зловживання владою та службовим становищем і незаконного втручання в роботу автоматизованої системи документообігу суду, що кваліфікуються ч. 2 ст. 368, ч. 1 ст. 364 і ч. 1 ст. 376-1 КК України. Під час досудового слідства органи досудового розслідування з'ясували, що з метою збагачення суддя здійснювала тиск на підлег-

лих працівників і примушувала їх вносити неправдиві відомості в автоматизовану схему документообігу суду – комп'ютерну програму «Документообіг загальних судів», щоб справа потрапила на розгляд саме до неї [215];

4) відсутність регламентації у ст. 56 КПК України права учасників процесу (підозрюваного, обвинуваченого, органу дізнання, слідчого) заявити відвід судді на досудових стадіях процесу за наявності обставин, передбачених ст.ст. 54 та 55 КПК України, попри те, що в ч. 2 ст. 56 КПК України закріплено положення, що такі заяви подаються до початку судового слідства. Отже, законодавець встановив можливість подання цих заяв учасниками процесу протягом досудового провадження, стадії попереднього розгляду справи суддею та стадії судового розгляду до початку судового слідства. З метою удосконалення регламентації кола учасників, які можуть заявити відвід судді за наявності обставин, передбачених ст.ст. 54 та 55 КПК України, необхідно внести зміни до ч. 1 ст. 56 КПК України;

5) невключення до обставин, що виключають участь судді в розгляді справи (ст. 54 КПК України) підстав, коли суддя під час досудового розслідування справи вирішував такі питання: 1) про накладення арешту на кореспонденцію і зняття інформації з каналів зв'язку; 2) про накладення арешту на вклади підозрюваного чи обвинуваченого або осіб, які несуть за законом матеріальну відповідальність за його дії; 3) про направлення обвинуваченого на стаціонарну експертизу; 4) розглядав скарги на постанови про порушення кримінальної справи; 5) розглядав скарги на постанови про відмову у застосуванні заходів безпеки або про їх скасування, попри те, що ці дії також обмежують конституційні права людини. Механізм вирішення їх є аналогічним із процесуальними діями, передбаченими в ч. 2-1 ст. 54 КПК України. Прийняття рішень у них також може вплинути на неупередженість суду при подальшому розгляді справи. Отже, ст. 56 КПК України потребує коригування, а саме – ч. 1, яку ми пропонуємо викласти у такій редакції: «за наявності обставин, передбачених ст. ст. 54 і 55 цього Кодексу, суддя зобов'язаний заявити самовідвід. На цих же підставах відвід судді може бути заявлений сторонами»;

б) обмеження прав сторін щодо можливості оскарження постанов суду: про усунення захисника (ст. 61-1КПК України); про проведення

обшуку житла чи іншого володіння особи (ст. 177 КПК України); про проведення примусової виїмки із житла чи іншого володіння особи (ст. 178 КПК України); про проведення виїмки документа виконавчого провадження (ст. 178 КПК України); про накладення арешту на кореспонденцію чи зняття інформації з каналів зв'язку (ст. 187 КПК України); про відмову накладення арешту на кореспонденцію чи зняття інформації з каналів зв'язку (ст. 187 КПК України); про огляд житла чи іншого володіння особи (ст. 190 КПК України), що суперечить Рекомендації R (95) 5 від 07.02.1995 р., в якій передбачено, що у державах-членах Ради Європи має існувати можливість контролю вищестоящого суду за будь-яким рішенням нижчестоящого суду [216], та ст. 14 Закону України «Про судоустрій та статус суддів», яка гарантує кожному право на апеляційне оскарження судових рішень [7].

Ці та інші прогалини необхідно усунути шляхом внесення відповідних змін у законодавство України, оскільки порушення незалежності та неупередженості суду в подальшому може призвести до правового свавілля, порушення прав і свобод людини, втрати довіри до судової влади і держави, не здатної належним чином організувати виконання функції правосуддя у кримінальному процесі України.

Розділ 3
РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ЗМАГАЛЬНОСТІ У ДОСУДОВОМУ
ПРОВАДЖЕННІ ДЕРЖАВ-УЧАСНИЦЬ СНД
ТА ДЕРЖАВ-ЧЛЕНІВ РАДИ ЄВРОПИ

3.1. Регламентация змагальності у досудовому провадженні
в законодавстві держав-учасниць СНД

СНД — міждержавне об'єднання більшості пострадянських країн, яке створене 8 грудня 1991 року як господарський, політичний та економічний союз. Членами СНД є Республіки Білорусь, РФ, Україна, Азербайджанська Республіка, Республіка Вірменія, Республіка Казахстан, Республіка Киргизстан, Республіка Молдова, Республіка Таджикистан, Республіка Туркменістан, Республіка Узбекистан та Республіка Грузія. 26 серпня 2005 року зі складу СНД вийшла Республіка Туркменістан і на сьогодні вона є державою-спостерігачем. Україна є співзасновницею СНД, але Статут організації Україною досі не ратифіковано, тому формально Україна залишається лише спостерігачем і не є членом СНД. 14 серпня 2008 року парламент Республіки Грузії прийняв рішення залишити СНД, і, згідно зі Статутом СНД, 18 серпня 2009 року Республіка Грузія офіційно перестала бути членом Співдружності. Задля забезпечення повноти і всебічності дослідження питання, винесеного у назву підрозділу, ми розглянемо у ньому регламентацію змагальності у досудовому провадженні у всіх дванадцяти державах, що у той чи інший час були суб'єктами співдружності.

Однією з цілей існування СНД є співпраця щодо забезпечення прав і свобод людини та громадянина. Кримінальне судочинство є якраз тією галуззю, в якій найбільше обмежуються права і свободи учасників процесу. Розповсюдження змагальності на усі стадії кримінального провадження покликане усунути безпідставне обмеження зазначених прав громадян. Але самого лише проголошення реалізації змагальності на усіх стадіях кримінального процесу недостатньо. Необхідно, щоб меха-

нізм її забезпечення був регламентований у державних законодавчих актах.

Після проголошення незалежності у всіх вищеназваних республіках розпочався процес прийняття нових КПК. Першою державою-учасницею СНД, де був прийнятий новий КПК, стала Республіка Узбекистан (1994). Після цього були ухвалені КПК Республіки Казахстан (1997), Республіки Вірменія (1998), Республіки Грузія (1998 та 2009), Республіки Білорусь (1999), Азербайджанської Республіки (1999), Республіки Киргизстан (1997), РФ (2002), Республіки Молдова (2003). Останніми прийняли нові КПК Республіка Таджикистан (2009.) та Республіка Туркменистан (2009).

При прийнятті нових КПК держави-учасниці СНД у тій чи іншій мірі використовували міжнародні та європейські здобутки з дотримання прав людини та громадянина у галузі кримінального судочинства. Одним з таких здобутків є запровадження змагального судочинства.

Оскільки практика обов'язкової регламентації принципів кримінального процесу в національному законодавстві є притаманною не тільки для України, але і для інших держав – учасниць СНД, принцип змагальності знайшов своє закріплення у КПК усіх держав-учасниць СНД. Так, змагальність нормативно визнана засадою судочинства в законодавстві РФ (ст. 123 Конституції, ст. 15 КПК), Республіки Білорусія (ст. 115 Конституції, ст. 24 КПК), Республіки Молдова (ст. 24 КПК), Республіки Вірменія (ст. 23 КПК), Республіки Казахстан (ст. 23 КПК), Республіки Узбекистан (ст. 25 КПК), Азербайджанської Республіки (ст. 127 Конституції, ст. 32 КПК), Республіки Киргизстан (ст. 88 Конституції, ст. 18 КПК), Республіки Таджикистан (ст. 88 Конституції, ст. 20 КПК), Республіки Туркменистан (ст. 107 Конституції, ст. 22 КПК) та Республіки Грузія (ст. 85 Конституції) [217; 218].

Але для того щоб констатувати панування змагального кримінального процесу на усіх його стадіях, лише нормативного закріплення у кримінально-процесуальному законодавстві держав – учасниць СНД принципу змагальності недостатньо. Так, як вже було зазначено, про реалізацію змагальності в досудовому провадженні можна вести мову лише за сукупності таких її ознак: 1) наявності двох протилежних сторін; 2) процесуальної рівності сторін; 3) існування незалежного та неупередженого від сторін суду. З метою з'ясування наскільки реалізовується

змагальність у досудових стадіях кримінального процесу в державах – учасницях СНД необхідно проаналізувати законодавство вищевказаних держав на предмет правового регулювання саме цих положень у досудовому провадженні.

Аналіз КПК держав-учасниць СНД на предмет реалізації змагальності в досудовому провадженні на перший погляд дає підстави зазначити, що факт того, що всі вони були прийняті після проголошення незалежності в цих державах, суттєво вплинув на їх зміст. Законодавці здійснили спробу не тільки нормативно регламентувати міжнародні та європейські стандарти дотримання прав людини у галузі кримінального судочинства, а й закріпити механізми їх реалізації у кримінально-процесуальному законодавстві.

Так, на відміну від України, в КПК окремих держав – учасниць СНД:

1) дію принципу змагальності розповсюджено не тільки на судові, а й на досудові стадії кримінального процесу (ст. 15 КПК РФ, ст. 32 КПК Азербайджанської Республіки, ст. 23 КПК Республіки Вірменія, ст. 24 КПК Республіки Молдова, ст. 23 КПК Республіки Казахстан, ст. 18 КПК Республіки Киргизстан, ст. 20 КПК Республіки Таджикистан, ст. 22 КПК Республіки Туркменистан, КПК Республіки Грузія [218; 219]);

2) розмежовано сторони обвинувачення та захисту, які здійснюють відповідні функції на досудовому провадженні (ст. 5 КПК РФ, ст. 7 КПК Азербайджанської Республіки, ст. 6 КПК Республіки Вірменія, ст. 6 КПК Республіки Молдова, ст. 7 КПК Республіки Казахстан, КПК Республіки Грузія [218; 219]);

3) сторону обвинувачення позбавлено обов'язку всебічно, повно і об'єктивно досліджувати обставини справи (РФ, Республіка Грузія [218; 219]);

4) суд позбавлено права порушувати кримінальні справи (РФ, Республіка Киргизстан, Азербайджанська Республіка, Республіка Вірменія, Республіка Білорусь, Республіка Молдова, Республіка Казахстан, Республіка Грузія) та направляти справи на додаткове розслідування для провадження слідчих дій (РФ, Республіка Грузія) [218; 219]);

5) розширено перелік підстав обов'язкової участі захисника:

- якщо між інтересами підозрюваних чи обвинувачених є протиріч-

чя і хоча б один з них має захисника (ст. 45 КПК Республіки Білорусь, ст. 92 КПК Азербайджанської Республіки, ст. 71 КПК Республіки Казахстан, ст. 69 КПК Республіки Вірменія, ст. 69 КПК Республіки Молдова, ст. 51 КПК Республіки Узбекистан, ст. 46 КПК Республіки Киргизстан, ст. 82 КПК Республіки Туркменистан [218]);

- при застосуванні до обвинуваченого запобіжного заходу у вигляді арешту чи взяття під варту (ст. 82 КПК Республіки Туркменистан, ст. 46 КПК Республіки Киргизстан, ст. 69 КПК Республіки Молдова, ст. 71 КПК Республіки Казахстан, ст. 92 КПК Азербайджанської Республіки [218]);

- якщо підозрюваний чи обвинувачений є військовослужбовцем строкової військової служби (ст. 92 КПК Азербайджанської Республіки, ст. 69 КПК Республіки Вірменія, ст. 69 КПК Республіки Молдова, ст. 46 КПК Республіки Киргизстан [218]);

- якщо особа підозрюється чи обвинувачується у вчиненні тяжкого злочину (ст. 69 КПК Республіки Молдова) чи особливо тяжкого злочину (ст. 69 КПК Республіки Молдова, ст. 45 КПК Республіки Білорусь, ст. 92 КПК Азербайджанської Республіки, ст. 71 КПК Республіки Казахстан, ст. 46 КПК Республіки Киргизстан, ст. 82 КПК Республіки Туркменистан [218]);

- якщо під час провадження у кримінальній справі бере участь представник потерпілого (ст. 51 КПК Республіки Узбекистан, ст. 71 КПК Республіки Казахстан, ст. 69 КПК Республіки Молдова, ст. 46 КПК Республіки Киргизстан) чи цивільного позивача (ст. 71 КПК Республіки Казахстан, ст. 69 КПК Республіки Молдова, ст. 46 КПК Республіки Киргизстан [218]);

- якщо кримінальний процес провадиться з метою реабілітації особи, яка на момент розгляду справи померла (ст. 69 КПК Республіки Молдова [218]);

- під час здійснення кримінального переслідування при закінченні строків притягнення особи до кримінальної відповідальності (ст. 92 КПК Азербайджанської Республіки [218]);

- якщо обвинувачений знаходиться поза межами держави та ухиляється від явки до органів досудового розслідування (ст. 71 КПК Республіки Казахстан [218]);

- якщо дізнавач, слідчий, прокурор чи суд вважають, що складність

справи та інші обставини можуть ускладнити підозрюваному чи обвинуваченому здійснення свого права на захист (ст. 51 КПК Республіки Таджикистан, ст. 51 КПК Республіки Узбекистан [218]);

6) відмова від захисника у підозрюваного та обвинуваченого приймається лише у присутності захисника чи адвоката, який повинен бути призначений як захисник (ст. 92 КПК Азербайджанської Республіки, ст. 52 Республіки Узбекистан, ст. 47 КПК Республіки Білорусь [218]).

7) підозрюваному чи обвинуваченому, який здійснює свій захист самостійно, надається право користуватися усіма правами захисника (КПК Азербайджанської Республіки [218]);

8) розширено права захисника:

- ставити запитання допитуваним особам (ст. 53 КПК РФ, ст. 74 КПК Республіки Казахстан, ст. 48 КПК Республіки Білорусь, ст. 53 КПК Республіки Таджикистан, ст. 48 КПК Республіки Киргизстан, ст. 84 КПК Республіки Туркменистан, ст. 53 КПК Республіки Узбекистан [218]);

- не тільки надавати, а й збирати докази (ст.ст. 53, 86 КПК РФ, ст. 53 КПК Республіки Таджикистан, ст. 92 КПК Азербайджанської Республіки, КПК Республіки Грузія [218; 219]. При цьому законодавець РФ, на відміну від інших, конкретизував яким саме чином захисник може це здійснити, а саме: отримання предметів, документів та інших відомостей; опитування осіб за їхньої згоди; витребування довідок, характеристик та інших документів від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, громадських об'єднань та організацій, які зобов'язані надати витребувані документи або їх копії (ст. 86 КПК РФ [218]);

- залучати спеціаліста (ст. 53 КПК РФ, ст. 92 КПК Азербайджанської Республіки, КПК Республіки Грузія [218; 219]);

9) значно розширено юрисдикцію суду шляхом надання йому повноважень приймати рішення щодо застосування заходів процесуального примусу (відсторонення обвинуваченого від посади, відібрання зразків для експертних досліджень тощо (ст. 29 КПК РФ, ст. 444 КПК Азербайджанської Республіки, КПК Республіки Грузія), а також про проведення тих слідчих і процесуальних дій, під час яких найбільше обмежуються конституційні права громадян (освідування, ексгумація тощо (ст. 178 КПК РФ, ст. 177 КПК Азербайджанської Республіки, КПК Республіки Грузія [218; 219])).

Серед розглянутих КПК більшою мірою змагальність у досудових стадіях реалізована в КПК держав-учасниць СНД, які є ще й членами Ради Європи (Республіка Вірменія, Республіка Грузія, РФ, Азербайджанська Республіка та Республіка Молдова). Це не є випадковим, бо зазначені держави, ставши у свій час членами вказаної європейської спільноти, ратифікували ЄКПЛ та зобов'язались привести своє національне законодавство до тих вимог, що у ній містяться. Більш якісно це вдалося зробити законодавцю Республіки Грузія, трохи менше – розробникам КПК РФ і Азербайджанської Республіки та значно менше – Республікам Молдова та Вірменія. Тому, на наш погляд, є доречним детальніше розглянути норми саме КПК Республіки Грузія, що регулюють досудове провадження з метою можливої їх імплементації у вітчизняне кримінально-процесуальне законодавство, оскільки робота щодо прийняття нового КПК України так і не завершена.

З прийняттям нового КПК у Республіці Грузія був закладений фундамент, заснований на принципі змагальності та рівноправності сторін кримінального судочинства, в межах якого основний акцент було здійснено на створення рівних умов для сторін обвинувачення та захисту для того щоб під час розслідування кримінальної справи вони мали можливість збирати повноцінні докази, а під час розгляду справи – надавати та представляти їх.

Під змагальністю, межі якої відповідно до КПК Республіки Грузія, поширюються на усі стадії процесу, законодавець має на увазі таке: будь-яка сторона у передбаченому законом порядку має право заявити клопотання, отримати, витребувати за допомогою суду, надати та дослідити будь-який доказ, що стосується справи; суд зобов'язаний забезпечити сторонам рівні можливості захисту своїх прав та законних інтересів, не надаючи при цьому переваг жодній із сторін; суд не має права самостійно отримувати та досліджувати докази на підтримку обвинувачення чи захисту; отримання чи надання доказів належить виключно до компетенції сторін.

За КПК Республіки Грузія, у досудовому провадженні стороною обвинувачення є прокурор та слідчий. При цьому прокурор є процесуальним керівником слідчого. Потерпілий не є стороною у кримінальному процесі. Він прирівнюється за своїм статусом до свідка. Але після винесення стороною обвинувачення постанови про визнання особи потерпі-

лою, він, окрім прав та обов'язків, що має свідок, додатково наділяється такими правами у досудовому провадженні: знати про пред'явлене обвинувачення, безкоштовно отримувати копії постанов про припинення кримінального переслідування та /або слідства та інші кінцеві рішення суду тощо. Окрім цього, органи, які ведуть процес, зобов'язані у письмовому вигляді повідомляти потерпілих про місце та час провадження: першого представлення обвинуваченого суду-магістрату, досудових засідань, судових засідань щодо обрання обвинуваченому запобіжного заходу чи про укладення процесуальної угоди. Тим самим забезпечується можливість потерпілого бути у курсі основних рішень, що приймаються у справі, брати участь та впливати на хід проведення окремих процесуальних та судових дій шляхом висловлення своєї думки з цього приводу.

Стороною захисту у досудовому провадженні є захисник та обвинувачений. Під останнім законодавець має на увазі особу, щодо якої існують достатні підстави підозрювати її у вчиненні злочину, передбаченого КК Республіки Грузія. Тобто статус «підозрюваного», «обвинуваченого» та «підсудного» об'єднані в єдине поняття «обвинувачений». Отже, від самого початку провадження особа, щодо якої здійснюється переслідування, має право скористатися будь-яким правом, передбаченим у законі, не чекаючи поки органи, які ведуть процес, вирішать надати їй певний статус шляхом винесення відповідної постанови.

Як уже було зазначено, за чинним КПК Республіки Грузія, сторони у досудовому провадженні мають рівні права. Обвинувачений має право самостійно або за допомогою захисника проводити розслідування, у законний спосіб отримувати та надавати будь-які докази, клопотати про проведення слідчих дій або витребування доказів, що необхідні йому для спростування обвинувачення чи пом'якшення відповідальності. Докази, що зібрані обвинуваченим, мають рівну силу з доказами, зібраними стороною обвинувачення. Якщо для отримання доказів потрібно провести слідчі дії, то обвинувачений або захисник звертаються з клопотанням до суду про їх проведення.

У досудовому провадженні функцію правосуддя здійснює суддя-магістрат, який приймає рішення щодо: проведення слідчих дій, пов'язаних з обмеженням конституційних прав громадян (огляд, обшук, виїмка, примусове відібрання зразків для експертних досліджень, експертиза тощо), застосування заходів процесуального примусу (накла-

дення арешту на майно, відсторонення від посади, привід до суду тощо), застосування до обвинуваченого запобіжних заходів, а також розглядає скарги на дії та рішення органів, які ведуть процес [219]. Таке розширення юрисдикції суду у досудових стадіях кримінального процесу є дієвим механізмом забезпечення незалежного підходу держави до захисту конституційних прав та свобод громадян і об'єктивною необхідністю для забезпечення змагального судочинства протягом усіх його стадій.

Для того щоб дізнатися наскільки реалізовується змагальність у реальному житті, доцільно проаналізувати звернення громадян держав-учасниць СНД до ЄСПЛ щодо порушень ст. 6 ЄКПЛ, яка гарантує право на справедливий судовий розгляд та регламентує окремі елементи змагальності, оскільки результати такого аналізу можуть свідчити про вдоволеність та віру у справедливість свого національного судочинства громадян-скаржників.

Відповідно до звітів за період з 2009 до 2011 р. до ЄСПЛ надійшло 410552 скарг (2009 рік – 119298; 2010 рік – 139630, 2011 – 151624), 42 % з яких надійшли від громадян держав-учасниць СНД (РФ – 114088, Україна – 30680, Республіка Молдова – 11436, Республіка Грузія – 9906, Азербайджанська Республіка – 4050, Республіка Вірменія – 2686). У верхівці списку за кількістю скарг, окрім держав-учасниць СНД, знаходяться також Турецька Республіка (44246), Республіка Румунія (34036) та Італійська Республіка (31107).

За вказаний період ЄСПЛ розглянуто 4281 справу, найбільша кількість справ (2373) стосувалась перш за все порушення норм, що закріплені у ст. 6 ЄКПЛ, яка гарантує право на справедливий судовий розгляд. У 27 % розглянутих справ скарги щодо порушення цієї статті, надійшли знову ж таки від громадян держав-учасниць СНД (РФ – 283, Україна – 269, Республіка Молдова – 40, Азербайджанська Республіка – 26, Республіка Грузія – 7, Республіка Вірменія – 5). Найбільшими порушниками статті 6 ЄКПЛ, окрім РФ та України, виступають ті самі держави, що і очолюють список «лідерів» за кількістю скарг, що надійшли до ЄСПЛ, – Турецька Республіка (466), Республіка Румунія (173) та Італійська Республіка (107).

Статистика по інших європейських державах свідчить про те, що їхні громадяни значно менше звертаються до ЄСПЛ зі скаргами взагалі та щодо порушення статті 6 ЄКПЛ зокрема [220].

Факт того, що шість держав із сорока сімох, які входять до складу Ради Європи, та Україна, зокрема, мають такі високі показники щодо кількості направлених скарг до ЄСПЛ, і особливо про порушення ст. 6 ЄКПЛ, свідчить про те, що попри значущість законодавчого закріплення принципу змагальності, з точки зору міжнародновизнаних стандартів, регламентація вищевказаного принципу в національному законодавстві ще не гарантує його реалізацію та дотримання у реальному кримінальному провадженні.

Отже, попри те, що законодавці держав-учасниць СНД спробували привести своє кримінально-процесуальне законодавство у відповідність до сучасних тенденцій кримінальної політики, можна констатувати, що норми, які закріплюють змагальність протягом усього кримінального судочинства в державах-учасницях СНД, є декларативними, а досудове провадження, попри проголошення його змагальним, у зазначених державах повністю змагальним так і не стало.

Для того щоб з'ясувати, які підстави перешкоджають повною мірою реалізувати змагальність у досудових стадіях у кримінально-процесуальному законодавстві держав-учасниць СНД, доцільно більш детально розглянути КПК зазначених держав.

Регламентація в КПК РФ, Республіки Таджикистан, Азербайджанської Республіки права захисника не тільки надавати, а й збирати докази викликала дискусію серед практичних працівників та науковців щодо його тлумачення. Ряд процесуалістів вважають, що усе, що отримає адвокат-захисник у результаті своїх пізнавальних дій (що можна трактувати як правомірні процесуальні форми збирання доказів), є доказами, що підлягають приєднанню до справи [221, с. 13; 222, с. 65; 223, с. 6]. Але домінуючою усе-таки залишається позиція, згідно з якою захисник збирає не докази, а відомості та носії інформації, що можуть бути визнані доказами лише рішенням посадових осіб, котрі здійснюють провадження у справі [224, с. 147; 192, с. 54]. Остання позиція, на нашу думку, є більш виваженою, оскільки збирання доказів – це діяльність з їхнього формування, надання інформації певної процесуальної форми, що супроводжується її перевтіленням. У діяльності ж адвоката-захисника відсутня визначальна ознака цього елемента доказування – перевтілення отриманої інформації та надання їй процесуальної форми, тобто формування доказів [225, с. 141–156]. Отже, відомості, зібрані адвокатом, не є

доказами у кримінальній справі, і, більш того, визнаються як такі, що отримані з порушенням закону, оскільки їх збирання здійснене неналежним суб'єктом.

Так, за законодавством РФ, докази визнаються отриманими з порушеннями закону, якщо під час їх збирання та закріплення були порушені гарантовані Конституцією РФ права людини та громадянина або встановлений кримінально-процесуальним законодавством порядок їх збирання та закріплення, а також якщо збирання та закріплення доказів здійснено не належною особою або органом чи у результаті дій, не передбачених процесуальними нормами [226].

Аналогічна точка зору відображена у Роз'ясненнях Ради адвокатської палати м. Москви «Про адвокатське опитування» [227, с. 32] та Рекомендаціях щодо реалізації ч. 1 ст. 53, ч. 3 ст. 86 КПК РФ та п. 3 ст. 6 Федерального закону «Про адвокатську діяльність і адвокатуру у Російській Федерації» [228].

КПК Азербайджанської Республіки у ст. 125 зазначає, що прийняття у вигляді доказів свідчень, документів та речей є неприпустимим, якщо вони були здобуті під час провадження у кримінальній справі, проведення слідчих чи інших процесуальних дій особою, яка не має на те права [218].

У вищезазначених державах-учасницях СНД визнання допустимою інформації, зібраної захисником, відбувається у результаті задоволення посадовою особою, у провадженні якої знаходиться кримінальна справа, відповідного клопотання, заявленого захисником. Тому відомості, що зібрані захисником, можуть стати доказом лише після того, як вони будуть надані особам, які ведуть процес, визнані ними як такі, що мають значення для справи, та надобудуть необхідної процесуальної форми [229, с. 568].

Таким чином, захисники, за КПК РФ, Республіки Таджикистан, Азербайджанської Республіки, попри регламентацію в законодавстві їхнього самостійного права на збирання доказів, реалізувати його на досудових стадіях можуть лише через сторону обвинувачення, на представників якої покладено обов'язок здійснювати вказані дії шляхом виконання слідчих та інших процесуальних дій (ст. 86 КПК РФ, ст. 74 КПК Республіки Таджикистан, ст. 143 КПК Азербайджанської Республіки) [218]. Тобто процедура із збирання доказів у досудовому провадженні

вищевказаних держав є аналогічною з тією, що закріплена в КПК України, а норма, що проголошує рівність сторін із збирання доказів, є декларативною.

Схожа ситуація і з нормою, що закріплює право захисника на залучення спеціаліста (ст. 53 КПК РФ, ст. 92 КПК Азербайджанської Республіки [218]). На перший погляд, це є прогресивним положенням, яке в Україні тільки планується запровадити. Але при більш детальному аналізі законодавства можна переконатися, що порядок його реалізації, встановлений ст.ст. 58, 168 КПК РФ та ст.ст. 85, 96 КПК Азербайджанської Республіки [218], свідчить про те, що він нічим не відрізняється від того, який наразі діє за чинним КПК України (ст. 128-1) [6]. Тобто до участі у проведенні слідчої дії спеціаліста має право залучити тільки слідчий, який після пересвідчення у його особі та компетентності роз'яснює права та обов'язки, порядок провадження слідчої дії та з'ясовує його стосунки з підозрюваним, обвинуваченим, потерпілим. Отже, адвокат-захисник, за КПК РФ та КПК Азербайджанської Республіки, не може на свій розсуд визначити спеціаліста, самостійно викликати його, визначити йому завдання та включити до числа учасників слідчої дії. Він лише вправі заявити клопотання про допуск спеціаліста до участі у проведенні слідчої чи процесуальної дії, або здійснювати із ним співробітництво не у процесуальній формі, а на договірних засадах. Це може призвести до того, що спеціаліст не буде вважатися учасником процесу, а його висновок не буде доказом у справі, оскільки отриманий поза процесуальним порядком. На підставі вищевикладеного можна зробити висновок про нерівноправність захисника та його залежність від представників сторони обвинувачення при залученні спеціаліста у досудових стадіях процесу.

Те саме стосується і права захисника ставити запитання допитуваним особам. Дійсно, на відміну від КПК України, де таке право передбачене тільки для захисника свідка (ст. 48 КПК України), КПК таких держав, як РФ, Республіка Казахстан, Республіка Білорусь, Республіка Таджикистан, Республіка Киргизстан, Республіка Туркменістан та Республіка Узбекистан, надають його будь-якому захисникові, але при цьому зазначають, що дане право зазначений учасник може реалізувати лише з дозволу слідчого (Республіка Білорусь). Окрім отримання такого дозволу, слідчому надається право відвести поставлені запитання, хоча і

з обов'язковим занесенням їх до протоколу (Республіка Казахстан, Республіки Таджикистан, Республіка Киргизстан). Лише КПК Республіки Туркменістан та Республіки Узбекистан дозволяє захисникові, якщо він бере участь при провадженні вказаних дій, ставити запитання допитуваним без будь-яких умов [218]. Таким чином, з усіх перелічених держав лише кримінально-процесуальне законодавство Республіки Туркменістан та Республіки Узбекистан є більш-менш наближеним до встановлення змагального порядку під час проведення допитів учасників процесу за участю представників обох сторін.

Розширивши перелік підстав обов'язкової участі захисника у кримінальних справах, законодавці держав-учасниць СНД мали на меті підвищення гарантій захисту прав вразливих категорій осіб. Так, на відміну від України, в КПК якої регламентовано меншу кількість підстав для обов'язкової участі захисника, в зазначених державах-учасницях СНД більшості осіб, незважаючи на їх бажання мати захисника та можливість оплатити його послуги, особа, що провадить дізнання, слідчий чи суд зобов'язані в обов'язковому порядку надати допомогу у встановленні зв'язку із захисником або призначити його за рахунок держави, що в результаті повинно сприяти посиленню реалізації змагальності на досудових стадіях. Та реальне її посилення відбувається тільки у разі активного відстоювання сторонами своїх позицій шляхом вчинення певних дій в межах покладених на них процесуальних функцій. Але активність захисника прямо залежить не від того чи є його участь у справі обов'язковою чи ні, а від гонорару, який він отримує за виконання своїх дій*. При цьому для нього не є суттєвим від кого надійдуть вказані кошти – від підзахисного чи від держави. Та, оскільки в державах-учасницях СНД розмір грошової компенсації, яку отримують адвокати за здійснення захисту за призначенням, є невеликим, до того ж процедура отримання цих коштів є недосконалою, що у своїй сукупності має наслідком або ухилення адвокатів від участі у таких справах або у здійсненні захисту формально, можна констатувати, що розширення підстав обов'язкової участі захисника за призначенням повинно, але не забезпечує змагальність повною мірою на досудових стадіях процесу.

Для виправлення вказаної ситуації необхідно підвищити розмір

* Звичайно, у діяльності адвоката-захисника є й інші стимули (завоювання авторитету серед населення, моральне задоволення тощо). Але в умовах ринкової економіки основним є такий матеріальний інтерес.

грошової компенсації та розробити процедури, що зобов'язують відповідні фінансові органи відраховувати кошти з бюджету за вимогами колегій адвокатів, оскільки встановлений у КПК держав-учасниць СНД порядок оплати праці вказаним учасникам не може бути реалізований за відсутності чіткої регламентації умов його забезпечення [230, с. 106]. Розроблення такого механізму, в свою чергу, посилить мотивацію адвокатів-захисників активно відстоювати інтереси своїх підзахисних у справах, де їх участь є обов'язковою. Це посприє покращенню реалізації змагальних засад у досудовому провадженні.

Позбавлення сторони обвинувачення у КПК РФ обов'язку всебічно, повно і об'єктивно досліджувати обставини справи, на перший погляд, може свідчити про усунення суміщення функцій, але в той же час на дізнавача, слідчого, прокурора та суд покладено обов'язок досліджувати обставини, що підтверджують як винуватість, так і невинуватість особи у вчиненні злочину. Ці приписи закону вимагають від сторони обвинувачення збирання також і виправдувальних доказів (ст. 73 КПК РФ [218]), що є несумісним із виконанням функції обвинувачення. Отже, можна констатувати, що суміщення функцій обвинувачення та захисту в повноваженнях представників сторони обвинувачення за кримінально-процесуальним законодавством РФ досі існує.

У КПК Азербайджанської Республіки (ст. 19), Республіки Узбекистан (ст. 24), Республіки Білорусь (ст. 17), Республіки Вірменія (ст. 10), Республіки Молдова (ст. 17), РФ (ст. 16), Республіки Киргизстан (ст. 20), Республіки Казахстан (ст. 26), Республіки Таджикистан (ст. 53) та Республіки Туркменістан [218] право на захист гарантується лише особам, які набули статусу підозрюваного та обвинуваченого, тобто лише після порушення кримінальної справи. Попри те, що кримінальне переслідування може здійснюватися щодо особи і до порушення кримінальної справи, тобто під час попередньої перевірки на предмет наявності достатніх даних для порушення кримінальної справи. Така перевірка може тривати від 10 днів (ст. 329 КПК Республіки Узбекистан) і аж до трьох місяців (ст. 173 КПК Республіки Білорусь) [218]. Отже, право на захист у зазначених державах, як і в Україні, залежить від набуття особою відповідного статусу, що суперечить практиці ЄСПЛ.

У КПК деяких держав-учасниць СНД на сторону обвинувачення (прокурора) покладено повноваження вирішувати відводи та розглядати

скарги на рішення, дії та бездіяльність інших, окрім потерпілого, представників сторони обвинувачення, навіть ті, що заявлені представниками сторони захисту (ст. ст. 80, 231 КПК Республіки Узбекистан; ст. ст. 84, 112, 113 КПК Азербайджанської Республіки; ст.ст. 81, 82, 139 КПК Республіки Білорусь; ст. 53 Республіки Вірменія [218]). Наявність у зазначених осіб перелічених повноважень є неприпустимим у змагальному судочинстві, бо посадові особи, які здійснюють розслідування у справі, є представниками однієї сторони – обвинувачення. Отже, у представників сторони захисту є усі підстави сумніватися в неупередженості прийняття таких рішень.

На органи, які здійснюють досудове розслідування, покладено обов'язок вирішувати питання про призначення та усунення захисника чи представника цивільного відповідача (ст.ст. 85, 92, 114 КПК Азербайджанської Республіки, ст.ст. 50, 80 КПК Республіки Узбекистан, ст. 55 КПК Республіки Вірменія [218]). Вказаний порядок суперечить змагальній моделі досудового провадження, оскільки вказані повноваження є прерогативою незалежного та неупередженого арбітра, тобто суду.

Органи досудового розслідування, за КПК Азербайджанської Республіки, мають право своїм рішенням обмежити представників сторони захисту у часі їх ознайомлення з матеріалами справи (ст. 285 КПК) [218]. Це є прямим порушенням права на захист, яке у змагальному процесі якщо хтось і може обмежувати, то тільки суд.

Попри розширення повноважень суду у досудовому провадженні шляхом надання йому права приймати рішення про ряд слідчих і процесуальних дій, за КПК Азербайджанської Республіки, РФ, Республіки Молдова, рішення про застосування окремих примусових заходів, що також обмежують конституційні права громадян, надалі приймають представники сторони обвинувачення. До того ж КПК вказаних держав передбачають велику кількість слідчих дій, що у виняткових випадках можуть бути проведені і без судового рішення [218]. А в окремих державах-учасницях СНД (Республіка Білорусь, Республіка Узбекистан, Республіка Киргизстан) взагалі можна констатувати відсутність участі суду у досудовому провадженні, бо рішення про проведення усіх примусових заходів та слідчих дій, навіть тих, що суттєво обмежують конституційні права громадян (огляд, обшук, виїмка, освідування, поміщення обвинуваченого до медичного закладу для проведення експерти-

зи, відібрання зразків для експертних досліджень, прослуховування переговорів, арешт поштово-телеграфної кореспонденції, привід, накладення арешту на майно, відсторонення обвинуваченого від посади та ін.) приймають представники сторони обвинувачення [218]. Винятком з цього переліку є лише передбачене в КПК Республіки Білорусь повноваження суду приймати рішення про поміщення обвинуваченого до медичного закладу для проведення медичної експертизи [218] та передбачене в КПК Республіки Узбекистан повноваження суду приймати рішення про застосування до особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту (повноваження щодо прийняття якого лише в 2008 році було передано від прокурорів до суду) [218]. У Республіці Узбекистан розширити юрисдикцію суду у досудовому провадженні лише планується і тільки стосовно прийняття рішень щодо відсторонення обвинуваченого від посади та поміщення обвинуваченого у медичний заклад [231].

Попри проголошення дії змагальності протягом усіх стадій, про поширення її меж на стадію порушення кримінальної справи в державах-учасниках СНД говорити ще зарано, оскільки, як уже зазначалося, захищатися від кримінального переслідування особа має можливість лише після порушення кримінальної справи і набуття певного процесуального статусу.

Регламентувавши на загальному рівні рівність сторін у досудовому провадженні, законодавці держав-учасниць СНД не змогли повноцінно її реалізувати на рівні окремих норм і інститутів. Так, наприклад, аналіз прав обвинуваченого та потерпілого, за КПК РФ, дозволяє констатувати, що вказані учасники за своїми правами у досудовому провадженні не є рівними. Так, відповідно до ст.ст. 42 та 47 КПК РФ, якщо потерпілий лише вправі знати про пред'явлене обвинувачення (п. 1 ч. 2 ст. 42), то обвинуваченому забезпечено отримання копії постанови про притягнення його як обвинуваченого (п. 2 ч. 4 ст. 47). Обвинуваченому надають копії обвинувального висновку чи обвинувального акта (п. 2 ч. 4 ст. 47, ч. 2 ст. 222; ч. 3 ст. 226), а потерпілий може їх отримати лише у тому випадку, якщо він заявить про це клопотання (ч. 2 ст. 222, ч. 3 ст. 226). Залишається незрозумілим, звідки про це право може дізнатися потерпілий, якщо у ст. 42 воно не зазначено. Відповідно до вказаних статей КПК, обвинувачений, як і його захисник, вправі захищатися «іншими способами та засобами», що не заборонені КПК РФ. Нічого схожого в

переліку прав потерпілого в КПК РФ не встановлено.

До того ж, на відміну від розширеного переліку випадків обов'язкової участі захисника обвинуваченого, законодавець у КПК РФ передбачив лише обов'язкову участь законних представників для потерпілих, що є неповнолітніми, або тих, які через свій фізичний або психічний стан позбавлені можливості самотійно захищати свої права та законні інтереси [105, с. 5–6].

Окрім цього, нелогічним виглядає задум законодавців держав-учасниць СНД, які в КПК РФ, Республіки Таджикистан та Азербайджанської Республіки [218] передбачили право захисників на збирання доказів невинуватості підозрюваного чи обвинуваченого, але не встановили обов'язок представників сторони захисту ознайомлювати представників сторони обвинувачення з усіма зібраними доказами після завершення досудового провадження, попри те, що для органів досудового розслідування такий обов'язок встановлено.

Отже, аналіз КПК держав-учасниць СНД на наявність підстав, що перешкоджають повною мірою реалізувати змагальність у досудових стадіях, дозволяє зробити висновок, що найбільше таких підстав міститься у законодавстві: Республіки Узбекистан, Республіки Білорусь та Республіки Туркменістан, досудове провадження яких можна охарактеризувати як розшукове. КПК Республіки Туркменістан був прийнятий одним з останніх серед держав-учасниць СНД. Тому можна було очікувати, що положення щодо змагальності у досудовому провадженні будуть у ньому розширені з урахуванням тих, котрі були запроваджені у КПК держав-учасниць СНД. Але стан регламентації у КПК Республіки Туркменістан змагальності у досліджуваній нами частині кримінального провадження можна визначити як такий, що не узгоджується із європейськими стандартами судочинства.

3.2. Регламентація змагальності у досудовому провадженні в законодавстві держав-членів Ради Європи

Україна в 1995 року приєдналась до Ради Європи та зобов'язалась дотримуватись загальних обов'язків згідно з прийнятим у 1949 році Статутом Ради, а саме: плюралістичної демократії, верховенства права та

захисту прав людини і основних свобод усіх осіб під її юрисдикцією (ст. 3) [232]. Принцип верховенства права є одним із елементів спільної духовної спадщини держав-членів Ради Європи та лежить в основі права на справедливий судовий розгляд, що передбачено нормами ЄКПЛ. Цей міжнародний документ містить дві групи основоположних гарантій справедливого судового розгляду, яких повинні дотримуватися на всіх стадіях процесу: 1) створення незалежного суду; 2) забезпечення рівності сторін. Дотримання цих умов є також однією з основних ознак змагального кримінального процесу, запровадження якого є одним із пріоритетів кримінального провадження не тільки в Європі, а і в Україні.

Виконання зазначених зобов'язань Україною неможливе без приведення національного, в тому числі і кримінально-процесуального, законодавства у відповідність до вищезгаданих міжнародних та європейських стандартів. У цьому контексті великої значущості набуває вивчення законодавства іноземних держав, а саме тих, що є членами Ради Європи, з метою пошуку оптимальних шляхів імплементації змагальності у кримінально-процесуальне законодавство України.

Наразі членами Ради Європи є 47 держав, 6 з яких є державами-учасницями СНД, кримінально-процесуальне законодавство яких детально розглянуто нами у попередньому підрозділі. Законодавство 41 держави буде піддано ретельному аналізу на предмет наявності змагальних елементів у досудовому провадженні.

Як і при попередніх дослідженнях змагальності у законодавстві України та держав-учасниць СНД, свій аналіз ми почнемо із з'ясування питання про те, чи регламентується на законодавчому рівні змагальність у досудовому провадженні в державах-членах Ради Європи.

Аналіз Конституцій держав-членів Ради Європи показав, що, на відміну від держав-учасниць СНД, практика регламентації змагальності відсутня і змагальність нормативно закріплена як принцип лише в Конституції Португальської Республіки (ст. 32) та Республіки Болгарія (ст. 121) [217]. В Основних Законах всіх інших держав закріплені положення, що є лише її елементами. Так, Конституція Словенії закріплює право кожного на прийняття швидкого рішення стосовно його прав та обов'язків, а також висунутих проти нього обвинувачень, незалежним, безстороннім, створеним у відповідності до закону судом (ст. 23); Конституція Італії визначає захист як непорушне право на будь-якій стадії

процесу (ст. 24); Основний Закон Швейцарії надає кожному обвинуваченому право на більш повне та швидке роз'яснення пред'явлених йому обвинувачень та наділяє цих осіб можливістю скористатися правом на захист, що їм належить (ст. 32) [217].

Така ситуація простежується і в КПК держав-членів Ради Європи, де попри відсутність норми-дефініції, що закріплює змагальність протягом усього провадження, регламентуються окремі елементи, що забезпечують її реалізацію у кримінальному провадженні. Так, наприклад, в КПК Латвійської Республіки нормативно регламентовано розподіл процесуальних функцій (ст. 17), рівноцінність процесуальних повноважень учасників, які реалізують зазначені функції (ст. 18), право осіб, що переслідуються, на захист (ст. 20) [233]. КПК Естонської Республіки передбачає здійснення правосуддя лише судом (ст. 12), який повинен бути незалежним та підкорятися лише закону (ст. 15), при цьому учасники судочинства наділяються рівними правами (ст. 13) [234].

На жаль, обсяг нашого дослідження не дозволяє детально проаналізувати законодавство всіх держав-членів Ради Європи щодо регламентації елементів змагальності у досудових стадіях. Але аналіз наукової літератури та кримінально-процесуального законодавства цих держав свідчить про те, що ті з них, які входять до цієї спільноти, належать до двох груп: 1) держави з англосаксонською правовою системою (типовий представник: Великобританія); 2) держави з континентальною системою права (типові представники: Франція та Німеччина). Тому задля забезпечення достовірності наукових результатів доцільно дослідити законодавство саме вказаних держав на наявність у досудовому провадженні основних ознак змагальності та розглянути певні особливості її реалізації в окремих європейських державах.

У Великобританії відсутній єдиний КПК. Законодавство взагалі відіграє другорядну роль порівняно із судовою практикою. Тому нормативного закріплення поділу сторін та функцій кримінального процесу в досудовому провадженні немає. Однак це не перешкоджає кримінальному процесу Великобританії бути змагальним на всіх його стадіях. Досудове провадження в цій державі складається з поліцейського розслідування та досудового дослідження сторонами обставин справи.

Попри те, що поліцейське розслідування англійські юристи не відносять до кримінального процесу, оскільки вважають, що діяльність на

цьому етапі має адміністративний характер та не відрізняється від оперативно-розшукового провадження – вже на цьому етапі можна виділити учасників, які виступають як сторони, здійснюючи покладені на них функції обвинувачення і захисту, а також наявність суду, функція якого полягає у вирішенні питань щодо застосування заходів процесуального примусу [235, с. 29].

У Великобританії здійснення обвинувачення покладено на органи кримінального переслідування та, відповідно до концепції загальногромадського обвинувачення, що діє в сучасному англійському процесі, – на будь-яку фізичну або юридичну особу.

Потерпілий, а також інші особи, які згідно із законом наділені правом кримінального переслідування, можуть провадити попереднє розслідування трьома способами: 1) особисто; 2) за допомогою запрошеного приватного детектива; 3) звернувшись до відповідного державного органу. Ці та інші права потерпілих регламентуються хартіями «Про права жертв злочинів» (1990 р., 1996 р.) та документом, що прийнятий МВС, Генеральним прокурором та Лорд Канцлером Великобританії «Перегляд Хартії про жертв злочину» (2001 р.) [236, с. 58–60]. Відповідно до вищевказаних законів, усі права потерпілих у досудовому провадженні можна поділити на дві групи: 1) інформація про їх права; 2) ті, які їм належать, незалежно від органів кримінальної юстиції [237, с. 127].

У випадках, коли кримінальне переслідування провадиться від імені держави або приватна особа звертається в державні органи, попереднє розслідування провадиться посадовими особами поліції, слідчими апаратами Департаменту Директора публічних переслідувань, Державною обвинувальною службою, яку очолює Генеральний аторней. Під час досудового провадження вищезазначені суб'єкти можуть здійснювати як оперативно-розшукові, так і окремі слідчі дії, зокрема ті, що провадяться відповідно до судового рішення.

У Великобританії законодавча регламентація поліцейського дізнання практично відсутня (якщо не враховувати норми про підстави і порядок проведення арешту). Попереднє розслідування більшості злочинів здійснює саме поліція, проводячи пошукові дії з використанням спеціальних засобів, залученням спеціальних агентів та інформаторів. У результаті поліцейського розслідування не з'являються судові докази і поліцією не приймаються рішення за предметом кримінально-правового спору між обвинуваченим і державою. На даній стадії відбувається лише відшукування, виявлення носіїв доказової інформації шляхом: огляду місця події, ви-

лучення та дослідження предметів і документів, особистого спостереження, опитування і особистого огляду громадян, обшуку (приміщень, ділянок місцевості, салонів автомобілів), впізнання*, прихованого спостереження, використання спеціальних служб, перехоплення повідомлень і інших форм контролю технічних засобів зв'язку, які будуть згодом представлені в суд. Ця інформація стане змістом доказів тільки в судовому засіданні, наприклад, після допиту офіцера або експерта як свідка обвинувачення [240, с. 29, 124].

Процесуальними супротивниками сторони обвинувачення у кримінально-процесуальному законодавстві Великобританії є представники сторони захисту, а саме – обвинувачений та його захисник.

Про обвинуваченого на цьому етапі кримінального процесу можна говорити лише умовно, виходячи з відносин, що фактично складаються між особою, яка переслідується, та органами поліцейського розслідування [241, с. 295]. Права цих учасників процесу регламентуються такими документами: Закон «Про права людини» (1998 р.), який легітимував ЄКПЛ і встановив правила її тлумачення та застосування в судах, Закон «Про забезпечення доступу до правосуддя» (1999 р.), що сприяв наданню реальної допомоги малозабезпеченим обвинуваченим, та Суддівські правила, у вступі яких закріплюється право особи на захист та зазначається, що кожна особа на будь-якій стадії розслідування повинна мати можливість отримувати інформацію і консультуватися сам на сам із своїм захисником. Це положення поширюється також на осіб, які знаходяться під вартою, але за умови, що в результаті цього не виникне необґрунтованого затримання або перешкод під час розслідування або при відправленні правосуддя [242, с. 114].

Захисники у Великобританії мають право здійснювати підготовку матеріалів до судового розгляду, аналогічну поліцейському розслідуванню. У цій державі найстаршими корпораціями захисників є барристери і солістери. Барристери вважаються елітою і працюють у судах (біля бар'єра), а солістери займаються з клієнтами і збирають доказовий матеріал на досудових етапах [243, с. 64–75]. Після прийняття Закону

* В англійському процесі існує 4 різновиди впізнання: впізнання об'єктів, впізнання при очній ставці, викриття, впізнання по фотографії [238]. Ключовим критерієм допустимості впізнання є відсутність у процедурі його проведення очевидних обставин, що вказують тому, хто впізнає на того, кого впізнають. Але, навіть з цього правила є винятки [239, с. 367–370].

«Про суди і правове обслуговування» (1990), що спрямований на забезпечення злиття існуючих корпорацій юристів (солістерів і барристерів) в єдину корпорацію (адвокатуру) і покликаний поліпшити надання юридичних послуг, у тому числі у кримінальних справах, жорстка межа в їх функціях стала стиратися.

Права захисників та обвинувачених різняться між собою залежно від місцевості, де здійснюється судочинство. Так, в Англії та Уельсі обвинувачений, який утримується під вартою, має право консультиватися зі своїм захисником конфіденційно у будь-який час. Однак у випадку тяжкого правопорушення, за скоєння якого передбачається арешт, доступ до захисника може бути відкладений (максимально до 36 годин) у разі непред'явлення йому обвинувачення та коли є підстави вважати, що реалізація ним цього права може зашкодити слідству. Але якщо з захисником безперешкодно можна встановити зв'язок та у разі виявлення у нього та у його підзахисного бажання та можливості бути присутнім під час допитів обвинуваченого – захиснику таке право надається. Особи, які утримуються під вартою в поліції, мають право на конфіденційні побачення та спілкування із обраним захисником у будь-який час без обмежень.

Трохи іншою є ситуація у Шотландії, де обвинувачений має право на захисника лише після того, як його затримали, попередили про відповідальність та формально пред'явили обвинувачення [245].

Функцію правосуддя у досудовому провадженні виконують нижчі суди або суди першої ланки, які ще умовно називають мировими або магістратськими судами. Ці суди не мають нічого спільного з судами, які будуть розглядати справу по суті. Їхня участь у досудовому провадженні полягає здебільшого у прийнятті рішень щодо застосування заходів примусу до обвинувачених. До таких заходів у Великобританії належать як запобіжні, так й інші заходи процесуального примусу, наприклад такі дії, що за вітчизняним законодавством належать до слідчих: обшук, зняття інформації з каналів зв'язку, тощо. Майже всі такі заходи процесуального примусу контролюються судом шляхом видання судового наказу [235, с. 26–27].

Для застосування заходів процесуального примусу або здійснення інших дій, пов'язаних з обмеженням приватного життя особи, поліції необхідно надати суду підстави для вчинення таких дій або застосуван-

ня заходу процесуального примусу, тобто, по суті, сформулювати обвинувачення. З цією метою посадова особа, яка провадить розслідування, складає процесуальний документ (інформацію), у якому містяться відомості про злочин і особу, підозрювану в його вчиненні. Порядок складання і направлення до суду інформації регулюється Законом „Про магістратські суди”, прийнятим у 1980 році, і Правилами провадження в магістратських судах, прийнятими в 1981 році. Інформацію поліція надсилає до магістратського суду, який розглядає питання про наявність або відсутність підстав для видачі відповідного наказу для застосування заходів процесуального примусу [241, с. 297].

Якщо дії, що обмежують приватне життя особи (наприклад, обшук, під яким юристи розуміють будь-яке вторгнення посадових осіб у сферу приватного життя особи, у тому числі і прослуховування розмов [246, с. 36-38]), були проведені без судового ордеру – не можуть бути використані під час доказування. Але з цього правила існує велика кількість винятків, так само як і щодо проведення арешту (затримання).

Так, поліція має право проводити арешт (затримання) без отримання попереднього наказу судді у справах про „арештні” злочини (що передбачають покарання у вигляді п'яти і більше років тюремного позбавлення волі, а також деякі інші злочини, за вчинення яких закон визначає суворо фіксований розмір покарання). Для проведення арешту офіцер повинен мати достатні підстави вважати, що злочин мав місце і особа, яка підлягає арешту, є правопорушником. За відсутності необхідності в негайному затриманні підозрюваного офіцер може спочатку отримати судовий ордер (так званий *arrest warrant*), який видається магістратом за наявності достатніх підстав. Однак у більшості справ у тяжких злочинах офіцер діє без ордеру. Поліцейський може арештувати особу, як тільки він переконається в наявності достатніх підстав. Такий арешт без судового ордеру називається *warrantless arrest*. Одночасно з арештом офіцер має право оглянути арештованого, салон автомашини, його речі для виявлення будь-якої зброї, контрабанди або слідів злочину. Відразу після затримання арештований доставляється в поліцейську дільницю, в'язницю або інше спеціальне місце. При розслідуванні після арешту в загальному порядку проводиться реєстрація доставленого (*booking*). Під час перебування в дільниці йому надається право зробити телефонний дзвінок і він інформується про підстави затримання. Потім заарештований

піддається ретельному обшуку і поміщається в ізолятор тимчасового утримання, де чекає свого представлення перед магістратом [246, с. 93].

Не вимагає судового дозволу також обшук в автомобілі, вилучення під час обшуку відкрито лежачих речових доказів, не зазначених в ордері, а також проведення обшуку у випадках, що не терплять зволікання. Крім того, навіть якщо обшук був проведений з порушеннями, в деяких випадках його результати можуть бути використані, наприклад, не проти тієї особи, в якій був проведений обшук, а проти іншого обвинувачуваного, або використані під час перехресного допиту [247, с. 168, 170–171]. Також не завжди вимагається наявність судового дозволу для використання підслуховуючих пристроїв. Проведення цього примусового заходу буде вважатися законним навіть без дозволу суду, якщо є згода одного з учасників переговорів або застосовується підслуховування без використання звукозапису чи технічних засобів. Прослуховування переговорів без отримання ордера є можливим також у «критичних ситуаціях» терміном, що не перевищує 48 годин [240, с. 68].

На стадії досудового дослідження обставин справи, на відміну від попередньої стадії, вже в повну силу вступає змагальний метод правового регулювання та виникають тристоронні правовідносини. На цій стадії в умовах змагальності відбувається: дослідження суддею доказів, що надані сторонами; провадження допитів свідків обвинувачення з метою легалізації інформації, здобутої на стадії поліцейського розслідування; перевірка доказового матеріалу, що був зібраний поліцією, на достатність підстав для судового розгляду справи; оголошення та роз'яснення обвинуваченому сутності обвинувачення; вирішення питання про застосування заходів кримінально-процесуального примусу тощо [235, с. 29, 37].

Що стосується реалізації принципу змагальності в державах-членах Ради Європи з континентальною правовою системою, то слід зазначити, що, на відміну від держав з англосаксонським типом правової системи, на досудових стадіях кримінального процесу цей принцип діє не в повному обсязі, але в більшій мірі, аніж у державах-учасницях СНД.

У Франції досудове провадження складається з поліцейського дізнання та попереднього слідства. Попри те, що французька теорія виходить з того, що французький процес керується принципом змагальності, «що пронизує усі стадії процесу та слугує надійною гарантією прав об-

винуваченого» [248, с. 31–46], аналіз наукової літератури та кримінально-процесуального законодавства цієї держави дозволяє зробити висновок про те, що це не зовсім так, оскільки французьке досудове провадження є змішаним, де поліцейське дізнання – розшукове, а попереднє розслідування – змагальне.

Розшуковий характер поліцейського дізнання впливає з таких ознак цієї стадії: а) відсутність визначених законом приводів для порушення дізнання; б) формалізм процесуальних дій; в) широке використання оперативно-розшукових даних; г) виконання поліцією будь-яких процесуальних дій, у тому числі пов'язаних з обмеженням прав підозрюваного без санкції судової влади.

Змагальний характер попереднього слідства Франції характеризується такими ознаками: 1) процесуальне положення судового слідчого робить його незалежним від сторони обвинувачення; 2) сторона обвинувачення урівнюється у правах зі стороною захисту; 3) існування другої інстанції для попереднього слідства у вигляді обвинувальної камери апеляційного суду; 4) встановлення суворого судового контролю за діяльністю поліції та чітке визначення її функцій; 5) встановлення процесуальних гарантій при взятті підслідного під варту [249, с. 147].

Значну схожість з французьким кримінальним судочинством має кримінальний процес Німеччини, в КПК якого також відсутні статті, що регламентують принцип змагальності та розподіл сторін на досудовому провадженні. Але, безумовно, змагальними ознаками німецького судочинства є: 1) розподіл функцій кримінального переслідування та судового контролю на попередньому розслідуванні; 2) прийняття всіх важливих рішень у справі суддею - дізнавачем; 3) право сторін клопотати щодо проведення суддею-дізнавачем окремих слідчих дій; 4) право захисника бути присутнім при провадженні всіх судових слідчих дій; 5) надання підозрюваному права мати захисника та побачення з ним до першого допиту; 6) контроль суду за дотриманням конституційних прав громадян; 7) здійснення судом легалізації доказів тощо [235, с. 19].

Розглянемо більш детально діяльність основних учасників, які виступають як сторони у зазначених стадіях французького та німецького кримінального судочинства.

Основними носіями функції кримінального переслідування у французькому досудовому провадженні виступають прокуратура та судова

поліція. При цьому прокуратура є процесуальним керівником судової поліції і здійснює нагляд за її діяльністю. Судова поліція визнається самостійним органом попереднього розслідування, оскільки здійснює поліцейське дізнання, що має важливе процесуальне значення [250, с. 218; 251, с. 20–22]. У Франції виділяють два різновиди дізнання: дізнання проступків та початкове дізнання. Змістом будь-якого різновиду дізнання є знайдення та закріплення доказів, вжиття заходів щодо встановлення та пошуку осіб, які порушили закон. Під час дізнання за проступками поліція вправі провести будь-які слідчі дії, за результатами проведення яких оформлюються протоколи, що мають доказове значення. Початкове дізнання тісно пов'язане з позапроцесуальною діяльністю поліції, оскільки у Франції оперативно-розшукова діяльність здійснюється до порушення кримінальної справи. Результати цієї діяльності найчастіше оформлюються єдиним протоколом. На підставі результатів дізнання прокурор порушує кримінальний позов щодо підозрюваних чи за фактом злочину, який направляє судовому слідчому для провадження попереднього слідства, що провадиться у більш змагальній формі [251, с. 50–53].

За КПК Франції, потерпілий також є носієм функції обвинувачення. Так, він має право заявляти цивільний позов у кримінальному процесі і тим самим розпочинати кримінальне переслідування або вступати у кримінальний процес як цивільний позивач у порушеній прокурором кримінальній справі. Потерпілий має право мати адвоката як свого представника. Якщо він виявить бажання скористатися вказаним правом, то ні один допит не може бути проведений без участі представника, якщо тільки потерпілий добровільно не відмовиться від нього. За КПК Франції, адвокат-представник зрівняний у правах з адвокатом-захисником. Він має значні права, серед яких і право оскаржувати юрисдикційні акти слідчого судді [252, с. 115].

У Німеччині функцію кримінального переслідування покладено на прокуратуру. Остання проводить розслідування самостійно або за допомогою посадових осіб поліцейської служби. Попереднє розслідування не має детально регламентованої процесуальної форми і здійснюється в розшуковому порядку, зокрема з використанням результатів отриманих у ході проведення оперативно-розшукових, процесуальних та слідчих дій, навіть тих, що провадять за рішенням суду, але тільки у тих випадках, коли існує загроза позитивному результату проведення даних дій через їх

затримку [253]. Діяльність поліції має характер, що є підготовчим для судового розгляду. Вона пов'язана з відшукуванням носіїв інформації, які після їхньої легалізації можуть стати доказами у справі. Одним із способів легалізації даних поліцейського розслідування є допит поліцейських у суді як свідків. За необхідності легалізації даних попереднього розслідування поліція звертається до дільничного судді [235, с. 19].

Потерпілий, за КПК Німеччини, має право брати участь у справі як обвинувач у справах приватного обвинувачення; співобвинувач у справах публічного обвинувачення; цивільний позивач [252, с. 116]. Він вправі, згідно з § 406f, користуватись послугами адвоката. Під час допиту потерпілого дозволено участь його адвоката, який, у свою чергу, має право протестувати проти питань, що ставлять потерпілому. Крім того, якщо потерпілий допитується як свідок, то він може клопотати про присутність особи, яка користується його довірою. Потерпілі мають право користуватися послугами адвоката за рахунок держави в особливо складних випадках, як правило, у разі вчинення насильницьких злочинів. Крім того, у будь-якому випадку кошти, затрачені потерпілим на послуги адвоката, після набрання вироком законної сили стягуються із засудженого (§§ 397a, 406g, 472, 473) [254, с. 150–151].

Захист у досудовому провадженні Франції здійснюється обвинуваченими та їхніми захисниками. Захищати інтереси обвинуваченого у кримінальному процесі можуть адвокати. У досудових стадіях захист обвинувачених здійснюють соліситори, які мають право на представництво інтересів у судах першої інстанції [255, с. 286].

Адвокат-захисник обвинуваченого може брати участь у справі як на запрошення обвинуваченого, так і за призначенням органу, який веде процес. Обвинуваченим, які не мають достатніх коштів, захисника призначає старшина адвокатської колегії, звичайно переважно з числа адвокатів, які тільки розпочинають свою практику. На попередньому слідстві захисник бере участь у справі з моменту пред'явлення обвинувачення, яке відбувається при першому допиті обвинуваченого. У разі відмови обвинуваченого скористатися послугами адвоката попереднє слідство провадиться без нього (ст. 114 КПК). Захиснику обвинуваченого має бути надано можливість ознайомитися з матеріалами справи не пізніше як за 24 години до початку кожного допиту (ст. 118 КПК). Під час допиту обвинуваченого захисник має право бути присутнім і з дозволу судді

ставити йому запитання. Обвинувачений, якого взято під варту, після пред'явлення обвинувачення має право вільно спілкуватися зі своїм захисником (ст. 116 КПК) як в усній, так і у письмовій формі. Листування між обвинуваченим і його захисником не підлягає перегляду, і, як зазначено у ст. 432 КПК, не може бути письмовим доказом у справі. Про юрисдикційні постанови слідчого судді, пов'язані з провадженням у справі і застосуванням запобіжних заходів (про спрямування справи до суду, про її закриття, про відмову в клопотанні про звільнення обвинуваченого з-під варту тощо), має бути повідомлено захиснику, як і його підзахисному, протягом 24 годин з моменту їх винесення. Після чого обвинувачений має право оскаржити постанови слідчого судді. Скарги адвокатів обвинуваченого на постанови слідчого судді розглядаються обвинувальною камерою Апеляційного суду у складі голови камери і двох членів суду, що є другою судовою інстанцією [256, с.274–275]

Функцію захисту у досудовому провадженні Німеччини здійснюють обвинувачений, його захисник та законний представник. Обвинувачений у Німеччині має низку прав, що повинні бути роз'яснені йому перед першим допитом органами кримінального переслідування чи судом. Серед усіх прав найсуттєвішими для забезпечення змагальності у досудових стадіях є: роз'яснення, у вчиненні якого злочину він обвинувачується, право не відповідати на запитання і право на допомогу захисника (§ 135). Обвинувачений має доступ до захисника протягом усього провадження у справі, починаючи з першого допиту, єдине, що обмежується – це їх кількість (не більше трьох) (§ 137). У Німеччині, окрім адвокатів, як захисники також можуть бути допущені викладачі права німецьких вищих навчальних закладів (§ 138 КПК) [253]. Захисник на вимогу обвинуваченого може бути присутнім на допиті свого підзахисного. Якщо захисник не встиг прибути для участі у проведенні слідчої дії, а обвинувачений не дає згоду брати участь у ній без свого захисника, слідча дія повинна бути перенесена. Якщо ж обвинувачений не наполягає на участі захисника у проведенні слідчої дії, вона може проводитися і без останнього. Зізнання, зроблені за відсутності захисника, можуть бути прийнятними, якщо дотримані усі процесуальні правила [245].

Якщо обвинувачений не обрав собі захисника, а участь останнього є обов'язковою у справі, захисника призначає суд незалежно від матеріальних чи особистих обставин підозрюваного. Участь захисника є

обов'язковою у таких випадках: у справах про тяжкі злочини, зі складними фактичними чи правовими обставинами, у випадку очевидної неспроможності підозрюваного захищати себе особисто, якщо обвинувачені належать до вразливої категорії осіб: малолітні (віком 14–18 років), неповнолітні (віком 18–21 років), недієздатні чи обмежено дієздатні, а також іноземні громадяни. У Німеччині існує схема термінової цілодобової юридичної допомоги. Цим опікується Федеральна асоціація адвокатів, що забезпечує безкоштовну або пільгову юридичну допомогу незможним [245].

Попри наявність вказаних норм у КПК Німеччини, що позитивно впливають на реалізацію змагальності у досудовому провадженні, існують певні обмеження прав представників сторони захисту, що перешкоджає повною мірою її забезпеченню. Так, обвинуваченому не надано право вирішувати, якому слідчому органу він даватиме показання. Якщо обвинувачений в ході дізнання, що проводиться поліцією, наполягає на тому, щоб його допитав суддя, поліція не зобов'язана задовольнити його клопотання, але може передати його для вирішення у прокуратуру. Обвинувачений отримує право на участь у деяких слідчих діях (огляд, допит свідків і експертів) лише у тому випадку, якщо у справі бере участь суддя-дознавач. Водночас у законі є обмовки, що істотно обмежують дане право обвинуваченого. Так, ті з обвинувачених, що мають захисника і утримуються під вартою, можуть скористатися своїм правом на участь у провадженні вказаних слідчих дій лише у випадку, якщо ці дії проводяться в тому населеному пункті, де вони утримуються під вартою. Під час дізнання, що проводиться поліцією, дозволяється пред'являти обвинувачення без вказівки юридичної кваліфікації дій обвинуваченого, які визнаються злочинними, що, зрозуміло, створює додаткові труднощі при провадженні захисту.

Істотно обмежує інтереси обвинуваченого під час дізнання і та обставина, що в КПК Німеччини не передбачено норм, що надають йому право ознайомитися з матеріалами справи як в ході дізнання, так і після його закінчення. Вважається, що необхідні відомості про зміст справи він повинен отримати через свого захисника, який у певних межах має право ознайомлюватися із справою. Право захисника обвинуваченого на ознайомлення з матеріалами справи під час незавершеного дізнання також обмежене. Захисник вправі ознайомитися з протоколами лише тих

слідчих дій, під час вчинення яких він був присутній або мав право бути присутнім. Йому повинно бути пред'явлено для ознайомлення також висновок експерта. Ознайомитися з рештою матеріалів, здобутих у ході дізнання, захисникові обвинуваченого може бути відмовлено у зв'язку з тим, що його обізнаність може негативно вплинути на розслідування [242, с. 80–83, 112–113].

Оскільки право користуватися правовою допомогою захисника протягом усього кримінального провадження є одним з ключових процесуальних прав особи, щодо якої здійснюється кримінальне переслідування, вважаємо за необхідне більш детально розглянути як це право реалізується й у інших державах континентальної системи права та проаналізувати чи відповідає законодавство вказаних держав нормам ЄКПЛ [67] та практиці ЄСПЛ.

Кримінально-процесуальне законодавство більшості зазначених держав закріплює право на захист від обвинувачення зазвичай на всіх стадіях кримінального процесу, однак, глибокі відмінності стосуються моменту, з якого захисник може мати доступ до участі у справі. Так, лише в законодавстві Естонської Республіки, Латвійської Республіки та Республіки Мальта зазначаються конкретні строки. Законодавство низки держав (Королівство Бельгія, Чеська Республіка, Грецька Республіка, Велике Герцогство Люксембург, Литовська Республіка, Португальська Республіка, Королівство Іспанія) називає терміни «від початку провадження», чи «з моменту пред'явлення обвинувачення», чи «після опитування в поліції», не уточнюючи момент часу. В законодавстві окремих держав взагалі не називається строк (Австрійська Республіка, Республіка Кіпр, Королівство Данія, Фінляндська Республіка, Угорська Республіка, Республіка Ірландія, Італійська Республіка, Королівство Нідерландів, Республіка Польща, Республіка Словаччина та Королівство Швеція) і лише законодавство таких держав як: Королівство Данія, Республіка Ірландія, Республіка Мальта, Королівство Нідерландів та Королівство Іспанія, має схему надання термінової юридичної допомоги протягом 24-х годин [245].

Вказане питання є вкрай важливим у кримінальному судочинстві, бо поняття справедливості, закріплене у ст. 6 ЄКПЛ, вимагає, щоб обвинувачений мав потенційну можливість скористатися допомогою захисника вже на самому початку кримінального переслідування [67], тобто

тоді, коли правам захисту може бути завдано непоправної шкоди. Обмеження вказаного права обвинуваченого у законодавстві окремих держав свідчить про існування суттєвих перепон для створення повноцінного змагального процесу у досудових стадіях.

У державах-членах Ради Європи, як правило, тільки адвокати (незалежно від того, як вони іменуються в законах та відповідних правилах тієї чи іншої європейської держави) допускаються до захисту у кримінальних справах (Австрійська Республіка, Королівство Бельгія, Королівство Нідерландів, Королівство Данія, Італійська Республіка, Королівство Іспанія, Латвійська Республіка, Литовська Республіка тощо [245]). У КПК Республіки Польща, наприклад, де також існує правило про те, що «захисника обирає обвинувачений» (§1 арт. 83), вказано, що «захисником може бути лише особа, уповноважена захищати згідно з нормами адвокатського Кодексу» (арт. 82). Правозаступником зазвичай є лише член Асоціації адвокатів й у Королівстві Швеція (Sveriges advokatsamfund) [257, с. 91–92].

Така практика узгоджується також і з позицією, висвітленою у перелічених вище міжнародно-правових документах. Так, ст. 6 ЄКПЛ містить положення, згідно з яким «особа... повинна бути забезпечена допомогою адвоката, котрий має відповідну кваліфікацію та досвід ведення таких справ, щоб забезпечити її ефективну допомогу» [67].

ЄСПЛ у своїх рішеннях під захисниками теж у більшості випадків має на увазі саме адвокатів та не вбачає порушень ст. 6 ЄКПЛ у справах, де національні суди не допускали інших осіб, аргументуючи це тим, що вони не є професіоналами і не зможуть забезпечити ефективний захист обвинувачених відповідно до процесуальних вимог [258; 259]. Дійсно, обвинувачений (підозрюваний), якого представляє захисник-адвокат, знаходиться у незрівнянно кращому становищі з позиції здійснення усіх інших належних йому прав – частково тому, що він буде краще поінформований про свої права, а частково тому, що адвокат допоможе йому забезпечити, щоб його права поважалися [260].

Але кримінально-процесуальне законодавство окремих європейських держав передбачає можливість участі як захисників й інших осіб. Так, окрім Німеччини, в КПК якої міститься норма, що надає право і викладачам права здійснювати захист обвинуваченого, у КПК Республіки Естонія (ст. 36) зазначається, що виступати у ролі захисників у кри-

мінальному процесі можуть, окрім приведених до професійної присяги адвокатів Республіки Естонія, також старші юридичні помічники, юридичні помічники приведених до присяги адвокатів та інші особи, які отримали на це дозвіл від службовця, який веде попереднє слідство, або суду. Але на роль захисників, послуги яких оплачуються державним коштом, можуть призначатися тільки члени Асоціації юристів (адвокатів. – В.Р.) Республіки Естонія.

Що стосується рівня кваліфікації юристів, які залучаються до системи правової допомоги у кримінальному провадженні Чеської Республіки, то надавати допомогу у кримінальних справах і діяти як адвокати захисту мають право тільки професійні юристи, втім за певних обставин професійний юрист може бути замінений на фахівця з неповною юридичною освітою [245].

Таке розширення переліку осіб, які можуть бути захисниками, на нашу думку, не порушує ст. 6 ЄКПЛ та не створює перепон для запровадження змагальності у досудове провадження оскільки, по-перше, допуск вказаних осіб як захисників є більше винятком, аніж правилом, а по-друге, усі зазначені особи є професіоналами і відповідають вимогам, що встановлені ЄСПЛ у рішенні «Ensslin, Baader and Raspe v Federal Republic of Germany», а саме – бути професійними і незалежними юристами [261].

Що стосується переліку та змісту прав, наданих захисникові, то у цьому питанні законодавство європейських держав також різниться.

ЄСПЛ у своїх рішеннях неодноразово звертав увагу на особливе значення перших допитів осіб у присутності захисника, оскільки пункт 1 статті 6 ЄКПЛ вимагає, щоб доступ до адвоката зазвичай був забезпечений з першого допиту підозрюваного поліцією, якщо тільки не доведено, що з врахуванням конкретних обставин справи є неспростовні підстави для обмеження цього права [262]. Це, безумовно, вплинуло і на позицію законодавців європейських держав. Так, дозвіл брати участь під час допиту в поліції міститься в законодавстві таких держав: Республіка Кіпр, Чеська Республіка, Королівство Данія, Естонська Республіка, Фінляндська Республіка, Угорська Республіка, Італійська Республіка, Латвійська Республіка, Велике Герцогство Люксембург, Литовська Республіка, Республіка Польща, Португальська Республіка, Королівство Іспанія, Королівство Швеція. У деяких державах (Чеська Республіка,

Естонська Республіка, Італійська Республіка, Королівство Іспанія) зізнання, зроблені за відсутності захисника, взагалі є неприйнятними як докази [245].

Хоча ЄСПЛ визнав, що право на присутність адвоката під час допиту в поліції загалом не впливає зі ст. 6 ЄКПЛ, у своїх окремих рішеннях він зазначив, що фізична присутність адвоката створює необхідну протизавагу примусу з боку поліції під час опитувань осіб, щодо яких здійснюється кримінальне переслідування, оскільки, підозрюваний під час допиту в поліції перед тим, як прийняти рішення, що матиме вирішальний вплив на подальший хід процесу, повинен мати можливість проконсультуватися з адвокатом. Всупереч погляду ЄСПЛ стосовно того, що підозрюваний не може покладатися на ст. 6 ЄКПЛ, щоб заявляти право на фізичну присутність захисника під час опитування, Трибунал колишньої Югославії у своєму Статуті визнав право на представництво підзахисного адвокатом під час допиту в поліції. Якщо це право порушується, свідчення, отримані під час такого допиту, виключаються з судочинства.

Право на присутність адвоката під час допиту в органах поліції – це одна з основних гарантій недопущення негідного поводження з затриманими особами. Законодавство Польщі містить норму, відповідно до якої поліцейський орган, який здійснював арешт, може офіційно залишити за собою право бути присутнім на зустрічі підозрюваного та адвоката [245]. Вказана норма не узгоджується із запровадженням змагальності на усі стадії кримінального судочинства, оскільки суперечить ст. 6 ЄКПЛ, відповідно до якої захисник не зможе належним чином виконувати свої обов'язки, якщо йому не буде дозволено розмовляти зі своїм клієнтом без свідків. Тому контроль за спілкуванням адвоката з його клієнтом-обвинуваченим є несумісним з правом на отримання ефективної допомоги захисника. Якщо адвокат не в змозі радитися із своїм клієнтом і отримувати від нього конфіденційні вказівки без спостереження, його допомога багато в чому втрачає свою ефективність, тоді як мета ЄКПЛ полягає в тому, щоб захищати права конкретно і ефективно.

Цей висновок узгоджується і з рішенням ЄСПЛ у справі «Бреннан проти Сполученого Королівства», де було встановлено, що присутність працівника поліції в межах зони чутності під час першої бесіди заявника з його адвокатом порушила право заявника на ефективне здійснення своїх прав на захист і що у зв'язку з цим було порушення ст. 6 ЄКПЛ

[263]. У разі застосування до обвинуваченого запобіжного заходу у вигляді взяття під варту питання зустрічей і консультацій особи із захисником ще більше ускладнюється.

Розглядаючи справу «Кемпбелл і Фелл проти Сполученого Королівства» [264], ЄСПЛ встановив, що особа має право на необмежену кількість зустрічей із своїм захисником. Ці зустрічі мають відбуватися в умовах конфіденційності за відсутності представників пенітенціарних установ. Принцип конфіденційності зустрічей із захисником поширюється і на листування особи, яка взята під варту, зі своїм адвокатом. ЄСПЛ у справі «Доменічіні проти Італії» [265] визнав, що перегляд листів до адвоката є порушенням права на захист і права на таємницю кореспонденції. У той же час не можна стверджувати, що право обвинуваченого розмовляти зі своїм захисником і обмінюватися з ним інструкціями і конфіденційною інформацією не може бути піддано обмеженням. Проте такі обмеження не повинні завдавати шкоди самій суті даного права, а відповідно, і забезпеченню рівності сторін у досудовому провадженні [95, с. 79].

Реалізацію функції правосуддя (юстиції), що відокремлена від функцій обвинувачення та захисту у досудовому провадженні, у Франції покладено на судового слідчого. Останній не вправі особисто розпочинати провадження. Він діє лише в межах позову прокурора. Між тим він є самостійним при здійсненні слідства, не пов'язаний висновками прокуратури та не обмежений зібраними доказами. Він має право самостійно збирати докази шляхом проведення слідчих дій [249, с. 148–151]. До того ж лише він має право обмежувати конституційні права обвинуваченого, застосовуючи заходи процесуального примусу під час попереднього слідства.

У Франції родовий термін «запобіжний захід», як і в інших розглянутих нами країнах, фактично відсутній. Це пояснюється відсутністю єдиного поняття в КПК, бо його розділ VII глави III має назву „Про судовий контроль і попереднє ув'язнення”, які і є двома запобіжними заходами у Франції. Стаття 137 КПК Франції передбачає, що обвинувачений залишається вільним, крім випадків, коли для виконання завдань слідства або з метою забезпечення безпеки він піддається судовому контролю або, як виняток, тимчасовому ув'язненню. Згідно зі ст. 138 КПК Франції, судовий контроль, по суті, є комплексним запобіжним заходом,

що передбачає багато варіантів різного роду обмежень.

Ці обмеження поділяються на кілька груп: 1) заходи, що унеможливають втечу (заборона покидати певну територію або резиденцію, відвідувати певні місця тощо); 2) заходи, що унеможливають учинення нових злочинів (заборона займатися певною професійною або суспільною діяльністю, керувати транспортними засобами або носити зброю, підписувати чеки та ін.); 3) заходи соціально-виховного впливу (поміщення до лікувальних установ або призначення спеціального курсу лікування, заборона зустрічатися з певними особами або вести певний спосіб життя тощо); 4) заходи, що захищають потерпілого (скажімо, зобов'язання утримувати певну особу або забезпечити його безпеку). Рішення про застосування судового контролю слідчий суддя приймає в будь-який момент попереднього слідства (ч. 1 ст. 139 КПК Франції) за наявності двох умов: по-перше, обвинуваченому повинно загрожувати покарання, пов'язане з позбавленням волі за кримінальний проступок; по-друге, цей захід може застосовуватися лише для забезпечення виконання завдань слідства або з метою забезпечення безпеки (ризик знищення доказів, продовження злочинної діяльності тощо) [249, с. 126–127]. Постанова слідчого судді про застосування судового контролю не підлягає оскарженню і тому не вважається юрисдикційним актом. Проте слідчий суддя зобов'язаний протягом п'яти днів ухвалювати рішення за клопотанням сторін про зняття судового контролю. Якщо він порушить цей термін, то справа передається в обвинувальну камеру для розгляду клопотання (ст. 140 КПК Франції). Загалом у Франції судовий контроль сприймається вельми позитивно і активно застосовується [241, с. 309].

Функцію правосуддя у досудовому провадженні Німеччини здійснює суддя-дознавач (обов'язки якого виконує дільничний суддя). До його повноважень належить за клопотанням представників сторін (прокуратури або захисту) вирішувати питання про застосування заходів кримінально-процесуального примусу та проведення тих слідчих, процесуальних та оперативно-розшукових дій, під час проведення яких відбувається найбільше втручання у сферу свобод обвинуваченого та інших осіб у досудовій фазі.

Так, до повноважень суду належить прийняття рішень про: призначення експертизи (§ 73), поміщення обвинуваченого до психіатричної лікарні та нагляд за ним там (§ 81), проведення медичного освідчення

та відібрання експертних зразків (§ 81а, § 81в), особистого огляду (§ 81с), проведення молекулярно-генетичних досліджень (§ 81е, § 81f), ексгумацію трупа та його розтин (§ 87), конфіскацію предметів, що можуть мати значення доказів для розслідування (§ 98), співставлення та надання інформації органам кримінального переслідування (§ 98в), огляд та виїмку кореспонденції (§ 100), зняття інформації з каналів зв'язку (§ 100в), проведення оперативно-розшукових заходів (§ 100с, § 100d), проведення обшуку житла чи іншого володіння, особистий огляд, обшук особистих речей (§§ 102–105), накладення арешту на майно (§111е) [253]. При цьому суд не приймає справу до свого провадження, а значить, і не несе відповідальності за результати кримінального переслідування, тобто залишається незалежним від обвинувальної функції. Перелічені слідчі дії провадяться у змагальній формі у разі участі в судовому засіданні представників сторін. Протоколи, складені в результаті їх проведення, мають доказове значення і можуть бути використані під час розгляду справи по суті. Наприклад, на судовому слідстві при відмові підсудного від визнання провини оголошується протокол його суддівського допиту на попередньому розслідуванні, в якому він давав свідчення [266, с. 89].

Схожа ситуація простежується і під час вирішення питань про застосування заходів кримінально-процесуального примусу. Так, для обрання запобіжного заходу у вигляді утримання під вартою прокурор або посадова особа поліції звертається до дільничного судді. Останній видає (або відмовляє у видачі) письмовий ордер на арешт залежно від наявності «серйозності підозри» (§ 112). У виняткових випадках прокурор або поліція може заарештувати підозрюваного без ордера. Однак арештований повинен бути доставлений до судді невідкладно для санкціонування запобіжного заходу. Дільничний суддя вправі обрати більш легкий запобіжний захід за наявності для цього підстав. Крім того, обвинувачуваний, заарештований на досудових стадіях має право порушити клопотання про судовий розгляд питання про анулювання ордера на арешт або про його призупинення. Таким чином, вирішення питання про запобіжний захід відбувається в змагальній формі.

До повноважень судді належить також прийняття рішення про призначення та виключення захисника з процесу, але ці повноваження суду не можна вважати такими, що суперечать змагальній формі досудового

провадження, оскільки, по-перше, таке виключення можливе лише за умов, коли захисник підозрюється в конспіративних контактах з підзахисним, зловживає своїм правом відвідування місця ув'язнення з метою вчинення злочину або якщо його участь у справах про державні злочини може створити загрозу безпеці держави (§§ 138а, 138b, 138с), а, по-друге, усунення захисника здійснюється незалежним арбітром та у присутності представників обох сторін [253].

Порядок призначення та усунення захисника судом, що є характерним для змагального процесу, регламентований і в інших європейських державах: Грецька Республіка, Королівство Данія, Шотландія, Королівство Швеція, Республіка Польща, Естонська Республіка, Литовська Республіка, Австрійська Республіка, Королівство Бельгія, Республіка Ірландія, Чеська Республіка [245].

Як бачимо, регламентація змагальності у досудовому провадженні у кримінально-процесуальному законодавстві держав-членів Ради Європи різниться у деталях. У головному ж, тобто у розподілі процесуальних функцій між сторонами, рівності сторін, наявності незалежного арбітра (слідчого судді чи судового слідчого), законодавство цих держав не суперечить вимогам ЄКПЛ та практики ЄСПЛ. Тому можемо зробити висновок про те, що кримінально-процесуальне законодавство України в частині регламентації змагальності у досудовому провадженні в цілому також не суперечить європейським стандартам. Отже, вітчизняне законодавство має резерви для удосконалення в цій частині на рівні окремих норм або невеликих їх сукупностей.

ВИСНОВКИ

У результаті проведеного дослідження отримано й обґрунтовано нові теоретичні та прикладні результати, до найважливіших із яких належать такі:

1. Змагальність у досудовому провадженні виступає в трьох проявах: 1) як форма кримінального судочинства, 2) як принцип процесу та 3) як метод правового регулювання.

2. Вітчизняне кримінально-процесуальне законодавство, що регламентує досудове провадження, розвивається у напрямку від обвинувального через інквізиційний до публічно-позовного різновиду змагального кримінального процесу. Цей шлях зумовлюється рівнем розвитку процесуального законодавства, правової культури та ступенем автономії особистості в державі та суспільстві. Констатувати, що цей шлях успішно завершений, стане можливим лише після прийняття нового КПК України, який буде змагальним за своєю формою та таким, що надасть можливість через розширення сфери застосування змагального методу на всіх стадіях процесу повністю втілити у кримінально-процесуальному законодавстві таку надзвичайно важливу конституційну засаду, як змагальність.

Предмет змагальності у досудовому провадженні полягає у вирішенні на досудових стадіях кримінально-процесуального конфлікту, що виник між протилежними сторонами процесу з приводу кримінально-правового спору в межах кримінально-процесуальних правовідносин. Наявність цього конфлікту зумовлено передбаченою різницею процесуальних функцій, що здійснюють представники сторін обвинувачення та захисту у досудовому провадженні.

Конфлікти, що виникли між учасниками однієї сторони процесу, не належать до предмета змагальності і є проявом так званої квазізмагальності.

4. Основними змістовними ознаками змагальності у досудовому провадженні є процесуальна рівність сторін та наявність незалежного та неупередженого суду. Усі інші ознаки, що виділяються законодавцем та вченими-процесуалістами, поглинаються вищезазначеними, окрім розмежування основних функцій, що є її сутністю.

Процесуальна рівність сторін та наявність незалежного та неупередженого суду є самостійними, але водночас взаємопов'язаними і взаємозалежними одне від одного елементами змагальності, які лише у сукупності складають її зміст. Вони виступають своєрідними умовами існування змагальності, оскільки у разі їх суттєвого недотримання вести мову про наявність змагальної форми кримінального судочинства або про дію принципу змагальності чи змагального методу правового регулювання вже буде неможливо.

5. Предмет змагальності у досудовому провадженні міститься у певних межах. Останні можуть бути нормативними та фактичними.

За чинним вітчизняним законодавством, нормативні межі змагальності є ширшими за фактичні. Так, нормативні акти України поширюють її дію на усі стадії кримінального провадження, у тому числі й на досудові. Фактично ж на досудовому провадженні змагальність реалізується на стадії порушення кримінальної справи – лише за умови допуску захисника до участі у справі на цьому етапі судочинства і то не на підставі КПК України, а на підставі ст. 59 Конституції України, а на стадії досудового розслідування її реалізація є обмеженою, бо тут ще не повною мірою проявляються змістовні ознаки змагальності: процесуальна рівність сторін та незалежність і неупередженість суду.

6. Початок реалізації змагальності визначається моментом, коли особа, щодо якої здійснюється кримінальне переслідування, повідомлена про це органами, які його здійснюють, або усвідомлює їх діяльність як таку, що направлена на її викриття у вчиненні злочину, буде мати реальну можливість здійснювати захист від кримінального переслідування шляхом використання наданих їй законом прав і звернутися до незалежного та неупередженого суду у разі їх порушення.

7. Усі оперативно-розшукові, слідчі та інші процесуальні дії, що здійснені державними органами і посадовими особами, які ведуть кримінальний процес, до початку кримінального провадження або до моменту повідомлення чи усвідомлення особи, що вказані дії направлені проти неї (навіть ті, що здійснені протягом часу з моменту встановлення особи, що вчинила злочин, до моменту повідомлення їй про це, або хоча б до моменту її усвідомлення, що вона є підозрюваною), перебувають поза межами змагальності. Такі дії слід відносити до латентного кримінально-процесуального конфлікту та, відповідно, до латентного обви-

нувачення (кримінального переслідування).

8. Змагальність у досудовому провадженні виконує такі функції: 1) приведення надмірної активності представників сторін обвинувачення (органи досудового розслідування) та захисту (особи, які переслідуються, та їх захисники) в «нормативну» активність у відстоюванні своїх інтересів; 2) врівноважування прав і можливостей представників сторін обвинувачення та захисту в їх реалізації тоді, коли одна сторона створює у досудових стадіях для себе вигідні умови для змагання, а іншу, навпаки, ставить у невідповідні для неї умови; 3) правова інтеграція цілей і завдань представників сторін обвинувачення і захисту у досудових стадіях в мету і завдання кримінального процесу; 4) обмеження повноважень сторін у досудовому провадженні.

9. Рівність сторін у досудовому провадженні – це забезпечена кримінально-процесуальними гарантіями рівність процесуальних прав (формальна рівність) і рівність процесуальних можливостей реалізації цих прав (фактична рівність), що надається сторонам обвинувачення та захисту для вирішення кримінально-процесуального конфлікту, що виник з приводу кримінально-правового спору, суттєве недотримання якої надає підстави констатувати у конкретному випадку наявність іншої форми кримінального процесу – розшукової або змішаної.

10. На сьогодні рівність прав між представниками сторін обвинувачення та захисту на досудовому провадженні відсутня, оскільки обвинувачений (підозрюваний) та його захисник наділені більшим обсягом прав, ніж потерпілий і його представник, та мають значно менше прав порівняно з повноваженнями органів, які ведуть процес.

11. Процесуальними гарантіями рівності сторін у досудовому провадженні є: 1) нормативне розмежування сторін та визначення учасників, які здійснюють функції обвинувачення і захисту; 2) законодавче закріплення рівності сторін; 3) чітко встановлений правовий статус учасників кримінального процесу, що виступають як сторони; 4) регламентація у кримінально-процесуальному законодавстві однакових процесуальних прав у представників сторін та надання їм рівних процесуальних можливостей для реалізації вказаних прав; 5) наявність у спеціально уповноважених на те органів держави обов'язку здійснювати контроль або нагляд за дотриманням рівності сторін; 6) обґрунтування рішень, що обмежують рівність сторін; 7) встановлення відповідальності за суттєве

порушення рівності сторін.

12. У вітчизняному кримінальному процесі шляхами встановлення рівності сторін у досудовому провадженні і забезпечення тим самим реалізації змагальності у досудовому провадженні є: 1) підвищення процесуального впливу потерпілого та його представника на провадження у справі за допомогою максимального наближення їхніх прав до прав обвинуваченого (підозрюваного) та захисника; 2) розширення юрисдикції суду у досудових стадіях процесу шляхом надання суду повноважень, що наразі покладені на органи досудового розслідування. На сьогодні суд у досудовому провадженні не є повністю незалежним та неупередженим. Він бере фрагментарну участь на цьому етапі провадження, до того ж у його діяльності спостерігається явно обвинувальний ухил.

13. Діяльність суду у досудовому провадженні здійснюється в рамках виконання судом своєї основної функції – правосуддя.

14. Суд у досудовому провадженні бере фрагментарну участь, до того ж рівень його незалежності та неупередженості є невисоким.

15. Кримінально-процесуальними гарантіями незалежності та неупередженості суду в досудовому провадженні є: 1) законодавче закріплення процесуальної функції, що покладається на незалежний та неупереджений суд; 2) нормативно врегульований механізм здійснення об'єктивного та неупередженого розподілу справ між суддями; 3) закріплення у кримінально-процесуальному законодавстві переліку підстав, що виключають участь судді; 4) регламентована законом процедура самовідводу та відводу судді за наявності обставин, що виключають його участь; 5) надання сторонам процесу права подавати апеляції на рішення суду; 6) встановлення юридичної відповідальності за порушення незалежності та неупередженості суду.

16. Для підвищення рівня реалізації змагальності у досудовому провадженні до тих слідчих і процесуальних дій, що найбільше обмежують конституційні права громадян і рішення про проведення яких приймається наразі органами досудового розслідування (виїмка, одержання зразків для експертних досліджень, проведення амбулаторної експертизи), доцільно застосувати порядок, що встановлений наразі законодавцем для проведення виїмки з житла.

17. Змагальність регламентована у кримінально-процесуальному законодавстві усіх держав-учасниць СНД;

18. Факт того, що шість держав із сорока сімох, які входять до складу Ради Європи, та Україна, зокрема, мають такі високі показники щодо кількості направлених скарг до ЄСПЛ, і особливо щодо кількості направлення скарг щодо порушення ст. 6 ЄКПЛ, свідчить про те, що попри значущість законодавчого закріплення принципу змагальності, з точки зору міжнародновизнаних стандартів, регламентація вищевказаного принципу в національному законодавстві ще не гарантує його реалізацію та дотримання у реальному кримінальному провадженні;

19. Серед держав-учасниць СНД більшою мірою змагальність у досудових стадіях реалізована в КПК держав-учасниць СНД, які є ще й членами Ради Європи (Республіка Вірменія, Республіка Грузія, РФ, Азербайджанська Республіка та Республіка Молдова). Серед яких більш якісно це вдалося зробити законодавцю Республіки Грузія, трохи менше – розробникам КПК РФ і Азербайджанської Республіки та значно менше – Республікам Молдови та Вірменії.

20. Найбільше підстав, що перешкоджають повною мірою реалізувати змагальність у досудових стадіях, міститься у законодавстві Республіки Узбекистан, Республіки Білорусь та Республіки Туркменистан, досудове провадження яких можна охарактеризувати як розшукове.

21. На відміну від законодавчої практики регламентації принципу змагальності у досудовому провадженні держав-учасниць СНД, у законодавстві держав-членів Ради Європи закріплюється не сам принцип змагальності, а окремі елементи, що забезпечують його реалізацію у кримінальному провадженні.

22. Кримінально-процесуальне законодавство держав-членів Ради Європи, особливо держав з англосаксонським типом правової системи, відрізняється від законодавства держав-учасниць СНД повнішою регламентацією механізму реалізації змагальності у досудовому провадженні.

23. Пропонується запровадити в Україні порядок, що передбачений законодавцем Федеративної Республіки Німеччина щодо залучення суду для вирішення питань про застосування заходів кримінально-процесуального примусу та здійснення тих слідчих, процесуальних та оперативно-розшукових дій, при проведенні яких відбувається найбільше втручання у сферу свобод обвинуваченого та інших осіб на досудових стадіях кримінального процесу, що, у свою чергу, сприятиме посиленню реалізації змагальності у досудовому провадженні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Великий тлумачний словник української мови [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.slovnyk.net/>.
2. Толковый словарь С. И. Ожегова [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://dic.academic.ru/dic.nsf/ogegova/228778>.
3. Хейзинга Й. Homo Ludens : статті по истории культуры /пер., сост. и вступ. ст. Д. В. Сильвестрова; коммент. Д. Э. Харитоновича. – М. : Прогресс – Традиция, 1997. – 377 с.
4. Ковальчук С. О. Здійснення захисту у кримінальних справах на засадах змагальності та диспозитивності : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Ковальчук Сергій Олександрович. – Івано-Франківськ : Прикарпат. нац. ун -т ім. Василя Стефаника, 2007. – 221 с.
5. Шейко В. М. Організація та методика науково-дослідницької діяльності : підручник / В. М. Шейко, Н. М. Кушнарєнко. – К. : Знання, 2006. – 307 с.
6. Кримінально-процесуальний кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page=3&nr-eg=1001-05>.
7. Про судоустрій і статус суддів України: Закон України від 7 липня 2010 року // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 41–42. – Ст. 529.
8. Зеленецкий В. С. Возбуждение государственного обвинения в советском уголовном процессе / В. С. Зеленецкий. – Х. : Вища школа, 1979. – 144 с.
9. Лобойко Л. М. Стадії кримінального процесу : навчальний посібник / Л. М. Лобойко. – Дніпропетровськ : Юрид. акад. МВС України, 2004. – 154 с.
10. Проект Кримінально-процесуального кодексу України, внесений на розгляд Верховної Ради України народними депутатами В. Р. Мойсиком, І. В. Вернидубовим, С. В. Ківаловим, Ю. А. Кармазіним (реєстр. № 1233 від 13 грудня 2007 року) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: : http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=31115
11. Проект Кримінального процесуального кодексу України, підготовлений робочою групою Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.aau.edu.ua/up/docs/kpk_final.html.
12. Пашинін О. І. Актуальні проблеми досудового провадження у кримінальному процесі України : монографія / О. І. Пашинін. – Х. : Кроссруд,

2009. – 164 с.

13. Конституція України від 28 червня 1996 р. – К. : ІВА, 1996. – 52 с.
14. Смирнов А. В. Модели уголовного процесса / А. В. Смирнов. – СПб. : Наука, Изд-во «Альфа», 2000. – 224 с.
15. Шестакова С. Д. Проблемы состязательности в российском уголовном процессе : дисс... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Шестакова Софья Дмитриевна. – СПб., 1998. – 184 с.
16. Мещеряков Ю. В. Формы уголовного судопроизводства : учебное пособие / Ю. В. Мещеряков. – Л. : Изд-во ЛГУ, 1990. – 91 с.
17. Лобойко Л. М. Кримінально-процесуальне право : курс лекцій / Л. М. Лобойко. – 2-ге вид., змін. і доп. – К. : Істина, 2008. – 488 с.
18. Макаркин А. И. Состязательность на предварительном следствии / А. И. Макаркин. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. – 265 с.
19. Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства : в 2-х т. / И. Я. Фойницкий. – СПб. : Изд-во «Альфа», 1996. – Т. 1. – 552 с.
20. Строгович М. С. Природа советского уголовного процесса и принцип состязательности / М. С. Строгович. – М. : Госюриздат, 1939. – 150 с.
21. Полянский Н. Н. Основные формы построения уголовного процесса / Н. И. Полянский // Учен. зап. Моск. ун-та. Труды юрид. ф-та. – 1949. – Вып. 145. – Кн. 4. – С. 51–84.
22. Чельцов-Бебутов М. А. Курс советского уголовно-процессуального права. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах / М. А. Чельцов-Бебутов. – М., 1957; СПб. : Равена, Альфа, 1995. – 846 с.
23. 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.
24. Шамсутдинова Р. З. Нравственные основы применения мер уголовно-процессуального пресечения в состязательной модели уголовного судопроизводства : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Шамсутдинова Рушана Закировна. – Ижевск : Юж.-Ур. гос. ун-т, 2006. – 213 с.
25. Панько Н. К. Состязательность уголовного процесса России и роль адвоката-защитника в ее обеспечении: автореф. дисс. канд. юрид. наук : 12.00.09 «уголовный процесс; криминалистика; теория оперативно-розыскной деятельности» / Н. К. Панько. – Воронеж : Воронеж. гос. ун-т, 2000. – 24 с.
26. Рябцева Е. В. Деятельность и положение суда в состязательном уголовном судопроизводстве : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Рябцева Екатерина Владимировна. – Воронеж : Воронеж. гос. ун-т, 2005. – 214 с.

27. Семухина О. Б. Типология уголовного процесса и деятельность суда в рамках обвинительного и состязательного типов уголовного процесса : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 «уголовный процесс; криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / О. Б. Семухина. – Томск, Томск. гос. ун-т, 2002. – 24 с.

28. Маляренко В. Т. Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів : монографія / В. Т. Маляренко. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – 512 с.

29. Маркуш М. А. Принцип змагальності в кримінальному процесі України : монографія / М. А. Маркуш. – Х. : Видавець СПДФО Вапнярчук Н. М., 2007. – 208 с.

30. Розширена правда (за Троїцьким першим списком). Суд Ярослава Володимировича. Закон руський. // «Руська правда». Семінар-практикум : навч. посібник; упоряд. Заруба В. М. – Дніпропетровськ : ДДУВС, 2005. – С. 16–27.

31. Права, за якими судиться малоросійський народ: 1743 / відп. ред. та автор передмови Ю. Шемшученко; упоряд. та автор нарису К. Вишлобоков. – К. : НАНУ, Ін-т держави і права ім. В. Корецького, 1997. – 547 с.

32. Козинець О. Судоустрій і судочинство за Судебниками 1497 та 1550 рр. / О. Козинець // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 3. – С. 35–38.

33. Устав уголовного судопроизводства. Систематический комментарий / при участии сенаторов А. Ф. Кони, В. К. Случевского, Н. С. Таганцева и др.; под общ. ред. проф. М. Н. Гернета. – Вып. III: Ст. 249–594. – М. : Изд-во А. И. Мамонтова, 1914. – 944 с.

34. Даневский В. П. Наше предварительное следствие: его недостатки и реформа / В. П. Даневский. – К. : Семенко Сергей, 2003. – 142 с.

35. Левинстим А. А. Предварительное следствие по судебным уставам, его недостатки и меры к улучшению / А. А. Левинстим // Журнал министерства юстиции. – СПб. – 1895. – Ноябрь. – С. 103–166.

36. О Суде: Декрет РНК РСФСР от 22 ноября 1917 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/DEKRET/o_sude1.htm.

37. О Суде: Декрет РНК РСФСР от 15 февраля 1918 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/DEKRET/o_sude2.htm.

38. О Суде: Декрет РНК РСФСР от 22 июля 1918 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/DEKRET/o_sude3.htm.

39. О народном суде РСФСР: положение от 30 ноября 1918 г. // СУ РСФСР. – 1918. – № 85. – Ст. 889.
40. О народном суде РСФСР: положение от 21 октября 1920 г. // СУ РСФСР. – 1920. – № 83. – Ст. 403.
41. Уголовно-процессуальный кодекс УССР. – Х. : Юрид. изд-во Наркомюста УССР, 1925.
42. Уголовно-процессуальный кодекс УССР. Официальное издание в редакции 1927 года. – Х. : Юрид. изд-во наркомюста УССР, 1927.
43. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28.12.1960 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1961. – № 2. – Ст. 15.
44. Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, схвалена Указом Президента України від 10.05.2006 р. № 361/2006 // Офіційний вісник України. – 2006. – № 19. – С. 23–37.
45. Концепція реформування кримінальної юстиції України: затверджена Указом Президента України від 08 квітня 2008 р. // Офіційний вісник Президента України. – 2008. – № 12. – Ст. 486.
46. Проект Кримінального процесуального кодексу України, розроблений робочою групою з питань реформування кримінального судочинства (реєстр. № 9700 від 13.01.2012р.). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : // http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/web-proc4_1?pf3511=42312
47. Вапнярчук В. В. Кримінальний процес України (в схемах і таблицях) : навчальний посібник / В. В. Вапнярчук. – Х. : Видавець СПД ФО Вапнярчук Н. М., 2004. – 212 с.
48. Мотовиловкер Я. О. О принципах объективной истины, презумпции невиновности и состязательности процесса / Я. О. Мотовиловкер. – Ярославль : ЯрГУ, 1978. – 96 с.
49. Машовец А. О. Принцип состязательности и его реализация в предварительном следствии : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Машовец Асия Океановна. – Екатеринбург : Урал. гос. юрид. акад, 1994. – 184 с.
50. Дадонов С. В. Реализация принципа состязательности на досудебных стадиях уголовного процесса России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 «уголовный процесс; криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / С. В. Дадонов. – М. : Росс. тамож. акад., 2003. – 26 с.
51. Митрофанова Е. В. Действие принципа состязательности сторон в досудебных стадиях уголовного процесса : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 «уголовный процесс; криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / Е. В. Митрофанова. – Волгоград : Волго-

град. акад. МВД РФ, 2004. – 22 с.

52. Долгушин А. В. Развитие процессуальных условий реализации принципа состязательности : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 «уголовный процесс; криминалистика; теория оперативно-розыскной деятельности» / А. В. Долгушин. – М. : Юрид. ин-т МВД России, 1995. – 24 с.

53. Даровских С. М. Принцип состязательности и равноправия сторон в уголовном процессе России : научно-практическое пособие. / С. М. Даровских. – Челябинск : НТЦ-НИИОГР, 2001. – 131 с.

54. Лотыш Т. А. Принцип состязательности и гарантии его обеспечения в уголовном судопроизводстве : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 «уголовный процесс; криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / Т. А. Лотыш. – М. : МГУ им. М. В. Ломоносова, 2003. – 20 с.

55. Багдасаров Р. В. Принцип состязательности в уголовном процессе России и стран Европейского Союза / Р. В. Багдасаров. – М. : Юрлитинформ, 2008. – 216 с.

56. Чичканов А. Б. Функции прокурора и принцип состязательности в российском уголовном судопроизводстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 «уголовный процесс; криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / А. Б. Чичканов. – СПб. : СПб ГУ, 2003. – 34 с.

57. Трофимов В. О. Полномочия прокурора и их реализация в состязательном уголовном судопроизводстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 «уголовный процесс; криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / В. О. Трофимов. – М. : МГИ междунар. отношений (университет) МИД России, 2005. – 25 с.

58. Гусаков Э. Г. Предварительное расследование и принцип состязательности в уголовном процессе РФ : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 «уголовный процесс; криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / Э. Г. Гусаков. – СПб. : СПб юрид. ин-т, 2002. – 23 с.

59. Пикалов И. А. Состязательность в системе принципов уголовного процесса и её реализация стороной защиты на досудебных стадиях / И. А. Пикалов. – М. : Юрлитинформ, 2007. – 160 с.

60. Мохонько О. О. Реалізація принципу змагальності сторін при застошуванні заходів процесуального примусу на стадії досудового розслідування : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 «кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / О. О. Мохонько. – К. : КНУВС, 2009. – 16 с.

61. Ноздріна М. О. Диспозитивність як елемент принципу змагальності у кримінальному процесі України : дис. .. канд. юрид. наук : 12.00.09 / Ноздріна Марина Олександрівна. – Х. : НУВС, 2004. – 218 с.

62. Яновська О. Г. Концептуальні засади функціонування і розвитку змагального кримінального судочинства : монографія / О. Г. Яновська. – К. : Прецедент, 2011. – 303 с.

63. Півненко В. Особливості правового та організаційного механізму забезпечення дії принципів змагальності та рівності сторін на стадії досудового розслідування / В. Півненко // Юридический вестник. – 2004. – № 1. – С. 104–111.

64. Мохонько О. Роль і місце принципу змагальності у системі принципів кримінально-процесуального права / О. Мохонько // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 1. – С. 120–123.

65. Даев В. Г. Процессуальные функции и принцип состязательности в уголовном судопроизводстве. / В. Г. Даев // Известия вузов. Правоведение. – 1974. – № 1. – С. 65–71.

66. Загальна Декларація прав людини (Прийнята і проголошена Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН № 217 А (III) 10.12 1948 р.) // Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи. – К., 1992. – С. 18–24.

67. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. // Збірка договорів Ради Європи. Українська версія. – К. : Парламент. вид-во, 2000. – С. 27–63.

68. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (Прийнятий резолюцією 2200 А (XXI) Генеральної Асамблеї від 16.12.1966 р.) // Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи. – К., 1992. – С. 36–62.

69. Концепція судово-правової реформи України: схвалена Постановою Верховної Ради України 28 квітня 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 30. – Ст. 426.

70. Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України : Закон України від 21 червня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 34–35. – Ст. 187.

71. Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України : Закон України від 12.07.2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 44. – Ст. 234.

72. Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2009 року № 23-рп/2009 «У справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59

Конституції України (справа про право на правову допомогу)» // Вісник Конституційного Суду України. – 2009. – № 6. – С. 32.

73. Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України щодо права свідка на захисника та іншу правову допомогу : Закон України від 01.07.2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 38. – Ст. 06.

74. Окремі рішення Європейського Суду з прав людини проти України, які стосуються МВС. – Х. : Харківська правозахисна група, 2009. – 148 с.

75. Про внесення зміни до статті 218 Кримінально-процесуального кодексу України щодо обов'язків слідчого : Закон України від 1 липня 2010 року № 2396- VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 38. – Ст. 507.

76. Про внесення зміни до статті 217 Кримінально-процесуального кодексу України щодо обов'язків слідчого : Закон України від 15 лютого 2011 року № 3028-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 36. – Ст. 364.

77. Вандышев В. В. Уголовный процесс/ В. В. Вандышев, А. П. Дербенев, А. В. Смирнов. – СПб. : Лексикон, 1996. – 542 с.

78. Лобойко Л. М. Методи правового регулювання у кримінальному процесі України : дис... д-ра юрид. наук : 12.00.09 / Лобойко Леонід Миколайович. – Дніпропетровськ : Дніпропетр. держ. ун-т внутр. справ, 2006. — 437 с.

79. Скуляк І. А. Нормативно-правове регулювання діяльності органу дізнання в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 «кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / І. А. Скуляк. – К. : Академія адвокатури України, 2009. – 16 с.

80. Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України щодо видачі особи (екстрадиції) : Закон України від 21 травня 2010 року № 2286-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 31. – Ст. 421.

81. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розміщення дітей у приймальники-розподільники для дітей : Закон України від 09 вересня 2010 р. № 2507-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 4. – Ст. 18.

82. Про внесення змін до деяких законодавчих актів у зв'язку з прийняттям Податкового кодексу України : Закон України від 02 грудня 2010 р. № 2756-VI [Електронний ресурс] // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 23. – Ст. 160.

83. Про внесення змін до статті 218 Кримінально-процесуального кодексу України щодо ознайомлення обвинуваченого і захисника з матеріалами

кримінальної справи : Закон України від 08 квітня 2011р. № 3228-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 42. – Ст. 430.

84. Про виконання обов'язків та зобов'язань Україною: Резолюція 1466 (2005) Парламентської Асамблеї Ради Європи від 5 жовтня 2005 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>.

85. Литвинов В. В. Закриття кримінальної справи на стадії досудового розслідування / В. В. Литвинов // Наук. вісник Луган. ун-ту внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка. – 2011. – № 6. – С. 45–51.

86. Кириллова Н. П. Процессуальные функции профессиональных участников состязательного судебного разбирательства уголовных дел в суде первой инстанции : автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09 «уголовный процесс; криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / Н. П. Кириллова. – СПб. : СПбГУ, 2008. – 50 с.

87. Кудрявцев В. Н. Юридическая конфликтология / В. Н. Кудрявцев. – М. : Росс. акад. наук, 1995. – 316 с.

88. Ягофаров Ф. М. Механизм реализации функции обвинения при рассмотрении дела судом первой инстанции : дисс. ... канд. юрид. наук.: 12.00.09 / Ягофаров Фарит Мухамедвалеевич. – Оренбург : ОГУ, 2003. – 149 с.

89. Карякин Е. А. Реализация принципа состязательности в уголовном судопроизводстве (вопросы теории и практики) : монография / Е. А. Карякин. — Оренбург : ГОУ ОГУ, 2005. – 98 с.

90. Божьев В. П. Уголовно-процессуальные правоотношения / В. П. Божьев. – М. : Юрид. лит., 1975. – 176 с.

91. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.

92. Лоскутов Т. О. Кримінальне переслідування, здійснюване слідчим: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Лоскутов Тимур Олександрович. – Дніпропетровськ : Дніпропетр. держ. ун-т внутр. справ, 2010. – 204 с.

93. Попелюшко В. О. Цілі та завдання захисника-адвоката у кримінальній справі / В. О. Попелюшко // Кримінальне право України. – 2002. – № 2. – С. 36–44.

94. Про проведення експерименту щодо апробації вертикальної системи підпорядкування слідчих підрозділів органів внутрішніх справ : наказ МВС України від 15.06.2011 р. № 336 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://umdpl.info/index.php?id=1314809946>.

95. Комментарий к Конвенции о защите прав человека и основных свобод и практике её применения / под общ. ред. д-ра юрид. наук, проф. В. А. Туманова и д-ра юрид. наук, проф. Л. М. Энтина. – М. : Норма, 2002. – 336 с.

96. Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса: в 2-х т. / М. С. Строгович. – М. : Наука, 1968. – Т.1. – 470 с.
97. Уголовный процесс: учебник для вузов // под общ. ред. проф. П. А. Лупинской. – М. : Юристъ, 1995. – 544 с.
98. Элькин П. С. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. / П. С. Элькин. – Л. : Изд-во ЛГУ, 1976. – 142 с.
99. Добровольская Т. Н. Принципы советского уголовного процесса (вопросы теории и практики) / Т. Н. Добровольская. – М. : Юрид. лит., 1971. – 200 с.
100. Митрофанова К. В. Реализация принципа состязательности на стадии возбуждения уголовного дела / К. В. Митрофанова, С. А. Тумашов // Проблемы состязательного правосудия : сб. науч. тр. / под. ред. В. Л. Будникова. – Волгоград : Изд-во ВолГУ, 2005. – С. 30–45.
101. Маркуш М. А. Принцип змагальності у кримінальному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Маркуш Марія Андріївна. – Х. : Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого, 2006. – 210 с.
102. Вишневская О. В. Состязательная деятельность защитника на предварительном следствии : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 «уголовный процесс; криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / О. В. Вишневская. – Казань : Казан. гос. ун-т, 2004. – 19 с.
103. Полянский Н. Н. Вопросы теории советского уголовного процесса / Н. Н. Полянский. – М. : Изд-во МГУ, 1956. – 115 с.
104. Попелюшко В. О. Функція захисту в кримінальному судочинстві України: правові, теоретичні та прикладні проблеми : монографія / В. О. Попелюшко. – Острог : Вид-во нац. ун-ту “Острозька академія”, 2009. – 634 с.
105. Божьев В. Состязательность на предварительном следствии / В. Божьев // Законность. – 2004. – № 1. – С. 3–6.
106. Давыдов П. М. Принципы советского уголовного процесса : учебное пособие / П. М. Давыдов. – Свердловск : Свердлов. юрид. ин-т высш. образования им. А. Я. Вышинского, 1957. – 51 с.
107. Давлетов А. Проблема состязательности решена в УПК РФ неудачно / А. Давлетов // Российская юстиция. – 2003. – № 8. – С. 16–18.
108. Мірошніченко Т. М. Принципи кримінального процесу / Т. М. Мірошніченко // Правова держава Україна: проблеми, перспективи розвитку. Короткі тези доповідей та наукових повідомлень республіканської науково-практичної конференції 9–11.11.1995 р. / ред. кол.: М. І. Панов (відп. ред.) та ін. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 1995. – С. 337–338.

109. Радянський кримінальний процес: підручник для студ. юрид. вузів і фак. / за заг. ред. А. Л. Ривліна. – К. : Вища школа, 1971. – 346 с.

110. Якуб. М. Л. Демократические основы советского уголовно-процессуального права / М. Л. Якуб. – М. : Изд-во Москов. ун-та, 1960. – 171 с.

111. Ефимичев С. П. Принцип состязательности и его реализация в уголовном судопроизводстве. / С. П. Ефимичев, П. С. Ефимичев // Российский следователь. – 2005. – № 1. – С. 5–10.

112. Погодин С. Действует ли принцип состязательности на досудебных стадиях? / С. Погодин, Р. Тугушев // Законность. – 2005. – № 3. – С. 44–47.

113. Руднев В. О. О состязательности на предварительном следствии / В. О. Руднев // Уголовное право. – 1999. – № 1. – С. 86–88.

114. Грошевий Ю. М. Проблеми удосконалення законодавства, що регулює кримінально-процесуальну діяльність/ Ю. М. Грошевий // Вісник Академії правових наук України. – 2003. – № 2 (33) – № 3 (34). – С. 686–698.

115. Янович Ю. П. Проблемы совершенствования процессуального статуса подозреваемого и обвиняемого : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 «кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / Ю. П. Янович. – Х. : Укр. юрид. акад., 1992. – 21 с.

116. Дроздов О. Правове регулювання стадії порушення кримінальної справи / О. Дроздов // Прокуратура. Людина. Держава. – 2005. – № 7 (49). – С. 78–87.

117. Сокира Л. Змагальність та раціональність у кримінальному судочинстві / Л. Сокира // Прокуратура. Людина. Держава. – 2005. – № 4. – С. 62–69.

118. Шишкін В. Змагальність – принцип судочинства в демократичному суспільстві / В. Шишкін // Право України. – 1999. – № 12. – С. 21–24.

119. Півненко В. П. Впровадження конституційних принципів змагальності та рівності сторін на стадії досудового слідства: проблеми і шляхи їх вирішення / В. П. Півненко, Є. О. Мірошніченко // Вісник ВСУ. – 2003. – № 2. – С. 48–52.

120. Ісмаїлова Л. Б. Етико-психологічний аспект законодавчого забезпечення рівності сторін у кримінальному судочинстві / Л. Б. Ісмаїлова // Адвокат. – 2006. – № 12. – С. 11–17.

121. Теорія держави і права : навч. посібник для підгот. до держ. іспиту / кер. авт. кол. І. А. Сердюк. – Дніпропетровськ : ДДУВС, 2009. – 204 с.

122. Крупницкая В. И. Состязательность уголовного процесса и гарантии допустимости доказательств / В. И. Крупницкая // Юрист-правовед. – 2007. – № 3. – С. 45–51.

123. Рішення Конституційного Суду України від 23 травня 2001 року № 6-рп/2001 «У справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців третього, четвертого, п'ятого статті 248-3 Цивільного процесуального кодексу України та за конституційними зверненнями громадян Будинської Світлани Олександрівни і Ковриги Сергія Володимировича щодо офіційного тлумачення положення абзацу четвертого статті 248-3 Цивільного процесуального кодексу України (справа щодо конституційності статті 248-3 ЦПК України)» // Офіційний вісник України. – 2001. – № 22. – Ст. 1004.

124. *Quaranta v Switzerland* (1991) (Appl. No. 12744/87, 24 May 1991) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.echr.coe.int/>.

125. Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини : Закон України від 23.02.2006 // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 30. – ст. 260.

126. Про міжнародні договори України: Закон України від 29 червня 2004 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>.

127. Ларин А. М. Процессуальные гарантии и функция уголовного преследования / А. М. Ларин // Сов. государство и право. – 1975. – № 7. – С. 95–103.

128. Рогатюк І. В. Функція обвинувачення – рушійна сила кримінального процесу / І. В. Рогатюк // Право України. – 2002. – № 2. – С. 79–82.

129. Ніколаєва Т. Змагальність чи ілюзія? / Т. Ніколаєва // Юридичний вісник України. – 2003. – № 10. – С. 10.

130. Соловьев А. Б. К вопросу о концепции правового обеспечения функции уголовного преследования / А. Б. Соловьев, Н. А. Якубович // Современные проблемы уголовного права, процесса и криминалистики. – М. ; Кемерово, 1996. – С. 79–83.

131. *Eckle v Germany* (1982) (Appl. No. 8130/78, 15 July 1982) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.echr.coe.int/>.

132. *Foti and Others v Italy* (1982) (Appl. Nos. 7604/76, 7719/76, 7781/77, 7913/77, 10 December 1982) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.echr.coe.int/>.

133. Про адвокатуру: Закон України від 19 грудня 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 9. – Ст. 62.

134. Элькинд П. С. Адвокатская этика / П. С. Элькинд. – М. : Юрид. лит., 1978. – 86 с.

135. Величко О. Правова природа принципів рівності та рівноправності сторін в цивільному процесі [Електронний ресурс]. – Режим доступу :

<http://www.justinian.com.ua/magazine.php?id=31>.

136. Ісмаїлова Л. Б. Забезпечення рівності і змагальності сторін у кримінальному судочинстві / Л. Б. Ісмаїлова // Адвокат. – 2006. – № 10. – С. 16–19.

137. Букина В.С. Основные принципы гражданского процесса / В. С. Букина, М. К. Треушников. – М. : Норма, 2000. – С. 121.

138. Лукашевич В. З. Принцип состязательности и равноправия сторон в новом УПК РФ / В. З. Лукашевич, А. Б. Чичканов // Известие вузов. Правоведение. – 2002. – № 2. – С. 102–109.

139. Тушев А. Роль прокурора в реализации принципа состязательности в уголовном процессе / А. Тушев // Российская юстиция. – 2003. – № 4. – С. 33–35.

140. Смирнов А. В. О принципе равенства в уголовном судопроизводстве / А. В. Смирнов // Уголовный закон и совершенствование правоприменительной деятельности. – Калининград, 1992. – С. 82–89.

141. Баранов А. М. Состязательность как принцип и форма уголовного процесса: лекция. – Омск, ОмЮИ МВД России, 1997. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.ex-jure.ru/law/news.php?newsid=156>.

142. Корж В. Процесуальний інститут рівності прав сторін у судовому розгляді кримінальних справ / В. Корж // Прокуратура. Людина. Держава. – 2005. – № 4 (46). – С. 28–29.

143. Ісмаїлова Л. Б. Процесуальні та етико-психологічні питання забезпечення рівності сторін в кримінальному судочинстві України : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.09 «кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» /Л. Б. Ісмаїлова. – К. : Академія адвокатури України, 2007. – 20 с.

144. Neumeister v Austria (1968) (Appl. No. 1936/63, 27 June 1968) [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://www.echr.coe.int/>.

145. Wynen and Centre Hospitalier Interregional Edith-Cavell v Belgium (2002) (Appl. No. 32576/96, 5 November 2002). [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://www.echr.coe.int/>.

146. H. v Belgium (1987) (Appl. No. 8950/80, 30 November 1987) [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://www.echr.coe.int/>.

147. Borgers v Belgium (1991) (Appl. No. 12005/86, 30 October 1991) [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://www.echr.coe.int/>.

148. Interights Manual for Lawyers: Article 6 of the European Convention of Human Rights [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://www.interights.org/view-document/index.htm?id=565>.

149. Matyjek v Poland (dec.) (2006) (Appl. No. 38184/03, 30 May 2006) [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://www.echr.coe.int/>.

150. Foucher v France (1997) (Appl. No. 22209/93, 18 March 1997) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.echr.coe.int/>.

151. Теория юридического процесса / под общ. ред. В. М. Горшенева. – Х. : Вища школа, 1985. – 192 с.

152. Трофименко В. М. Кримінально-процесуальні гарантії особистості в стадії судового розгляду : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 «кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / В. М. Трофименко. – Х. : Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого, 2000. – 20 с.

153. Узагальнення Верховним Судом України практики застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua/clients-vs.nsf/0/F18D7A1BB319E390C3256FA1004EFFDD>.

154. Яворський Б. І. Сприяння захисту як необхідна умова забезпечення функціонування засади змагальності у кримінальному судочинстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 «кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / Б. І. Яворський. – К. : КНУВС, 2010. – 20 с.

155. Тертишник В. М. Кримінально-процесуальне право України : підручник / В. М. Тертишник. – 4-те вид., доп. і перероб. – К. : Вид-во А.С.К., 2003. – 1120 с.

156. Титов А. М. Принцип змагальності і співвідношення прав захисника і представника потерпілого / А. М. Титов // Засади кримінального судочинства та їх реалізація в законотворчій і правозастосовній діяльності : тези доповідей та повідомлень наук.-практ. конф. (Київ, 03.04.2009 р.). Видання присвячене пам'яті професора А. Я. Дубинського. – К. : Атіка, 2009. – С. 425–428.

157. Николаев Е. М. Восстановление прав и законных интересов потерпевших в уголовном судопроизводстве / Е. М. Николаев. – М. : Юрлитинформ, 2010. – 208 с.

158. Федорчук Н. Б. Захист прав та законних інтересів потерпілого від злочину в кримінальному судочинстві англо-американської системи права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 «кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / Н. Б. Федорчук. – К. : Академія адвокатури України, 2007. – 20 с.

159. Герасимчук О. П. Професійний захист прав потерпілого / О. П. Герасимчук // Адвокат. – 2008. – № 2. – С. 44– 47.

160. Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживання владою (Прийнята і проголошена Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 29.11.1985 р.). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_114.

161. Концепція забезпечення захисту законних прав та інтересів осіб, які потерпіли від злочинів, схвалена Указом Президента України від 28 грудня 2004 року № 1560/2004 // Офіційний вісник України. – 2004. – № 52. – Т. 1. – Ст. 3435.

162. Шаповалова Л. І. Потерпілий в досудовому провадженні / Л. І. Шаповалова. – Донецьк : ДІВС, 2002. – 160 с.

163. Кучинська О. П. Потерпілий у кримінальному судочинстві України / О. П. Кучинська, М. І. Гошовський. – К. : Юрінком Інтер, 1998. – 189 с.

164. Зиле Я. Э. Уголовно-процессуальные проблемы обеспечения прав потерпевшего / Я. Э. Зиле // Всеукр. наук.-практ. конф. «Захист прав, свобод та законних інтересів особи на досудових стадіях кримінального судочинства України». 29–30.04.2010 р. – Ч. 1. – К. : КНУВС, 2010. – С. 22–28.

165. Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 2 липня 2004 р. № 13 // Вісник Верховного Суду України. – 2004. – № 8. – С. 7.

166. Рекомендація R (85) 11 Комітету міністрів державам-членам стосовно положення потерпілого в межах кримінального права та кримінального процесу від 28.06.1985 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.yurist-online.com/zakoni/010/18/019764.php>.

167. Савонюк Р. Е. Если вы свидетель, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик, подозреваемый, обвиняемый, подсудимый / Р. Е. Савонюк. – Симферополь : Таврия-Плюс, 1998. – 63 с.

168. Джига М. Права та суть потерпілого в системі учасників кримінального процесу / М. Джига, О. Михайленко // Вісник прокуратури. – 2006. – № 4. – С. 63–68.

169. Тертышник В. М. Мои процессуальные права – мое богатство (проблема обеспечения прав участников уголовного процесса) / В. М. Тертышник // Юридическая практика. – 2004. – № 11. – С. 20–21.

170. Давиденко С. Потерпілий як суб'єкт кримінально-процесуального доказування при обранні, зміні та скасуванні запобіжних заходів / С. Давиденко // Вісник Академії правових наук України. – 2006. – № 3 (46). – С. 256–265.

171. Брусницын Л. В. Меры пресечения по УПК РФ: новеллы и старые ошибки / Л. В. Брусницын // Уголовное право. – 2002. – № 3. – С. 70–72.

172. Захарко А. В. Неізоляційні запобіжні заходи в кримінальному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Захарко Андрій Володимирович. – Дніпропетровськ : ДДУВС, 2009. – 229 с.

173. Стандартные минимальные правила Организации Объединенных

Націй в отношении мер, не связанных с тюремным заключением (Токийские правила). Приняты резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН № 45/110 от 14 декабря 1990 г. – Международные акты о правах человека : сб. док. – М. : Норма, 2000. – 784 с.

174. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності: прийнята резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї від 15 листопада 2000 року (ратифікована із застереженнями і заявами Законом № 1433-IV від 04.02.2004). – Інфодиск „Законодавство України”.

175. *Matyjek v Poland* (dec.) (2006) (AppI. No. 38184/03, 30 May 2006) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.echr.coe.int/>.

176. Чекулаев Д. П. Потерпевший: доступ к правосудию и компенсация причиненного ущерба / Д. П. Чекулаев. – М. : Юрлитинформ, 2006. – 258 с.

177. Лобойко Л. М. Кримінально-процесуальна компетенція : монографія / Л. М. Лобойко. – Дніпропетровськ : ДДУВС, 2006. – 188 с.

178. Тихомиров Ю.А. Теория компетенции / Ю. А. Тихомиров. – М. : Издательство г-на Тихомирова Ю. А., 2001. – 355 с.

179. Ісмаїлова Л. Б. Етико-психологічний аспект законодавчого забезпечення рівності сторін у кримінальному судочинстві / Л. Б. Ісмаїлова // Адвокат. – 2006. – № 12. – С. 11–17.

180. Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 01.11.1996 № 9 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws-/show/v0009700-96>.

181. Кримінальний Кодекс України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25–26. – Ст. 131.

182. Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину не законними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду : Закон України від 1 грудня 1994 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 1. – Ст. 1.

183. Про Дисциплінарний статут органів внутрішніх справ України : Закон України від 22.02.2006 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 29. – Ст. 245.

184. Калиновский К. Б. Законность и типы уголовного процесса : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Калиновский Константин Брониславович. – СПб. : СПб ГУ, 1999. – 182 с.

185. Рогатюк І. В. Обвинувачення у кримінальному процесі України : монографія / І. В. Рогатюк. – К. : Атіка, 2007. – 160 с.

186. Ковтун Н. Н. Судебный контроль в уголовном судопроизводстве России / Н. Н. Ковтун. – Н. Новгород : Нижегород. правовая акад., 2002. –

332 с.

187. Колоколов Н. А. О праве, суде и правосудии / Н. А. Колоколов. – М. : Юнити-Дана, 2006. – 303 с.

188. Огляд даних про стан здійснення правосуддя у 2010 році // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://scourt.gov.ua>.

189. Сванідзе Е. Боротьба з жорстоким поведженням і безкарністю: Права затриманих і обов'язки працівників правоохоронних органів / Е. Сванідзе. – К. : «К.І.С.», 2009. – 40 с.

190. Шило О. Г. Теоретичні основи та практика реалізації конституційного права людини і громадянина на судовий захист у досудовому провадженні в кримінальному процесі України : автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук : 12.00.09 «кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / О. Г. Шило. – Х.: Нац. ун-т «Юридична академія ім. Я. Мудрого», 2011. – 40 с.

191. Оніщук М. Новий КПК – база для основних реформ у кримінальному процесі України / М. Оніщук // Юридичний вісник України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.xenodocuments.org.ua/factitem/682>.

192. Ульянова Л. Т. Роль адвоката-защитника в реализации принципа состязательности и равноправия сторон в уголовном судопроизводстве / Л. Т. Ульянова // Вестник Моск. ун-та. Серия 11. Право. – 2006. – № 4. – С. 47–61.

193. Пикалов И. А. О состязательности уголовного процесса / И. А. Пикалов // Закон и право. – 2004. – № 5. – С. 56–58.

194. Маляренко В. Т. Про межі судового контролю за додержанням прав і свобод людини в стадії попереднього розслідування кримінальної справи / В. Т. Маляренко, П. П. Пилипчук // Вісник Верховного Суду України. – 2001. – № 2. – С. 39–43.

195. Туманянц А. Р. Судовий контроль за законністю і обґрунтованістю процесуальних рішень органів досудового слідства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 «кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / А. Р. Туманянц. – Х. : Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого МОН, 1998. – 16 с.

196. Курільчук І. Межі судового контролю в досудових стадіях кримінального процесу / І. Курільчук // Право України. – 2006. – № 4. – С. 119–122.

197. Примак В. Оскарження дій органів досудового слідства / В. Примак // Юридичний вісник України. – 2002. – 23–29 березня. – С. 7–12.

198. Назаров В. В. Обмеження конституційних прав людини в кримінальному провадженні : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09 «кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова дія-

льність» / В. В. Назаров. – Дніпропетровськ : ДДУВС, 2009. – 37 с.

199. Класс (Klass) и другие против Федеративной Республики Германии. Судебное решение от 6 сентября 1978 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.echr.ru/documents/doc/24614-06/2461406.htm>.

200. Аскеров С. С. Принцип незалежності і недоторканності суддів у кримінальному процесі України та Азербайджану (порівняльно-правове дослідження) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09/ Аскеров Садіг Сафар Огли. – К. : Академія адвокатури України, 2008. – 201 с.

201. Гринюк В. О. Принцип незалежності суддів і підкорення їх тільки закону в кримінальному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Гринюк Володимир Олексійович. – К. : Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка, 2004. – 228 с.

202. Городовенко В. В. Проблеми незалежності судової влади : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.10 «судоустрій; прокуратура та адвокатура» / В.В. Городовенко. – Х. : Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого, 2006. – 20 с.

203. Основні принципи незалежності судових органів, що схвалені Резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада та 13 грудня 1985 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.judges.org.ua/d3.htm>.

204. Незалежність, дієвість та роль суддів: Рекомендація Ради Європи № (94) 12 (ухвалена Комітетом Міністрів Ради Європи на 518 засіданні заступників міністрів 13 жовтня 1994 року) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.judges.org.ua/d11.htm>.

205. Висновок Консультативної Ради європейських суддів для Комітету міністрів Ради Європи про стандарти незалежності судових органів та незмінюваність суддів № 1 від 2001 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.judges.org.ua/article/d14.htm>.

206. Цувіна Т. Неупередженість суду у контексті практики Європейського суду з прав людини / Т. Цувіна // Право України. – 2011. – № 10. – С. 304–312.

207. Piersack v Belgium, 1 october 1982 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.echr.ru>.

208. Whitsield and others v United Kingdom, 12 April 2005. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.echr.ru>.

209. Макбрайд Д. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес / Д. Макбрайд. – К. : «К.І.С.», 2010. – 576 с.

210. Рішення КСУ від 01.12.2004 р. № 19-рп/2004 «У справі за конституційним поданням Верховного Суду України про офіційне тлумачення по-

ложень частин першої, другої статті 126 Конституції України та частини другої статті 13 Закону України “Про статус суддів” (справа про незалежність суддів як складову їхнього статусу)» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=9854>.

211. Солонина Є. Українські судді: шлях до подолання залежності / Є. Солонина. [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.judges.org.ua/1000/stat-44.htm>.

212. Моул Н. Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод. Статья 6: Право на справедливое судебное разбирательство. Прецеденты и комментарии / Н. Моул. К. Харби, Л. Б. Алексеева. – М. : Российская академия правосудия, 2001. – 145 с.

213. Деклу К. Аналіз та оцінка системи документообігу загальних судів. //Агентство США з міжнародного розвитку (USAID) «Україна: верховенство права» / К. Деклу [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ukrainerol.org.ua/content/library_doc/UROL_Assesment_of_General_Courts_CMS_Mar_2011_Final_UKR.pdf.

214. Іваницький С. О. Автоматизований розподіл судових справ за допомогою комп'ютерної програми: стан та перспективи / С. О. Іваницький // Реформування судових і правоохоронних органів в Україні: проблеми та перспективи : матер. наук.-практ. конф., 14 травня 2010 р. – Х. : Одиссей, 2010. – С. 334–335.

215. УМВС України в Сумській області [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.cgz.sumy.ua/news/s_vzyatka.html.

216. Рекомендація R (95) 5 Комітету міністрів державам-членам щодо введення в дію та поліпшення функціонування систем і процедур оскарження у цивільних і торговельних справах від 07.02.1995 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.yur-info.org.ua/index.php?lang_id=1&menu_id=-1839&article_id=134763.

217. Конституции и законы государств мира : Публичная бесплатная политико-правовая интернет-библиотека [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://constitutions.ru/archives/category/constitutions>.

218. Законодательство стран СНГ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://base.spinform.ru/klview.fwx?razdel=0&klsid=_000000110.

219. Меишвили З. Путеводитель по новому уголовно-процессуальному кодексу Грузии / З. Меишвили [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.lega-laid.ge/cms/site_images/UNDP%20brochu-res/rus/CPC_RUS.pdf.

220. Annual report 2009, 2010, 2010 of the European Court of Human Rights (provisional edition) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.echr.coe.int/>.

221. Газетдинов А. И. Практика и проблемы применения Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» / А. И. Газетдинов // Федеральное законодательство об адвокатуре. Практика применения и проблемы совершенствования: матер. Международ. научн-практ. конф. –Екатеринбург: Изд-во Урал. ун-та, 2004. – С.13–15.

222. Паршуткин В. В. Опрос адвокатом лиц с их согласия / В. В. Паршуткин // Возможности защиты в рамках нового УПК России : матер. научн.-практ. конф. адвокатов, проведенной Адвокатской палатой г. Москвы при содействии Коллегии адвокатов «Львова и партнеры» 17 апреля 2003 г. / под ред. Г. М. Резника и Е. Ю. Львовой. – М., 2004. – С. 62–71.

223. Мартынчик Е. Г. Правовые основы адвокатского расследования: состояние и перспективы (к разработке концепции и модели) / Е. Г. Мартынчик // Адвокатская практика. – 2004. – № 3. – С. 4–11.

224. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации : учебник / отв. ред. П. А. Lupинская. – М. : Юрист, 2003. – 797 с.

225. Шейфер С. А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования / С. А. Шейфер. – М. : Норма, 2008. – 240 с.

226. Постановление Пленума Верховного суда РФ от 31.10.1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судом Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» (с изменениями, внесенными постанов. Пленума от 06.02.2007 № 5) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://supcourt.ru>.

227. Разъяснения Совета Адвокатской палаты г. Москвы по вопросам профессиональной этики адвоката. Об адвокатском опросе. // Вестник Адвокатской палаты г. Москвы. – 2003. – Вып. № 1. – С. 32–33.

228. Рекомендации по реализации ч. 1 ст. 53, ч. 3 ст. 86 УПК РФ и п. 3 ст. 6 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», одобренных Советом Федеральной палаты адвокатов РФ. Протокол № 5 от 23 апреля 2004 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://arso.kirov.ru/for_lawyers/48/1109/.

229. Чеботарева И. Н. К вопросу о предоставлении уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации права адвоката-защитника собирать доказательства. // Проблемы криминального права, процессу та криміналістики : матер. наук.-практ. конф. (Одеса, 9 жовтня 2009 року). – Одеса, 2009. – С. 568–569.

230. Лотыш Т. А. Проблемы гарантий принципа состязательности в уголовном судопроизводстве. // Государство и право. – 2002. – № 6. – С. 104–109.

231. Концепция дальнейшего углубления демократических реформ и формирования гражданского общества в стране: доклад Президента Республики Узбекистан Ислама Каримова на совместном заседании Законодательной палаты и Сената Олий Мажлиса Республики Узбекистан 12.11.2010 р. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.press-service.uz/ru/news/show/dokladi/konceptsiya_dalneyeshego_uglubleniya_demo/#.

232. Статут Ради Європи від 05.05.1949 р. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon.rada.gov.ua>.

233. Уголовно-процессуальный закон Латвийской Республики, принятый Сеймом 21.04.2005 и обнародованный Президентом государства 11.05.2005 г. – Рига : «Biznesa infonacijas birojs», 2006. – 240 с.

234. Уголовно-процессуальный кодекс Эстонской Республики от 30 декабря 2004 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://lex.kz/>.

235. Калиновский К. Б. Уголовный процесс современных зарубежных государств: учебное пособие / К. Б. Калиновский. – Петрозаводск : Изд-во ПетрГУ, 2000. – 48 с.

236. Федорчук Н. Б. Захист прав потерпілого від злочину в англо-американській правовій системі та кримінальному судочинстві України: монографія / Н. Б. Федорчук, В. Т. Нор. – К. : Правова єдність, 2009. – 192 с.

237. Ashworth A. The Criminal Process. – Oxford : Oxford University Press, 1998. – 326 с.

238. Criminal procedure and the constitution, leading supreme court cases and introductory text // West publishing co.st.paul, minn. – 1989. – 432 p.

239. Stovall v. Denno U.S. 1967, Manson v. Brathwaite 1977, Neil v. Biggers 1972 // Criminal procedure. – 1989. – 387 p.

240. Махов В. Н. Уголовный процесс США (досудебные стадии) : учебное пособие // В. Н. Махов, М. А. Пешков. – М. : ЗАО «Бизнес-школа Интел-Синтез» 1998. – 208 с.

241. Николайчик В. М. Уголовный процесс США / В. М. Николайчик // М. : Наука, 1981. – 224 с.

242. Назаров В. В. Обмеження конституційних прав людини в кримінальному провадженні : дис. канд. юрид. наук : 12.00.09 / Назаров Віктор Володимирович. – Дніпропетровськ : ДДУВС, 2009. – 451 с.

243. Лубенский А. И. Предварительное расследование по законодательству капиталистических государств / А. И. Лубенский. – М. : Юрид. лит., 1977. – 160 с.

244. Апарова Т. В. Суды и судебный процесс Великобритании. Англия, Уэльс, Шотландия / Т. В. Апарова. – М. : Ин-т междунар. права и экономики; Триада Лтд, 1996. – 157 с.

245. Spronken T. Procedural Rights in Criminal Proceedings: Existing Level of Safeguards in the European Union / Spronken T., Attinger M. [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=3891>.

246. Попов К. Применение мер пресечения судом по законодательству Королевства Великобритания и Северной Ирландии / К. Попов // Российская юстиция. – 2005. – № 1–2. – С. 92–95.

247. Брайсон У. К. Американская судебная система. Верховенство права [сборник] / Ульям К. Брайсон. – М. : Прогресс, 1992. – 345 с.

248. Levasseur G. Vers une procedure d'instruction contradictoire in: Le nouveau code de procedure penale. / G. Levasseur. – Paris, 1960. – 276 p.

249. Боботов С. В. Правосудие во Франции / С. В. Боботов. – М. : Юрид. лит., 1994. – 156 с.

250. Решетников Ф. М. Правовые системы стран мира [справочник] / Ф. М. Решетников. – М. : Юрид. лит., 1993. – 256 с.

251. Головкин Л. В. Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции / Л. В. Головкин. – М. : Спарк, 1995. – 130 с.

252. Уголовный процесс : учебник для студ. юрид. вузов и фак. / под ред. К. Ф. Гуценко. – Изд. 3-е, перераб. и доп. – М. : Изд-во «Зерцало», 1999. – 608 с.

253. Уголовно-процессуальный кодекс ФРГ. – М. : Изд-во «Манускрипт», 1994. – 215 с.

254. Савченко В. Інститут адвоката потерпілого та свідка у кримінальному судочинстві України: перспективи запровадження й європейський досвід / В. Савченко // Підприємство, господарство і право. – 2011. – № 2. – С. 150–152.

255. Гловацький І. Ю. Адвокатура зарубіжних країн (Англія. Німеччина. Франція): навч.-практ. посіб. / І. Ю. Гловацький. – К. : Атіка, 2007. – 588 с.

256. Святоцький О. Д. Адвокатура історія і сучасність / О. Д. Святоцький, В. В. Медведчук. — К : Ін Юре, 1997. – 320 с.

257. Введение в шведское право / пер. с англ.; отв. ред. Б. С. Крылов. – М. : Юрид. лит., 1986. – 335 с.

258. X v United Kingdom, 8295/78, 9.10.1978, DR 15, 242 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.echr.coe.int/>.

259. Mayzit v Russia, 63378/00, 20.01.2005 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.echr.coe.int/>.

260. Зелена книга Комісії з процесуальних гарантій, які надаються підозрюваним та підсудним у кримінальному судочинстві в Європейському Союзі від 19 лютого 2003 р., COM (2003) 75.

261. Ensslin, Baader and Raspe v Federal Republic of Germany 7572/76,

7586/76, 7587/76, 8.07.1978р. DR 14,64 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.echr.coe.int/>.

262. *Salduz v Turkey* [GC], 36391/02, 27.11.2008 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.echr.coe.int/>.

263. *Brennan v United Kingdom*, 39846/98, 2001 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.echr.coe.int/>.

264. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Кемпбелл і Фелл проти Сполученого Королівства» від 28 червня 1984 року // Європейський Суд по правам человека. Избранные решения: в 2-х т. – Т. 1. – С. 438–469.

265. *Domenichini v. Italy*, 15 November 1996, Published in Reports 1996-V. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.echr.coe.int/>.

266. Филимонов Б. А. Основы теории доказательств в германском уголовном процессе / Б. А. Филимонов. – М. : Спарк, 1994. – 157 с.

ДОДАТКИ*Додаток А*

**Узагальнені відомості
за результатами опитування суддів, адвокатів та слідчих органів
внутрішніх справ щодо змагальності у досудовому провадженні
[статті наведено за КПК України]**

Всього опитано 364 особи.

Із них:

- суддів – 64 (Дніпропетровська обл. – 44, Запорізька обл. – 12, Кіровоградська обл. – 8);
- слідчих ОВС – 250 (Дніпропетровська обл. – 90, Запорізька обл. – 69, Чернігівська обл. – 44, АР Крим – 26, Закарпатська обл. – 21);
- адвокатів – 50 (Дніпропетровська обл. – 26, Запорізька обл. – 14, Кіровоградська обл. – 10).

№ за/п	Зміст запитання	Кількісні показники відповідей (осіб / %)			
		судді	слідчі ОВС	адвокати	загальні показники
1	Наскільки реалізовується засада змагальності на досудовому провадженні?				
	1) Повністю	2/3,1	10/4	0/0	12/3,3
	2) Частково	31/48,4	129/51,6	4/8	164/45,1
	3) Не реалізовується	31/48,4	100/40	46/92	177/48,6
	4) Важко відповісти	0/0	11/4,4	0/0	11/3
2	Чи доцільно розширяти засаду змагальності у досудових стадіях?				
	1) Так	62/100	230/92	50/100	342/93,9
	2) Ні	0/0	10/4	0/0	10/2,8
	3) Важко відповісти	0/0	0/0	0/0	0/0
3	Хто, на Вашу думку, належить до сторони обвинувачення у досудовому провадженні?				
	1) Прокурор, потерпілий та його представник, цивільний позивач та його представник	12/18,8	41/16,4	0/0%	53/14,6
	2) Прокурор, орган досудового розслідування, керівник органу досудового розслідування та слідчий органу досудового розслідування	17/25,4	100/40	4/8	121/33,2

ЗМАГАЛЬНІСТЬ У ДОСУДОВОМУ ПРОВАДЖЕННІ

	3) Прокурор, органи досудового розслідування, потерпілий та його представник, цивільний позивач та його представник	35/54,7	109/43,6	46/92	190/52,2
4	Хто, на Вашу думку, належить до сторони захисту у досудовому провадженні?				
	1) Підозрюваний, обвинувачений, особа, стосовно якої вирішується питання про застосування примусових заходів виховного або медичного характеру, особа, стосовно якої проводилася попередня перевірка чи закрито провадження у кримінальній справі, їхні захисники та законні представники, цивільний відповідач та його представник	31/48,4	110/44	18/36	159/43,7
	2) Підозрюваний, обвинувачений та його захисник	0/0	10/4	0/0	10/2,8
	3) Особа, щодо якої здійснюється кримінальне переслідування, підозрюваний, обвинувачений, підсудний, засуджений, виправданий, їхні захисники та законні представники, цивільний відповідач та його представник	33/51,6	130/52	32/64	195/53,5
	4) Інше	0/0	0/0	0/0	0/0
5	Чи завжди учасники, що належать до однієї сторони, підтримують єдину позицію у кримінальній справі?				
	1) Так	14/21,9	19/7,6	18/36	51/14
	2) Ні	50/78,1	211/84,4	32/64	293/80,5
	3) Важко відповісти	0/0	20/8	0/0	20/5,5
6	Яку процесуальну функцію виконує суд у досудовому провадженні? (дайте лише одну відповідь)				
	1) Правосуддя	16/25	102/40,8	10/20	128/35,2
	2) Юстиції (судочинства)	3/4,7	41/16,4	5/10	49/13,5
	3) Судового контролю	21/32,8	56/22,4	19/38	96/26,4
	4) Судового нагляду	11/17,2	0/0	16/32	27/7,4
	5) Забезпечення законності при обмеженні конституційних прав	13/20,3	51/20,4	0/0%	64/17,6
	6) Інше	0/0	0/0	0/0	0/0
7	Чи повинні бути рівними права та можливості їх реалізації у сторін захисту та обвинувачення на досудовому провадженні?				
	1) Так	51/79,7	84/33,6	50/100	185/50,8
	2) Ні	13/20,3	111/44,4	0/0	124/34,1

	3) Важко відповісти	0/0	55/22	0/0	55/15,1
8	Які процесуальні чинники впливають на рівність сторін у досудових стадіях кримінального процесу? (позначте <u>всі можливі</u> відповіді)				
	1) Нормативне розмежування сторін та визначення учасників, які здійснюють функції обвинувачення і захисту на досудових стадіях кримінального судочинства	6/9,4	28/11,2	0/0	34/9,3
	2) Законодавче закріплення рівності сторін у досудовому провадженні	8/12,5	12/4,8	0/0	20/5,5
	3) Чітко встановлений правовий статус, повноваження і компетенція учасників кримінального процесу, що виступають як сторони у досудових стадіях кримінального процесу	0/0	34/13,6	15/30	49/13,5
	4) Регламентація у кримінально-процесуальному законодавстві рівних процесуальних прав у представників сторін та надання їм рівних процесуальних можливостей для реалізації вказаних прав	7/10,9	10/4	21/42	38/10,4
	5) Наявність у спеціально уповноважених на те органів держави обов'язку здійснювати контроль або нагляд за дотриманням рівності сторін на досудовому етапі судочинства	4/6,3	15/6	0/0	19/5,2
	6) Обґрунтування рішень, що обмежують рівність сторін у досудовому провадженні	15/23,4	26/10,4	0/0	41/11,3
	7) Встановлення відповідальності за порушення рівності сторін у досудових стадіях процесу	12/18,8	41/16,4	17/34	70/19,2
	8) Усі вищезазначені відповіді	52/81,3	201/80,4	50/100	303/83,2
	9) Інше	0/0	0/0	0/0	0/0
9	Чи рівні наразі у досудовому провадженні права та можливості реалізації цих прав у представників сторін обвинувачення та захисту?				
	1) Так	5/7,8	88/35,2	0/0	93/89,4
	2) Ні	59/92,2	126/50,4	50/100	235/64,6
	3) Важко відповісти	0/0	36/14,4	0/0	36/9,9
10	Хто, на Вашу думку, із сторін наділений більшим обсягом прав у досудовому провадженні?				
	1) Представники сторони обвинувачення	50/78,1	61/24,4	50/100	161/44,2
	2) Представники сторони захисту	9/14,1	100/40	0/0	109/29,9
11	Чи вважаєте Ви виправданою таку перевагу?				
	1) Так	8/12,5	150/60	0/0	158/43,4
	2) Ні	51/79,7	11/4,4	50/100	112/30,7

ЗМАГАЛЬНІСТЬ У ДОСУДОВОМУ ПРОВАДЖЕННІ

	3) Важко відповісти	0/0	0/0	0/0	0/0
12	Яким чином необхідно вирівняти права сторін обвинувачення і захисту у досудовому провадженні?				
	1) Максимально наблизити права потерпілого та його представника до прав обвинуваченого та його захисника	7/10,9	0/0	0/0	7/1,9
	2) Надати захисникові право проводити паралельне розслідування	10/15,6	0/0	4/8	14/3,9
	3) Позбавити представників сторони обвинувачення окремих повноважень шляхом перекладання їх на суд	0/0	173/69,2	0/0	173/47,5
	4) Усі вищезазначені відповіді	33/51,8	77/30,8	46/92	156/42,9
	5) Інше	0/0	0/0	0/0	0/0
13	Чи існують наразі перепони щодо допуску захисника у стадії порушення кримінальної справи?				
	1) Так	24/37,5	191/76,4	48/96	263/72,3
	2) Ні	26/40,6	59/23,6	2/4	87/23,9
14	З чим пов'язана наявність таких перепон?				
	1) Відсутність регламентації відповідної норми в КПК України	24/37,5	181/74,4	40/80	82/22,5
	2) Небажанням посадових осіб, що здійснюють досудове провадження	0/0	10/4	8/16	18/4,9
	3) Інше	0/0	0/0	0/0	0/0
15	Чи доцільно надати виключно суду право визнавати доказами інформацію, яку подаватимуть сторони на досудових стадіях?				
	1) Так	34/53,1	70/28	30/60	134/36,8
	2) Ні	20/31,3	164/65,6	12/24	196/53,9
	3) Важко відповісти	10/15,6	16/6,4	8/16	34/9,3
16	Чи підміняють рішення про направлення справи на додаткове розслідування виправдувальні вироки?				
	1) Так	50/78,1	166/66,4	50/100	266/73,1
	2) Ні	8/12,5	50/20	0/0	58/15,9
	3) Важко відповісти	6/9,4	34/13,6	0/0	40/21,9
17	Чи доцільно скасувати інститут повернення справи на додаткове розслідування?				
	1) Так	54/84,4	166/66,4	50/100	270/74,2
	2) Ні	10/15,6	84/33,6	0/0	94/25,8
	3) Важко відповісти	0/0	0/0	0/0	0/0
18	Чи є ефективним порядок вирішення представниками сторони				

	обвинувачення відводів органів досудового розслідування і прокурора в порядку ст.ст. 58, 60 та розгляду скарг на дії та рішення інших представників сторони обвинувачення відповідно до ст.ст. 110, 234, 236?				
	1) Так	13/20,3	106/42,4	2/4	121/33,2
	2) Ні	51/79,7	124/49,6	48/96	123/33,8
	3) Важко відповісти	0/0	20/8	0/0	20/5,5
19	Чи доцільно надати суду право під час досудового провадження розглядати скарги не тільки на рішення, передбачені ст. ст. 52-5 (відмова у застосуванні заходів безпеки або про їх скасування), 106 (затримання органом дізнання підозрюваного у вчиненні злочину), 236-2 (відмова в порушенні справи), 236-6 (закриття справи), 236-8 (порушення справи), 468 (видача особи (екстрадиція)), а й на інші рішення, дії та бездіяльність органів дізнання, слідчого та прокурора?				
	1) Так	51/79,7	124/49,6	48/96	223/61,3
	2) Ні	0/0	0/0	0/0	0/0
	3) Важко відповісти	0/0	0/0	0/0	0/0
20	На які рішення, дії та бездіяльність органів дізнання, слідчого та прокурора, окрім передбачених у п. 19, доцільно надати суду право розглядати скарги під час досудового провадження?				
	1) На всі	0/0	0/0	0/0	0/0
	2) На ті, які перешкоджають подальшому руху кримінальної справи	4/6,3	21/8,4	5/10	30/8,2
	3) На рішення про відмову слідчого та прокурора у задоволенні клопотань, заявлених учасниками процесу	1/1,6	7/1,9	5/10	14/3,8
	4) На ті, що передбачені в 2 та 3 варіантах відповідей	46/71,9	96/26,4	38/76	180/49,5
	5) Інше	0/0	0/0	0/0	0/0
21	Які, на Вашу думку, рішення, дії та бездіяльність органів дізнання, слідчого та прокурора на досудових стадіях кримінального процесу, окрім передбачених у ст.ст. 236-2 (відмова у порушенні справи), 236-6 (закриття справи), 236-8 (порушення справи), перешкоджають подальшому руху кримінальної справи? <i>(позначте всі можливі відповіді)</i>				
	1) Рішення органів дізнання, слідчого та прокурора про направлення заяви або повідомлення за належністю, в порядку ст. 97	11/17,2	86/34,4	0/0	97/26,6
	2) Рішення органів дізнання, слідчого та прокурора про зупинення досудового слідства, в	18/28,1	118/47,2	0/0	136/37,4

ЗМАГАЛЬНІСТЬ У ДОСУДОВОМУ ПРОВАДЖЕННІ

	порядку ст. 206				
	3) Рішення органів дізнання, слідчого та прокурора про продовження строків досудового слідства, в порядку ст. 120	11/17,2	103/41,2	0/0	114/31,3
	4) Бездіяльність органів дізнання, слідчого та прокурора щодо не прийняття жодного з рішень, в порядку ст. 97	21/32,8	149/59,6	0/0	170/46,7
	5) Всі вищезазначені рішення, дії та бездіяльність органів дізнання, слідчого та прокурора	43/67,2	99/39,6	50/100	192/52,8
	6) Інше	0/0	0/0	0/0	0/0
22	Чи доцільно надати виключно суду право вирішувати питання про відводи, що заявлені учасниками процесу під час досудового провадження?				
	1) Так	48/75	121/48,4	50/100	219/60,2
	2) Ні	13/20,3	55/22	0/0	68/18,7
	3) Важко відповісти	3/ 4,7	74/29,6	0/0	77/21,2
23	Чи доцільно позбавити сторону обвинувачення повноважень щодо допуску, заміни чи усунення захисника та представника цивільного відповідача?				
	1) Так	48/75	109/43,6	50/100	307/84,3
	2) Ні	16/25	78/31,2	0/0	94/25,8
	3) Важко відповісти	0/0	63/25,2	0/0	63/17,3
24	Чи доцільно надати суду право під час досудового провадження, вирішувати не тільки питання щодо: усунення захисника від участі у справі на стадії досудового розслідування (ст. 61-1), накладення арешту на вклади (ст. 126), обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту (ст. 165-2), продовження строків тримання під вартою (ст. 165-3), проведення обшуку та огляду житла чи іншого володіння особи (ст. ст. 177, 190), проведення примусової виїмки із житла чи іншого володіння особи, а також виїмки документа виконавчого провадження чи матеріальних носіїв секретної інформації та / або документів (ст. 178), накладення арешту на кореспонденцію і зняття інформації з каналів зв'язку (ст.187), проведення огляду кореспонденції (ст.187-1), поміщення обвинуваченого у відповідний медичний заклад для проведення стаціонарної експертизи (ст. 205), тимчасовий арешт (ст. 462), екстрадицій ний арешт (ст. 463), а і щодо застосування інших примусових заходів та проведення слідчих і процесуальних дій, що обмежують конституційні права людини?				
	1) Так	54/84,4	201/80,4	50/100	305/83,8

	2) Ні	10/15,6	49/19,6	0/0	59/16,2
	3) Важко відповісти	0/0	0/0	0/0	0/0
25	Які, на Вашу думку, запобіжні заходи, окрім зазначених у п.24, обмежують конституційні права людини? (позначте <u>всі можливі</u> відповіді)				
	1) Підписка про невиїзд (ст. 151)	16/25	63/25,2	0/0	79/21,7
	2) Особиста порука (ст. 152)	7/10,9	47/18,8	0/0	54/14,8
	3) Порука громадської організації або трудового колективу (ст. 154)	8/12,5	41/16,4	0/0	49/19,6
	4) Застава (ст. 154-1)	11/17,2	196/78,4	0/0	207/56,9
	5) Нагляд командування військової частини (ст. 163)	0/0	84/33,6	0/0	84/23,1
	6) Затримання (ст. 106)	47/73,4	240/96	0/0	287/78,9
	7) Віддання неповнолітнього під нагляд батьків, опікунів, піклувальників або адміністрації дитячої установи (ст. 436)	46/25	73/29,2	0/0	119/32,7
	8) Усі вищезазначені запобіжні заходи	16/32,8	24/9,6	50/100	90/24,7
	9) Інше	0/0	0/0	0/0	0/0
26	Які, на Вашу думку, примусові заходи обмежують конституційні права людини? (позначте <u>всі можливі</u> відповіді)				
	1) Поміщення неповнолітнього у віці від 11 років до віку, з якого настає кримінальна відповідальність, до приймального-розподільника для дітей (ст. 7-3)	21/32,8	231/92,4	0/0	252/69,2
	2) Запобіжне обмеження (ст. 98-1)	3/4,7	180/72	0/0	183/50,3
	3) Привід (ст. ст. 70, 72, 135, 136)	27/42,2	220/88	0/0	247/67,9
	4) Відсторонення обвинуваченого від посади (ст. 147)	32/50	217/59,6	0/0	249/68,4
	5) Письмове зобов'язання про повідомлення про зміну свого місця перебування, а також про явку до слідчого і суду за їхнім викликом (ст. 148)	4/6,3	11/3	0/0	15/4,1
	6) Усі вищезазначені примусові заходи	48/75	235/94	50/100	333/91,5
	7) Інше	0/0	0/0	0/0	0/0
27	Які, на Вашу думку, слідчі та процесуальні дії, окрім зазначених у п.24, обмежують конституційні права людини? (позначте <u>всі можливі</u> відповіді)				

ЗМАГАЛЬНІСТЬ У ДОСУДОВОМУ ПРОВАДЖЕННІ

	1) Накладення арешту на цінності та інше майно, а також вилучення майна, на яке накладено арешт (ст.126)	21/32,8	64/25,6	15/30	100/27,5
	2) Допит (ст. ст. 143, 167–169, 171, 201)	1/1,6	3/1,2	3/6	7/1,9
	3) Експертиза (ст. ст. 196, 204)	23/35,9	194/77,6	34/68	251/68,9
	4) Відтворення обстановки і обставин події (ст. 194)	8/12,5	7/2,8	6/12	21/5,8
	5) Очна ставка (ст. 172)	5/7,8	7/2,8	6/12	18/4,9
	6) Пред'явлення для впізнання (ст.ст. 174,175)	21/32,8	21/8,4	7/14	49/13,5
	7) Обшук (ст. 177)	38/59,4	224/89,6	39/78	301/82,7
	8) Огляд (ст. 190)	13/20,3	48/19,2	11/22	72/19,8
	9) Ексгумація трупа (ст. 192)	7/10,9	11/4,4	1/2	19/5,2
	10) Виїмка (ст. 178)	41/64	200/80	38/76	279/76,7
	11) Проведення освідування (ст. 193)	48/75	209/83,6	40/80	297/81,6
	12) Одержання зразків для експертного дослідження (ст. 199)	53/82,8	217/86,8	44/88	314/86,3
	13) Усі вищезазначені слідчі та процесуальні дії	5/7,8	42/16,8	3/6	55/15,1
	14) Інше	0/0	0/0	0/0	0/0
28	Як часто учасники наведених вище слідчих і процесуальних дій відмовляються від участі в їх проведенні або відмовляються виконувати вказівки органів розслідування при їх проведенні?				
	1) Завжди	0/0	5/2	0/0	5/1,4
	2) Іноді	32/50	224/89,6	44/88	300/82,4
	3) Часто	0/0	7/2,8	3/6	10/2,8
	4) Ніколи	32/50	14/5,6	7/2,8	53/14,6
29	Регламентация якого порядку прийняття рішень щодо проведення слідчих і процесуальних дій, що обмежують конституційні права людини і не вказані в п. 24, буде найбільш сприяти посиленню змагальності у досудовому провадженні?				
	1) Для прийняття рішення щодо проведення усіх слідчих і процесуальних дій, що не вказані в п.24, застосувати процедуру аналогічну тій, яка застосовується наразі до інших слідчих дій, рішення про проведення яких приймає суд	0/0	15/6	1/2	16/4,4
	2) Розширити перелік слідчих дій, рішення про проведення яких приймає суд, за рахунок включення до нього також і тих, що мають	17/26,6	0/0	11/22	28/7,7

	найбільшу загрозу конституційним правам громадян, та застосовувати до них, порядок, який застосовується наразі до інших слідчих дій, рішення про проведення яких приймає суд. Порядок щодо прийняття рішення про проведення усіх інших слідчих дій залишити без змін				
	3) До проведення обшуку будь-де застосувати процедуру аналогічну тій, яка застосовується наразі до інших слідчих дій, рішення про проведення яких приймає суд. До інших слідчих та процесуальних дій, які найбільш обмежують конституційні права, застосувати порядок, що встановлений законодавцем для проведення виїмки з житла (при наявності підстав вважати, що слідча чи процесуальна дія буде здійснюватися без примусу – органи розслідування самостійно виносять постанову про її проведення, якщо ж, навпаки, є підстави сумніватися в тому, що особи, які залучені до проведення вказаних дій, добровільно будуть виконувати вказівки органів розслідування – останні звертаються з поданням до суду про примусове її проведення). Порядок щодо прийняття рішення про проведення усіх інших слідчих дій залишити без змін	37/57,8	101/40,4	38/76	176/48,4
	4) Порядок прийняття рішень щодо проведення слідчих і процесуальних дій, які обмежують конституційні права людини і не вказані в п.24, залишити таким, яким він є за чинним КПК України	6/9,4	134/54,8	0/0	140/38,5
	5) Інше	0/0	0/0	0/0	0/0
30	Чи повинні розповсюджуватися на досудові стадії кримінального процесу такі ознаки суду, як незалежність та неупередженість?				
	1) Так	64/100	229/91,5	50/100	343/94,2
	2) Ні	0/0	0/0	0/0	0/0
	3) Важко відповісти	0/0	21/8,4	0/0	21/5,8
31	Яким є на сьогодні рівень незалежності та неупередженості суду під час досудового провадження?				
	1) Високий	4/6,3	10/4	0/0	14/3,9
	2) Середній	59/92,2	208/83,2	7/14	274/75,3
	3) Низький	1/1,6	32/12,8	43/86	76/20,9

ЗМАГАЛЬНІСТЬ У ДОСУДОВОМУ ПРОВАДЖЕННІ

	4) Важко відповісти	0/0	0/0	0/0	0/0
32	Які процесуальні чинники впливають на рівень незалежності та неупередженості суду на досудових стадіях кримінального процесу? <i>(позначте всі можливі відповіді)</i>				
	1) Законодавче закріплення виконання незалежним та неупередженим судом своєї процесуальної функції на досудових стадіях процесу	0/0	32/12,8	0/0	32/8,8
	2) Нормативно врегульований механізм здійснення об'єктивного та неупередженого розподілу справ між суддями при розгляді питань, що вирішуються у досудовому провадженні	0/0	37/14,8	0/0	37/10,2
	3) Закріплення в кримінально-процесуальному законодавстві переліку підстав, що виключають участь судді при розгляді питань, що вирішуються на досудових стадіях процесу	0/0	30/12	0/0	30/8,2
	4) Регламентована процедура самовідводу та відводу судді, за наявності обставин, що виключають його участь при вирішенні питань у досудовому провадженні	0/0	34/13,6	0/0	34/9,3
	5) Надання сторонам процесу права подавати апеляції на усі рішення судді, що прийняті ним на досудових стадіях процесу	0/0	36/14,4	0/0	36/9,9
	6) Усі вищезазначені відповіді	64/100	213/85,2	50/100	327/89,8
	7) Інше	0/0	0/0	0/0	0/0
33	Чи доцільно розширити перелік підстав, що виключають участь судді в розгляді справи?				
	1) Так	23/35,9	138/55,2	50/100	211/57,9
	2) Ні	37/57,8	111/44,4	0/0	148/40,7
	3) Важко відповісти	4/6,3	1/0,4	0/0	5/1,4
34	Якими підставами слід доповнити перелік обставин, що виключають участь судді в розгляді справи? <i>(позначте всі можливі відповіді)</i>				
	1) Коли суддя під час досудового розслідування вирішував питання про накладення арешту на кореспонденцію і зняття інформації з каналів зв'язку (ст. 187)	0/0	0/0	0/0	0/0
	2) Коли суддя під час досудового розслідування вирішував питання про накладення арешту на вклади підозрюваного чи обвинуваченого або	0/0	0/0	0/0	0/0

	осіб, які несуть за законом матеріальну відповідальність за його дії (ст. 126)				
	3) Коли суддя під час досудового розслідування вирішував питання про поміщення обвинуваченого у відповідний медичний заклад для проведення стаціонарної експертизи (ст. 205)	0/0	0/0	0/0	0/0
	4) Коли суддя під час досудового розслідування розглядав скарги на постанови про порушення кримінальної справи (ст. 236-7)	0/0	0/0	0/0	0/0
	5) Коли суддя під час досудового розслідування розглядав скарги на постанови про відмову у застосуванні заходів безпеки або про їх скасування (ст. 52-5)	0/0	0/0	0/0	0/0
	6) Усіма вищезазначеними підставами	23/35,9	138/55,2	50/100	211/57,9
	7) Інше	0/0	0/0	0/0	0/0
35	Чи доцільно розширити перелік рішень суду, що прийняті ним під час досудового провадження, на які може бути подано апеляцію?				
	1) Так	44/68,8	204/81,6	50/100	298/81,9
	2) Ні	20/31,3	31/12,4	0/0	51/14
	3) Важко відповісти	0/0	15/6	0/0	15/4,1
36	На які рішення суду доцільно надати право сторонам подавати апеляцію на досудових стадіях? <i>(позначте всі можливі відповіді)</i>				
	1) Про усунення захисника (ст.61-1)	10/15,6	54/21,6	50/100	104/28,6
	2) Про проведення обшуку житла чи іншого володіння особи (ст. 177)	5/7,8	31/12,4	17/34	53/14,6
	3) Про проведення примусової виїмки із житла чи іншого володіння особи (ст. 178)	5/7,8	34/13,6	21/42	60/16,5
	4) Про проведення виїмки документа виконавчого провадження (ст.178)	3/4,7	0/0	0/0	3/0,9
	5) Про накладення арешту на кореспонденцію чи зняття інформації з каналів зв'язку (ст. 187)	7/10,9	0/0	0/0	7/1,9
	6) Про відмову накладення арешту на кореспонденцію чи зняття інформації з каналів зв'язку (ст. 187)	12/18,8	71/28,4	0/0	83/22,8
	7) Про огляд житла чи іншого володіння особи (ст. 190)	7/10,9	0/0	24/48	31/8,5
	8) На всі вищезазначені рішення	44/68,8	186/74,4	50/100	280/76,9
	9) Інше	0/0	0/0	0/0	0/0

**Узагальнені відомості
за результатами вивчення кримінальних справ**

Всього вивчено 330 кримінальних справ за 2007–2011 рр.

Із них:

- апеляційний суд – 90 справ;
- районні (місцеві) суди – 240 справ.

Кількісні показники результатів вивчення кримінальних справ	
1. Чи містить отримана первинна інформація (заява про злочин або безпосередньо виявлені ознаки злочину) відомості, що хоча б імовірно вказують на вчинення злочину конкретною особою?	
1. Так.	155 (47 %)
2. Ні.	175 (53 %)
2. Чи проводились у справі слідчі дії до винесення постанови про: порушення кримінальної справи, затримання особи чи обрання запобіжного заходу?	
1. Так.	307 (93 %)
2. Ні.	23 (7 %)
3. Чи відбиралися пояснення від осіб, що в подальшому набули статусу підозрюваного чи обвинуваченого?	
1. Так.	297 (90 %)
2. Ні.	33 (10 %)
4. Чи допитувалися як свідки особи, що в подальшому набули статусу підозрюваного чи обвинуваченого?	
1. Так.	70 (21 %)
2. Ні.	260 (79 %)
5. Чи брав участь у справі захисник?	
1. Так.	139 (42 %)
2. Ні.	191 (58 %)
6. Якщо «так», то з якого моменту він був допущений до участі у справі?	
1. До порушення кримінальної справи.	0 (0 %)
2. З моменту допиту особи в якості	0 (0 %)

свідка.				
3. Після складання протоколу затримання особи.		56 (40 %)		
4. Після обрання запобіжного заходу.		54 (39 %)		
5. Після винесення постанови про притягнення як обвинуваченого.		29 (21 %)		
7. Чи заявлені у справі клопотання?				
1. Так.		145 (44 %)		
2. Ні.		185 (56 %)		
8. Якщо «так», то ким і яке рішення прийняте за результатами його розгляду?				
1. Потерпілим, цивільним позивачем або їх представниками.	35 (24 %)	задоволено	відмовлено у задоволенні	
		4 (12 %)	31 (88 %)	
2. Підозрюваним, обвинуваченим, їх захисниками, цивільним відповідачем його представником.	110 (76 %)	задоволено	відмовлено у задоволенні	
		17 (15 %)	93 (85 %)	
9. Чи заявлені у справі відводи?				
1. Так.		13 (4 %)		
2. Ні.		317 (96 %)		
10. Якщо «так», то ким, кому і яке рішення прийняте за результатами його розгляду?				
1. Потерпілим, цивільним позивачем або їх представниками.	1 (8%)		задоволено	відмовлено у задоволенні
		судді	0 (0 %)	0 (0 %)
		прокурору	0 (0 %)	0 (0 %)
		слідчому	1 (100 %)	0 (0 %)
		особі, яка провадить дізнання	0 (0 %)	0 (0 %)
2. Підозрюваним, обвинуваченим, їх захисниками, цивільним відповідачем його представником.	12 (92%)		задоволено	відмовлено у задоволенні
		судді	0 (0 %)	0 (0 %)
		прокурору	0 (0 %)	0 (0 %)
		слідчому	3 (26 %)	7 (58 %)
		особі, яка провадить дізнання	1 (8 %)	1 (8 %)

ЗМАГАЛЬНІСТЬ У ДОСУДОВОМУ ПРОВАДЖЕННІ

11. Чи був накладений арешт на вклади обвинуваченого чи підозрюваного або осіб, які несуть за законом матеріальну відповідальність за його дії?	
1. Так.	7 (2 %)
2. Ні.	323 (98 %)
12. Якщо «так», то якою була процедура прийняття цього рішення?	
1. Аналогічною з тією, що передбачена ч. 5 ст. 177 КПК України.	4 (100 %)
2. Інша.	0 (0 %)
13. Якими правами з тих, що передбачені у ст.ст. 49, 50, 52, користувалися потерпілий, цивільний позивач чи їх представники?	
1. Давати показання.	300 (91 %)
2. Подавати докази.	17 (5 %)
3. Заявляти клопотання.	33 (10 %)
4. Знайомитися з усіма матеріалами справи.	132 (40 %)
5. Заявляти відводи.	1 (0,3 %)
6. Подавати скарги на дії особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора і суду.	0 (0 %)
7. На вжиття заходів безпеки.	0 (0 %)
8. На вжиття заходів до забезпечення заявленого позову.	277 (84 %)
14. Які з перелічених слідчих та процесуальних дій проводились у справі?	
1. Обшук (окрім житла чи іншого володіння особи).	33 (10 %)
2. Виїмка (окрім примусової виїмки з житла чи іншого володіння особи, виїмки матеріальних носіїв секретної інформації та / або документів, що містять банківську таємницю чи документа виконавчого провадження, або оригіналів первинних фінансово-господарських та / або бухгалтерських документів).	195 (59 %)
3. Освідування.	40 (12 %)
4. Одержання зразків для експертних досліджень.	106 (32 %)
5. Амбулаторна експертиза.	50 (15 %)

15. Чи застосовувались у справі запобіжні чи примусові заходи, окрім взяття під варту?	
1) Так.	260 (79 %)
2) Ні.	70 (21 %)
16. Чи поверталась справа на додаткове розслідування із судових інстанцій?	
1. Так.	43 (13 %)
2. Ні.	287 (87 %)
17. Який постановлено вирок у справі?	
1. Обвинувальний.	330 (100 %)
2. Виправдувальний.	0 (0 %)

Наукове видання

Рогальська Вікторія Вікторівна

ЗМАГАЛЬНІСТЬ У ДОСУДОВОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Монографія

*За науковою редакцією
доктора юридичних наук, професора
Л.М. Лобойка*

Редактор, оригінал-макет – *А.В. Самотуга*
Редактор *Л.В. Омельченко*, коректор *Т.В. Колесник*
Дизайн – *О.М. Янченко*

Підп. до друку 11.07.2012 р. Формат 60x84/16. Друк RISO. Гарнітура Times.
Ум.-друк. арк. 10,75. Обл.-вид. арк. 11,00. Тираж –100 прим.

Відділ ОНР та РВД ДДУВС
49005, м. Дніпропетровськ, просп. Гагаріна, 26, тел. (056) 370-96-59