МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

НАЦІОНАЛЬНИЙ АВІАЦІЙНИЙ УНІВЕРСИТЕТ

ЮРИДИЧНИЙ ФАКУЛЬТЕТ

КАФЕДРА КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА І ПРОЦЕСУ

|  |  |
| --- | --- |
|  | ДОПУСТИТИ ДО ЗАХИСТУ |
|  | Завідувач кафедри |
|  | \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ Лихова С.Я. |
|  | «\_\_» \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ 2020 р. |

**ДИПЛОМНА РОБОТА**

ВИПУСКНИКА ОСВІТНЬОГО СТУПЕНЯ МАГІСТРА

ЗА ОСВІТНЬО-ПРОФЕСІЙНОЮ ПРОГРАМОЮ

«Правознавство»

**Тема: «Обвинувальний кримінальний процес: зміст та форми»**

Виконавець: Осадчий Ілля Володимирович

Керівник: к.ю.н. Рибікова Ганна Володимирівна

**Київ-2020**

НАЦІОНАЛЬНИЙ АВІАЦІЙНИЙ УНІВЕРСИТЕТ

Юридичний факультет

Кафедра кримінального права і процесу

Освітньо-професійна програма «Правознавство»

ЗАТВЕРДЖУЮ:

Завідувач кафедри

\_\_\_\_\_\_\_\_ Лихова С.Я.

«\_\_» лютого 2020 р.

**ЗАВДАННЯ**

**на виконання дипломної роботи**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**Осадчого Іллі Володимировича**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

1. Тема дипломної роботи: «Обвинувальний кримінальний процес: зміст та форми» затверджена наказом ректора від 20.12.2019 р. №2871/ст.

2. Термін виконання роботи: з 14 жовтня 2019 р. по 29 грудня 2019 р. та з 20 січня 2020 р. по 04 лютого 2020 р.

3. Вихідні дані до роботи:монографічна наукова література, нормативно-правові акти, нормативно-правові акти міжнародного характеру, узагальнення судової практики.

4. Зміст пояснювальної записки: аналітичний огляд юридичних джерел з тематики диплому. Дослідження обвинувального кримінального процесу, його форм та особливостей на основі аналізу історичних джерел, чинного законодавства України, практики Європейського суду з прав людини, наукової літератури та статистичних даних.

5. Календарний план-графік

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| №  пор | Завдання | Термін виконання | Відмітка про виконання |
| 1 | Вибрати тему дипломної роботи | до 01.10.2019 |  |
| 2 | Затвердити тему і план роботи у наукового керівника | до 15.10.2019 |  |
| 3 | Визначити статистичну, інформаційну базу дослідження, скласти бібліографію | до 26.10.2019 |  |
| 4 | Оформити і обговорити з науковим керівником перший розділ роботи | до 30.11.2019 |  |
| 5 | Оформити і обговорити з науковим керівником другий розділ роботи | до11.12.2019 |  |
| 6 | Оформити і обговорити з науковим керівником третій розділ роботи | до 21.12.2019 |  |
| 7 | Доопрацювати роботу, оформити її кінцевий варіант | до 26.01.2020 |  |
| 8 | Отримати відгук керівника та рецензії | до 29.01.2020 |  |
| 9 | Підготувати доповідь на захист | до 01.02.2020 |  |

6. Консультанти з окремих розділів

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Розділ | Консультант  (посада, П.І.Б.) | Дата, підпис | |
| Завдання видав | Завдання прийняв |
|  |  |  |  |

7. Дата видачі завдання: 15.10.2019 р.

Керівник дипломної роботи \_\_\_\_\_\_\_\_ к.ю.н. Рибікова Ганна Володимирівна

Завдання прийняв до виконання \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ Осадчий Ілля Володимирович

**РЕФЕРАТ**

Пояснювальна записка до дипломної роботи «Обвинувальний кримінальний процес: зміст та форми»: 106 сторінок, 87 використаних джерел.

ОБВИНУВАЛЬНИЙ ПРОЦЕС, ІСТОРІЯ ПРАВА, ІСТОРИЧНА ФОРМА КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ, ПОРУШЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ,

Об’єкт дослідження – історичні форми ведення кримінального процесу; предмет – обвинувальний кримінальний процес

Мета дипломної роботи – дослідження історичної форми обвинувального кримінального процесу, виявлення слідів її застосування при реалізації принципу змагальності задля уникнення обвинувального ухилу.

Методологічну основу дослідження становить сукупність загальнонаукових методів та прийомів наукового пізнання, головним з яких є історичний метод, а саме – метод історичного порівняння, аналітичний метод, типологічний метод, індуктивний та дедуктивний методи.

Обвинувальна форма ведення кримінального процесу була важливим етапом становлення сучасної змішаної форми. Актуальним залишається питання реалізації права на захист, а також розробка методів протидії порушенням цього права. Таким чином, обвинувальний кримінальний процес, що залишив свій слід в сучасному кримінальному процесі в цілому, на нашу думку, має зв'язок з випадками порушення прав обвинувачуваного, тому потребує детального дослідження.

Матеріали дипломної роботи рекомендується використовувати у навчальному процесі та підготовці проектів нормативно-правових актів.

|  |  |
| --- | --- |
| **ЗМІСТ** |  |
| **ВСТУП**………………………………………………………………………………. | 6 |
| **РОЗДІЛ I: ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ І ВИТОКИ ІСТОРИЧНИХ ФОРМ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ**.………………… …..…….………… | 10 |
| 1.1. Поняття історичної форми кримінального процесу……..………….………. | 10 |
| 1.2. Еволюція правового регулювання обвинувального кримінального процесу…………………………………………………………… | 24 |
| **РОЗДІЛ ІІ: СУЧАСНЕ ВИКОРИСТАННЯ НОРМ ОБВИНУВАЛЬНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ**……………………...………………………… | 41 |
| 2.1. Актуальні питання використання норм обвинувального кримінального процесу………………………………………………….….…………..…......….…. | 41 |
| 2.2. Проблема реалізації права на захист при використанні окремих елементів обвинувального кримінального процесу…………….…………….……………... | 47 |
| **РОЗДІЛ ІІІ: СУЧАСНА ТИПОЛОГІЧНА МОДЕЛЬ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ УКРАЇНИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ЇЇ РОЗВИТКУ**…….………….. | 61 |
| 3.1. Типологічна характеристика кримінального процесу України в історичній перспективі…....…………………...........................…………………….….......... | 61 |
| 3.2. Реформування та подальші перспективи розвитку кримінального процесу України………………………………...…………………………..….…………….. | 71 |
| **ВИСНОВКИ…………………………………………….………….……..………..** | **93** |
| **СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ …………....…………………...……..** | **99** |

**ВСТУП**

**Актуальність теми.** Серед вітчизняних юристів, а також в суспільстві загалом вже далеко не перший рік ведуться дискусії на тему того в якій мірі присутній елемент змагальності в кримінальному процесі України. Випадки порушення прав обвинувачуваного все ще мають місце і наразі єдиним ефективним способом боротьби з цим є скарга до Європейського суду з прав людини. В залежності від того, які завдання ставляться перед кримінальним судочинством, яка роль та функція його учасників, система доказів і правила доказування кримінальної справи, то відповідно саме ці риси надають особливостей типу судочинства.

Законодавство будь-якої країни не є статичним, йому притаманна динаміка на фоні тих політичних, соціальних та економічних процесів що відбуваються всередині країни та у світі. Кримінальне процесуальне законодавство України в цьому сенсі не є виключенням, і не дивлячись на те, що формування в більш-менш осмислену форму відбулось відносно нещодавно – воно вже встигло пережити декілька глобальних змін та реформ.

Якщо розглядати питання обвинувального ухилу та протистояння обвинувального та змагального підходу до вирішення кримінальних справ, то варто розуміти що на сьогоднішній день не існує в ідеальному, чистому вигляді жодного з цих підходів. Тим не менше, зважаючи на певні соціальні та політичні процеси, що відбуваються в суспільстві, держава має можливість змінювати ухил з змагального до обвинувального і навпаки. Більше того враховуючи те, що вітчизняне кримінальне процесуальне законодавство будується за змішаним підходом і включає в себе як обвинувальні так і змагальні норми, актуальним є питання перевищення правоохоронцями своїх повноважень, та фактичним використанням норм обвинувального кримінального процесу на практиці, не дивлячись на те, що вони не закріплені в жодному законі.

А це в свою чергу репресивно-іперативний підхід, що на нашу думку не може знаходити свого відображення в державі, що згідно Конституції визначає людину, та її права як найвищу цінність. Виходячи з цього постає питання реалізації обвинувачуваним свого права на ефективний захист. Питання залучення окремих норм обвинувального кримінального процесу до використання на практиці тісно пов’язане з питанням рівності сторін та незалежності судової системи в цілому. Таким чином, актуальність обраної теми дипломної роботи полягає в тому, що незважаючи на той значний еволюційний шлях, що пройшло право як наука використання застарілих норм все ще має місце.

Варто розуміти, що обвинувальний підхід до кримінального процесу включає в себе не лише обвинувальний ухил з боку судової системи в цілому, але й порушення принципу презумпції невинуватості. Це створює можливості для держави (особливо для диктатур) щодо маніпуляції громадської думкою стосовно особи обвинувачуваного.

В правовій та демократичній державі важливим питанням є недопущення саме такого сценарію. Невирішеним залишається питання підвищення рівня правосвідомості громадян для створення цілого сегменту громадського контролю за дотриманням законодавства та недопущенням порушення прав обвинувачуваного.

Проблематику обвинувального кримінального процесу та типології судочинства в цілому розглядали такі вчені як Я. І. Баршев,  С. І. Вікторський, П. І. Любинський, М. М. Розін, В. К. Случевський, І. Я. Фойницький.

За радянських часів до типологізації кримінального процесу зверталися  
 В. П. Нажимов, І. Л. Петрухін, М. М. Полянський, М. С. Строгович,   
М. О. Чельцов-Бебутов.

Серед сучасних дослідників даної проблематики такі відомі вітчизняні й зарубіжні процесуалісти як А. С. Барабаш, К. Б. Калиновський, Л. М. Лобойко, В. Т. Маляренко, М. А. Маркуш, Ю. В. Мещеряков, О. Б. Семухіна,О. В. Смирнов М. Г. Стойко, С. Д. Шестакова, О. Г. Яновська та інші науковці.

Закріплений принцип змагальності має низку проблем щодо його практичної реалізації, які виникають у процесі дослідження доказів. Це, перш за все, підтверджується і виявляється у закріплених кримінальним процесуальним законом неоднакових умовах сторони обвинувачення та захисту в реалізації процесуальних механізмів збору доказів, саме за яких сторона захисту обмежена в реалізації її права на отримання всіх можливих доказів доведення невинуватості особи, обстоюванні своєї позиції, захисті прав, свобод та законних інтересів підзахисного, що зрештою призводить до певної асиметрії у формуванні позицій виправдувального характеру на користь обвинувальних.

**Об’єктом дослідження** є історичні форми ведення кримінального процесу.

**Предметом дипломної роботи є** обвинувальний кримінальний процес.

**Методологічну** основу дослідження становить сукупність загальнонаукових, методів та прийомів наукового пізнання головним з яких є історичний метод, а саме - метод історичного порівняння, аналітичний метод, історико-типологічний метод, індуктивний та дедуктивний методи.

Метод історичного порівняння полягає порівнянні підходів до кримінального процесу на різних етапах історії виявити схожості та відмінності.

Аналітичний метод полягає в аналізі норм кримінального процесуального законодавства різних епох.

Дедуктивний та індуктивний метод полягає в тому, щоб за допомогою аналізу конкретних документів та історичних фактів з загальних засад дійти до конкретних висновків або ж навпаки.

**Метою** дипломної роботиє дослідження історичної форми обвинувального кримінального процесу, виявлення слідів її застосування при реалізації принципу змагальності з метою уникнення обвинувального ухилу.

Відповідно, виходячи з мети поставлено такі завдання:

* дослідження впливу обвинувальної форми кримінального процесу на формування сучасного підходу до кримінального процесу;
* розкриття поняття історичних форм кримінального процесу, характеристика кожної з них та визначення їх ступеня співвідношення;
* характеристика та правова оцінка історичних форм кримінального процесу, виявлення їх позитивних та негативних рис.
* виявлення слідів застосування норм обвинувального кримінального процесу на практиці в сучасних правових реаліях, правова оцінка таких випадків та формування практичних рекомендацій щодо цього.

**Практичне значення отриманих результатів.** Отримані результати дослідження можуть бути використані при розробці нових кримінальних процесуальних норм а також для використання у подальших наукових дослідженнях, присвячених історичним формам кримінального процесу.

**Структурно** дипломна робота являє собою вступ, три розділи, шість підрозділів, висновки та список використаної літератури.

**РОЗДІЛ I**

**ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ І ВИТОКИ ІСТОРИЧНИХ ФОРМ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ**

**1.1. Поняття форми історичної форми кримінального процесу**

У українській кримінальній процесуальній доктрині, як відомо прийнято розрізняти чотири основні форми кримінального процесу, які складалися і розвивалися в різний час: обвинувальний, розшуковий (інквізиційний), змагальний і змішаний процеси [1].

Обвинувальний процес, що зародився ще в період рабовласництва, найбільш повний розвиток отримав на перших етапах існування феодального суспільства. Характерною його рисою було визнання особливого становища обвинувача, в якості якого зазвичай виступала особа, що потерпіла від злочину. Від його волі залежали збудження і припинення справи. Система доказів, що склалася під значним впливом широко поширених в ті часи забобонів, і релігійних поглядів, включала в себе клятви, поєдинки і різного роду випробування (вогнем, водою, розпеченим залізом і т.д.). Суду була потрібна не істина, чи не так, чи не достовірне встановлення фактів, а підтвердження того, що обвинувачений здатний витримати випробування, поєдинок, дати клятву так, як це було покладено, і т.д. Таку форму розгляду кримінальних справ "випробували" практично у всіх нині існуючих країнах. Тільки відбувалося це в різний час - десь раніше, а десь трохи пізніше.

Розшуковий (інквізиційний) процес, що виник, як і обвинувальний, в надрах рабовласницького суспільства, досяг свого найбільш широкого поширення в епоху абсолютизму. Найчастіше його розквіт пов'язують з часом, який увійшов в історію під назвою епохи "полювання на відьом", яка велася церквою. Але така форма судочинства широко була сприйнята і світською владою. За її правилами суддя одночасно мав виконувати не тільки свої функції, а й функції слідчого, обвинувача і в якійсь мірі захисника. Обвинуваченого позбавляли можливості захищатися. Він вважався не суб'єктом (учасником) процесу, а його об'єктом. Про що розуміється в сучасному сенсі слова право на захист не було й мови [2, с. 126].

Типовою для такого процесу була система так званих формальних доказів, яка проявлялася насамперед у суворій регламентації дій по оцінці доказів. Численні доказові правила абстрактно зумовлювали, наприклад, що визнання обвинуваченим своєї провини - "цариця доказів", що жінці потрібно вірити менше, ніж чоловікові, багатому - більше, ніж бідному, що якісь конкретні факти або обставини повинні встановлюватися за допомогою певного числа показань свідків (не менше двох, трьох і т.д.). Катування не вважалися неприпустимим методом отримання доказів. Їх застосування відкрито дозволялося і навіть заохочувалося в законодавчому порядку, оскільки вважалося важливим способом отримання "цариці доказів", тобто зізнання. У деяких країнах закони вимагали, щоб судді виявляли істину, але під нею розумілося невідповідність фактів (обставин) об'єктивної дійсності, а висновки судді, зроблені з дотриманням приписів законів, встановлювали юридичну силу конкретних видів доказів.

Багато інститутів цієї форми кримінального судочинства виявилися вкрай "живучими". Про них не раз згадували і в ХХ столітті, особливо там, де виникали диктаторські або тоталітарні режими, які застосовували жорсткі засоби боротьби з інакомисленням і непокорою. Їх рудименти (прагнення формалізувати доказову цінність окремих джерел доказів, надання явно завищеного значення визнання обвинуваченим своєї провини, встановлення апріорних формалізованих критеріїв допустимості доказів, що обмежують можливості для вільної їх оцінки суддями та іншими посадовими особами, і т.д.) продовжують співіснувати з сучасними, прогресивними процесуальними інститутами і в інших країнах, нерідко іменованих "цивілізованими", "з розвиненими демократичними традиціями" і т.д [3, с. 63].

Змагальний процес, який розвинувся з обвинувального, на перших порах набув найбільшого поширення в державах з англосаксонським правовими системами. Він широко пропагується в наші дні так звана класична модель (схема) що базується на вихідному положенні про те, що кримінальний процес – це коли в суді відбувається спір між державою і громадянином, який залучається до кримінальної відповідальності, що в такій справі обидві сторони наділені рівними юридичними можливостями по збиранню, поданням і дослідженню доказів, їх аналізу, висування доречних для конкретної справи доказів і т.п. Вважається, що такими рівними можливостями вони повинні володіти повністю як при судовому розгляді справи, так і в ході його досудової підготовки (попереднього розслідування).

Однак подібна "ідилія" практично можлива лише на папері або в умах відірваних від життя людей. Реально ж, як відомо, у всіх країнах і в усі часи виявлення і збирання доказів у кримінальній справі з моменту початку виробництва і до того, як воно потрапить до суду, вважалися і вважаються справою спеціально підготовлених людей, за якими стоїть держава з його широкими матеріальними , технічними та організаційними ресурсами [4, с. 124].

Посадові особи державних органів, яких зазвичай (особливо в країнах, що живуть за традиціями англосаксонського права) ніхто і ніщо не зобов'язує бути об'єктивними. Їхня справа - збирання лише обвинувальних даних, оскільки вони представляють державу, що протистоїть обвинуваченому в судовій суперечці і несе тягар доведення його винності. І це робиться, як правило, потай від особи обвинувачуваного.

При такому істотному рівні фактичної нерівності, виглядають вкрай неправдоподібно твердження про те, що в змагальному процесі всі обвинувачені наділяються рівними можливостями державними чиновниками що займаються їх розшуком. Рівні можливості можуть стати реальністю лише тоді, коли в протистоянні зі слідчим або детективом стикається той, хто в змозі забезпечити значні витрати по залученню на свою сторону рівноцінних цим посадовим особам фахівців, наприклад, приватних детективів з відповідною підготовкою, експертів і т.д. Але, як відомо, достатньо коштів для подібного роду витрат мають далеко не всі громадяни. Немає коштів на ці цілі в достатньому обсязі, зрозуміло, і у держави [5].

Судам при розгляді справи в умовах змагальної форми кримінального судочинства порівняно часто теоретики, які визнають тільки класичну модель змагальності, схильні відводити роль вкрай пасивного арбітра. Суд, покликаний всього лише безпристрасно і незалежно спостерігати за тим, як дотримуються правил змагання сторони, а також перевіряти подані ними докази і визначати, яка з сторін була більш переконливою. Але це теоретично.

Фактично суду (судді-професіонала) відводиться значно активніша роль. Навіть в країнах, звідки найчастіше приходять міркування про пасивної ролі суду при розгляді кримінальних справ, саме суди мають досить великі владні повноваження, пов'язані з керівництвом судовими засіданнями, збиранням і дослідженням доказів, прийняттям відповідних рішень і т.п. І це природно, бо суд, як відомо, є насамперед органом державної влади, на який покладається вся повнота відповідальності за прийняття законних, обґрунтованих і справедливих рішень за підсумками розгляду кримінальних справ. Щоб виправдовувати таке призначення, він повинен бути активним.

Однією з характерних особливостей системи доказів і побудови доведення в умовах змагальної форми судочинства вважається те, що оцінка доказів ставиться в залежність від внутрішнього переконання суддів, а не від встановлених апріорно формальних критеріїв. Однак ця особливість в значній мірі є декларативною, оскільки вона не виключає збереження деяких, часом досить істотних, елементів формальних доказів (надання особливого значення визнання обвинуваченим своєї провини, нормативна фіксація в законах та інших правових актах критеріїв допустимості доказів, "стандартів доказування" і.т.д.) [6, с 179].

Історично ця форма процесу почала формуватися в Англії. Потім її сприйняли в колишніх англійських колоніях, де вона в загальних рисах існує і в наші дні (наприклад, в США, Канаді, Австралії). Її вплив спостерігається і в ряді інших країн.

Змішаний процес отримав своє найменування завдяки тому, що в ньому змішані, з одного боку, деякі елементи інквізиційний форми процесу на досудових стадіях (майже повна відсутність гласності, обмежені можливості обвинуваченого захищатися, писемність виробництва і т. д.), а з іншого - змагальної форми процесу при розгляді справ в суді (публічність засідань, забезпечення права підсудного захищатися самому і мати захисника, їх рівноправність з обвинувачем, в тому числі державним, оцінка доказів суддями і іншими посадовими особами, як правило, за внутрішнім переконанням і ін.).

Вихідним документом, що заклав його основи, по праву вважається Кримінально-процесуальний кодекс Франції 1808 р. Згодом змішаний процес пустив глибоке коріння і отримав свій розвиток також у законодавстві інших країн (переважно континентальної Європи, зокрема, Німеччини, Італії, Австрії, Бельгії). Під впливом останніх за часів колоніальних завоювань він влаштувався і в країнах Латинської Америки, Південно-Східної Азії, Африки [7, с. 25].

Зміна приватно-змагального процесу розшуковим була закономірною. В обвинувальному процесі особистість людини мала мінімальну ступінь свободи. Суспільство ґрунтувалося на кровноспоріднених відносинах, в яких людина виступає як представник свого «племені». З цієї причини суб'єктом процесу був скоріше рід, а не сама людина. У міру розвитку суспільства в ньому зміцнюються обмінні відносини та збільшується індивідуальна свобода. У такому суспільстві людина виконує певну функцію і є учасником ринку. Тоді злочин заподіює шкоду вже не тільки самому потерпілому і його роду, а учасникам ринку - всьому суспільству. Суспільна небезпека злочину служить причиною того, що захист особистості людини (товаровиробника) і переслідування злочинця стає спільною справою [8, с. 220].

Виконання цієї спільної справи покладає на себе сильну централізовану державу, яке приносить в жертву загальному благу приватні інтереси окремих осіб.

На думку І. Я. Фойницького «ідея державності поглинає всі інші: право на особистість щодо обвинуваченого заперечуються, він стає предметом дослідження, підлягає найсуворішим експериментам в ім'я державного інтересу; заперечуються ці права у вигляді так званої волі закону, що являє собою прагнення наперед визначити рух процесу; заперечується право на особистість і щодо суддів, які зв'язуються формальної теорією доказів, цією безособовою логікою законодавця; поняття сторін виключається з процесу; Тобто процес перестає бути живою судовою суперечкою і перетворюється в безособове дослідження, що рухається волею одного закону: поняття звинувачення замінюють порушення кримінальних справ, оскарження поступається місцем ревізійному процесу [9, с. 65-66].

У кримінальній процесуальній літературі в якості ознак розшукового процесу вказуються:

1) змішання процесуальних функцій обвинувачення, захисту для вирішення справи;

2) відсутність сторін;

3) воля закону як джерело руху провадження у справі;

4) положення обвинуваченого як об'єкта дослідження;

5) наявність формальної системи оцінки доказів [10, с. 14-15].

Даний підхід до історичної типології дозволяє зробити висновок про те, що сутність розшукового типу процесу і основна його ознака полягає в поглинанні приватного початку публічним. Ця основна ознака виражається в процесуальному положенні основних учасників процесу. Тобто основною ідеєю такого підходу є ігнорування інтересів як обвинуваченого так і потерпілого, крім того, особа судді виступала лише як голос закону. З цього випливають всі інші обумовленні вищеперераховані риси розшукового виробництва. Таким чином виникає необхідність розглянути процесуальне становище потерпілого, обвинуваченого та суду.

Оскільки потерпілим від суспільно-небезпечного діяння визнається суспільство, то з цього можна зробити висновок що безпосередній жертві злочину відводиться лише роль донощика. Донощик не має процесуальних прав, що дозволяють йому впливати на рух кримінальної справи. Він не є обов'язковим учасником процесу, так як для відкриття кримінального провадження формальне обвинувачення не потрібно. Звинувачення замінюється приводом. Джерелом руху справи стає закон. Свобода особистості заперечується.

Безпосередній потерпілий, на якого в крайніх проявах такого підходу покладається обов'язок здійснити донос під страхом кримінальної відповідальності також може підлягати катуванню [11, с. 253].

Обвинувачений займає положення об'єкта дослідження, що містить у собі цінну інформацію про злочин. Для вилучення інформації застосовується найсерйозніший примус. В ім'я вищих інтересів він зобов'язаний викрити сам себе на допиті, тобто просто зізнатися. Історії відомі випадки покладання на обвинуваченого кримінальної відповідальності за суперечливі і неправдиві свідчення про власний злочин. Положення об'єкта процесу передбачає нерівність обвинуваченого з посадовою особою, що веде процес. При такому юридичним статусі, зрозуміло, ні обвинувачений, ні потерпілий не можуть вважатися сторонами.

Для реалізації державних інтересів суд повинен з'ясувати об'єктивну істину і на цій основі вирішити справу. Таким чином, суд починає процес без формального обвинувача, сам висуває обвинувальну тезу і підкріплює її доказами виконуючи таким чином функцію обвинувачення. Для досягнення істини суд повинен висунути і перевірити протилежну версію - захисну тезу тобто виконати функцію захисту.

Крім того, рішення справи тобто функція юстиції також належить суду. Злиття трьох процесуальних функцій в руках одного суб'єкта не дозволяє вважати його судом у класичному розумінні слова. Це суддя - інквізитор, посадова особа, державний орган, що веде провадження у справі Ю. В. Мещеряков називає його єдиним дієздатним учасником процесу [12, с. 24].

Принцип публічності розшуку применшує свободу особистості судді. Всі його дії жорстко регламентовані законом. У судді-інквізитора практично немає свободи вибору, його розсуд і внутрішнє переконання ніяк не впливають на прийняті рішення, які в свою чергу повністю контролюються вищими інстанціями. Яскравим тому свідченням служить формальна система доказів, коли їх оцінка заздалегідь запропонована. Придушення особистості посадової особи красномовно підтверджується тим, що на нього також як на донощика і обвинуваченого могла бути покладена відповідальність за не доведення доносу [13, с. 443].

В цілому, розшуковий кримінальний процес визначається пануванням державних інтересів над інтересами особистості, що виражається в процесуальному положенні учасників судочинства. За суворими приписами закону орган, який веде процес, здійснює свої односторонньо-владні повноваження над іншими учасниками процесу. У розшуковому процесі обов'язки обвинувача, захисника і суду покладаються на провідний виробництво орган, який не потребує допомоги сторін при виявленні істини і прийняття рішень.

Викладене можна представити в наступному визначенні: розшуковий тип кримінального процесу - це обумовлена пануванням публічного початку над приватним. Організація провадження у справі, яка виражається в чітко регламентованому здійсненні односторонньо-владних повноважень здійснюється провідним процесуальним органом .

Для характеристики розшукового процесу коротко розглянемо систему його принципів - керівних положень, що виражають сутність процесу і визначають його побудову.

Дві основні ідеї визначають розшуковий кримінальний процес - принципи офіційності і інструктивності.

Принцип офіційності або принцип посадової ініціативи як крайній прояв публічності означає обов'язок посадових осіб та органів в кримінальному процесі за власною ініціативою встановлювати істину і приймати рішення незалежно від волевиявлення зацікавлених осіб. З принципу офіційності випливають положення «другого», нижчого рівня узагальнення, в першу чергу - це єдиноначальність.

Процесуальна єдиноначальність передбачає, по-перше, концентрацію повноважень в органі, що проводить розшук, і їх відсутність у обвинуваченого і потерпілого. Так, право обвинуваченого на захист в розшуковому процесі постая у вигляді обов'язку органу розшуку забезпечити його інтереси. По-друге, єдиноначальність має на увазі підпорядкування судді - інквізитора вищестоящому начальнику (інстанції). З'являється інстанційність руху справи. Для розшукового процесу характерна концентрація влади в суспільстві в одних руках. У цьому сенсі єдиноначальність відображає принцип бюрократичного централізму. Зазначені правила розшукового процесу об'єднуються А. В. Смирновим в фундаментальний принцип єдності розшукового процесу [14].

З єдиноначальністю тісно пов'язані умови і гарантії офіційності: писемність (замість особистої участі громадян виробництво ведеться за документами); ревізійність (за письмовими матеріалами вищестояща інстанція має право переглянути рішення за власною ініціативою); таємність процесу (матеріали кримінальної справи ховаються не тільки від громадськості, але і від зацікавлених осіб).

Другим принципом розшукового процесу є інсруктивність як вимога надмірно детальної регламентації кримінально-процесуальних дій. Якщо офіційність визначає джерело руху справи, то інструктивність вказує, спосіб досягнення процесом своєї мети, дозволяє зрозуміти, як приводиться в дію процесуальний механізм. Регламентація є єдиною гарантією досягнення мети процесу. Крім того, інструктивність обмежує владу державного органу, вказує на її рамки. Встановлення меж для повноважень посадової особи є засобом (і наслідком) обмеження для його особи.

З принципу інструктивні випливають положення: формальної системи доказів, уніфікації процесуальної форми, регламентації приводів кримінального переслідування.

Доказова система часто розглядається в якості типової ознаки судочинства, тому необхідно докладніше дати її характеристику в розшуковому процесі.

Для розшукового історичного типу процесу характерна формальна система доказів. Суть її полягає в тому, що оцінка доказів проводиться суддею за «зовнішнім» для нього критеріям, які детально вказані в законі. Закон (або судова доктрина) встановлює силу доказів, підрозділяючи їх на вчинені, такі що були вчинені наполовину, вчинені на чверть і т.д. Досконалим доказом визнаються зізнання обвинуваченого, захоплення на гарячому, показання двох заслуговуючих довіри свідків. Оцінка доказів судом зводиться до механічного їх підрахунку. При достатній кількості доказів виноситься обвинувальний вирок, за відсутності - виправдувальний, а при деякому недоліку доказів виноситься рішення про залишення підозри. Встановлені законом критерії в загальному вигляді відображали дійсний стан речей, однак вони не могли врахувати особливості кожної конкретної справи [15].

Для розшукового процесу характерний і свій, типовий метод правового регулювання. Предметом регулювання виступають управлінські відносини, в яких об'єктом управління служить не процедура виробництва, а самі його учасники, в рівній мірі і обвинувачений, і суддя. Правове регулювання здійснюється виключно імперативним методом. Такий підхід дозволяє визначити розшуковий процес як послідовне застосування методу влади - підпорядкування до суспільних відносин в галузі кримінального судочинства.

Давши в загальному вигляді характеристику розшукового типу кримінального процесу необхідно вказати на його види.

* слідчий процес, в якому обвинувачений має деякі процесуальні права, може допускатися захисник, предмет розгляду обмежений звинуваченням, панує писемність і немає безпосередності виробництва.
* в епоху занепаду феодалізму і розвитку капіталізму існував також розшуковий процес у вузькому сенсі, в якому обвинувачений є об'єктом дослідження. Катування формально заборонене, діє формальна система доказів, писемність і таємність.
* виділяють також такий підтип як кримінальна розправа.   
  Це перший і елементарний різновид розшуку, в якій орган державного управління вирішує кримінальну справу згідно досить примітивно вибудованої процедури і, практично, без доказів . Кримінальна розправа мала такі різновиди як общинне дізнання, вотчинний суд, кримінально-адміністративна розправа і військово-польовий суд.
* асизи є розслідування представника державної влади через місцевих людей, які повідомляли йому про винність обвинуваченого. Так, в Російській Імперії проводився розшук із застосуванням повального обшуку - опитування суддями місцевих громадян про лихих людей. Саме Асизи послужили зародком суду присяжних в Англії.
* інквізиційний процес - це такий різновид розшуку, в якій спеціальний судовий орган вирішує справу відразу в судовому розгляді по детально врегульованою законом процедурі. У інквізиційному процесі судова влада відокремлюється від адміністративної, яка «пішовши з суду залишила замість себе інструкцію - закон» При цьому ще відсутнє попереднє розслідування.

Широко використовується катування. Тим не менше, даний підхід не є винаходом розшукового процесу. Тортури - результат застосування обвинувальних ордалій до однієї сторони [16, с.20].

Значення інквізиційного процесу полягає в тому, що він став політичним різновидом розшуку, оскільки засобами юстиції зміцнювалося централізація держави, замінюючи тим самим застарілу феодальну систему. - Слідчий процес представляє найбільш розвинений і цивілізований різновид розшуку, в якій свобода особистості максимальна для даного історичного типу процесу. У слідчому процесі вперше з'являється попереднє розслідування, яке веде один із суддів - слідчий. Застосування тортур скасовується, що викликає ще більшу регламентацію доведення. Слідчий процес виступає бюрократичним різновидом розшуку.

Значення слідчого процесу полягає в об'єктивній підготовці їм ґрунту для переходу до публічно-змагального типу.

Судовий наказ - сучасна форма розшукового провадження, в якій суддя в умовах очевидності, за письмовими матеріалами розглядає справу про кримінальний делікт (проступок) і виносить рішення (наказ), яке виконується за згодою з ним обвинуваченого . Це спрощене провадження у злочинах, які не представляють великої суспільної небезпеки (близьким до адміністративних правопорушень). Судовий наказ підпорядкований змагальності, оскільки обвинувачений добровільно погоджується із застосуванням цієї процедури.

У літературі поширений опис видів розшукового процесу по конкретним країнам. Тому, як і при виділенні видів приватно-змагального процесу, представляється перспективним використання морфологічної класифікації. У підсумку можна зазначити такі умовні види розшукового процесу:

1) романо-германський,

2) розшукової процес країн загального права

3) країн традиційного права.

Однак в мусульманських правових системах судочинство так і зупинилося на стадії приватно-змагального процесу. У них можна виявити лише деякі розшукові елементи. Існування розшукового етапу розвитку процесуального права в мусульманському праві залишається на рівні припущення. У той же час «зигзаги» історії, її відгалуження не відкидається єдиних закономірностей розвитку. Розшуковий процес в його розвиненому вигляді був характерний лише для континентальної Європи. Однак він був закономірним етапом, який забезпечив становлення публічно-змагального процесу [17, с. 120].

Повертаючись до обвинувального підходу до кримінального процесу варто зазначити що порушуючи і підтримуючи обвинувачення, приватна особа в обвинувальному процесі діє в публічному інтересі, a суддя прагне, за допомогою сторін, до відкриття матеріальної істини; в цьому позначається з одного боку відміну обвинувального процесу від схожого з ним по формі позовного цивільного процесу, з іншого - схожість його з іншим основним типом кримінального процесу, слідчим або розшуковим. На відміну від процесу слідчого, в обвинувальному процесі кримінальне переслідування порушується не суддею, а потерпілим від злочину або особою, яка має право кримінального позову; обвинувач, на свій розсуд, може пред'явити або не пред'явили свою вимогу, може пред'явлений позов взяти назад і таким чином припинити кримінальне переслідування.

Суддя пов'язаний вимогами обвинувача, тобто визначальними завдання процесу. Обвинувач повинен довести свої вимоги, переконати суддю в їх справедливості; обвинувачений користується повною свободою в представленні доказів проти звинувачення, причому пред'явлення доказів по обидва боки обумовлено дотриманням обрядовості і термінів; суддя не має права доповнювати діяльність сторін, а зобов'язаний спокійно чекати її результатів. Представлені сторонами докази оцінюються суддею за внутрішнім переконанням і служать підставою для судового рішення; якщо звинувачення представленими обвинувачем даними не доведено, то обвинувачений повинен бути виправданий, хоча б в зміненому вигляді звинувачення могло мати успіх [18].

Оскільки збір доказів визначається як обов'язок сторін, то обвинувальний процес розпадається на два різко окреслених періоди. В стадію попереднього провадження сторони збирають докази; а під час стадії розгляду справи по суті, вони являють зібрані ними докази судді, який, після змагання сторін, проголошує вирок. Обвинувальний процес становить панівну форму суду в початковий період розвитку державності, коли, незважаючи на визнання за злочином суспільного значення, кримінальний процес ведеться, головним чином, зусиллями приватних осіб; довгий час після поділу кримінальної та цивільної юрисдикції в кримінальному процесі зберігаються форми позовної цивільного розгляду, визнавав злочин порушенням приватного права. У Римі часів республіки обвинувачем у кримінальному процесі міг виступити кожен громадянин, причому перевага віддавалася потерпілим від злочину і близьким до них особам; обвинувач зобов'язувався довести своє звинувачення, для чого повинен був зібрати докази і, в разі потреби, міг отримувати від претора особливе повноваження на право проводити обшуки і виїмки; він не мав права відмовитися від раз прийнятого на себе звинувачення, і зобов'язаний був вести його сумлінно, не допускаючи ніяких поблажок обвинуваченому.

Після закінчення призначеного претором для зібрання доказів терміну обвинувач повинен був з'явитися до претора і, в присутності обвинуваченого, точно сформулювати своє звинувачення, за межі якого вже не мав права виходити. Претор оголошував про прийняття до свого розгляду кримінальної позову проти певної особи; потім починалося судочинство, яке відбувалося публічно, усно, у формі змагання сторін перед суддями, оцінює подані їм докази або вимоги. Судді обиралися за жеребом з числа всіх громадян, причому сторони мали широке право відводу; обрані судді складали присягу і суд відбувався під відкритим небом, на міській площі; боку були в супроводі численних друзів, виголошували промови, намагаючись при цьому подіяти на почуття і політичні переконання суддів, а потім представляли докази, що підтверджують їх заяви; кожен суддя писав свою думку на особливій дощечці, претор збирав ці дощечки, підраховував голоси і проголошував вирок [19].

Звичайно що з таким підходом до судового розгляду не можна булу говорити про встановлення об’єктивної істини, а відповідно і справедливого рішення по справі та призначення адекватного покарання.

Шлях до сучасного розуміння суті кримінального судочинства був довгим і непростим. Кожна країна йшла до нього своєю власною дорогою. З урахуванням історичних умов в цілому, а так само під впливом безлічі діяли в конкретних країнах факторів (етнічних, культурних, релігійних, економічних і ін.) Складалися неоднакові уявлення про те, як повинні вирішуватися вузлові питання провадження у кримінальних справах. До таких питань належать передусім процесуальне становище і роль судді і суду при розгляді кримінальної справи, обсяг процесуальних прав обвинуваченого і його захисника, межі процесуальних повноважень обвинувача або особи, яка провадить розслідування, послідовність вчинення дій, допустимих при провадженні у кримінальній справі, визначення мети і змісту доказування, оцінки доказів і т.п. Неоднакові підходи до вирішення перерахованих і подібних до них вузлових питань істотно впливають на загальну характеристику конкретних кримінальних процесуальних підходів. А це в свою чергу дає підставу говорити про можливість існування різних форм процесу [20].

**1.2. Еволюція правового регулювання обвинувального кримінального процесу**

Довгий час кримінальний і цивільний процес представляли собою нерозривне ціле. За Законами Хаммурапі судовий процес був єдиним у справах кримінальних і цивільних. Між цивільним і кримінальним процесом не було чітких відмінностей. Сам процес не був строго регламентований законом, та будувався на основі звичаєвого права.

Спеціальних судових установ не існувало. Суд не був відділений від адміністрації. Суддями були чиновники, а найвищим суддею - цар. Судові функції рівні громади виконували громадські збори, жреці (храмові суди), царські намісники провінцій. Судовий процес носив змагальний (обвинувальний) характер. Змагальний процес - це найдавніша форма кримінального процесу, яка характеризується порушенням справи виключно з ініціативи приватної особи, активністю сторін - обвинувача і обвинуваченого і пасивністю судових органів рівних сторін - обвинувача і обвинуваченого вирішувалося незалежним від сторін судом [21, с. 8-9].

Порушення кримінальної справи починалося тільки з ініціативи, за скаргою зацікавленої сторони, обвинувача. Оголошення про злочин, що робиться потерпілою особою, називається скаргою. Обвинувачем був потерпілий від злочину або його найближчі родичі. Потерпілий - це особа, яка зазнала від злочину шкоди. Обвинувач вказував в скарзі обвинуваченого, тобто передбачуваного злочинця. Такий порядок порушення кримінального переслідування тільки з ініціативи потерпілого пояснюється тим, що злочин розумівся як делікт, тобто заподіяння шкоди приватній особі - потерпілому і його родичам.

Обвинувач і обвинувачений були активні. Вони самі збирали докази і надавали їх суду. Обвинувач розшукував і надавав суду своїх свідків, обвинувачений - своїх. У змагальному процесі не було попереднього слідства, коли державні органи замість потерпілого розшукували б злочинця, збирали докази, що викривають його провину.

Суд був пасивний, тобто він не брав активної участі в збиранні доказів, не викликав свідків за власною ініціативою. Суд вирішував спір сторін на підставі тих доказів, які надали йому сторони, не виходячи за їх межі. Суд виступав як нейтральний арбітр між сторонами, спостерігав, щоб змагання сторін відбувалося за встановленими правом правилам, і своїм рішенням підводив підсумок цієї суперечки, визначаючи, яка сторона довела своє право. Змагальний процес назвався ще й обвинувальним тому, що при такій побудові процесу порушення справи і весь його подальший хід визначалися діями в першу чергу обвинувача. Обвинувачений був стороною що могла лише захищатися, а суд вирішував спір між обвинуваченим і обвинувачем [22, с.10-15].

Змагальність процесу зводилась до судового розгляду, тобто до розгляду справи в судовому засіданні. Обвинувачений протистояв обвинувачу і оскаржував перед судом обвинувачення. Процес полягав в суперечці, в змаганні сторін. Змагальний процес у формі судового розгляду був процесом гласним та усним. Гласність означає, що судовий розгляд проводиться в присутності всіх бажаючих. Усність судового розгляду означає, що учасники процесу - обвинувач, обвинувачений, свідки, усно, безпосередньо викладали свої доводи, на основі чого суд і вирішував справу. Рішення і вирок також були, як правило, усними.

З цього видно, що даний підхід був обумовлений перш за все низьким розвитком як соціальних інститутів так і культури в цілому. Писемність попросту ще не досягла такого рівня, щоб можна було вести писемне кримінальне провадження. Таким чином усність ведення процесу суттєво впливала на остаточне рішення, адже не існувало можливості ознайомитись з обставинами справи, значна обмеженість у наданні письмових доказів а також неможливість ведення протоколу і видання письмового рішення.

Сучасне кримінальне судочинство можна майже безпосередньо вивести з античних передумов. У всякому разі, дві провідні процесуальних ідеї – змагальність та інквізиційність, що вперше з’явилися у стародавній Греції в Афінах. Звернення до античних витоків двох найважливіших процесуальних концептів - змагальності і інквізиційності - дозволяє побачити ще одну важливу обставину: ці концепти з'явилися приблизно в один і той же час. Хронологічно вони є ровесниками. Таким чином, якщо дивитися на ці концепти як на основоположні ідеї, то з цього можна зробити висновок, що вихідна ідея розшуку не росте з ідеї змагальності, і не є її еволюційним наступником. І та, і інша ідея, якщо йти до їх витоків, в кінцевому результаті зобов'язані своїм виникненням грецькому полісу і тодішньому грецькому менталітету та світогляду як особливим історичним явищам.

Поява грецьких полісів і формування грецького світогляду, що відбувалися одночасно, були різноспрямованими (і навіть протилежно спрямованими) процесами, але при цьому взаємодоповнюють один одного.

Індивідуалістичні прагнення стародавніх греків знаходили своє вираження в дусі змагальності, що в свою чергу проникала у всі сфери життя полісу, а особливо в кримінальний процес. Змагальність, про яку йде мова, часто називають в науці «агональним духом» (від грецького слова «агон» - змагання) [23, с. 150].

Змагальність за своїм початковим задумом являє собою принцип взаємодії індивідуальностей, спосіб співіснування особистостей. Причому принцип цей був універсальним. Таким чином, можна зробити висновок що і в сфері судочинства для вирішення індивідуальних спірно-правових ситуацій даний принцип отримав широке розповсюдження. Конфлікт індивідуальних інтересів і в суді міг бути вирішений тільки змаганням.

Для античного грека головною ідеєю всього життя була націленість на перемогу, та набуття слави. Такою була суть змагальності спочатку. Ми не випадково задаємося цим питанням, оскільки згідно сучасного підходу до змагальності можна зрозуміти, що квінтесенція цього принципу сьогодні трактується інакше. Нерідко змагальність видають за єдино можливий спосіб встановлення істини. Таким чином нас не бентежить, що змагальність виставляють як єдино правильного методу. Тим не менше, варто зазначити що в основу цього «апріорі істинного методу пізнання» поміщається принцип спочатку не пізнавальний. В ідеї змагальності легко помітне прагнення до першості, до перемоги, до слави. Тим не менше, вважаємо, що таке прагнення до першості не завжди поєднувалось в прагненні встановлення об’єктивної істини. Таке стремління до змагальності в свою чергу пояснюється також тим, що розгляд справи вівся гласно, тобто перед усім полісом [24, с. 246].

Під час суперечок оратори, що виступали представниками сторін нерідко відходили від суті справи, і фактично змагались саме в красномовстві. Причому здебільшого теми суперечок зводились до особистостей, та нерідко переростали в звичайні сварки та взаємні образи. Тим не менше, враховуючи що фактично саме такий підхід до розгляду кримінальних справ став фундаментом для подальшого розвитку кримінального процесу. Ми схиляємось розглядати його як закономірний етап розвитку права на основі якого в подальшому стало можливим створити прообрази писаного законодавства сучасних держав. Перші спроби уніфікувати законодавство відомі з часів Римської Імперії, тим не менше масового застосування такий підхід набув лише в період раннього середньовіччя. Найбільш повне уявлення про ранньофеодальне право дають так звані "варварські правди", в яких були записані різноманітні правові звичаї, усталені зразки судових рішень германців. Одна з найдавніших - Салічна правда, складена в правління Хлодвіга в кінці V - початку VI ст. Ріпуарськая правда – кодифікований закон іншого франкського племені у своїй основній частині склався в VI ст., Але відомий і в редакції VIII ст. [25, с. 143]

Вестготська правда в першій, повній редакції з'явилася в VI-VII ст. В її основі був звід законів короля вестготів Еріха (466-489 рр.), що розширив свої володіння в Галлії і отримав незалежність від римських імператорів. Слідом за вестготами бургунди приступили до створення власного кодифікованого законодавства. Створюючи його, вони разом з практичними цілями переслідували і цілі політико-символічні - закріплення свого панування над територіями, звільненими від влади Риму. Те, що готи, так само як і бургунди, довго жили серед римлян, позначилося на змісті їх законодавства та підході до судочинства, що, в значній мірі відобразили вплив порядків пізньої імперії. Алеманська і Баварська правди з'явилися в VIII ст. Саксонська і Тюрінзька правди відомі в редакції кінця VIII - початку IX ст. Створювалися "варварські правди" королями разом зі "найзнатнішими" (єпископами, герцогами, графами) і "присутнім народом", як записано в Алеманській правді, або "з князями і всім народом християнським", як зазначено в Баварській правді [26].

Всі ці кодифіковані закони, написані трьома і більше століттями пізніше Салічної правди, і при всій архаїчності їх норм свідчать про новий етап розвитку феодальних відносин. Якщо Салічна правда відноситься до того періоду розвитку франкського суспільства, коли процес розпаду родоплемінних зв'язків ще не завершився, чи не утвердилася феодальна приватна власність на землю, то в більш пізніх правдах зафіксовано вже народження такої форми власності як феод Більш чітко виражена соціальна диференціація, відносини залежно серед вільних і ін. Всі вони написані також під значним впливом римського і церковного права.

Близькі за змістом "варварським правд" і англосаксонські записи норм звичайного права, такі як Правда Етельберта (VI ст.), Правда Іне (близько 690 р.), а також скандинавські провінційні кодекси XII-XIV ст. [27, с. 208].

Особливе місце серед судебників займає звід законів (едикт) остготского короля Теодоріха, написаний в V ст., зміст якого в ряді статей явно випереджає свій час, що було пов'язано з особливими умовами освіти остготского королівства на Апеннінському півострові. Найприкметніша його риса полягає в тому, що всупереч загальному персональним принципом дії "варварських правд" едикт поширював свою дію на всіх осіб, які проживають на території королівства, тобто в рівній мірі як на остготів, так і на римлян. У центрі уваги едикту були оформлення і захист земельної власності приватних осіб.

Під час написання даного нормативно-правового акту законодавець явно сприймав закон що діяв на Апеннінському півострові раніше і той закон, що він створював в той момент як дві рівнозначні за юридичною силою акти. У ст. 155 міститься посилання на "старе право", яке "було сприйнято", тобто на норми римського права, про повагу до яких і необхідності їх збереження постійно дбав остготский король.

Підкреслюючи свою лояльність до Риму, турботу про все населення, король наказував керуватися едиктом в суді щодо "знатних і багатих", а також могутніх людей, "які займають будь-яку військову та цивільну посаду". Найімовірніше, що в складанні едикту брали участь представники не тільки остготскої, але і римської знаті. Едикт був записаний, як колись Закони XII таблиць, на бронзових дошках і виставлений на площі для загального огляду. Такі широкі часові межі записи норм звичайного права у германських народів пов'язані з повільним поширенням феодальних відносин як на півдні, так і на півночі Західної Європи. "Варварські правди" відбили практику різних епох, конкретні внутрішні та зовнішні умови, в яких вони з'явилися.

Разом з тим однотипність того суспільного середовища, в якій вони складалися, зростаючий вплив християнської ідеології і церкви, нечіткість меж розселення окремих племінних груп, злиття еліт, перемішуються в ході нескінченних воєн, визначали значну схожість їх змісту. Так, наприклад, англосаксонський король Етельберт слідував багато в чому Салічній правді, коли створював свої закони, по меншій мірі 19 з 90 статей Законів Етельберта мають прямі паралелі з Салічної і іншими правдами [28, с. 123].

"Варварські правди" – це кодифіковані закони, свого роду, підручник для суддів. Разом з тим вони не є збірниками систематично викладених правових норм, що стосуються всіх сторін життя ранньофеодального суспільства. Їх неповнота, фрагментарність, безсистемність - результат тієї звичайно-правової основи, на якій вони складалися. Зафіксувати все розмаїття звичаїв було неможливо, особливо якщо врахувати, що записувалися вони у формі конкретних юридичних казусів, узятих безпосередньо.

В правовій систему середньовічної Русі, особливо в ході формування правового порядку, найважливішим органом вирішення конфліктів було «віче». Даний підхід що був запозичений у скандинавських народів, тим не менше найбільшого розквіту набув саме на Русі. Аналіз джерел права, що збереглись до сьогодні, дозволяє зробити висновок, що звичайне світське право, та воля князя, чи іншого феодала, досить довий час залишалось єдиним джерелом [29, с.176].

В староруському праві ведення кримінального процесу здебільшого покладалась на фізичних осіб. Для феодала, князя, або будь-якої іншої особи, що була наділена владою суд був перш за все джерелом доходів. Відправляючись за збором данини князь проводив суд згідно звичаїв за що і отримував дохід у вигляді судових зборів, а ті громади, що не бажали втручання князя в їх справи відповідно відкупались від цього, чим так само приносили дохід [30, с. 183].

Розшукова форма застосовувалася у справах про державні злочини і щодо "лихих людей" - у справах про розбої, вбивстві, крадіжці на гарячому і деяким іншим. Застосовувався так званий "повальний обшук" - опитування оточуючих жителів про репутацію обвинуваченого. Якщо обвинувачений виявлявся "лихою людиною", то далі слідував розшук, якщо характеризувався "доброю славою", тоді мав місце суд обвинувальної формі. Згідно постанови царя Олексія Михайловича 1649 р прийнятому Земським собором, розшукова форма процесу взяла гору над обвинувальною. Лише справи, що не стосуються "государева інтересу", могли розглядатися по обвинувальній формі. За Петра I в Росії остаточно утвердився і отримав повний розвиток розшуковий процес. Згідно з указом 1697 року було постановлено: ***"***Вместо судов и очных ставок чинить розыск***"***[31]. Процедура інквізиційного російського процесу розгорнуто визначалася додатком до Військовому Статуту - "Кратким изображением процессов или судебных тяжеб" 1716 р.

Цей закон призначався для військових судів, але був поширений на всі суди, причому при розгляді як кримінальних, так і цивільних справ. Процес починався на розсуд судді, він був таємним і письмовим. Справи вирішувалися на підставі "формальних" доказів, сила яких визначалася в самому законі. Вирішальним було визнання обвинуваченим своєї провини: «когда кто признает, чем он виноват есть, тогда дальнего доказа не требует, понеже собственное признание есть лучшее свидетельство всего света». Для отримання цього "досконалого" доказу застосовувалася катування. Якщо в показаннях свідків були протиріччя, то закон наказував віддавати перевагу показаннями чоловіки перед показаннями жінки, знатного перед незнатним, духовного перед світським [32].

У XII-XIII ст. в середньовічній Англії судовий процес носив звинувачувальний характер, тобто про рух справи дбали самі сторони. У XII в. ще існував "суд божий" - ордалії.

Одним із доказів вважалася присяга, порушення якої спричиняло кримінальне покарання. Надалі змагально-обвинувальний процес став панівним в судах "загального права" як у цивільних, так і по кримінальних справах. До розслідування справи безпосередньо суддею (що є головною характерною рисою слідчого процесу) вдавалися в судах канцлера і в церковних судах. Але тортури застосовувалися і в судах "загального права" при певних обставинах. Якщо обвинувачений визнавав себе винним, він негайно присуджувався до покарання. Якщо "стояв мовчки", тобто не визнавав своєї провини, або відмовлявся від свідчень то вважалося що, мовчав він "по злобі" або його "вразив господь" [33, с. 173-175].

"Загальне право" виходило з презумпції, що мовчання - визнання провини у справах про зраду або інші тяжкі злочини. При обвинуваченні в фелонії, тобто в такому делікті що по рівню суспільної небезпеки ставилось між проступком та зрадою, до обвинуваченого застосовувались катування. При цьому такий підхід не відрізнявся великою ефективністю, адже багато воліли померти під тортурами, так як, вмираючи, людина рятувала своє майно від конфіскації. В ту епоху попереднього слідства не існувало. Церковні суди, які розглядають сімейні справи (аж до 1857 року), вдавалися до послуг детективів, які вивчали докази і встановлювали факти. Їхні висновки і були основою рішення. У судах "загального права" докази збиралися самими сторонами. В кінці XV ст. стали скликатися спеціальні журі так званих обвинувальних присяжних з метою перевірки достовірності доказів сторони обвинувачення. Якщо докази визнавали достатніми на користь обвинувачення, то складали документ про обвинувачення і, не вислуховуючи доводи захисту, передавали справу до суду "малого журі". Таку перевірку міг проводити і мировий суддя. Цікаво, що дача неправдивих свідчень не завжди вважалася злочином в англійських судах. Навіть церковні суди, які вважали, що в їх компетенцію входять справи про порушення довіри, упускали лжесвідчення зі свого поля зору.

Закон 1540 року ввів штраф за підкуп свідка, а в 1562 році лжесвідчення стало каратися штрафом в цивільному порядку. "Зоряна палата" визнавала караним лжесвідчення як злочин в формі "неправдивих свідчень в суді". Після того як сторони повністю надавали свої докази, суддя повинен був підсумувати обставини справи і дати пораду присяжним, вказуючи на правові питання у справі. Суд присяжних повинен був виносити вердикт про винуватість чи невинуватість обвинуваченого одноголосно [34, с. 108].

Процес носив відкритий характер, за винятком процесу в "зоряній палаті". В силу обвинувального характеру процесу в Англії не отримав розвитку інститут державного обвинувачення, представлений особливими посадовими особами. З XIII в. з'явилися професійні правозахисники, які ділилися на дві категорії: баристерів і соліситорів. Перші виступали в суді, тобто приймали таку ж участь в процесі, як і їх клієнт, якби він особисто вів справу. Солісітори – як захисники у справах займалися головним чином підготовкою справ до судового розгляду. Спочатку баристери отримували можливість виступати в суді лише з дозволу суддів. З кінця XV в. суди "загального права" стали записувати в своїх реєстрах імена тих осіб, яких вони визнавали представниками сторін, тим самим надаючи їм своєрідний статус посадових осіб при суді.

Давньогерманське кримінальне судочинство також являлося урочистою суперечкою між обвинувачем і обвинуваченим і в основі його лежало положення: немає позивача - немає судді. Якщо обвинувачений з'явився на суд, зізнавався і таким чином відмовлявся від змагальної боротьби з обвинувачем, то судді прямо приступали до постановлення вироку за звичаєвим правом; якщо ж обвинувачений не зізнавався, то повинен був прийняти очисну присягу, а на підтвердження її повинен був виставити своїх поручителів, які засвідчували присягою, що він, на їхню думку, заслуговує на довіру; особи підозрілі або які не подали необхідної кількості поручителів могли довести свою невинність тільки судом Божим (випробуванням водою, вогнем або отрутою). Як обвинувачений, так і обвинувач (перед присягою) могли вимагати судового поєдинку, але це було можливо лише у тому випадку якщо особа, що викликала на поєдинок дорівнювала за своїм становищем у суспільстві або була вище свого супротивника; переможений на поєдинку зізнавався переможеним справі; за жінок, осіб похилого віку і хворих на поєдинок міг вийти найманець. Обвинувач міг доводити свій позов і поручителями, але обвинувачений міг запідозрити їх в дачі неправдивих свідчень, і в такому випадку справа вирішувалося поєдинком між обвинуваченим і поручителями обвинувача [35, с. 47-58].

Судовий процес носив обвинувальний-змагальний характер. Відшукання вкраденої речі, виклик до суду відповідача, свідків було обов'язком самого потерпілого. Важлива роль суду в германському суспільстві визначала особливе місце в судовому процесі не тільки самих сторін, але і свідків у справі. Салічна правда передбачала штраф за неявку відповідача та свідка в суд без поважних причин. До числа поважних причин ставилися королівська служба, хвороба, смерть родичів, пожежа в будинку. Неправдиві свідчення суворо каралися, так само як відмова свідка говорити в суді те, що він знав по справі. Такі свідки оголошувалися такими, що порушують закон і мали сплатити штраф. До свідка пред'являвся ряд вимог. Перш за все, не міг свідчити проти вільного раб, не міг бути свідком той, хто раніше був викритий у дачі неправдивих свідчень. За Баварської правди свідок повинен був бути рівного стану з тим, проти кого свідчив.

Важливість цих справ впливала і на особливу строгість в суді до свідка. Суддя встановлював термін його явки в суд. Якщо ж свідок не з’являвся у зазначений термін, то піддавався штрафу в 12 солідів. Незгода зі свідком відповідача могло привести до поєдинку між ними. Якщо свідків було багато, вони вибиралися по жеребу. Бійцем в поєдинку міг бути виставлений і раб. Гарантією правдивості показань свідків була клятва свідка на зброю. При відсутності свідків, якщо не було "вірних доказів" або злочин не могло бути "належним чином доведено", залучалися так звані «Поручителі» [36, с. 108].

Інститут поручитилів йшов своїм корінням в далеке родове минуле франків. Поручителі - родичі, сусіди, друзі, які повинні були захищати, надавати підтримку в суді однієї зі сторін шляхом свідоцтва її правоти, виходячи при цьому не зі знань обставин справи, а з властивих нібито відповідачу, обвинуваченому та іншим чесності, ґречності.

Інститут «поручителів» був тісно пов'язаний з традиційним інститутом компургаціі (допомоги в клятві), коли обвинувачений очищав себе від звинувачення, а заступники обвинуваченого підтримували його, клялися тій же клятвою, беручи на себе тим самим всі права і обов'язки останнього. Поручителі визначали і суму викраденого, якщо крадіжка заперечувалася. За Баварскою правдою поручителі клялися на вівтарі над розкритим Євангелієм, у присутності намісника церкви.

Салічна правда пердбачає ордалії, тобто «божий суд» за допомогою казанка з киплячою водою, в яку опускалася рука обвинуваченого. У випадку якщо на руці проявлялись сильні опіки, а загоєння йшло погано, то це розцінювалось як свідчення винності. Від випробування казанком можна було відкупитися, причому сума викупу залежала від суми передбачуваного штрафу в разі програної справи, але була значно нижче, ніж сам штраф. Наприклад, якщо штраф дорівнював 15 сол., То викуп - 3 сол., Якщо штраф дорівнює 35 сол., То викуп - 6 сол.

Можливість "викупу руки від казанка" була соціальним привілеєм багатого злочинця [37, с. 49-55].

Законодавством також було передбачено і інші види доведення, наприклад "випробування жеребом", при якому покарання наступало в тому випадку, якщо обвинувачений "візьме поганий жереб". До рабів застосовувалися тортури. Раба катували доти, поки не виривали у нього визнання. Видача раба для "справедливої ​​тортури" була обов'язком його пана. Триразове безрезультатне "умовляння" видати раба переносило його провину і весь штраф на господаря.

Непрямі свідчення частих покарань невинних при таких способах доведення можна знайти в самій Салічній правді. Наприклад, міститься припис карати штрафом в 200 сол. "Чаклунку", якщо вона була "викрита" в тому, що "з'їла людину".

На нашу думку застосування таких методів є в першу чергу методом психологічного тиску і на практиці мало місце лише у тому випадку, якщо всі інші методи були вичерпані. Зокрема це обумовлено тим, що в подальшому як в континентальному європейському праві так і в англосаксонському своє закріплення знайшли положення про те, що жодна людина не може бути піддана тортурам, або позбавлена життя інакше, ніж за законом. Звичайно що в період середньовіччя це далеко не завжди знаходило своє відображення на практиці, але варто розуміти що надмірна суворість в кінцевому результаті закінчувалась повстаннями.

У готів були заборонені випробування водою, вогнем, а також судові поєдинки. Але клятва зберігалася в едикту Теодоріха.

У разі відмови добровільно виконати рішення суду, його виконання брав на себе граф. Того, хто перешкоджав йому у виконанні рішення суду, строго карали. Виплата вергельда через суд могла бути відстрочена за допомогою поручителів. Для особливої ​​переконливості порука підтверджувалося в судовому засіданні чотири рази поспіль.

Яскравим проявом зміцнення позицій християнської церкви були її небезуспішні посягання на отримання судових повноважень. У Баварській правді в порівнянні з більш ранніми правдами не тільки збільшувалася сума штрафу за злочини проти тих, хто "не мав страху перед Богом і поваги до святих", а й визнавалося право церкви визначати тяжкість покарання тобто "за порадою священнослужителів". Більше того цервам та храмам надавалось право рятувати від переслідування, надавати злочинцям право притулку в храмі. З посиланням на Священне писання в Баварській правді стверджувалося, що "немає такої тяжкої провини, щоб не можна було зі страху перед Богом і з поваги до святих зберегти йому життя" [38, с. 167].

Аж до кінця XII в. судовий процес, як це було раніше у франків, зберігав в основному обвинувальний характер. Велике поширення набуває судовий поєдинок, який проводився при взаємній згоді на те сторін або ж у разі, коли одна з них звинувачувала противника у брехні. Правові звичаї детально регламентували процедуру судової дуелі.

При розгляді справ селян в сеньйоральних судах поряд з традиційними доказами ще в XI ст. стали застосовуватися тортури, і процес втрачав свій колишній змагальний характер. До цього часу розшукова (інквізиційна) форма процесу, що називалася ще римо-католицькою, закріплюється в церковних судах, а з XIII ст. поступово вводиться в судах короля і великих феодалів. Аж до XV в. розшуковий і обвинувальний процеси існували як би паралельно, але останній поступово почав виходити з ужитку в зв'язку зі скасуванням важливих традиційних видів доказів ("божого суду") - ордалій і судового поєдинку.

До романо-германського розшукового процесу відноситься провадження у кримінальних справах у Франції, Німеччині, Італії, Росії та деяких інших країнах приблизно в період з XIII по XVIII століття.

Як було зазначено вище, розшуковий процес зародився вже в межах обвинувального виробництва. Детальне закріплення він отримує в французькому процесі по ордонансу Людовика XII 1498 року і едикту Франциска I 1539 року, а потім в «Великому кримінальному ордонансі» Людовіка XIV 1670 року.

У Німеччині згідно судової практики слідчі, як держслужбовці спочатку знаходять своє закріплення в кодексах феодальних земель в складі імперії кінця XV , початку XVI століть. В результаті об'єднання цих кодексів в 1532 році приймається так зване «криваве» Укладення імператора Карла V Священної Римської імперії - «Кароліна». У ньому розшуковий процес постає в своєму повному розквіті. Він зберігає свої позиції аж до першої половини XVIII століття.

У Росії розшукові принципи чітко виявляються в судебнику 1497 року, в якому розшук проводився у справах про державні злочинців і «відомих лихих людей». Ця тенденція посилюється в судебнику 1550 року [39, с. 258].

У Соборному Укладенні 1649 розшукова форма процесу вже детально регламентована. Високого розвитку розшукова форма кримінального процесу в Росії досягає за Петра I . Так, «Коротким зображенням процесів» 1716 року, що був додатком до «Військового статуту», «... введений справжній розшуковий процес з усіма його типовими рисами» Розшуковий тип процесу закріплений і в Зводі законів Російської Імперії 1832 року а також в Положенні про покарання кримінальні та виправні 1845 року.

Якщо в романо-германській системі права розшуковий процес існував в «класичному» вигляді, то в англосаксонській системі все будувалось інакше. Сама назва «англосаксонський розшуковий процес» звучить для багатьох юристів незвично, оскільки поширена думка про те, що в Англії процес мав і має змагальний характер. Однак така типологія кримінального судочинства дозволяє стверджувати, що в країнах загального права також існував період розшукового процесу. Це переконливо підтверджується історичними фактами.

Уже в XI столітті нормандськими завойовниками в Англії був завезений метод розслідування через місцевих людей (Асизи) для з'ясування наявності права на земельні володіння [40, с. 480]. Англійський суд присяжних виник з чисто розшукового інституту розслідування суперечок про землю «королівським суддею через місцевих людей, опитуваних під присягою». Даний інститут з урахуванням сформованих звичаїв і нормандських порядків був послідовно впроваджений Генріхом II (1154-1189 рр). Потім розслідування через присяжних поширилося на тяжкі злочини (1164-1166 рр). Коли «злочинців ніхто не захоче і не наважиться звинуватити». Паралельно обвинувальній формі розшуковий порядок викриття злочинця через присяжних свідків у XIII столітті визнається інститутом загального права. Лише з XV століття присяжні поступово перетворюються з розшукового органу в орган який представляє звинувачення.

Яскравим прикладом англійського інквізиційного процесу є провадження у справах про заколоти проти церкви і королівських наказів в Таємній раді і Зоряній палаті, створеної в 1488 році. У ньому обвинувачений не користувався жодними процесуальними правами і міг бути підданий катуванню. У Зоряній палаті такий порядок зберігався до XVII століття. При Єлизаветі Тюдор (1558-1603 рр). Інквізиційний процес набув найбільшого свого розвитку в період діяльності Високої комісії (1583-1641 рр.) а також військових судів [41, с. 288].

Остаточне закріплення розшукового процесу відбувається з утвердженням абсолютизму шляхом видання серії королівських актів: ордонанса 1498 року едикту 1539 року і Великого кримінальної ордонанса 1670 року. Правда, спочатку цей процес іменувався екстраординарним, але саме він застосовувався в більшості важливих кримінальних справ. Саме в цей період набула поширення практика, коли для тюремного ув'язнення людини було потрібно тільки вписати його ім'я в порожній бланк королівського наказу на арешт (lettres de cachet).

Першою стадією розшукового процесу було дізнання, тобто збір попередньої і таємної інформації про злочин і злочинця. Судова справа порушувалася на підставі звинувачення королівського прокурора, а також доносів і скарг, зміст яких залишалося невідомим для обвинуваченого. Потім слідчий-суддя збирав письмові докази, допитував свідків і обвинуваченого, проводив очні ставки. При розшуковому процесі малася на увазі винність обвинуваченого, тому показань одного свідка було досить для застосування катування. Мета її полягала в тому, щоб вирвати зізнання обвинуваченого, яке розглядалося як "цариця доказів". [42, с. 424].

Саме судовий розгляд справи проходив в закритому засіданні, причому вирішальне значення надавалося матеріалам, зібраним в ході слідства. Повноцінним доказом вини обвинуваченого були, крім власного зізнання, показання двох свідків що заслуговують довіри, листи самого обвинуваченого, протоколи, складені на місці злочину, і т.д. Хоча ордонанс 1670 року передбачив розподіл доказів на виправдувальні і обвинувальні, суд основну увагу приділяв саме останнім. У разі відсутності достатніх обвинувальних доказів суддя міг розпорядитися про повторне проведення тортури.

До XIII в. судові вироки вважалися остаточними і не підлягали оскарженню. Особа, незадоволена рішенням суддів, могла викликати їх на судовий поєдинок і послідовно битися з кожним з них. Оскарження до суду вищестоящого сюзерена було можливо тільки в разі "помилки в праві".

З XIII в. поступово визнається право оскаржити будь-яку справу з сеньйорального суду в королівський суд. У свою чергу в королівських судах допускалося звернення з апеляцією в більш високу інстанцію. Вищим апеляційним судом у цивільних і кримінальних справах з часом стає Паризький парламент. Наявність великої кількості апеляційних інстанцій, особливо в передреволюційний період, робило судові процеси затяжними і дорогими.

Беручи до уваги все вищесказане можна прослідкувати певну тенденцію розвитку кримінального процесу в цілому з плином часу. Від традиційних вірувань, та напіврелігійних норм, суспільство поступово переходило до писаних законів, що носили світський характер. Звичайно, варто зазначити, що будь-який писаний закон містив у своїй основі таке правило поведінки, що було загальноприйнятним у певній культурі, та носило характер звичаю, і тим не менше, поступово це прийняло принципово нову форму [43, с. 134].

Враховуючи те, що кримінальний процес постійно набував нових ознак, та поповнювався новими інститутами, поступово від обвинувального процесу в якому суд фактично був формальністю, суспільство перейшло до форми кримінального процесу що носило змагальний характер. Відповідно це вже була врегульована кримінально-процесуальним законом діяльність органів досудового слідства, прокуратури, суду за участю інших фізичних та юридичних осіб, спрямована на розслідування кримінальних правопорушень, викриття осіб, які їх вчинили, здійснення правосуддя у кримінальному провадженні, а також на вирішення питань, пов’язаних із виконанням судових рішень. Відповідно метою кримінального процесу, його бажаним результатом стало законне та справедливе вирішення питання про кримінальну відповідальність, так як процес є інструментом реалізації норм права.

На відміну від обвинувального (змагального) кримінального процесу змішаний обвинувально-розшуковий процес може забезпечити захист та реалізацію прав сторін, адже при обвинувальному процесі – процес підготовки до суду повністю покладено на сторони. Органи державної влади виступають виключно як арбітр по справі. Таким чином не можна гарантувати збереженість прав і свобод людини і громадянина, адже неможливо встановити ступінь впливу однієї сторони на іншу, а також ступінь впливу сторін на суд. Це може призвести до суттєвих порушень прав людини, та навіть до порушення презумпції невинуватості. Це може бути обумовлено тим, що так як сторони збирають докази самостійно, то може виникнути ситуація в якій одна сторона має на це більше можливостей за рахунок своїх зав’язків, фінансового становища, та положення в суспільстві, що в результаті буде впливати на результат розгляду. Таким чином постає проблема захисту та урівнення сторін в своїх правах та засобах збору доказової бази.

**РОЗДІЛ 2**

**СУЧАСНЕ ВИКОРИСТАННЯ НОРМ ОБВИНУВАЛЬНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ**

**2.1. Актуальні питання використання норм обвинувального кримінального процесу**

Незважаючи на те, що обвинувальна форма кримінального процесу є історичною формою окремі норми все ще знаходять своє відображення на сучасному етапі розвитку права. Варто зазначити, що у випадках застосування цих норм має місце «особиста ініціатива». Тобто ті дії, бездіяльність, або певні правила поведінки що являють собою сліди обвинувального кримінального процесу що мають місце сьогодні – не закріплені жодним нормативно-правовим актом. Виникає парадоксальна ситуація, коли представники органів державної влади можуть зловживати своїм становищем та авторитетом для того, щоб штучно створювати перепони обвинуваченому в процесі підготовки до свого власного захисту в суді. На сьогоднішній день такі дії з боку органів влади розцінюються як порушення права особи на захист. Така практика характерна загалом для кожної країни і на нашу думку відбувається це за наступного ряду причин:

* норми обвинувального кримінального процесу відійшли в минуле порівняно нещодавно. Більш того, їх витоки тісно пов’язані з уявленнями про справедливість. Доводиться лише констатувати те, що частина суспільства не приймає той спосіб ведення кримінального процесу в якому сторони є рівними у всьому.
* суттєва кількість країн на даному етапі все ще являють собою або гібридні або авторитарні режими при яких контроль за діяльністю органів правосуддя напряму пов’язано з державною політикою. Тому за потреби диктатор має можливість влаштувати «показовий» процес під виглядом чесного і неупередженого судового розгляду. Таким чином суди в багатьох державах не можна назвати незалежним органом.
* недостатність правової свідомості працівників органів правосуддя здебільшого є вирішальним фактором що впливає на застосування застарілих норм обвинувального кримінального процесу. Враховуючи те, що суддя або правоохоронець має за собою певний тягар владних повноважень може виникнути ситуація при якій держслужбовець перевищує свої повноваження навіть не усвідомлюючи цього.
* пряме порушення презумпції невинуватості що виражається у відношенні до обвинуваченого. Зокрема через публічний осуд особі можуть відмовити у певних аспектах підготовки до судового розгляду.

Суттєва кількість звернень до Європейського суду з прав людини стосується справ про порушення права особи на ефективний захист. Значна кількість його рішень показує, що в нашому національному законодавстві досі існують серйозні недоліки. Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» визначив обов'язок судів при здійсненні ними правосуддя застосовувати положення Конвенції про захист прав людини і основних свобод та практику Європейського суду з прав людини як джерела права [44].

На сьогоднішній день в Україні та в ряді інших країн процес реального застосування зазначених положень відбувається вкрай повільно. Причиною такої ситуації можна вважати недостатню наукову розробку питань, пов'язаних з приведенням національного законодавства у відповідність з міжнародно-правовими актами.

Для ефективного захисту в кримінальному провадженні важливою складовою є гарантія реалізації конституційного принципу забезпечення підозрюваному, обвинуваченому права на захист і дотримання законності в ході кримінального судочинства. Забезпечення права на ефективний захист в кримінальному провадженні регулюється низкою міжнародно-правових документів, до яких відносяться: Загальна декларація прав людини (1948 р) [45], Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод [46], Європейська конвенція про взаємну допомогу у кримінальних справах [47]. Основні принципи ООН, що стосуються ролі юристів (1990 р) Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (1966р.), Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання. Важливим аспектом є реалізації положення Загальної декларації прав людини, в якому вказується, що кожна людина має право на ефективне поновлення в правах компетентними національними судами в разі порушення її основних прав, наданих їй конституцією або законом. Таким чином, положення декларації є гарантією ефективного захисту в кримінальному провадженні. Положеннями Конвенції про захист прав людини і основоположних (далі Конвенція) свобод гарантується право осіб, обвинувачених у вчиненні кримінального правопорушення на захист або право «мати достатньо часу й можливостей для підготовки свого захисту» (п. 3 ст. 6).

Якщо заходи до обвинуваченого не застосовано, то питання зустрічей і консультацій особи з захисником не складає особливої проблеми. Інша справа виникає в ситуаціях, коли особу взято під варту, що об'єктивно ускладнює проведення таких зустрічей. У справі Кемпбелл і Фелл проти Об’єднаного Королівства, Європейський суд з прав людини (далі ЄСПЛ) встановив, що особа має право на необмежену е кількість зустрічей зі своїм захисником [48]. Такі зустрічі повинні відбуватися за відсутності представників пенітенціарних установ, в умовах конфіденційності. Про можливості осіб знайомитися з матеріалами провадження також розглядалось в Справі Фуше проти Франції, під час розгляду питання про рівність сторін і змагальності судового процесу. Розглянувши справу ЄСПЛ визначив, «що для обвинуваченого важливою була можливість доступу до справи і ознайомлення з документами, щоб мати можливість оскаржити складений проти нього протокол.

За відсутності такої можливості заявник не мав можливості підготуватися до захисту належним чином і не скористався рівністю сторін, що суперечить п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основних свобод» Право на ефективний захист особи, яка обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення, гарантується п. 3 ст. 6 Конвенції, і становить одну з важливих основ справедливого судового розгляду. ЄСПЛ дотримується загального підходу до розгляду справ за цією статтею Конвенції в поєднанні з іншими елементами права на справедливий суд, щоб показати, через сумарний аналіз труднощів, з якими стикається захист, загальний вплив цих труднощів на справедливість процесу [49].

Наприклад, ЄСПЛ у ряді справ відзначав, що оскільки вимоги пункту 3 статті 6 слід розглядати як конкретні аспекти права на справедливий судовий розгляд, гарантованого п. 1 ст. 6, то він вважає за необхідне розглядати скарги в світлі зазначених положень, узятих разом. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод визначає право на справедливий суд як першочергове право, а окремі права, встановлені в п. 3 ст. 6, є його складовими елементами, які беруться до уваги. Якщо розглядати право на ефективний захист у вузькому аспекті, то воно буде охоплювати за своїм змістом 4 елементи, а саме:

1) право захищати себе самостійно;

2) при певних обставинах - право обирати захисника;

3) право на безоплатну правову допомогу, якщо обвинувачений не має достатньо коштів або якщо цього вимагають інтереси правосуддя;

4) право на практичну та ефективну правову допомогу.

На прикладі таких справ як «Фуше проти Франції» та «Кемппбел і Фелл» проти Об’єднаного Королівства можна зробити важливий висновок: Ті, перепони, що створювались для обвинувачених були абсолютно штучними, тобто вони не були передбачені в законодавстві як національному так і міжнародному. Більше того, представники правоохоронних органів робили це радше по власній ініціативі ніш по «вказівці зверху». Це наводить нас на думку, що незважаючи на те, що норми обвинувального кримінального процесу вважаються такими що відійшли в минуле, окремі приклади їх застосування все ще знаходять своє відображення навіть в таких розвинених країнах як Франція і Великобританія. На нашу думку це є результатом того, що даний обвинувальний підхід до кримінального процесу відійшов в минуле з точки зору історії відносно нещодавно, тобто пам’ять про нього залишається на рівні поколінь та в менталітеті.

Керуючись положеннями Конвенції, право на захист передбачає елемент вибору обвинуваченого - захищати себе особисто або посередництвом захисника. Якщо особа, щодо якої висунуті кримінальні звинувачення, не бажає захищатися особисто, то така особа повинна скористатися юридичною допомогою. Право обирати захисника на свій розсуд виникає тільки тоді, коли обвинувачений має достатні кошти для оплати його послуг. Обвинуваченому, у якого таких грошей немає і який отримує безкоштовну правову допомогу, право вибору за п. 3 ст. 6 Конвенції не гарантується, проте правова допомога повинна бути надана «практична і ефективна», а не «теоретична і ілюзорна» [50].

Нині одним із основних принципів верховенства права є захист прав і свобод людини і громадянина, який захищає їх правовий статус, встановлює правові гарантії захисту прав, свобод, обов'язків та законних інтересів, обмежує втручання в конфіденційність. На сучасному етапі розвитку кримінально-процесуальної науки проблеми здійснення права на захист є одними з найактуальніших. Питання гарантій прав підозрюваного (обвинуваченого) є надзвичайно важливим, як теоретичним, так і практичним. Тільки за умови гарантування прав та законних інтересів осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні, можливо виконати основні завдання кримінального судочинства. Для того, щоб реально захистити права та законні інтереси особи, необхідно забезпечити принципи рівності та справедливості в державі та створити ефективний механізм забезпечення цього захисту.

Основним аспектом забезпечення права на захист є ефективність. У разі обмеження або порушення процесуальних прав підозрюваного (обвинуваченого) ефективність захисту значно знижується. Тим не менше, залишається констатувати той факт що дотримання процесуальних прав підозрюваного (обвинуваченого), які забезпечують його захист, не завжди відображається на практиці. Право на захист є основоположною для кримінального провадження, його рушійною силою. Від змістовного наповнення цього права, залежить те, наскільки ефективним буде здійснення власне функції захисту та справедливим кримінальне провадження в цілому.

Незважаючи на те, що порушення права особи на ефективний захист знаходить своє відображення і на сучасному етапі розвитку правосвідомості такі випадки можна і потрібно попереджати. На сьогоднішній день вже створено певний механізм протидії порушенню прав обвинуваченого, а процесуальні гарантії закріплено не тільки на рівні національного законодавства, але й в міжнародних договорах та деклараціях. Дане право закріплене у ст.7 Загальної Декларації прав людини: “Усі люди є рівними перед законом і мають право без усяких відмінностей на рівний захист закону”.

Практично таке саме визначення даного права міститься у ст.26 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права: “Всі люди є рівними перед законом і мають право без будь-якої дискримінації на рівний захист закону”. Конвенція 1950 року зовсім по-іншому підійшла до закріплення рівності кожної особи та забезпечення рівного захисту перед законом: “Кожен, чиї права та свободи, визнані в цій Конвенції, було порушено, має право на ефективний засіб юридичного захисту в національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, які здійснювали свої офіційні повноваження” (ст.13).“Користування правами та свободами, визнаними в цій Конвенції, має бути забезпечене без дискримінації за будь-якою ознакою…” (ст.14).

І нарешті, практично об’єднавши найкращі традиції попередньо згаданих документів, визначає дане право Конвенція СНД: “Усі люди є рівними перед законом і мають право без будь-якої дискримінації на рівний захист закону. Користування правами, викладеними у цій Конвенції, гарантується без дискримінації за будь-якою ознакою…” [51].

І тим не менше, повертаючись до питання практичної реалізації права на захист варто зазначити що застосувати такі принципи стає можливим лише за умови незалежності судових органів, існування ефективної та розгалуженої системи правосуддя а також значного контролю з боку громадських організацій.

**2.2. Проблема реалізації права на захист при використанні окремих елементів обвинувального кримінального процесу**

У розвитку будь-якої юридичної галузі науки, виду діяльності завжди є основні напрями, що складають їх концептуальну сутність. В даний час для кримінальної юстиції змагальність – це метод, принцип і, нарешті, вид кримінального процесу. Тема змагальності, мабуть, є одним із найбільш широко обговорюваних кримінальних процесів у науковому світі.

Деякі юристи в правотворчості та правоохоронних органах не враховують типологічні особливості кримінального провадження, суть сучасного конкурентного провадження. Таким чином наукові суперечки щодо проблеми змагальності, зокрема, та типів процесу в цілому, ще довго будуть залишатись актуальними. У кримінальній процесуальній теорії під типом кримінального процесу розуміється організація провадження у справі залежно від розвитку змагальних підстав, рівня гарантій прав його учасників, системи доказів та ступеня їх оцінки. Тип кримінального процесу визначається взаємозв'язком особистої свободи та публічних, приватних та публічних принципів. У кримінальній процесуальній теорії зазвичай існує три типи процесу: конкурентний, пошуковий та змішаний.

При домінуванні приватних засад кримінальний процес належить до приватно-змагального типу, при поглинанні публічними засадами приватних до розшукового, а при органічному поєднанні приватних і публічних засад, формальній рівності громадянина і держави – до публічно-змагального типу. У чистому вигляді змагальний процес як цілісна система в реальності не існує, але окремі його елементи присутні в рамках конкретних форм судочинства, абсолютно реальні й підкоряються закономірностям, які притаманні змагальній моделі кримінального процесу.

Питання змагальності сторін у кримінальному процесі з давніх часів привертали увагу багатьох учених. Якщо ідея змагальності отримала своє нормативне закріплення відносно недавно, то в юридичній науці ця ідея все ще має ряд невирішених питань.

На думку М. С. Строговича, змагальність виявляється в поділі процесуальних функцій між судом і сторонами, які змагаються, сперечаються, кожна з яких доводить суду правильність своїх вимог і тверджень і оскаржує вимоги та твердження іншої сторони. Але боротьба сторін проводиться в законних рамках і формах, та у своїй основі має на меті сприяння суду у встановленні істини, в правильному вирішенні справи [52, с. 45-52].

Проте побудова процесу на основі змагальності не означає зведення суду до ролі пасивного спостерігача, суд займає активну позицію у здійсненні правосуддя. варіювалась впродовж багатьох років і залишається актуальною дотепер.

У теорії кримінального процесу багатьма авторами у структурі змагальності виділяються такі елементи:

1) наявність двох протилежних сторін – обвинувачення і захисту. Для повноцінного змагання необхідна присутність сторін у суді;

2) функціональна рівність сторін. Змагання буде справедливим тоді, коли протилежні сторони мають порівняно однакові «стартові» можливості для захисту своїх інтересів;

3) наявність незалежного від сторін суду, що керує процесом при розгляді кримінальної справи і вирішує справу.

Тому при змагальній побудові кримінального провадження суд не може виконувати функції сторін, він вирішує справу за наявності передбачених стороною звинувачень і не має права виходити за межі нього; головна рушійна сила змагального процесу – це не ініціатива суду, а суперечка сторін щодо обвинувачення та ініціативи сторін; Незалежність суду означає, що він не тільки не має права виконувати функції сторін, але жодна із сторін не може взяти на себе навіть найменшу частку функції суду.

Відповідно до ст. 2 Кримінального процесуального кодексу України, кримінальний процес України має завдання захистити особу, суспільство та державу від кримінальних правопорушень, захистити права, свободи та законні інтереси учасників кримінального провадження, а також забезпечити оперативне, повне та неупереджене розслідування та судовий розгляд кримінальних правопорушень. так що кожен, хто вчинив кримінальне правопорушення, несе відповідальність у міру своєї вини, жодна невинна особа не має бути звинувачена або засуджена. Саме змагальність сторін спонукає суд належним чином переглянути матеріали справи та винести законне та обґрунтоване рішення. У цьому суть практичного значення принципу змагальності [53].

У ст. 7 КПК України законодавець закріпляє перелік основних засад кримінального провадження до яких відноситься змагальність. Враховуючи сучасні підходи до розуміння принципів кримінального провадження

Ю. М. Горшевий запропонував власну систему загальних засад кримінального провадження:

По-перше – це принципи, які мають забезпечувати захист честі та гідності особи.

По-друге – це принципи що забезпечують стабільність кримінальної процесуальної діяльності

По-третє – це принципи які забезпечують законність розшукових засад кримінального провадження, а також принципи що забезпечують змагальність.

По-четверте – це принципи що забезпечують свободу в поданні сторонами до суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості. Немало важливим є те, що наголос робиться на безпосередності дослідження показань, речей і документів [54].

Змагальність також передбачає самостійне обстоювання стороною обвинувачення і стороною захисту їхніх правових позицій, прав, свобод і законних інтересів засобами, передбаченими КПК України (ч. 1 ст. 22 нового КПК України), у встановленій законом процесуальній формі. Суд, зберігаючи об’єктивність та неупередженість, створює всі необхідні умови для реалізації сторонами їхніх процесуальних прав та виконання процесуальних обов’язків (ч. 6 ст. 22 КПК України).

Обвинувальний кримінальний процес має свої різновиди, які він послідовно проходив у своєму історичному розвитку і які в тій чи іншій мірі продовжують застосовуватися і дотепер у різних національно-правових системах. Це змагальний, приватно-позовний та публічно-позовний види судочинства. Публічно-позовний процес в легіслативних (змішаних) формах лише факультативно допускає біля себе активність суду, яка витікає із супутніх розшукових елементів. Тільки публічно-змагальний кримінальний процес характеризується активністю суду, а також функціональною рівністю сторін [55].

Розглядаючи питання визначення поняття сторін кримінального провадження, необхідно також зупинитися на закріпленні процесуального становища потерпілого. В юридичній науці тривалий час точилися дискусії з приводу того, які процесуальні функції виконує потерпілий. Деякі вчені вважали, що він взагалі не виконує ніякої процесуальної функції. На думку інших науковців, потерпілий сприяє виконанню різних процесуальних функцій (обвинувачення, захисту, встановлення істини, відстоювання своїх інтересів) залежно від тієї позиції, яку він займає в кримінальній справі. Але найбільш обґрунтованим є погляд, згідно з яким потерпілий у кримінальному процесі виконує тільки обвинувальну функцію. У КПК України визначено, що потерпілий є стороною обвинувачення (п. 19 ч. 1 ст. 3 КПК України), однак положення, які стосуються його процесуального статусу, були відділені законодавцем від параграфу «Сторона обвинувачення» і закріплені в окремому параграфі «Потерпілий і його представник», що є, звичайно, абсолютно не припустимим і не логічним.

Немає сумніву в тому, що до функції обвинувачення також відноситься доказування характеру і розмірів шкоди, заподіяної злочином, тобто цивільний позивач в кримінальному провадженні виступає на стороні обвинувачення. Тоді видається незрозумілим, чому норми, що стосуються цивільного позивача, законодавець помістив в окремий параграф «Інші учасники кримінального провадження». Вважаємо це методологічно невірним, оскільки не можна поставити на один рівень цивільного позивача з такими учасниками судового провадження, як, наприклад, свідок, перекладач, експерт, спеціаліст. Цивільний позивач – це особа, якій завдано шкоду, для відшкодування якої він може підтримувати цивільний позов або відмовитися від нього. Це є його правом, а не обов’язком. На відміну від свідка, перекладача, експерта і т.д., цивільний позивач має особистий інтерес у справі.

З урахуванням викладеного можна зробити висновок, що в кримінально-процесуальній теорії зазвичай виділяються три типи процесу: змагальний, розшуковий і змішаний. Змагальність можна визначити як таку побудову процесу, в якій обвинувачення і захист діють як рівні сторони, що мають формально рівні права і несуть обов’язки, а суд займає активну позицію, спрямовану як на реалізацію повноважень по здійсненню судового контролю на досудовому розслідуванні, так і на з’ясування істини в судовому розгляді. Змагальний кримінальний процес являє собою ідеальний тип судочинства, який має свої різновиди: обвинувальний, приватно-позовний та публічно-позовний види судочинства. Але найбільш досконалим з них слід вважати публічно-змагальний кримінальний процес, який формується в Україні, основи якого закріплені в КПК України.

Незважаючи на те, що в Конституції України та в Законах України закріплено положення про те, що кожна особа має право на захист своїх прав та законних інтересів в суді фактично це невід’ємне право нерідко порушується. В свою чергу для адвокатів що здатні помітити таке порушення прав своїх підзахисних це нерідко є приводом для оскарження вироку у вищестоящих інстанціях, або в Європейському суді з прав людини.

В ст. 63 Конституції України закріплено положення про те, що підозрюваний, обвинувачений чи підсудний має право на захист. Засуджений користується всіма правами людини і громадянина, за винятком обмежень, які визначені законом і встановлені вироком суду. Крім того, варто також згадати про ст. 129 Конституції України, де закріплено основні засади судочинства, що мають забезпечувати справедливість винесення рішень [56].

Питання забезпечення права на захист в кримінальному судочинстві є актуальним за будь-яких норм законодавства. В Україні, де кримінальне процесуальне законодавство знаходиться у стані перманентного реформування з 1991 року це питання є особливо актуальним, адже на практиці окремі норми обвинувального кримінального процесу що реально порушують право на захист все ще можуть застосовуватись.

Відповідно до позиції судді Б.М. Пошви що стосувалась постанови Верховного Суду України від 08 грудня 2016 року у справі за заявою захисника Володька С.С. про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 6 липня 2016 року щодо певного засудженого. Згідно зі згаданою постановою Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України постановила рішення про відмову у задоволенні заяви захисника, який просив скасувати вирок апеляційного суду м. Києва від 8 лютого 2016 року та ухвалу колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 6 липня 2016 року щодо підзахисного, а справу направити на новий розгляд до суду апеляційної інстанції.

У заяві захисник порушував питання про неоднакове застосування касаційним судом норм, які містяться в частинах першій та другій статті 404, частині першій статті 407 Кримінального процесуального кодексу України і воно полягало в тому, що суд апеляційної інстанції вийшов за межі апеляційної скарги прокурора, що є порушенням принципу диспозитивності, а також права засудженого на захист [57].

На думку судді Б.М. Пошви не тільки вирок апеляційного суду м. Києва у справі не відповідає вищенаведеним нормам КПК, але й вирок місцевого суду від 25 листопада 2015 року також постановлено без урахування пріоритету норм міжнародних договорів, які регулюють подібні правовідносини і є частиною національного законодавства.

Зокрема, вирок місцевого суду було постановлено за скороченою процедурою (стаття 349 КПК), тобто без дослідження доказів щодо фактичних обставин справи, які ніким не оспорюються. Визначення скороченої процедури судового розгляду в суді першої інстанції відбулось за участі прокурора та самого засудженого, але без участі захисника. Вважаю, що такий підхід є не тільки грубим порушенням права особи на захист, але й фактичним втіленням в життя пережитків обвинувального кримінального процесу.

Про порушення права на захист під час досудового слідства і судового розгляду в судах першої та апеляційної інстанцій засуджений зазначав у касаційній скарзі, зокрема, що йому не було роз’яснено право на захист і всупереч вимогам частини другої статті 54 КПК воно не було забезпечено ні слідчим, ні судами факту, оскільки його відмова від захисника могла бути виключно у присутності захисника та після конфіденційного спілкування з ним. Така відмова фіксується у протоколі процесуальної дії.

Відповідно до положень пункту 3 частини другої статті 87 КПК суд зобов’язаний визнати порушенням прав людини та основоположних свобод, зокрема, у випадку порушення права на захист, однак дана вимога не була дотримана.

Для України нормою міжнародного договору, яка є частиною національного законодавства, є Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року де у пункті 1 статті 1 Закону України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» зазначено, що «Україна повністю визнає на своїй території дію статті 46 Конвенції щодо визнання обов’язковою, і без укладання спеціальної угоди, юрисдикцію Суду в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції». Конвенція містить положення про те, що «Високі Договірні Сторони (якою є і Україна) гарантують кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, права і свободи, визначені в розділі І цієї Конвенції» [58].

Крім того, статтею 8 КПК передбачено, що кримінальне провадження здійснюється з додержанням принципу верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави.

Положення статті 9 КПК додатково конкретизують зміст статті 8 КПК положенням, що під час кримінального провадження суд, прокурор зобов’язані неухильно додержуватися вимог Конституції України, міжнародних договорів, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України. Обидві норми статей 8 і 9 КПК передбачають застосування норм КПК у кримінальному провадженні з урахуванням практики Суду.

У справі «Делькур проти Бельгії» від 17 січня 1970 року Суд заявив, що «У демократичному суспільстві у світлі розуміння Конвенції, право на справедливе відправлення правосуддя займає таке значне місце, що обмежувальне тлумачення пункту 1 статті 6 не відповідало б меті даного положення» [59].

Угоди про визначення обсягу доказів, які підлягають дослідженню (стаття 349 КПК) є формами скороченого кримінального правосуддя, які були розроблені, відповідно до рекомендації Комітету Міністрів державам-членам Ради Європи.

Що стосується гарантій права на справедливий судовий розгляд в такій категорії справ як суд в Бортника проти України від 27 січня 2011 то «стаття 6 Конвенції не перешкоджає особі від добровільно відмовитися від захисника відкрито або побічно, адже це не порушує його право на певні гарантії справедливого судового розгляду. Це зокрема зустрічається у рішенні у справі «Квятковська проти Італії», і «Піщальніков проти Росії», від 24 вересня 2009 року) .

Однак, щоб відмова була дійсною для цілей Конвенції, вона повинна бути встановлена в однозначній формі та супроводжуватися мінімальними гарантіями, відповідними її важливості.

Стаття 53 цієї Конвенції також забороняє тлумачення її положень таким чином, щоб обмежувати будь-які права людини, визнані законодавством держави або будь-якою іншою угодою, стороною якої вона є.

Основні критерії законності вироків на підставі угод і роль національних судів по контрою за їх дотриманням, які в однаковій мірі відносяться до процедур, передбачених статтею 349 КПК, так і у наведеній захисником справі, оскільки вирішуються за скороченою судовою процедурою ЄСПЛ дав у справі «Natsvlishvili тa Togonidze проти Грузії» (Заява № 9043/05) від 29 квітня 2014 року [60].

У цьому рішенні Суд зазначає, що угоди, що призводять до винесення обвинувального вироку, "без винятку підлягають перегляду компетентним судом, і в цьому сенсі суди зобов'язані перевірити, чи були досягнуті угоди відповідно до діючих процедурних та змістовних норм правила, є вони такими, що були укладені за згоди підсудного і чи існують докази визнання підсудним своєї вини.

Як у КПК так і в Законі України «Про безоплатну правову допомогу» від 2 червня 2011 року N 3460-VI конкретизовано положення статей 59 і 63 Конституції України про право на правову допомогу і захист, які, у передбачених законом випадках, надаються безоплатно [61].

Так, стаття 54 (2) КПК передбачає, що "відмова або заміна захисника має відбуватися виключно в присутності захисника, після надання можливості для конфіденційного спілкування. Така відмова або заміна повинні бути записані в процедурному протоколі. "Необхідність дотримуватися вищезазначеної процедури була обґрунтована посиланням на прецедентну практику Суду у справі «Яременко проти України» від 12 червня 2008 р., який відповідно до вимог статей 8 та 9 КПК, встановлює стандарти дотримання законності та закону у кримінальному судочинстві.

Однак зазначених вимог права на захист судами дотримано не було.

Більше того, по матеріалах цієї конкретної справи і виявлені проблеми із забезпеченням права на захист, встановлені у ній фактичні обставини є подібними до фактичних обставин справи Суду «Корнєв і Карпенко проти України» від 21 жовтня 2010 року. Тобто оцінку виявленим порушенням, в тому числі незабезпеченню права на захист, вже було надано Європейським Судом з прав людини.

Тому, на думку судді Б.М. Пошви, до якої ми також схиляємось, вищеперераховані судові рішення щодо засудженого підлягали б негайному судовому перегляду у зв'язку із наявною судовою помилкою, з метою її усунення.

Разом з тим відповідно до ст. 8 (Верховенство права) КПК кримінальне провадження здійснюється з додержанням принципу верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Принцип верховенства права у кримінальному провадженні застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини.

Також у статті 9 КПК України йдеться про те, що під час кримінального провадження суд, слідчий суддя, прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий, інші службові особи органів державної влади зобов’язані неухильно додержуватися вимог Конституції України, цього Кодексу, міжнародних договорів, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, вимог інших актів законодавства.

Норма статті 295 КПК України передбачає, що копія клопотання повинно бути передано слідчому або прокурору, який здійснює нагляд за додержанням законів при проведенні цього попереднього слідства. Підозрюваному і його захисту - не пізніше ніж за п’ять днів до подання клопотання прокурором про розгляд питання про продовження строку досудового розслідування.

Отже, якщо підозрюваному та його захисникові у зазначений термін не було вручено зазначеного клопотання, тим самим, перш за все, було позбавлено як підозрюваного реалізувати свої права передбачені КПК так і його захисника, що є порушенням чинного законодавства. Дана позиція підтверджується рішенням Деснянського районного суду м. Чернігова від 06.09.2013 по справі № 750/8551/13-к, в якому суд зазначає, що слідчим та прокурором вимоги ч. 3 ст. 295 КПК України виконані не були, чим було грубо порушено право підозрюваного на захист його інтересів, і для поновлення його права необхідно зобов'язати слідчого та прокурора виконати процесуальні дії, щодо вручення копії клопотання про продовження досудового розслідування підозрюваному та його захиснику, відповідно до діючих положень КПК України [62].

Наведений підхід також було висвітлено у рішеннях Коростишівського районного суду Житомирської області від 14 липня 2016 року по справі № 280/261/16-к, Луцького міськрайонного суду Волинської області від 09 лютого 2015 року по справі 161/1808/15-к, Очаківського міськрайонного суду Миколаївської області від 22 червня 2016 року по справі №483/2999/14-к, Іллічівського міського суду Одеської області від 17 березня 2016 року по справі №501/5018/15-к, Шевченківського районного суду м. Чернівці від 25 серпня 2015 року по справі №727/6657/15-к, що свідчить про усталену судову практику при вирішенні даного питання [63].

Слід зазначити, що судові рішення підлягають скасуванню у випадках, коли суттєве порушення права на захист позбавило або обмежило підозрюваного, обвинуваченого, чи його захисника у здійсненні цього права та перешкоджало або могло втручатися в суд у всебічний, повний і об'єктивний спосіб. У зв’язку з цим доцільно викласти відповідний правовий висновок Верховного Суду України. Так, згідно з рішенням Кримінального суду Верховного Суду України від 21 квітня 2016 року, одним із загальних принципів кримінального провадження є забезпечення права на захист, компоненти якого визначені статтею 20 КПК, доктринальний аналіз якого показує, що захист права на захист передбачає реалізацію цього права у трьох формах: самореалізація права на захист підозрюваної, обвинуваченої, виправданої, засудженої особи, а саме право на надання усних чи письмових пояснень щодо підозри або звинувачення, право збирати та подавати матеріали, особисто брати участь у кримінальному провадженні; користуватися юридичною допомогою адвоката; наявність слідчого, прокурора, слідчого судді, суду для надання допомоги підозрюваному, обвинуваченому, виправданню, засудженому за здійснення свого права на захист шляхом роз'яснення його прав та забезпечення права на кваліфіковану правову допомогу обраним або призначеним захисником. Вищезазначене відповідає міжнародним стандартам, викладеним у статті 11 (1) Загальної декларації прав людини, статті 14 (3) (d) Міжнародного пакту про громадянські та політичні права та статті 6 (3) ( в).

Згідно з Витягом із узагальнення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ “Про судову практику забезпечення права на захист у кримінальному провадженні” належна реалізація права на захист у кримінальному провадженні вимагає застосування практики ЄСПЛ, згідно з правовою позицією якого, відображеною, зокрема, у п. 262 рішення ЄСПЛ від 21 квітня 2011 року у справі «Нечипорук і Йонкало проти України», «право кожного обвинуваченого у вчиненні злочину на ефективний захист, наданий захисником…, є однією з основних ознак справедливого судового розгляду». Також у п. 89 рішення ЄСПЛ від 13 лютого 2001 року у справі «Кромбах проти Франції» вказано, що «хоча право кожної особи, обвинувачуваної у вчиненні кримінального правопорушення, на ефективний захист адвокатом не є абсолютним, воно становить одну з головних засад справедливого судового розгляду». Разом із тим, потрібно враховувати правові позиції ЄСПЛ, які містяться, зокрема, у таких рішеннях: від 19 лютого 2009 року у справі «Доронін проти України», «Шабельник проти України», від 16 грудня 2010 року у справі «Боротюк проти України», від 03 листопада 2011 року у справі «Балицький проти України», від 24 листопада 2011 року у справі «Загородній проти України», від 12 січня 2012 року у справах «Тодоров проти України», «Довженко проти України», «Іглін проти України», від 15 листопада 2012 року у справі «Єрохіна проти України» та інші [64].

Таким чином, враховуючи викладене можна зробити наступні висновки:

По-перше, змагальність сторін як один із основоположних принципів кримінального судочинства напряму виходить з засад обвинувального кримінального процесу та протиставляє себе розшуковому (інквізиційному) підходу.

По-друге, використання окремих елементів обвинувального кримінального процесу де сторони підсвідомо ставляться в нерівне положення на сьогоднішній день є явищем, яке можна і треба оскаржувати як порушення прав людини. Прикладом цього є чисельні звернення до ЄСПЛ відносно порушення прав підзахисного щодо ознайомлення з матеріалами справа, нехтування національним судом наданих доказів, недопущення захисника та проведення правових консультацій, тощо. На нашу думку, дані випадки ілюструють не лише застарілий підхід до вирішення справи, але й показують що може виникнути ситуація в якій представники державних органи керуються не законом, а внутрішнім почуттям.

По-третє, для того, аби принцип змагальності сторін проявив себе найкраще необхідно створити умови абсолютної рівності сторін у сфері підготовки до судового розгляду. При цьому сучасне вітчизняне законодавство потребує глибокого аналізу на предмет колізій в законодавстві. На нашу думку доцільним буде створити робочу групу, основним завданням якої буде аналіз рішень ЄСПЛ, а особливу увагу необхідно звернути на ті справи де фігурують громадяни України.

По-четверте, реформування кримінального законодавства потребує значного контролю від недержавних (громадських) організацій. Діяльність таких організацій має бути спрямована на підвищення правової освіченості населення, та одночасно з тим критику спроб реформування законодавства.

По-п’яте, вважаємо необхідним наділити рішення ЕСПЛ силою судового прецеденту, та поставити питання про призначення дисциплінарної відповідальності (позбавлення права займати посаду судді) для тих суддів, рішення яких протирічать рішенням ЕСПЛ. Даний підхід дозволить не лише підвищити рівень відповідальності суддів, але й зменшити відсоток обвинувальних вироків.

По-шосте, для того, щоб досягти рівності сторін не тільки перед законом але й в питанні «розуміння» законодавства та правових процесів, вважаємо доцільним, також, створити організацію, яка б слідкувала за сумлінністю виконання своїх безпосередніх обов’язків адвокатами, що надаються державою в якості безоплатної правової допомоги. Необхідно досягти повного розуміння обвинуваченим свого положення а також своїх засобів захисту.

**РОЗДІЛ III**

**СУЧАСНА ТИПОЛОГІЧНА МОДЕЛЬ  КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ УКРАЇНИ**

**3.1. Типологічна характеристика кримінального процесу України в історичній перспективі**

Складні соціальні системи, в тому числі такі, як судочинство, для глибокого їх розуміння повинні аналізуватись і з точки зору історичного розвитку. При побудові теоретичних знань про складні об’єкти, що мають свій історичний розвиток, використовуються особливі прийоми дослідження: логічний метод, що виявляє закономірності шляхом вивчення історичного процесу на вищих стадіях його розвитку і відображає в стислому вигляді об’єктивну картину еволюції, а також історичний метод, який аналізує реальну історію в усій багатогранності її фактів з наступним мисленим відтворенням картини історичного процесу з метою виявлення його логіки та закономірностей.

Історичний метод дослідження має багато прихильників серед юристів, що, безсумнівно, пояснюється широкими можливостями аналізу та використання багатого правового спадку із врахуванням досвіду ефективності функціонування різноманітних процесуальних інститутів у минулому. В той самий час, не можна забувати і про надзвичайно високий ступінь мінливості оціночних суджень залежно від рівня ідеологізації та політизованості періоду дослідження та суб’єктивного погляду самого дослідника. Погляди вчених на соціальну сутність судочинства та необхідну для цього організацію процедури склались у вчення про типи, форми та види кримінального процесу або типологію кримінального судочинства [65, с. 584].

Історичний метод дослідження типології кримінального судочинства ґрунтується на вивченні двох типів першоджерел: це законодавчі пам’ятки того чи іншого історичного періоду та роботи вчених—сучасників досліджуваних історичних періодів. Серед основних історичних пам’яток законодавства, що дозволять нам дослідити поняття змагальності як форми кримінального процесу в цілому та розвиток змагальних засад кримінального судочинства на теренах України зокрема, ми можемо визначити Руську правду, Литовські статути, Права, за якими судиться малоросійській народ, Воїнські артикули Петра І, Звід законів Російської імперії 1832 р., Судові статути 1864 р., Основи кримінально- процесуального законодавства CРСР та союзних республік, Кримінально-процесуальний кодекс УРСР та ін.

Початок вивчення форм кримінального процесу пов’язаний з іменами Абегга, Бінера, Вальтера, Кестліна й Цахаріє, що звернули увагу на зовнішнє оформлення процесуальної діяльності.

Однак першими теоретиками, що застосували процесуальний підхід до виявлення особливостей історичних форм кримінального процесу, стали Н. Гартунг і Планк. Ці дослідники вказали на ознаки змагальної (обвинувальної), слідчої (розшукової) і змішаної форм кримінального процесу й дали коротку їх характеристику. Крім того, Н. Гартунг як критерій розмежування змагальної і розшукової форм назвав наявність або відсутність розподілу функцій між учасниками провадження у кримінальній справі [66, с. 5-6].

Проблема типології кримінального судочинства досліджувалась і дореволюційними вченими, такими як І. Я. Фойницький, Н. Н. Розін, П. І. Люблінський. Пізніше цю проблему вивчали в своїх роботах і інші вчені.

В останні десятиріччя значний вклад у розвиток вчення про форми і типи кримінального судочинства внесли такі російські вчені, як О. В. Смірнов, К. Б. Калиновський, С. Д. Шестакова та вітчизняні науковці B. Т. Маляренко, Л. М. Лобойко, М. А. Маркуш.

Однак, незважаючи порушення багатьма вченими даного питання а саме, питань класифікації різних форм кримінального судочинства та значення змагальності як критерій їх розмежування загальноприйнятою наукової думки все ще не оформилось Таким чином ще довго не вщухатимуть наукові суперечки з цього приводу. Про дискусійність розглянутої теми свідчить також і значна невизначеність що панує у термінології. У відповідних розділах сучасних підручників не наводяться ні поняття типів, форм, видів судочинства, ні їх систематизація. У найкращому разі вказуються «основні види» й їхні деякі ознаки. Практично повна відсутність навчальної літератури з питань типології є однією із причин «неосвіченості» й «непоінформованості» багатьох юристів.

У той же час дослідження типології кримінального судочинства набуває вирішального значення у зв'язку з необхідністю з'ясування соціальних причин та необхідністю значного реформування сучасного вітчизняного кримінального судочинства у напрямку конкурентних основ для розуміння їх цивілізаційно-історичної обумовленості та неминучості [67, с. 51].

У вивченні типології кримінального процесу, в першу чергу необхідно визначити дещо нечітку термінологію, яка використовується в науці кримінально-процесуального права класифікувати різні процедури по кримінальних справах. У науковій та навчальній літературі ми можемо зустріти абсолютно різні визначення, які іноді використовуються як однакові, однозначні чи підпорядковані одне одному. Це і "форма кримінального процесу", і "тип кримінального процесу", і "тип кримінального процесу", і, як найбільш сучасна версія, "модель кримінального процесу". Звичайно, саме це різноманіття призводить до недостатньої послідовності у визначенні існуючого, відсутнього чи уявного кримінального провадження.

Форму кримінального процесу можна визначити як структуру кримінально-процесуальної діяльності, механізм її організації, що відображає джерело руху, розвитку судочинства й процесуальний статус його учасників. Під типом процесу розуміється судочинство, що існує в певній суспільно-економічній формації (рабовласницькій, феодальній, буржуазній, соціалістичній). М. М. Михеєнко визначав, що поєднання історичного типу та історичної форми кримінального процесу називається видом кримінального процесу. Модель кримінального процесу являє собою теоретичну конструкцію, що відображає в найбільш загальному структурно-функціональному вигляді сутнісні риси судочинства окремо взятої національної системи [68].

Історична типологія припускає існування єдиного історичного процесу, загальної лінії в суспільному розвитку. Ця типологія націлена на виявлення закономірностей зміни типів судочинства. Висувається теза про те, що в розвитку англійського, німецького, російського судочинства існують єдині закономірності, якась «загальна схема».

Історичний аспект виявляється в працях Ю. В. Мещерякова. Даного підходу дотримується й І. Л. Петрухін, який стверджує, що існує три типи (форми) процесу: ранній обвинувальний, середньовічний інквізиційний і обвинувальний процеси змінювали один одного з історичною необхідністю. Деякі автори визначають дещо інші три форми кримінального процесу: змагальний (обвинувальний); інквізиційний (слідчо-розшуковий); змішаний (континентальний). Інші виділяють такі форми процесу, як класична континентальна (змішана) та англосаксонська (змагальна), які іменуються також і моделями кримінального судочинства. Отже, поєднання ідеального уявлення про порядок провадження у кримінальних справах із загально-історичними тенденціями і особливостями національного розвитку окремих кримінально-процесуальних систем не дасть можливості виокремити сутнісні критерії розмежування різних порядків кримінального судочинства та визначити найбільш практично життєздатні механізми існування проваджень у кримінальних справах з метою їх втілення у законодавство України та реалізації в емпіричному вимірі сьогодення [69].

У науковій літературі типологія визначається як метод наукового пізнання, в основі якого лежить розтин систем об’єктів та їх групування за допомогою узагальненої, ідеалізованої моделі чи типу. Виділяють емпіричну та теоретичну типологію. Загальні принципи типології залежать від тлумачення поняття типу. Історія науки дозволяє виділити три напрями в трактуванні поняття типу та, відповідно, три основні способи побудови типології. Так, І. А. Чердинцева справедливо виділяє наступні напрями побудови типології, в тому числі кримінального процесу. Перший напрям пов’язаний із уявленням про тип як про незмінну, вічну, ідеальну сутність, що проявляється у видових та індивідуальних відмінностях. Відповідно, подібне розуміння типу дозволяє сформувати морфологічну типологію. Із затвердженням у науковому пізнанні ідеї розвитку виникає другий напрям у трактуванні типології, пов’язаний із історичним розумінням типу і уявленням про типологію як відображення системи в її розвитку. Подібне розуміння типу дозволяє будувати історичну типологію. І, нарешті, третім напрямом у розумінні типу є трактування останнього як особливого методологічного засобу, за допомогою якого вибудовується теоретична картина дійсності. На такому розумінні типу можлива побудова ідеальної типології [70].

Правильним вважається, що формаційно-класова теорія, як основа типології кримінального правосуддя, повинна поступатися концепції природно-історичного встановлення свободи окремої особистості та прав людини. А. В. Смірнов детально обґрунтовує, що розвиток типів процесу базується на історично обумовленому прогресі соціальної та духовної свободи людини, етапи якої відповідають типам судочинства. Підставою ідеальної типології в науці кримінального процесу слугує наявність чи відсутність спору рівноправних сторін перед незалежним судом. Вчення про ідеальні форми кримінального судочинства базується на поняттях розшукової й змагальної форм судочинства.

При цьому ще І. Я. Фойницький зазначав, що жодне позитивне законодавство на знає чистих форм слідчого чи змагального порядку в кримінальному судочинстві і є нашаруванням історичних впливів, що відображає більшою чи меншою мірою обидві форми провадження.

Історична форма кримінального процесу – це організація кримінальної процесуальної діяльності, досудова і судова стадії якого характеризуються певним співвідношенням процесуальних статусів органів слідства і обвинуваченого (підозрюваного, інша особа, щодо якої існують докази), що забезпечується компетенцією цих суб'єктів у предметі збору доказів та способу розподілу основних процесуальних функцій [71].

Історична видова типологізація змагального типу судочинства має свої різновиди: обвинувальний, позовний (або приватно-позовний і публічно-позовний) і публічно-змагальний.

В обвинувальному процесі метою обох сторін (обвинувача й обвинуваченого) є перемога в суперечці, що фіксується рішенням суду. При цьому першорядне значення має дотримання сторонами формальних умов суперечки. Тобто докази оцінюються судом за заздалегідь установленими критеріями (формальна система доказів). У судочинстві цього виду як шляхи вирішення суперечки широко застосовувалися ордалія, поручительство, присяга, судовий двобій, турніри й випробування.

Приватно-позовний процес рухається винятково завдяки волевиявленню сторін, що забезпечує формальну рівноправність сторін. На сторони ж цілком покладений тягар доказування, а суд лише оцінює представлені ними докази за своїм внутрішнім переконанням.

Публічно-позовна змагальність знаменується появою спеціального державного органу кримінального переслідування, що обстоює публічні інтереси. При цьому рівноправність сторін забезпечується створенням певного набору пасивних гарантій обвинуваченому. Як мета даного виду процесу проголошена об’єктивна істина. Суд, як і раніше, керується принципом вільної оцінки доказів [72, с. 288].

Публічно-змагальний кримінальний процес, на відміну від попередніх видів кримінального процесу, націлюється вже не на перемогу в суперечці, а на його врегулювання, вичерпання конфлікту. Сторонам забезпечується не формальна, а функціональна рівність. Принципи об’єктивної істини й вільної оцінки доказів як і раніше не втрачають свого значення. Цей вид є сучасним уявленням про належну модель кримінального процесу, тобто про майбутнє змагального судочинства.

Оскільки в літературі нерідко як самостійний тип процесу виділяється змішане провадження, необхідно коротко на ньому зупинитися. Будь-яка типологія виділяє істотне й відволікається від другорядних (нетипових) деталей, які неминуче присутні в конкретному судочинстві. До якого б типу ми не відносили кожен конкретний кримінальний процес на підставі загального, у дійсності він завжди буде випробовувати на собі вплив одиничного. Отже, він завжди буде змішаним. Тому змішаний процес виступає у вигляді реального типу з набагато меншим рівнем абстрактності.

У теперішній час у реальній дійсності відсутні теоретично ідеальні моделі розшукового, змагального й змішаного процесів. Це означає, що поняття змагальності не може бути зведене винятково до характеристики форми кримінального процесу. Очевидно, що порядок провадження у кримінальній справі обов’язково характеризується однією із двох протилежних правових категорій — або змагальністю, або розшуком. У той самий час під порядком провадження у кримінальній справі розуміються різні його рівні. «Норми кримінально-процесуального права встановлюють не тільки загальний порядок кримінального процесу, а й кожної його стадії, а також конкретних кримінально-процесуальних дій». Отже, про розшук або змагальність доречно говорити стосовно до зазначених рівнів порядку провадження в справі.

Наявність змагальності як елемента порядку провадження у всій кримінальній справі свідчить про змагальну форму процесу. Якщо змагальність має місце як елемент порядку провадження в стадії судового розгляду, а розшук (як його сутнісна ознака) — у стадії попереднього розслідування, тоді в наявності змішана форма процесу.

Змагальність і розшук як елементи порядку провадження окремих процесуальних дій не можуть указувати на форми кримінального процесу. Змагальна й розшукова форми процесу можуть містити в собі дії, порядок провадження яких будується на протилежних засадах.

Пошук реального архетипу, що слугує вихідною точкою для напрацювання похідних форм, які складають розмаїття реально існуючих моделей кримінального судочинства, являє собою зміст морфологічного підходу до процесу типологізації кримінального процесу [73, с. 21-22].

Морфологічна типологізація враховує географічні, релігійні та національні особливості, що вплинули на культурно - історичні типи суспільств та, в свою чергу, визначили реальні порядки провадження у кримінальних справах, які сформувались у різних державах, регіонах чи навіть, у цілих правових сім’ях. Так, О. В. Смирнов виділяє чотири базові історичні форми кримінального процесу: англійську, французьку, германську та шаріатську (мусульманську). В той самий час К. Б. Калиновський визначає три типи кримінального процесу: романо-германський (континентальний), англосаксонський та традиційний, ґрунтовно здійснюючи розмежування відповідно до історично сформованих правових систем. Романо-германський тип має в своїй основі норми, що викладені в законодавстві (кодифікація), англосаксонський — юридичну практику (прецедент - не право), основа останнього типу — правова ідеологія (правосвідомість). На думку Калиновського до традиційного типу ми можемо безсумнівно віднести і соціалістичний кримінальний процес, що спрямований був соціалістичною правосвідомістю.

На історичну форму процесу завжди суттєво впливали зовнішні фактори у вигляді економічного та політичного устрою суспільства. Типологізацією, що враховує зміни історичних форм судочинства, їх перехід (поступовий або одномоментний) від однієї до іншої форми, виступає певна класифікація форм кримінального процесу. Так, А. І. Макаркін пропонує класифікувати форми кримінального процесу залежно від тенденцій розвитку щодо розшукового або змагального ідеальних типів процесу на передзмагальні та постзмагальні, передрозшукові та построзшукові.

Враховуючи вищевикладене, вважаємо можливим запропонувати таке системне уявлення про типологізацію кримінального судочинства. Ідеальний тип кримінального судочинства може проявлятись у наступних підвидах: розшуковий тип, змагальний тип та змішаний тип. Морфологічна типологізація передбачає існування двох форм кримінального процесу: історичної та легіслативної (тобто змішаної форми). Історична форма передбачає існування континентального, англосаксонського та традиційного типів кримінального процесу, а змішана форма визначає передрозшуковий, построзшуковий, передзмагальний та постзмагальний типи. Історичний тип кримінального судочинства, що являє собою поєднання ідеального типу та історичної форми морфологічного типу, передбачає наступні види ідеального змагального типу: обвинувальний, позовний (приватно-позовний, публічно-позовний, публічно-змагальний), та наступні види ідеального розшукового типу: кримінальна розправа, асіза, інквізиція, слідчий тип, судовий наказ [74].

За останні роки український кримінальний процес також зазнав істотних змін. У ході судової реформи до кримінально-процесуального кодексу України внесений ряд істотних змін і доповнень. Відновлення відбулося з урахуванням досвіду Росії й інших країн, а також загальновизнаних принципів і норм міжнародного права, що є складовою частиною української правової системи. Новації стосувалися підвищення ролі суду в здійсненні контролю за дотриманням законів органами розслідування, посилення гарантій прав особистості в кримінальному процесі, розширення сфери застосування змагальних та диспозитивних засад у кримінальному судочинстві тощо.

Однак, на жаль, треба констатувати, що сучасний кримінальний процес в Україні не визнає принципу змагальності в цілому та не забезпечує його реалізації під час руху кримінальної справи. Нормативне закріплення існування сторін, їх прав на участь у процесі доказування, розмежування процесуальних функцій, рівноправність сторін та обов’язковість створення судом умов для виконання сторонами їх процесуальних обов’язків і здійснення наданих їм прав відбувається лише щодо судових стадій кримінального судочинства. Таке обмежене розуміння змагальності призводить до відсутності підстав та умов її реалізації на більш ранніх етапах розслідування кримінальних справ.

Визначаючи морфологічний тип українського кримінального судочинства, простежуючи історичний його розвиток, ми повинні визнати близькість вітчизняного кримінального процесу до континентальної (романо-германської) історичної форми, яка, враховуючи останні зміни як в українському, так і в міжнародному кримінально-процесуальному законодавстві, тяжіє до передзмагальної змішаної форми [75].

Враховуючи викладене, можемо зробити висновок, що український кримінальний процес на сучасному етапі свого розвитку може бути класифікований як континентальний передзмагальний публічно-позовний процес. У той самий час зміни до кримінально-процесуального законодавства України, що частково вже внесені, а частково запропоновані в декількох проектах КПК України, рухають поступово вітчизняне кримінальне судочинство до публічно-змагальної форми із елементами англосаксонського типу.

Історичні форми кримінального процесу — ранній обвинувальний, який виник із первіснообщинного устрою, середньовічний інквізиційний та нинішній змішаний, більш цивілізований, гуманний і змагальний процес — з історичною послідовністю змінювали один одного під впливом економічних, політичних, соціальних та інших факторів. Україна на порозі XXI ст. ще має у кримінальному процесі багато рудиментів інквізиційного процесу. Про це свідчить той факт, що досудове слідство перебуває в руках виконавчої влади. Суди змушені виконувати не властиву їм обвинувальну функцію, відправляючи справи на додаткове розслідування з метою усунення неповноти доказової бази.

Суди значною мірою залежать від виконавчої влади, у судових процесах немає дійсної змагальності сторін, не забезпечена повна рівність сторін перед законом і судом, а поняття презумпції невинуватості, нечітко продеклароване у Кримінально-процесуальному кодексі, постійно порушується на практиці.

В чинному КПК все ще на першому плані перебуває процедура обвинувачення, а захист реально не протистоїть процесуальній діяльності органів досудового розслідування. Все це відбивається на правах і свободах людини, на можливості їх реалізації, створює відповідні серйозні проблеми Україні в її стосунках з цивілізованим світом, є перепоною для її нормального розвитку.

Підсумовуючи викладене, слід зауважити, що аналіз шляху розвитку законодавства від найдавніших часів до сьогодення дає змогу чітко прослідкувати, що змагальність як один із принципів судочинства є виключною ознакою демократичного устрою, коли держава не тільки не переслідує каральної мети, а більше того — намагається якнайменше втручатись у сферу приватних інтересів громадян, надає їм широкий спектр можливостей обстоювати свої законні інтереси.

**3.2. Реформування та подальші перспективи розвитку кримінального процесу України**

Використання на практиці певних елементів обвинувального кримінального процесу нерозривно пов’язане з порушенням права особи на захист а також в цілому з порушенням прав людини. Україна, як і кожна держава в свій час пройшла той етап, коли судова система служила в цілому для захисту інтересів держави, що в свою чергу породжувало обвинувальний ухил. У питанні захисту прав людини, так само як і в обвинувальному процесі можна відслідкувати певну тенденцію. Прагнення до захисту прав людини, удосконалення правового статусу в кримінальному процесі знайшло своє відображення в законах і підзаконних актах. Україна, опинилася перед необхідністю серйозного реформування національного законодавства з урахуванням міжнародних правових стандартів, та запозичення позитивного досвіду зарубіжних країн.

З 1992 року в Україні суттєво змінилась концепція першочергових завдань і мети кримінально-процесуальної діяльності. Після набуття країною незалежності та кардинальних змін у політичній, суспільній і соціальній сферах не тільки до окремих норм Кримінально-процесуального кодексу України, а навіть цілих глав і розділів внесено зміни та доповнення ідеологічного характеру, а відповідно зміни, викликані потребою переорієнтувати дізнання, досудове слідство та судовий розгляд справ на нові засади [76, с. 55].

28 квітня 1992 року постановою Верховної Ради України було затверджено Концепцію судово-правової реформи в Україні, у якій обґрунтовано нагальну, серед інших завдань, необхідність докорінної зміни засад і процедури кримінального процесу. У Концепції було визначено основи судово-правової реформи: створення такої форми судочинства, яка б максимально гарантувала право кожної людини на судовий захист; створення умов для дійсної змагальності й реальної дії засад презумпції невинуватості; радикальне реформування матеріального і процесуального законодавства; диференціювання форм судочинства, зокрема залежно від ступеня тяжкості злочину; розгляд у судовому провадженні окремих категорій кримінальних справ суддями одноособово, а також колегіями професійних суддів та суддями з розширеною колегією судових засідателів; встановлення судового контролю за законністю і обґрунтованістю процесуальних рішень органів, які здійснюють досудове розслідування, що обмежують права громадян; повернення ліквідованої в двадцяті роки минулого століття апеляційної перевірки законності й обґрунтованості судових рішень, зміни підстав і порядку касаційного провадження та провадження за нововиявленими обставинами.

Для виконання цих завдань до тодішнього чинного кримінального і кримінально-процесуального законодавства, починаючи з цього ж 1992 року, було внесено суттєві зміни й доповнення. 31 жовтня 1995 року Верховна Рада України прийняла Закон України "Про приєднання України до Статуту Ради Європи", згідно з яким наша держава взяла на себе зобов'язання привести своє національне законодавство у відповідність до загальновизнаних норм міжнародного права та процесуальних нормативів, передбачених Європейською конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод. Відповідно до цього Закону, а особливо після прийняття 28 червня 1996 року Конституції України, реформування кримінального і кримінального процесуального законодавства відбувалося ще активніше [77].

В основу розробки законів України щодо змін і доповнень кримінально-процесуального законодавства було покладено Конституцію України, а також міжнародно-правові акти, обов'язковість яких визнано Україною (насамперед такі важливі документи у сфері регулювання кримінального судочинства, як Загальна декларація прав людини; Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод Міжнародний пакт про громадянські і політичні права; та ін.

Завдяки таким змінам і доповненням кримінальне процесуальне законодавство за останні роки зазнало змін, що були спрямовані на реалізацію вимог Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Зокрема, це стосується забезпечення прав учасників кримінального судочинства, розширення змагальності сторін, прав потерпілого, усунення обвинувального ухилу в діяльності суду, розширення судового контролю за обмеженням конституційних прав і свобод людини на етапі досудового провадження у кримінальних справах і оскарження до суду рішень органу дізнання, слідчого та прокурора.

Було змінено пріоритети у завданнях кримінального судочинства: головним замість швидкого і повного розкриття злочинів стала охорона прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, які беруть у ньому участь; законодавчо закріплено змагальність і диспозитивність кримінального процесу; звільнення від кримінальної відповідальності за нереабілітуючими підставами тільки за рішенням суду, закриття судом справи у разі відмови прокурора від обвинувачення тощо. Однак внесення змін і доповнень до Кримінального процесуального кодексу України не забезпечувало повною мірою створення сучасного нормативного акту, який водночас ефективно виконував би завдання захисту прав і законних інтересів осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні, та забезпечував кримінальне переслідування злочинців. Ось чому одночасно із удосконаленням норм чинного кримінального процесуального закону народними депутатами за участю науковців і практиків активно розроблялися проекти нового кримінального процесуального кодексу.

Наступними кроками з реформування кримінального процесуального законодавства України стало затвердження Указом Президента України від 8 квітня 2008 року № 311/2008 "Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 лютого 2008 року "Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів"" Концепції, у преамбулі якої було вказано, що докорінні зміни в соціально-політичних та інших умовах життя суспільства і держави на нинішньому етапі розвитку України та прийняття Конституції України створили передумови для реформування системи кримінальної юстиції в напрямі подальшої демократизації, гуманізації, посилення захисту прав і свобод людини відповідно до вимог міжнародних правових актів і зобов'язань нашої держави перед європейським та світовим співтовариством [78].

Метою Концепції реформування кримінальної юстиції України було визначено підвищення її ефективності для забезпечення прав і свобод людини, для чого вона мала будуватися на таких принципах, як верховенство права; гуманізація законодавства у сфері кримінальної юстиції; поєднання захисту прав особи і забезпечення публічних інтересів; невідворотність відповідальності та покарання за кримінально карані діяння; гарантування права на судовий захист; забезпечення рівності всіх перед законом та процесуальної рівності сторін у кримінальному провадженні; відповідність нормативних актів з питань функціонування кримінальної юстиції вимогам міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Концепція передбачила конкретні завдання щодо реформування кримінального судочинства, а саме: удосконалення кримінальних процесуальних норм і суміжного законодавства, в тому числі з урахуванням світового досвіду; реформування процедури досудового розслідування; реорганізацію системи органів досудового розслідування, функціональне відмежування їхньої діяльності від діяльності розвідувальних і контррозвідувальних органів; забезпечення ефективності кримінального судочинства; посилення захисту прав та інтересів потерпілих; гарантоване відшкодування завданої злочином шкоди.

На сьогоднішній день, більшість науковців сходяться на тому, що в Україні існує кримінальний процес змішаної форми з деякими змагальними елементами в досудовому доказування. Для вітчизняного кримінального судочинства характерною є змагальна побудова судового провадження, тобто коли сторонам надаються рівні права та можливості в захисті прав та законних інтересів в судовому засіданні. При цьому немало важливим є те, що досудове розслідування являє собою суто формалізований процес з деяким вкрапленням ознак розшукового кримінального процесу. Таким чином у органів досудового слідства можуть поєднуватись функції обвинувачення та функція прийняття рішення по суті провадження, що є суто судовою функцією. Законом закріплено, що органи досудового слідства у передбачених законом випадках мають право без участі суду застосовувати деякі заходи примусу, повідомляти особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, збирати фактичні данні що одразу набувають силу доказів, закривати кримінальне провадження, тощо. Дані повноваження якими наділені органи слідства та будуються виключно на фундаменті змагальності, традиційно належать судовим органам, а не слідчо розшуковим.

Таким чином, прослідкувавши всі найважливіші моменти історії розвитку кримінального обвинувального процесу можна дійти до наступних висновків:

По-перше, кожен з етапів розвитку був закономірним, та виходив з попереднього етапу. Таким чином не можна назвати будь-який з них однозначно позитивним, чи однозначно негативним.

По-друге, обвинувальний кримінальний процес, незважаючи на негуманність, нерівність сторін та нехтування встановленням об’єктивної істини по справі, все ж став тим фундаментом на основі якого сформувалась правосвідомість абсолютно кожного європейського народу. Даний висновок можна зробити на основі того, що процеси які обумовлювали розвиток судочинства та підходу до кримінального процесу були в цілому наділені майже ідентичними рисами для більшості народів Європи.

По-третє, окремі елементи обвинувального (змагального) кримінального процесу все ще залишились не тільки в законодавстві держав, але також і в свідомості людей на «ментальному» рівні. Це може призводити до випадків, коли норми середньовічного права застосовуються на практиці, при цьому дані норми не передбачені ані національним ані міжнародним законодавством.

По-четверте, серед позитивних рис обвинувального (змагального) кримінального процесу можна виділити відносну нейтральність державних органів, а також меншим, порівняно із розшуковою формою кримінального процесу навантаженням на них. В свою чергу це може створювати досить цікаві можливості для формування приватних органів слідства та судових органів. При такому підході, державні суди фактично займуть позицію лише незалежного арбітра та будуть визначати ступінь законності прийнятих рішень. Також, при такому підході до кримінального процесу, сторони будуть вимушені зайняти активну позицію, що в свою чергу призведе до неминучого росту рівня правосвідомості та усвідомлення власної відповідальності. Вважаю, що окремі елементи саме змагальної форми обвинувального процесу можуть бути застосовані на практиці лише за умови абсолютної нейтральності державних судових органів а також сумлінності виконання своїх обов’язків правоохоронними органами. Тим не менше, окремі елементи можна використати і зараз. Наприклад пред'явлення обвинувачення приватною особою, що на нашу думку є одним з найважливіших елементів змагальної форми обвинувального кримінального процесу.

Головною метою судово-правової реформи і формування незалежної судової влади 1992 року була перебудова судової системи, створення нового законодавства, вдосконалення форм судочинства.

1. Для досягнення цієї мети були поставлені такі завдання:
   1. шляхом ефективного розмежування повноважень гарантувати самостійність і незалежність судових органів від впливу законодавчої і виконавчої влади;
   2. реалізувати демократичні ідеї правосуддя, вироблені світовою практикою і наукою;
   3. створити систему законодавства про судоустрій, яке б забезпечило незалежність судової влади; поступово здійснити спеціалізацію судів; максимально наблизити суди до населення;
   4. чітко визначити компетенцію різних ланок судової системи; гарантувати право громадянина на розгляд його справи компетентним, незалежним і неупередженим судом.

Основними принципами судово-правової реформи є:

1. створення такого судочинства, яке максимально гарантувало б право на судовий захист, рівність громадян перед законом, створило б умови для дійсної змагальності і реалізації презумпції невинності;
2. відповідність нормативних актів з питань діяльності судів і органів юстиції вимогам міжнародних угод, ратифікованих Україною; радикальне реформування матеріального і процесуального законодавства, деідеологізування і наповнення його гуманістичним змістом; виключення з кримінального закону діянь, які в сучасних умовах не можуть визнаватись злочинами;
3. реформування системи кримінальних покарань;
4. диференціювання форм судочинства, зокрема залежно від ступеню тяжкості злочину;
5. розгляд окремих категорій судових справ суддями одноособово, а також колегіями професійних суддів та суддями з розширеною колегією судових засідателів;
6. чітке визначення умов допустимості доказів;
7. встановлення судового контролю за законністю і обґрунтованістю процесуальних рішень слідчих органів, які обмежують права громадян;
8. перевірка законності і обґрунтованості судових рішень в апеляційному і касаційному порядку та за нововиявленими обставинами.

Судово-правова реформа була реалізовувалась у три етапи

На першому етапі пропонувалося, зокрема, внести зміни до Закону «Про судоустрій України», Кримінально-процесуального та Цивільно - процесуального кодексів України, прийняти закони про Конституційний Суд України, адвокатуру, про судоустрій і статус суддів, про нотаріат України, про акти громадянського стану, про судову експертизу, провести інтенсивну роботу по підготовці Кримінально-процесуального кодексу та деяких інших кодексів України. Не виконано такі завдання першого етапу реформи: не розроблені нормативні акти з питань оптимального навантаження суддів слідчих та інших працівників правоохоронних органів, їх матеріально-технічне забезпечення і розміщення тощо.

На другому етапі передбачалось: запровадити організаційні структури зі спеціалізації здійснення правосуддя в Україні, створити адміністративні суди, суди, які розглядають сімейні справи, завершити створення Інституту законодавства і правової реформи.

Третій етап передбачав вивчення і узагальнення ефективності судово-правової реформи, внесення змін до чинного законодавства з питань удосконалення діяльності судової влади, органів досудового слідства, прокуратури, юстиції, адвокатури, проведення подальшої роботи по спеціалізації судів, реалізацію наукових програм з удосконалення судово-правової реформи. Частково пройдено і цей етап, оскільки прийнято новий Закон "Про судоустрій", внесено істотні зміни до Закону про прокуратуру, чітко визначено повноваження Міністерства юстиції України та ін.

В Україні 1996 року було прийнято Основний Закон нашої держави − Конституцію України. на конституційному рівні закріплено положення про те, що державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу і судову. Причому органи законодавчої, виконавчої та судової влади є незалежними і здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України.

За період від схвалення Концепції до прийняття нової Конституції (28 червня 1996 року) була налагоджена робота господарських судів, на законодавчому рівні визначено статус суддів, систему і повноваження кваліфікаційних комісій суддів, запроваджено суддівське самоврядування, врегульовано порядок оскарження до суду рішень, дій чи бездіяльності адміністративних органів, порядок відшкодування шкоди, заподіяної органами розслідування, прокуратурою і судом.

В Основному Законі вперше в історії конституційного законодавства наголошується на тому, що норми Конституції є нормами прямої дії, а звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції — гарантується

Конституція України започатковує законодавчу регламентацію правосуддя в нашій державі. Суди як органи судової влади повинні на рівних із законодавчою та виконавчою владою здійснювати свої повноваження (ст. 6). Інші органи державної влади і посадові особи не вправі брати на себе функцію і повноваження, які є компетенцією органів правосуддя. Специфіка діяльності судів полягає в тому, що сама їх діяльність по застосуванню законів при розгляді конкретних справ (судочинство) відбувається у певних процесуальних формах, визначених законом.

На конституційному рівні окреслено нову систему судоустрою, закріплено гарантії права на судовий захист, визначено основні засади здійснення судочинства.

З часу прийняття Конституції утворено Конституційний Суд України як єдиний орган конституційної юрисдикції, створено єдину систему судів загальної юрисдикції на чолі з Верховним Судом України, запроваджено новий порядок призначення та обрання суддів, утворено Вищу раду юстиції, яка є відповідальною за формування професійного суддівського корпусу, встановлено судовий контроль над законністю затримання та арешту осіб, над обмеженням таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, над застосуванням інших обмежень прав людини.

Схвалена Верховною Радою в квітні 1992р. Концепція судово-правової реформи була значним кроком в указаному напрямку. В перші роки її реалізації були прийняті важливі закони («Про статус суддів», “Про нотаріат» та ін.) та внесені зміни та доповнення до чинного законодавства, які спрямовані на захист осіб, що притягаються до кримінальної відповідальності, судовий контроль за арештом та ін.

Проте було здійснено лише частину першого етапу реформи. Другий етап передбачав створення спеціалізованих судів – адміністративних, сімейних, зі справ неповнолітніх; створення Вищого апеляційного суду України; третій етап - проведення подальшої роботи по спеціалізації судів; реалізація наукових програм по удосконаленню судово-правової реформи та ін [79].

В 1995 році реформа загальмувала і набула вузько відомчого характеру. Одним з головних факторів такого перебігу подій стала відсутність фінансування реформи.

З прийняттям нових законів та під дією інших факторів виникла необхідність розробки нової концепції.

10 грудня 1994р. розпорядженням президента було утворено Комісію з розробки Концепції судово-правової реформи в Україні та зобов’язано цю комісію до 28 лютого 1995 року подати проект Концепції. Потім іншим розпорядженням від 22 листопада 1995р. було утворено комісію для доопрацювання концепції та строк її подання перенесено на 1 березня 1996р. Указом президента № 1128/97 від 8 жовтня 1997 року було створено Координаційну раду з питань судово-правової реформи на чолі з В.П Пустовойтенко, основним завданням якої є знову ж таки розробка Концепції; у Верховній Раді було створено постійну Комісію з питань правової політики і судово-правової реформи.

Не дивлячись на ці заходи, Україна досі не має відповідного офіційного програмного документа щодо подальшого розвитку та реформування судової системи.

При розгляді деяких Конституційних норм щодо судової системи були наведені приклади невідповідності реального життя та законів цим нормам. Крім зазначених, існує ще маса таких протиріч, деякі з яких носять взагалі парадоксальний характер. Наприклад, за чинним законодавством обсяг прав обвинуваченого фактично ширше, ніж у потерпілого. А за недостатності коштів у держави на захист потерпілого це протиріччя ще більш поглиблюється.

У 1997 році для України набрала чинності Конвенція про захист прав людини та основних свобод. Україна взяла на себе зобов'язання гарантувати право на справедливий судовий розгляд та інші права людини, передбачені Конвенцією. Ці права стали захищатися від порушень з боку держави Європейським судом з прав людини.

Реалізація Концепції повинна була забезпечити гуманізацію кримінального законодавства, вдосконалення кримінально-процесуальних норм і відповідного законодавства, в тому числі відповідно світового досвіду, перебудови організаційної та функціональної структури системи кримінального правосуддя, підвищення ефективності кримінального судочинства та посилення захисту прав та інтересів. Відповідно до Концепції, реформа повинна охоплювати кримінальне законодавство, кримінальну процедуру, окремі правоохоронні установи та порядок виконання судових рішень. Реформа мала розпочатись із кардинальної зміни кримінального та кримінально-процесуального кодексів. На цій основі мали б відбутися інституційні трансформації, забезпечені прийняттям нових редакцій ряду законів (зокрема, "Про прокуратуру", "Про Службу безпеки України", "Про Національну поліцію" та інші).

Підбиваючи підсумки зробленого у сфері, доводиться, на жаль, визнати, що вирішенні проблеми реформування судової системи домінує формальний підхід. На перше місце висувається проблема структури судових установ, а мета правосуддя враховується лише настільки, наскільки це є сумісним з інтересами суб’єктів реформаторського процесу. Конфлікт між цими інтересами та принципом поділу влади й викликав дискусію про побудову системи судової влади, місце та роль у ній Верховного Суду України [80].

У червні 2001 року Верховна Рада прийняла низку законів, які визначили проведення так званої «малої судової реформи».. Зроблено певні кроки для втілення в життя принципу рівності всіх учасників судового процесу перед законом і судом, істотно змінено функції прокурора в судочинстві як представника держави, запроваджено нову систему апеляційного та касаційного оскарження судових рішень. У судочинство втілено засади змагальності сторін і свободи в поданні ними своїх доказів та доведенні перед судом їх переконливості, розмежовано функції обвинувачення та захисту, відокремлено ці функції від суду, позбавлено суд необхідності здійснювати ряд процесуальних дій, які викликали сумнів у його об'єктивності та неупередженості.

21 червня 2001 року Верховною Радою України прийнято ряд законів, які вносять ряд істотні зміни в діяльність судових органів, так званої «третьої влади».

Перш за все, другий розділ Закону України «Про судоустрій» тепер присвячений процедурі місцевих судів. Такі поняття, як районні та міжрайонні (районні) суди, повністю виключені. Їх функція тепер перейшли до місцевих судів. Ст. 22 Закону визначає порядок призначення суддів місцевих судів. Тепер вони обираються Верховною Радою України на невизначений термін. Судді, які вперше зайняли цю посаду, призначаються Президентом України строком на п'ять років. Більше того, Президентом призначається принаймні три судді від загальної кількості місцевих судів строком на п'ять років. Компетенція місцевих судів включає розгляд цивільних, господарських, адміністративних, кримінальних та інших справ як суду першої інстанції, а також вони узагальнюють прецедентне право [81, с. 137].

Наступна ланка в системі судів загальної юрисдикції - це апеляційні суди. Вони діють в Автономній республіці Крим, в областях, в містах Києві та Севастополі, та складаються з суддів, які обрані Верховною Радою безстроково або призначені Президентом в межах п'ятирічного строку. В складі апеляційних судів можуть створюватись судові палати, а також консультативно-дорадчий орган - Президія. До основних повноважень цих судів належать: розгляд рішень місцевих судів в якості апеляційної інстанції, розгляд в якості першої інстанції справ, віднесених до їх підсудності законом, а також вивчення та узагальнення судової практики.

Вищі спеціалізовані суди є найвищім судовими органами спеціалізованих судів та складаються з суддів, обраних Верховною Радою. Повноваження цих судів визначає ст. 38-15: це касаційна інстанція по відношенню до рішень місцевих судів у випадках, передбачених Законом. В складі таких судів може створюватись президія, яка є консультативно-дорадчим органом.

Зміни до Закону набули чинності 06 липня 2001 р. Відтепер статус місцевих судів набуває: районних (міських) судів, гарнізонних військових судів та арбітражних судів областей, Автономної Республіки Крим, міст Києва та Севастополь. Статус апеляційної скарги: Верховний суд Автономної Республіки Крим, обласні, Київський та Севастопольський міські суди, а також військові суди регіонів та Військово-морські сили. Закон зобов’язує створення Вищого адміністративного суду.

Внесені також зміни до Закону України «Про Арбітражний суд» Арбітражні суди перейменовані в господарські, віднесені до судів загальної юрисдикції, але в той же час є спеціалізованими. Вони мають таку структуру: Вищий господарський суд; Апеляційні господарські суди; Місцеві господарські суди.

Указом Президента від 11.07.2001 року «Про створення апеляційних господарських судів та створенні мережі господарських судів України» створюється сім апеляційних судів. Цим же Указом визначені території, на які розповсюджуються повноваження даних судів. Однак ці положення поки що не вступили в силу, необхідно спочатку вирішити організаційні питання, пов'язані з фінансуванням, супроводженням цих перетворень [82, с. 53-64].

Наступний і важливий крок - прийняття Верховною Радою 7 лютого 2002 року Закону України «Про судоустрій України». Закон набув чинності у червні того ж року, визначив правові засади організації та діяльності судової влади в Україні, систему судів загальної юрисдикції, повноваження та порядок здійснення суддівського самоврядування, основні вимоги щодо формування корпусу професійних суддів та інші питання судоустрою. Зокрема, повноваження щодо організаційного забезпечення діяльності судів від Міністерства юстиції України передано новій структурі у системі виконавчої влади - державній судовій адміністрації, утвореній для організаційного забезпечення діяльності судів. Вона є підзвітною вищим органам суддівського самоврядування.

Прийняття нових Кримінального, Цивільного, Господарського, Сімейного кодексів України передувало наступному етапу судово-правової реформи - оновленню процесуального законодавства.

Починаючи з початку 90-х років в Україні неодноразово здійснювались спроби реформування правоохоронних органів та спеціальних служб. Основною метою реформ декларувалася побудова цих органів на європейських стандартах, забезпечення ними прав і свобод громадян, захист їх законних інтересів, безпечного суспільного середовища та, відповідно, позбавлення радянської та пострадянської спадщини в структурі та функціонуванні органів сектору безпеки. Ці реформи не були достатньо обґрунтованими, послідовними і підкріпленими належним фінансуванням. Велика кількість концепцій та програм, розроблених упродовж останніх 15 років, не відповідали реальним суспільним потребам та можливостям держави, оскільки часто включали іноземні запозичення, що не могли бути швидко і безболісно впроваджені на ґрунті українських правничих традицій та менталітету. На думку експертів, найбільш успішною концепцією були «Концептуальні засади реформування правоохоронних органів України», підготовлені ще у 2006 році, які втілювали перехідну модель на основі європейської континентальної.

За часів незалежності України розвиток системи законодавства України відбувався часто без науково-теоретичного обґрунтування, а також в більшості своїй методом спроб і помилок, що призвело до наявності величезного масиву нормативно-правової бази, але при цьому без належного рівня правового регулювання суспільних відносин.

Сучасний стан і закономірності подальшого розвитку національної системи законодавства, яка складає нормативну основу правової системи України, потребують теоретичного обґрунтування та публічного обговорення, адже, за кількістю нормативно-правових актів, що приймаються уповноваженими суб'єктами правотворчості, Україна досягнула рівня розвинених країн Європи, але це не привело до якісного та ефективного правового регулювання.

Сучасний стан функціонування та розвитку суспільних відносин в Україні характеризується стрімкими перетвореннями та змінами, які, в свою чергу, потребують формального закріплення та нормативно-правового регулювання на законодавчому рівні. Процес подальшого вдосконалення системи законодавства України має бути спрямований на вдосконалення механізму правового регулювання найважливіших сфер життєдіяльності суспільства та держави, зокрема, наповнення змістом основ демократичної правової державності, вдосконалення функціонування демократичних інститутів публічної влади, модернізації систем соціального забезпечення, освіти, охорони здоров'я тощо.

Разом з розвитком законодавства України розвивається й законодавчий процес, тобто порядок прийняття законодавчих актів. Тому завдання подальшого вдосконалення законодавчого процесу в цілому та його окремих елементів, як необхідної основи для ефективної законотворчості, набуває особливої актуальності. Адже реформи, що відбуваються в Україні, потребують інтенсивної законотворчої діяльності, всебічного та ефективного впливу національного законодавства на зміни, які відбуваються в суспільстві й державі [83, с. 7-16].

Зміст нового Кримінально-процесуального кодексу України свідчить про те, що розробники готові реформувати та наближати правове регулювання кримінального провадження до міжнародних стандартів. Новий КПК, порівняно з Кримінально-процесуальним кодексом 1960 року, є більш повним, прогресивним та демократичним. Характерною особливістю цього є те, що він враховує низку сучасних наукових ідей у галузі кримінального процесуального права та тенденцію його розвитку. КПК простежує визначення вичерпного переліку принципів кримінального правосуддя та їх змісту. Коло злочинних суб'єктів (слідчий суддя, секретар суду, заставодавець) було розширено та покращено процесуальний статус деяких із них. За даними КПК, як фізичні, так і юридичні особи можуть бути визнані жертвами кримінальних проваджень. КПК передбачає кримінальне провадження (позови, штрафи, тимчасове обмеження використання спеціального закону, відсторонення від посади, арешт майна тощо) та нові гарантії (домашній арешт, використання електронного уряду). КПК модернізував процедурну процедуру порушення досудового розслідування та втілив ідею диференціювання форм досудового слідства залежно від тяжкості вчиненого кримінального правопорушення. Кримінальні правопорушення розслідуються у формі дізнань та злочинів у формі досудового слідства. Нова КПК скасувала інститут повернення кримінальних справ для подальшого розслідування, що поліпшить якість досудового розслідування. Він також детально регламентує конкретні процедури кримінального провадження (засновані на угодах, у формі приватного обвинувачення, на території дипломатичних представництв, консульських установ, судів тощо), питання міжнародного співробітництва у слідстві та суді кримінальних справ справ, порушення кримінальної справи.

Заслуговують на підтримку ряд інших положень КПК, зокрема, щодо додержання розумних строків під час досудового та судового проваджень, встановлення належних механізмів отримання правової допомоги підозрюваними, обвинуваченими, потерпілими, впровадження елементів дистанційного правосуддя, розгляду справи судом присяжних тощо.

Державно-правова реформа, подальше проведення якої є вкрай необхідним для сучасного стану функціонування суспільства та держави, неможлива без реформування, насамперед, системи законодавства України. Адже чинне законодавство України виступає головним правовим регулятором суспільних відносин.

У сучасних умовах побудови правової Української держави особливого значення набуває дотримання прав і свобод людини і громадянина. Новий КПК України спрямований на досягнення верховенства права у кримінальному провадженні, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Принцип верховенства права у кримінальному провадженні застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини.

Разом із тим, окремим положенням КПК властива термінологічна невизначеність для позначення основних понять кримінального процесу, іноді вживаються терміни, які неоднозначно сприймаються не тільки у науковому середовищі, а й практиками. У такому контексті зазначимо, що значна кількість положень КПК є спірними та такими, що викликають критичні зауваження.

Глава 2 КПК (стаття 7 проекту КПК) "Принципи кримінального провадження" не згадує про такі важливі принципи кримінальної процедури, як незалежність та доброчесність суддів та підпорядкування їх лише закону. Слід зазначити, що ці принципи важливі для захисту прав та законних інтересів особи у кримінальному провадженні та є гарантією законного, обґрунтованого та справедливого рішення у кримінальних справах. Не випадково вони закріплені в Конституції України.

Стаття 33 КПК передбачає поняття "інстанційна інстанція" та перераховує суди, які розглядають кримінальні справи у перших, апеляційних, касаційних інстанціях, а також за нововиявленими обставинами. Слід зазначити, що інститут юрисдикції існує у кримінальних провадженнях з метою розмежування юрисдикції лише тих судів, які уповноважені розглядати кримінальні справи в першій інстанції. Поняття підсудності не стосується апеляційних та касаційних судів, Верховного Суду України, оскільки вони не мають повноважень розглядати кримінальні справи по суті як суди першої інстанції.

У КПК чітко не визначено перелік органів дізнання та їх компетенція. Взагалі не згадується про Військову службу правопорядку у Збройних Силах України, командирів (начальників) військових частин, з’єднань, військових установ, командирів кораблів, митні органи, органи державного пожежного нагляду, органи прикордонної служби, капітанів морських суден, що перебувають у далекому плаванні, командирів підрозділів Державної спеціальної служби транспорту як органи дізнання, що ускладнить провадження досудового розслідування кримінальних проступків.

На думку О.В. Капліної, В.Д. Швеця та інших науковців Кримінальний процесуальний кодекс України значно відрізняється від сталих уявлень про кримінальний процес взагалі. Він не просто містить низку інститутів, які являють нову струмінь, а й передбачає інноваційні процедури, які створюють нову парадигму застосування оперативно-розшукової діяльності в кримінальному процесуальному доказуванні [84, с. 3-10].

В КПК містяться багато очікуваних науковцями та практиками новел. Найбільш істотні новели включають до себе – можливість використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності в кримінальному процесі; визначення нових підходів отримання й оцінки доказів. Позиція багатьох науковців і практиків в галузі кримінального процесу, серед яких

Е.О. Дідоренко, С. А. Кириченко, Б.Г. Розовський та ін., ґрунтується на безумовній неприпустимості самої можливості існування у правовій державі ситуації, коли уповноважені на те органи ніби отримують у кримінальному судочинстві докази в не процесуальній формі [85, с. 280-291].

Визнання процесуального статусу ОРД у кримінальному судочинстві у частині виявлення та фіксації доказів ніякою мірою не призводить до будь-якої ломки основоположних принципів кримінального процесу в контексті його мети й завдань. Оперативно-розшукова діяльність за своїм призначенням має ті ж самі цілі, що й процесуальна, але регулюється поки що окремим законом. Ці новели відображають нові підходи у вирішенні проблем застосування оперативно-розшукових заходів, які хоча і не вичерпують змісту оперативно-розшукової діяльності, але складають її серцевину. Таке законодавче вирішення питань використання можливостей оперативно-розшукової діяльності кримінальному процесі має вкрай важливе значення. Воно безумовно потребує внесення змін до діючого законодавства, що регулює оперативно-розшукову діяльність.

Новий Кримінальний процесуальний кодекс України та пов’язаних із ним змін до інших законів України дасть змогу зробити важливий крок у напрямі утвердження верховенства права і розбудови України як правової та демократичної держави, основною метою діяльності якої у сфері кримінального судочинства є не тільки покарання винного, а й забезпечення ставлення до нього як до особистості та надання такій особі якнайбільше можливостей для ефективного захисту своїх прав, свобод та інтересів.

Необхідність вирішення питання реформування кримінального правосуддя у сучасних умовах має не лише внутрішньополітичні, а й зовнішні причини. Передусім, це пов’язано з членством України у Раді Європи (з 1995 р.) та взятими на себе зобов’язаннями. Вони охоплюють питання інститутів судової системи, кримінального процесу, пенітенціарної системи. Крім того, практичне реформування кримінальної юстиції – одна з ключових умов головування України в Парламентській Асамблеї Ради Європи (травень-листопад 2011 р.).

Досвід показав, що реформа усіх ланок кримінальної юстиції має починатися і проводитися одночасно, тобто не доцільно реформувати лише МВС чи СБУ, не реформуючи усієї системи в цілому. Разом з тим, намагання побудувати сучасну систему кримінальної юстиції без зміни застарілої доктрини кримінального судочинства, «докорінного» реформування правоохоронних органів, удосконалення форм діяльності по розслідуванню злочинів (зокрема ліквідації додаткового розслідування, запровадження спрощених форм розслідування тощо) є лише спробами «законсервувати» існуючу її модель, яка за півстоліття свого функціонування практично повністю вичерпала себе. Саме тому питання її кардинальної перебудови є вкрай важливими та потребують вирішення шляхом поступового й обґрунтованого удосконалення правової бази держави, приведення її у відповідність з міжнародними зобов’язаннями України та такими фундаментальними принципами кримінального судочинства як змагальність, рівність і презумпція невинуватості. Разом з тим, в основу реформи правоохоронної системи та її окремих органів має бути покладений компетенційний підхід з виокремленням унікального елементу – право-обов’язок відповідально охороняти та захищати права і свободи одних людей і згідно з принципом пропорційності обмежувати інших.

Це унікальна риса правоохоронного органу, якою не наділені жодні інші організації, зокрема органи здійснення державної влади та органи місцевого самоврядування [86, с. 24].

Кримінальне правосуддя в Україні перебуває у стані постійних реформ. Це значною мірою пов'язано з вектором, встановленим Концепцією реформи кримінальної юстиції 2008 року. Аналізуючи норми чинного Кодексу та Кодексу 1960 р., ми можемо провести паралель та виявити деякі відмінності між ними, зокрема, в чинному КПК України законодавче тлумачення захисту права на захист законодавцем значно розширилося . Наприклад, вимоги статті 21 Кодексу 1960 р. Закріплені імперативним правилом забезпечення права на захист відповідно до обов'язку органів досудового розслідування, прокурора та суду роз'яснити право на захист адвокат, а також дати можливість особі захищати себе засобами, передбаченими законом. переслідування та захист її особистих інтересів. А в чинному кодексі, зокрема, ст. 20 КПК України захист права на захист розглядається не лише як обов'язок слідчого, прокурора, слідчого судді, суду а також як обов’язок пояснити підозрюваному, обвинуваченому його право та надати право на кваліфіковану юридичну допомога обраного або призначеного захисника. Також більш повно сама концепція права на захист, яка полягає у наданні підозрюваним, обвинуваченим, засудженим можливості надавати усні чи письмові пояснення щодо підозри чи обвинувачення, право збирати та представляти докази, особисто брати участь у кримінальному провадженні, користуватися правовою допомогою захисника та здійснювати інші процесуальні права, передбачені КПК. Законодавець також звертає увагу на можливість надання правової допомоги цим особам безкоштовно за рахунок держави [87, с.91-99].

З огляду на викладене, сутнісними завданнями реформування в України доцільно визначити:

- забезпечення ефективного і соціально спрямованого переходу від виконання притаманних радянському періоду каральних функцій, з домінуванням інтересів держави, до соціально-сервісних, відповідних європейським стандартам з пріоритетним забезпеченням прав і свобод людини, безпечних умов життя;

- подолання безсистемності в діяльності правоохоронних органів, громіздкості їх структури, недостатньої керованості в межах держави в цілому, виключення дублювання функцій, усунення колізій у законодавстві, що регламентує діяльність цих органів;

- здійснення перетворень не шляхом лише скорочення апарату, а й зміни структури й чисельності, фінансового, матеріально-технічного, організаційно-правового та кадрового забезпечення, що у результаті має створити передумови для оптимізації завдань та функцій правоохоронних органів.

Отже, створення системи кримінального законодавства в цілому з чітко визначеним підходом а також, визначення предмета й основної функції галузі законодавства повинні обов’язково ґрунтуватися, відображати в своєму змісті два основних моменти.

Перше — це положення, яке офіційно встановлює та публічно закріплює існуючий реальний напрям функціонування й подальшого розвитку держави, розвитку суспільства, заходів щодо регулювання та охорони прав і свобод людини в усіх основних сферах життєдіяльності.

Аналіз тих змін, які здійснюються в судочинстві України, свідчить про те, що всі вони відбуваються спонтанно, непослідовно і хаотично.

У той же час у світі накопичений значний досвід покращення судочинства. Існує інститут мирових суддів, відновне правосуддя, третейське судочинство.

Не варто також забувати про інститут медіаторів, що набуває популярності останніми роками. На нашу думку, деяке зменшення навантаження на державу в судовій сфері можливе лише за умови більшого розповсюдження альтернативних способів вирішення кримінальних справ.

Таким чином, вважаємо доцільним щоб державна політика в цій сфері була направлена на те, щоб громадяни, повністю усвідомлюючи рівень відповідальності мали змогу вирішити кримінальні справи невеликої та середньої тяжкості самостійно, за мінімальної участі державних судових та виконавчих органів.

Тобто це фактичне втілення в життя обвинувально-змагального підходу. У справах що стосуються державних інтересів, або там, де потерпілою стороною виступає держава, або суспільство доцільно буде використати саме розшуково-інквізиційний підхід. Тим не менше, законодавець даний позитивний досвід ігнорує зводячи реформування до заміни посадових осіб. Таким

**ВИСНОВКИ**

Кримінальний процес в сучасному вигляді формувався протягом багатьох століть, послідовно проходячи різні етапи в ході становлення. При цьому він вбирав у себе досвід різних країн і континентів. На кожному етапі історичного розвитку кримінальний процес, так чи інакше, був пов'язаний з рівнем розвитку суспільства і держави, культури та економіки. Протягом тривалого часу складалися традиції, переконання, наукові погляди, удосконалювалося законодавство. Історії відомі численні види, різновиди і форми кримінального судочинства. На жаль, на сьогоднішній день в юридичній науці все ще не існує загальноприйнятої термінології яку б юристи взяли за основу історико-юридичної доктрини. Тим не менше, прийнято розрізняти два ідеальних типи кримінального судочинства – обвинувальний та розшуковий (інквізиційний). Не можна однозначно назвати жоден з них чимось краще за інший, адже як обвинувальний так і розшуковий підхід з плином часу змінювали один одного в залежності від політичних, соціальних та економічних умов, або навіть співіснували паралельно. На нашу думку обвинувальний підхід до судочинства має знайти своє застосування на практиці в сучасному світі у тому випадку якщо не страждають державні та суспільні інтереси, не існує небезпеки порушення режиму законності або насильної зміни правового режиму в державі. Обвинувальний процес називають ще й змагальним тому що при такому підході основна ініціатива знаходиться за стороною обвинувачення а саме судочинство діє за принципом: немає позову – немає суду. Звичайно, це в свою чергу передбачає пасивну позицію державних органів а змагальність буде зводитись до того яка з сторін буде мати більше ресурсів для того аби найняти приватних детективів, експертів, спеціалістів в галузі права для того, щоб переконливіше представити свою правову позицію. Однак в свою чергу такий підхід чудово знайде своє застосування серед завідомо рівних учасників процесу. На нашу думку основною характеристикою що відрізняє обвинувальний підхід від розшукового – це позиція державних органів в процесі. Таким чином, вважаємо що у випадках, коли сторони за взаємною згодою дійдуть до того, що вони можуть вирішити свою суперечку без втручання державних органів слідства, але із суддею, як незалежним арбітром, рішення якого мають силу закону – обвинувальний підхід до кримінального процесу все ще може застосовуватись.

Варто розуміти, що різні країни, а особливо це стосується країн континентальної Європи мають власні уявлення про справедливість. Але зважаючи на глобалізаційні процеси та все більшу уніфікацію законодавства може відбутись ситуація коли розшуковий, або змішаний підхід до кримінального процесу буде фактично нав’язуватись там, де традиційно обвинувальний (змагальний) підхід був більш розповсюджений. Таким чином потрібно остерігатись неправильного застосування або ж фактичного використання застарілих норм на практиці (що також стосується і розвинених країн).

Правове регулювання кримінального процесу очевидно зазнало значного розвитку. Зародившись як примітивні розбори суперечок за часів Хамураппі, еволюціновавши в подальшому в агональні суперечки стародавньої Греції, «варварські правди» Європи періоду темних віків, ордонанси французьких королів та постанови англійского парламенту XV ст. – обвинувальний кримінальний процес здавав свої позиції на користь слідчо-розшукового підходу, зберігаючи тим не менше свою автентичність. Значний вплив обвинувального-кримінального процесу особливо помітний в англосаксонській системі права де наприклад традиційні для давніх германців «поручителі» перетворились на «присяжних». І це далеко не єдина спільна риса.

Однак необхідно мати на увазі, що встановлення істини визначається не доказами, а дотриманням формальних умов змагання. Засобами її встановлення були різного роду ордалії (випробування сторін вогнем, водою, отрутою тощо), Судовий поєдинок або присяга (поручительство). При більш високому рівні технологічної культури суддя міг звертатися до релігійних і світських норм, що вказують певні правила оцінки доказів по заздалегідь заданим критеріям, відомим як система формальних доказів. Встановлення об’єктивної істини при такому підході до вирішення суперечки звичайно не було можливим, а відповідно не доводиться говорити про справедливе та неупереджене рішення по справі. На нашу думку такий підхід до вирішення правових спорів, все ж був історично обумовлений з огляду на соціальний, культурний, економічний та освітній розвиток суспільства того часу.

Розвиток науки, культури, зародження та розповсюдження гуманістичних ідей, поява абсолютних монархій та більша централізованість управління неминуче тягнула за собою спроби реформування застарілого підходу до кримінального процесу, що в якийсь момент часу вже не відповідав тим вимогам що диктував певний період часу. Зважаючи на це обвинувально-змагальні норми все більше замінювались інквізиційно-розшуковим підходом, а в подальшому і обвинувальна і розшукова форма перетворились у симбіоз основоположних ідей одне одного. В результаті наразі ми маємо той підхід, яким користуємось і дотепер. Тем не менше, вважаємо що даний результат не можна назвати кінцевим, або найкращим, адже з розвитком філософії права неминуче будуть з’являтись нові ідеї, що в свою чергу сприятимуть появі іншого підходу. На нашу думку подальший розвиток підходу до кримінального процесу загалом буде характеризуватись більшим посиленням ролі окремих осіб. Тобто той змішаний підхід, яким наразі користується і Україна видозміниться в бік більшої змагальності. Основним завданням органів державної влади буде забезпечення рівності сторін, створення абсолютно однакових умов для підготовки до справи, тощо. Відповідно, це в якійсь мірі буде поверненням до обвинувально-змагального підходу, але головною деталлю що буде відрізняти підхід до кримінального процесуального права в майбутньому від сьогоднішнього вважаємо саме згоду сторін. Тобто у випадку, якщо сторони вважають що їм необхідний лише суддя для вирішення їх спору, то кримінального провадження порушено не буде.

Сьогодні, незважаючи на те, що право в цілому як наука зазнало колосальних змін з тих часів, окремі норми обвинувального процесу все ж можуть використовуватися, що в свою чергу сприймається як порушення права особи на захист. Свідоме, чи несвідоме ігнорування наданих доказів, несприйняття сторін як рівних учасників процесу, обмеження сторін до збору доказів та підготовці правової позиції для захисту в суді на нашу думку є наслідком правової безграмотності. З іншого боку, коли елементи обвинувального процесу фактично закріплюються на рівні закону, то це вже сприймається міжнародною спільнотою як пряме порушення прав людини. Виходячи з цього, можна зробити висновок, що незважаючи на те, що окремі елементи обвинувального процесу все ж можуть використовуватись і у розвинених країнах, тим не менше є виключенням а не правилом. Загальна тенденція розвитку правової думки йде пліч-о-пліч з ідеями про те що людина, її честь та гідність, право на самовираження та неупереджений і справедливий суд є найвищою цінністю. Виходячи з цих ідей і формуються закони держав.

Для України також характерні певні процеси, що є частиною світових трендів. Права людини й громадянина закріплені в Конституції України, їх широта, реальність, гарантованість виражають не тільки фактичний та юридичний статус особи у суспільстві, а й суть діючої в країні демократії, соціальні можливості, закладені в самому суспільному ладі.

Ч. 2 ст. 3 Конституції України зазначає, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави.

Зокрема, стаття 55 Конституції України передбачає право кожного будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань.

Так, основними формами захисту прав особи є:

1) захист прав органами публічної влади;

2) захист прав громадян громадськими об'єднаннями;

3) самозахист прав людиною, що включає в себе:

- звернення в державні органи та органи місцевого самоврядування;

- оскарження дій (бездіяльності) посадових осіб, що порушують права громадян;

- звернення в засоби масової інформації та правозахисні організації, громадські об'єднання;

- звернення в міжнародні органи із захисту прав людини.

Тобто, у разі порушення прав, людина може звернутися за їх захистом до судових органів, прокуратури, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, інших органів влади та їх посадових осіб, а також до різних громадських об'єднань, які займаються захист прав та інтересів людини. Крім того, одним із найважливіших досягнень у міжнародному регулюванні прав людини є створення та функціонування міждержавного механізму їх захисту.

Безпосереднє втручання органів державної влади у реалізацію своїх прав особою можливе лише за умови, що таке втручання закріплено на законодавчому рівні, відповідно до положень Основного закону та юридично обґрунтовано. У той же час, кожна людина повинна мати право вибирати спосіб захисту своїх порушених прав, незалежно від віку, статі, раси, релігійних переконань, місця проживання. Вважаємо що всі вищеперераховані елементи, а особливо використання закону як безумовної інструкції від якої не можна відходити – результатом використання розшукового підходу. Змагальність в українському кримінальному процесі зводиться до відносної свободи у збиранні доказів сторонами, але на нашу думку цього недостатньо для того щоб назвати вітчизняний підхід однозначно змішаним або обвинувальним. Вважаємо що українське кримінальне законодавство схиляється до слідчо-розшукового підходу, при якому основний обов’язок доказування покладено на державні органи, а не на потерпілу сторону.

На нашу думку в майбутньому українське кримінальне законодавства зазнає значних змін, що в першу чергу обумовлено значним впливом зовнішньої політики держави. Приведення вітчизняного законодавства у відповідність до європейських стандартів має бути пріоритетом для влади у тому випадку, якщо той вектор розвитку що Україна обрала в 2014 році залишається незмінним. Статистика звернень до ЄСПЛ красномовно свідчить про те, що працювати є над чим. Звичайно, помітна і позитивна тенденція. Відсоток звернень помітно поменшав за останні роки, але тим не менше продовжує залишатись на досить високому рівні.

Як свідчить історія, всі існуючі права людини, що закріплені в міжнародних документах, конституціях, законодавстві є вистражданими та відвойованими людством. Тому захист прав людини та громадянина має бути пріоритетом діяльності правової, демократичної, суверенної держави. Тим не менше, беручи до уваги той факт, що ті норми обвинувальної форми кримінального процесу які визнанні негуманними фактично використовуються в кожній країні світу найбільше своє поширення даний підхід знайшов саме в країнах теократичної форми правління або в диктатурах. В свою чергу це свідчить про те, що чим більшого рівня досягає свобода, чим більшою є освіченість населення, розуміння певних процесів права, і так далі – тим більшим є вірогідність того, що негуманні норми права назавжди залишаться в минулому. Звичайно, це абсолютно не означає що потрібно відкидати позитивні риси такого типу кримінального судочинства. Наприклад при обвинувально-змагальному підході навантаження на державні органи значною мірою знижується, що безумовно підвищить і їх ефективність.

**СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ**

1. Хабло О.Ю. Кримінальний процес України в питаннях і відповідях: "Скіф", 2013. 250 с.

2. Калиновский К. Б. Законность и типы уголовного процесса: дис. … на кан. юрид. наук: 12.00.09. СПб., 1999. 126 с.

3. Калиновский К.Б. Основные виды уголовного судопроизводства. СПб.: Издательство юридического института, 2002. 63 с.

4. Лебедев В.М. Уголовно-процессуальное право. Москва: Юрайт, 2014. 1060 с.

5. Пикалов И.А. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации. Юрлитинформ Москва: 2008, 472 с.  URL:  <http://www.allpravo.ru/library/doc1897p0/instrum4772/item4777.html>

6. Шемшученко Ю.С. Антологія української юридичної думки. К.: Юридична книга, 2004. 553 с.

7. Смирнов А.В. Модели уголовного процесса. СПб: Наука. 2000, 223 с.

8. Петрухин И. Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. М.: Велби, 2004. 220 с.

9. Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. СПб: Общественная Польза, 1912. 579 с. URL: https://www.twirpx.com/file/172752/

10. Ларин А.М. Процессуальные вопросы соотношения следствия и оперативно-розыскной деятельности органов дознания. *Социалистическая законность*. 1964. С. 14-15. URL: <http://lawlibrary.ru/show>\_articles. php?id=47004

11. Гельдибаев, М. Х. Уголовный процесс: учебник для студентов вузов, обучающихся по юридическим специальностям. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2012. 680 с.

12. Мещеряков Ю.В. Формы уголовного судопроизводства. Л. Ленинградский университет, 1990. 24 с.

13. Божьев В. П. Уголовный процесс: учебник для студентов вузов, обучающихся по специальности. Юриспруденция. Спарк, 2002. 651 с.

14. Смирнов А.В. Типология уголовного судопроизводства: дис. на здобуття наук. ступеня д-ра. юр. наук: 12.00.09. Москва. 2001. 348 с.

15. 3. Тертишник В.М. Кримінальний процес України: підручник. К.: Алерта, 2017. 840 с.

16. Хащина Э.Э. Особенности формирования и принципы розыскного типа судебного процесса: История права*.*2015. 20 с. URL: https://cutt.ly/ZrRKCFQ

17. Смирнов А. В. Состязательный процесс: монографія. Альфа, 2001. 192 с.

18. Брокгауз Ф. А. И.А. Ефрон. Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона. Семеновская Типолитография. 1890. 495 с. URL: https://cutt.ly/0rRK8BK

19. Ломброзо Ч. Политическая преступность и революция. СПб: Мидгард. 2005. 858 с. URL: https://avidreaders.ru/book/politicheskaya-prestupnost-i-revolyuciya.html

20. Гарванко І. Н. Історико теоретичний аспект вільної оцінки доказів у кримінальному процесі. *Вісник Львівського Університету. Серія юридична.* 2007. С. 213-220.

21. Якобсон, В. А. Законы Хаммурапи как источник по истории Древней Месопотамии: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра. історич. наук : 07.00.09 Л. 1988, 41 с. URL: http://www.orientalstudies.ru/rus/images/pdf/ar\_yakobson\_1988.pdf

22. Жидков, Н. А. Крашенинникова, В. А. Савельев О. А. История государства и права зарубежных стран. Москва : НОРМА-ИНФРА, 1998, 610с.

23. Суриков И. Е. Пифагор. Москва : Молодая гвардия, 2013. 150 с.

24. Суриков И. Е. Остракизм в Афинах М.: Языки славянских культур, 2006. 640 с.

25. Ведров С. В. О денежных пенях по Русской Правде сравнительно с законами салических франков. Университетская типография, 1877. 143 с. URL: http://surl.li/djl

26. Ауров О. В.Русское издание "Вестготской правды" М.: Университет Дмитрия Пожарского, 2012. 945 с.URL: http://surl.li/djo

27. Данилова Г. М. Возникновение феодальных отношений у франков VI-VII вв. Петрозаводск: Государственное изд-во Карельской АССР, 1959. 258 с. URL: https://www.twirpx.com/file/407720/

28. Неусыхин А. И. Возникновение зависимого крестьянства как класса раннефеодального общества в Западной Европе VI-VIII вв. М.: Издательство АН СССР, 1956. 123 с. URL: https://www.twirpx.com/file/1373714/

29. Свердлов М. Б. От Закона Русского к Русской Правде. Юрид. лит., 1988. 176 с.

30. Тихомиров М. Н. Исследование о Русской Правде. Происхождение текстов. М. : Издательство Академии наук СССР, 1941. 254 с. URL: http://surl.li/djs

31. Чистякова О. И. История отечественного государства и права. М.: Изд-во БЕК, 1999. 360 с.

32. Епифанов П. П. Военные уставы Петра Великого М.: Изд-во Государственной Библиотеки СССР, 1946. 80 с. URL: http://surl.li/djt

33. Чик Д. Ч. Ордалії в українській і англійській літературі першої половини ХІХ. *Науковий вісник Ізмаїльського державного гуманітарного університету.* 2016. С. 102-107.

34. Ю. С. Шемшученко Англосаксонське право. Київ. Українська енциклопедія ім. М. П. Бажана, 1998. 108 с.

35. Страхов М.М. Історія держави і права зарубіжних країн. Харків, 1999. 416 с.

36. Федоров К. Г. Історія держави і права зарубіжних країн. Київ : Центр учбової літератури. 1994. 108 с.

37. Земляков М. В. Варварские правды" как источник легитимации королевской власти V–IX вв.: соотношение исторического и мифологического контекстов. Москва: ИВИ РАН. 2011, 70 с.

38. Неусыхин А. И. Общественный строй древних германцев. М.: Гос. публ. ист. б-ка России, 2001. 300 с.

39. Ананьева Н. Г. Происхождение и источники права Судебника 1550: Тольятти : *Юридические науки*. 2012. С. 7– 9. URL: <http://edu.tltsu.ru/sites/>

sites\_content/site1238/html/media74969/01\_ananeva.pdf

40. Крашенінникова Н.А, Жідков О.А. Історія держави і права зарубіжних країн. Частина 1. Підручник для вузів М.: НОРМА-ИНФРА-М, 1998. 480 с.

41. Чельцов-Бебутов М.А. Курс уголовно-процессуального СПб.: Равена, Альфа, 1995. 846 с.

42. Графський В.Г. Всеобщая история права и государства. Москва: НОРМА, 2007, с. 737.

43. Ишков А.Ю. Уголовный ордонанс 1670 года – источник уголовно-процесуального права Франции эпохи абсолютизма. *Вестник Московского Университета.* 2017. №5. С. 135-144.URL: <http://surl.li/djv>

44. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 02.12.2012.

URL: https://zakon.rada. gov.ua/laws/show/3477-15

45. Загальна декларація прав людини . Українське релігієзнавство. 1996. № 2. С. 69. URL: <http://nbuv.gov.ua/UJRN/Ukrr_1996_2_14>

46. А. Ю. Мартинов. Європейська конвенція про захист прав і основних свобод людини 1950 та Європейський суд. Енциклопедія історії України. К. : Наукова думка, 2005. 672 с.

47. Про ратифікацію Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах, 1959 рік, та Додаткового протоколу 1978 року до Конвенції: Закон України від від 15 грудня 1999 року URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/44/98-%D0%B2%D1%80

48. Ріщення Європейського суду з прав людини у справі «Кемпбелл і Фелл проти Об’єднаного Королівства» URL: [https://precedent.in.ua/2016/ 04/09/kempbell-y-fell-protyv-soedynennogo-k/](https://precedent.in.ua/2016/%2004/09/kempbell-y-fell-protyv-soedynennogo-k/)

49. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Фуше проти Франції». URL:  http://surl.li/djw

50. Слуцька Т.І. 300 правових позицій ЄСПЛ у кримінальному провадженні: оновлена, систематизована добірка. Протокол. Юридичний інтернет – ресурс*.*  2019. URL:  http://surl.li/djx

51. Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_009>

52. Строгович М. С. Об оправдании ввиду недоказанности участия подсудимого в совершении преступления. *Правоведение*. №5. 1983. С. 45-52. URL: http://www.law.edu.ru/article/article.asp?articleID=186809

53. Толочко О.М. Реалізація принципу змагальності під час досудового розслідування. *Підприємництво, господарство і право*. 2016 №8 169-173 с. URL: <http://surl.li/djy>

54. Ю. М. Грошевий, О. В. Капліна. Кримінальний процес Харків : Право, 2010. 608 с.

55. Кримінальний процесуальний кодекс України. Закон України від 20 листопада 2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>

56. Конституція України : станом на 1 верес. 2016 р. / Верховна Рада України. Харків : Право, 2016. 82 с.

57. Порушенням права на захист: національна та європейська практика. *Рада адвокатів Київської області*. URL: http://surl.li/djz

58. Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів N 2, 4, 7 та 11 до Конвенції: Закон України  від 13.03.2006.  URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/475/97-%D0%B2%D1%80>

59. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Делькур проти Бельгії» URL:  <http://europeancourt.ru/uploads/ECHR_Delcourt_v_Belgium_17_01_1970.pdf>

60. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Natsvlishvili та Togonidze проти Грузії» URL:  <http://surl.li/dka>

61. Про безоплатну правову допомогу: Закон України від від 2 чер.2011 року URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17>

62. Чи є порушенням права на захист неналежне проведення процесуальної дії? *Колегія адвокатів України:*  URL: http://surl.li/dkb

63. Ухвала Апеляційного суду Миколаївської області від 15.07.2016 у справі № 483/2999/14 - к URL: [https://verdictum.ligazakon.net/document /58962997](https://verdictum.ligazakon.net/document%20/58962997)

64. Постанова пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ про судову практику забезпечення права на захист у кримінальному провадженні від 01.07.2015. [URL: https://ips.ligazakon.net/document/view/VRR00178?an=1](URL:%20https://ips.ligazakon.net/document/view/VRR00178?an=1)

65. Каплін О.В., Шило О. Г., Трофименко В.Н Кримінальний процес : підручник. Харків: Право, 2018. 584 с.

66. Гартунг Н. История уголовного судопроизводства и судоустройства Франции, Англии, Германии и России 1868. 219 с. URL: https://www.twirpx. com/file/ 698920/

67. Гуценко К. Ф. Уголовный процесс основных капиталистических государств. Москва: УДН. 1969, 207 с. URL:http://lawlibrary.ru/izdanie2890.html

68. Михеєнко М. М. Порівняльне судове право: посібник. Київ: Либідь. 1993. 328 с.

69. Кузнецова О. Д. Проблемы реализации принципа состязательности при рассмотрении уголовных дел в суде первой инстанции : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 Калининград, 2004. 169 с.

70 .Смирнов А. В. Типология уголовного судопроизводства : дис. … д-ра юрид. наук : 12.00.09 Москва, 2001. 345 с.

71. Багдасаров Р. В. Принцип состязательности в уголовном процессе России и стран Европейского Союза. Москва: Юрлитинформ, 2008. 228 с

72. Лобойко Л.М. Реформування кримінально-процесуального законодавства в Україні. *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право»*2011.*№2.*   URL: https://lj.oa.edu.ua/articles/2011/n2/11llmopd.pdf

73. Макаркин А. И. Состязательность на предварительном следствии. Санкт-Петербург, 2004. 265 с.

74. Циганюк Ю.В. Тип кримінальної процесуальної системи: поняття та ознаки. *Visegrad Journal on Human Rights.* 2018. №1. URL: <http://vjhr.sk/archive/2018_1/part_2/32.pdf>

75. Яновська О.Г. Окремі питання типологізації Укранського кримінального судочинства. Часопис Київського університету права. 2010. №4. URL: <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/23719/71-Yanovska.pdf?sequence=1>

76. Шишкін В. Концепція судової реформи (Концепція та додаткові матеріали) Київ : Українська правнича фундація, 1994. 55 с.

77. Про приєднання України до Статуту Ради Європи: Закон України від 31.10.1995 URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/398/95-%D0%B2% D1%80](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/398/95-%D0%B2%25%20D1%80)

78. Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів: Рішення ради національної безпеки та оборони України від 17.04.2008, URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0009525-08>

79. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 5 січня 2017 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>

80. Про захист прав людини і основоположних свобод: Конвенція від 02.10.2013 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004>

81. Охотницька Н.В. Становлення судової системи України (1991-2012 р.р.): історикоправовий аспект. дис.на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук. 12.00.01. 2015. 137 с. URL: http://surl.li/dkc

82. Горобець Р., Овчар О. Інституційний аналіз судової системи України та шляхи її вдосконалення. Збірник наукових праць Одеського регіонального інституту державного управління. 2009. №10.

URL: https://www.worldcat.org/title/aktualni-problemy-derzhavnoho-upravlinnia/oclc/44703759&referer=brief\_results

83. Литвиненко В. І. Концептуальні засади реформування правоохоронних органів України. Юридичні науки. 2017. №1.

URL: <http://surl.li/dke>

84. Маляренко В. Т. Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів. Київ: Юрінком Інтер, 2005. 512 с. URL: http://surl.li/dkf

85.. Розовський Б. Г. Право как клетка в зверинце *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка*. 2017. URL: http://surl.li/dkg

86. Маркєєва О.Д. Український досвід реформування кримінального правосуддя та правоохоронних органів: аналітична доповідь. Київ: НІСД, 2011. 38 с. URL: http://surl.li/dki

87 .Сaмодінa О.О. Окремі aспекти зaлучення зaхисникa у кримінaльне провaдження зa новим Кримінaльним процесуaльним зaконодaвством Укрaїни *Юридичнa нaукa*. 2013. №3.  URL: http://surl.li/dkk