

РОЗДІЛ 9

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА; СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА; ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

УДК 343.985

DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2023-8/93>

ПРОВЕДЕННЯ ЕКСПЕРТИЗИ ЗА ІНІЦІАТИВОЮ АДВОКАТА ЯК ЗАСІБ ЗБИРАННЯ ДОКАЗІВ СТОРОНОЮ ЗАХИСТУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

CONDUCTING AN EXAMINATION AT THE INITIATIVE OF A LAWYER AS A MEANS OF GATHERING EVIDENCE BY THE DEFENSE PARTY IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Антонюк П.С., к.ю.н., доцентка,
професорка кафедри криміналістики та судової медицини
Національна академія внутрішніх справ

Пясковський В.В., к.ю.н., професор,
професор кафедри криміналістики та судової медицини
Національна академія внутрішніх справ

В статті, на основі аналізу встановленого Кримінальним процесуальним кодексом України порядку доказування, визначаються можливості сторони захисту щодо збирання доказів. Акцентується увага на широких повноваженнях, якими наділена сторона захисту, щодо використання інституту судової експертизи як засобу збирання доказів у кримінальному провадженні. Робиться висновок про відповідність встановленого порядку збирання доказів загальним засадам кримінального провадження: презумпція невинуватості та забезпечення доведеності вини, а також змагальність сторін та свобода в поданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості.

Звертається увага на недостатній рівень використання стороною захисту наданих можливостей щодо збирання доказів шляхом проведення експертизи, і, як наслідок, – нівелювання значення судової експертизи як державного інституту та його місця у механізмі реалізації правосуддя в Україні. Серед низки визначених чинників визначається причина суб'єктивного характеру – недостатня професійна компетентність адвоката як представника сторони захисту щодо особливостей здійснення судово-експертної діяльності в Україні.

Шляхом аналізу нормативно-правових актів, які регламентують здійснення судово-експертної діяльності в Україні, пропонуються рекомендації адвокату, що приймає участь в кримінальному провадженні як захисник, щодо активної позиції по використанню можливостей судової експертизи як засобу збирання доказів. Пропонується розглядати такі рекомендації як тактику захисту – оптимальний варіант правової позиції адвоката як захисника і його реалізацію в конкретних умовах. Разом з тим наголошується увага на неприпустимості маніпулювання доказами стороною захисту.

Надаються рекомендації адвокатам як представникам сторони захисту в кримінальному провадженні щодо використання наявних інформаційних ресурсів при ініціюванні проведення експертизи. Обґрунтовується позиція, що підвищення професійної компетентності адвоката щодо особливостей судово-експертної діяльності в Україні сприятиме ефективності використання експертизи як засобу збирання доказів стороною захисту в кримінальному провадженні.

Ключові слова: адвокат, захисник, сторона захисту, кримінальне провадження, проведення експертизи, збирання доказів, судово-експертна діяльність, змагальність сторін, компетентність адвоката, тактика захисту.

The article, based on the analysis of the procedure of proof established by the Criminal Procedure Code of Ukraine, determines the possibilities of the defense side in collecting evidence. Attention is focused on the broad powers granted to the defense in relation to the use of the institute of forensic examination as a means of gathering evidence in criminal proceedings. It is concluded that the established procedure for gathering evidence complies with the general principles of criminal proceedings: the presumption of innocence and the provision of proof of guilt, as well as the adversarial nature of the parties and their freedom in presenting their evidence to the court and in proving their persuasiveness to the court.

Attention is drawn to the insufficient level of use by the defense side of the opportunities provided for gathering evidence by conducting an examination, and, as a result, the leveling of the value of the forensic examination as a state institution and its place in the mechanism of justice in Ukraine. Among the number of identified factors, a subjective reason is determined – the lack of professional competence of the lawyer as a representative of the defense party regarding the specifics of forensic expert activity in Ukraine.

Through the analysis of legal acts that regulate the implementation of forensic expert activity in Ukraine, recommendations are offered to a lawyer who participates in criminal proceedings as a defender, regarding an active position on using the possibilities of forensic examination as a means of gathering evidence. It is proposed to consider such recommendations as defense tactics - the optimal version of the lawyer's legal position as a defender and its implementation in specific conditions. At the same time, attention is emphasized to the inadmissibility of evidence manipulation by the defense side.

Recommendations are given to lawyers as representatives of the defense in criminal proceedings regarding the use of available information resources when initiating an examination. The position is substantiated that increasing the professional competence of the lawyer regarding the specifics of forensic expert activity in Ukraine will contribute to the effectiveness of the use of expertise as a means of gathering evidence by the defense in criminal proceedings.

Key words: lawyer, defender, defense party, criminal proceedings, examination, collection of evidence, forensic expert activity, adversary of the parties, competence of the lawyer, defense tactics.

Постановка проблеми. Закріплені в ст. 7 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) загальні засади кримінального провадження, зокрема такі, як презумпція невинуватості та забезпечення доведеності вини, а також змагальність сторін та свобода в поданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед

судом їх переконливості, – визначають закономірності інституту доказування, що знаходять своє відображення у встановленому порядку збирання доказів учасниками кримінального провадження.

Так, відповідно до положень ч. 3 ст. 93 КПК України сторона захисту, потерпілий, представник юридичної

особи, щодо якої здійснюється провадження, здійснює збирання доказів шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок; ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, а також шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів [1].

Згідно положень ч. 4 ст. 93 КПК України ініціювання стороною захисту, потерпілим, представником юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, проведення слідчих (розшукових) дій здійснюється шляхом подання слідчому, прокурору відповідних клопотань, які розглядаються в порядку, передбаченому статтею 220 КПК України. Постанова слідчого, прокурора про відмову в задоволенні клопотання про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій може бути оскаржена слідчому судді. А щодо окремих слідчих (розшукових) дій, таких як проведення експертизи, то законодавець наділяє стороною захисту правом самостійного залучення експертів на договірних умовах для проведення експертизи, у тому числі обов'язкової [1, ст. ст. 242, 243].

Таким чином, аналіз кримінальних процесуальних норм дозволяє стверджувати, що встановлений порядок збирання доказів передбачає активну позицію сторони захисту у збиранні доказів різної природи, в тому числі, фактичних даних, що містяться у висновках експертів – процесуальних джерел доказів [1, ст. 84].

Разом з тим, огляд судової практики щодо проведення експертиз у кримінальних провадженнях демонструє доволі стриману позицію сторони захисту щодо самостійного збирання доказів шляхом залучення експертів для проведення експертиз. Така ситуація, на нашу думку, може пояснюватися сукупністю чинників:

- недостатньою урегульованістю в КПК України порядку залучення експертів стороною захисту та доручення проведення експертизи [2; 3, с. 146];
- відсутністю комплексного аналізу та узагальнення практики проведення судових експертиз за ініціативою сторони захисту у кримінальних провадженнях різних категорій;
- відсутністю позавідомчої (незалежної) судової експертизи та недовірою учасників кримінального провадження до наявних суб'єктів судово-експертної діяльності [3, с. 157, 158];
- відсутністю у сторони захисту доступу до об'єктів дослідження та неможливістю їх отримання у законний шлях [4, с. 141];
- недостатньою обізнаністю адвокатів щодо можливостей сучасної судової експертизи як засобу збирання доказів та особливостей здійснення судово-експертної діяльності в Україні.

Все це не лише нівелює значення судової експертизи як державного інституту та його місця у механізмі реалізації правосуддя в Україні, але й позбавляє стороною захисту ефективного інструменту збирання об'єктивних доказів, заснованих на досягненні науково-технічного прогресу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. В сучасних умовах здійснення кримінального провадження в Україні та при встановленому порядку збирання доказів багато українських вчених приділяли свою увагу питанням, пов'язаним з проведенням експертизи за ініціативою сторони захисту, зокрема: М. Г. Щербаковський [3], А. Волобуєв та Є. Чуйко [5], І. В. Гора [6], О. В. Баулін та В. М. Шевчук [7], Н. І. Клименко [8] та інші.

Але здебільшого науковці визначають лише проблемні аспекти проведення експертизи за ініціативою сторони захисту, або піддають критичному аналізу реалізацію змалого характеру кримінального провадження, закла-

дену у встановлений КПК України порядок доказування, а не розглядають реальні можливості сторони захисту (в умовах діючого процесуального порядку) щодо отримання доказів через такий засіб як проведення експертизи.

Метою статті є розроблення рекомендацій адвокатам, що залучаються до участі в кримінальному провадженні, щодо активного використання наданих законодавцем можливостей зі збирання доказів стороною захисту шляхом проведення судової експертизи та отримання висновків експертів – процесуальних джерел доказів.

Виклад основного матеріалу. М. Г. Щербаковський звертає увагу, що у кримінальному провадженні стороною захисту надані три можливі варіанти залучення експерта [3, с. 152]:

- ініціювати проведення експертизи направленим обгрунтованим клопотанням слідчому або прокурору (п. 12 ч. 3, ст. 42 КПК України);
- звернутися до слідчого судді з клопотанням про проведення експертизи у разі, якщо: 1) для вирішення питань, що мають істотне значення для кримінального провадження, необхідне залучення експерта, проте стороною обвинувачення не залучила його або для вирішення залученим стороною обвинувачення експертом поставлені запитання, що не дозволяють дати повний та належний висновок з питань, для з'ясування яких необхідне проведення експертизи, або існують достатні підстави вважати, що залучений стороною обвинувачення експерт внаслідок відсутності у нього необхідних знань, упередженості чи з інших причин надасть або надав неповний чи неправильний висновок; 2) стороною захисту не може залучити експерта самостійно через відсутність коштів чи з інших об'єктивних причин (ч. 1 ст. 244 КПК України);
- самостійно залучити експерта на договірних умовах для проведення експертизи, у тому числі обов'язкової (ч. 2 ст. 243 КПК України).

Відповідно до п. 19 ч. 1 ст. 3 КПК України стороною кримінального провадження з боку захисту представляють: підозрюваний, особа, стосовно якої зібрано достатньо доказів для повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, але не повідомлено про підозру у зв'язку з її смертю, обвинувачений (підсудний), засуджений, виправаний, особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, їхні захисники та законні представники.

Відповідно до ст. 45 КПК України захисником є адвокат, який здійснює захист підозрюваного, особи, стосовно якої зібрано достатньо доказів для повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, але не повідомлено про підозру у зв'язку з її смертю, обвинуваченого, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, а також особи, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію).

Тобто, як представник сторони захисту адвокат приймає участь у кримінальному провадженні в якості захисника та користується повноваженнями, закріпленими в ст. ст. 46–54 КПК України.

Важливо пам'ятати, що захисником не може бути адвокат, відомості про якого не внесені до Єдиного реєстру адвокатів України або стосовно якого у Єдиному реєстрі адвокатів України містяться відомості про зупинення або припинення права на зайняття адвокатською діяльністю.

Таким чином, адвокат, залучений до кримінального провадження як захисник, є представником сторони захисту і має право збирати докази відповідно до порядку, визначеного в ч. 3 ст. 93 КПК України, про який вже зазначалося раніше. І, на нашу переконливу думку, враховуючи значущість висновків експертів як процесуальних джерел

доказів в кримінальному провадженні, неможливо переоцінити визначальну роль адвоката – фізичної особи, яка здійснює незалежну професійну діяльність із захисту, представництва та надання інших видів правничої допомоги клієнту [9], – щодо ініціювання ним проведення експертизи для з'ясування обставин, що мають значення для кримінального провадження.

Причому, вважаємо, що дієвим є не витребування та отримання висновків експертів за результатами вже проведених експертиз, призначених стороною обвинувачення, а саме – проведення експертизи за ініціативою адвоката (стороны захисту).

Звичайно, це можливо за певних умов: 1) коли об'єкти дослідження перебувають у розпорядженні стороны захисту; 2) коли сторона захисту має можливість їх отримати у визначений законом спосіб. До другої ситуації належать, в тому числі, випадки, коли слідчий, прокурор не вживають заходів для надання відповідного процесуального статусу тимчасово вилученому майну у визначені процесуальні строки. В таких випадках сторона захисту може вимагати негайного повернення вилученого майна, і, відповідно, – матиме можливість направити такі об'єкти на експертизу.

Коли ж матеріальні об'єкти – потенційні об'єкти судової експертизи – перебувають у розпорядженні стороны захисту, то скористатися правом самостійного залучення експерта на договірних засадах для проведення експертизи адвокату, як представнику стороны захисту, нічого не перешкоджає.

Причому, за умов змагальності сторін кримінального провадження, на наш погляд, можна вести мову про тактику захисту під час проведення експертизи за ініціативою адвоката (захисника) – представника стороны захисту [10, с. 158]. Тактика полягатиме в оптимальному варіанті правової позиції адвоката як захисника (представника стороны захисту) і його реалізації в конкретних умовах, а також у найбільш ефективному способі здійснення адвокатом дій по захисту прав і законних інтересів громадян [10, с. 156].

Закономірно, що запорукою ефективного збирання доказів стороною захисту шляхом проведення експертизи виступатиме, в тому числі, компетентність адвоката щодо особливостей здійснення судово-експертної діяльності в Україні.

Так, відповідно до ст. 7 Закону України «Про судову експертизу» судово-експертну діяльність здійснюють державні спеціалізовані установи, їх територіальні філії, експертні установи комунальної форми власності, а також судові експерти, які не є працівниками зазначених установ, та інші фахівці (експерти) з відповідних галузей знань у порядку та на умовах, визначених цим Законом. Причому виключно державними спеціалізованими установами здійснюється судово-експертна діяльність, пов'язана з проведенням криміналістичних, судово-медичних і судово-психіатричних експертиз [11].

Вичерпний перелік таких державних спеціалізованих установ наведений в ч. 2 ст. 7 Закону України «Про судову експертизу», і до них належать [11]:

- науково-дослідні установи судових експертиз Міністерства юстиції України;
- науково-дослідні установи судових експертиз, судово-медичні та судово-психіатричні установи Міністерства охорони здоров'я України;
- експертні служби Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства оборони України, Служби безпеки України та Державної прикордонної служби України.

Для віднесення конкретної експертизи, необхідність у проведенні якої виникає в ході доказування по кримінальному провадженню, до певного виду експертиз адвокату слід керуватися Інструкцією про призначення та проведення судових експертиз та експертних дослі-

джень (далі – Інструкція) [12], в якій наведена така класифікація. Причому, визначальним буде розуміння про віднесення/неприналежність певної експертизи до криміналістичної, судово-медичної та судово-психіатричної, оскільки проведення інших видів експертиз може бути доручено судовим експертам, які не є працівниками державних спеціалізованих установ. Це, по-перше, може значно скоротити терміни проведення експертизи, оскільки експерти державних спеціалізованих установ, як правило, дуже завантажені. А, по-друге, може забезпечити відносну незалежність судового експерта та відсутність адміністративного впливу, який, на жаль, нерідко має місце в державних спеціалізованих установах відомчої приналежності та впливає на кінцевий результат проведення експертизи – висновок експерта.

Так, наприклад, такі види експертиз як комп'ютерно-технічна, оціночно-будівельна, оціночно-земельна, які відносяться до класу інженерно-технічної експертизи, можуть бути проведені судовими експертами, які не є працівниками державних спеціалізованих установ. Це також стосується економічних експертиз (бухгалтерського та податкового обліку, фінансово-господарської діяльності; фінансово-кредитних операцій), товарознавчих експертиз (машин, обладнання, сировини та споживчих товарів; транспортно-товарознавча; військового майна, техніки та озброєння), експертизи у сфері інтелектуальної власності, мистецтвознавчої експертизи тощо.

При обранні експерта, якого можна залучити на договірних засадах для проведення тих видів експертиз, щодо яких не визначено обмежень законодавцем, адвокату потрібно скористатися Реєстром атестованих судових експертів [13] – інформаційним ресурсом Міністерства юстиції України, в якому за різними критеріями пошуку можна знайти необхідного судового експерта та його координати для контакту.

Щодо випадків самостійного залучення експерта стороною захисту для проведення обов'язкової експертизи, то на наш погляд, вдалим тактичним рішенням адвоката вбачається залучення судового експерта тієї ж самої установи, в яку призначено проведення експертизи стороною обвинувачення, причому, одночасно з проведенням такої експертизи. Таким чином може бути вирішене питання доступу експерта до об'єктів дослідження, яке, як ми зазначали раніше, не врегульоване законодавцем.

Що стосується криміналістичних експертиз, судово-експертна діяльність з проведення яких здійснюється відповідно до обмежень, закріплених в ст. 7 Закону України «Про судову експертизу», то, на наш погляд, адвокату як представнику стороны захисту, можна скористатися наступною можливістю.

Відповідно до п. 1.1. Інструкції її положення визначають обов'язки, права та відповідальність *судових експертів державних спеціалізованих науково-дослідних установ судових експертиз Міністерства юстиції України та атестованих судових експертів, які не є працівниками державних спеціалізованих установ* (примітка – виділено авторами), призначення ним судових експертиз та експертних досліджень, організацію проведення експертиз та оформлення їх результатів.

В п. 1.8. Інструкції зазначено, що підставою для проведення експертизи відповідно до чинного законодавства є процесуальний документ про призначення експертизи, складений уповноваженою на те особою (органом), або договір з експертом чи експертною установою, укладений за письмовим зверненням особи у випадках, передбачених законом. В інших випадках проводиться *експертне дослідження* (примітка – виділено авторами), підставою для якого є договір з експертом чи експертною установою, укладений за письмовою заявою (листом) замовника (юридичної або фізичної особи). Результати проведення *експертиз та експертних досліджень* викладаються

у письмовому документі – висновку експерта (примітка – виділено авторами).

Таким чином, відповідно до закріплених в Інструкції положень, ініціювавши проведення експертного дослідження в державних спеціалізованих науково-дослідних установах судових експертиз Міністерства юстиції України або атестованими судовими експертами, які не є працівниками державних спеціалізованих установ (в тому числі і з криміналістичних видів експертиз) адвокат отримує висновок експерта – документ, який відповідно до положень ч. 2 ст. 84 КПК України повинен сприйматися як процесуальне джерело доказів!!!

Необхідно зазначити, що, в цілому, наголошуючи на необхідності створення в Україні незалежної позавідомчої судової експертизи без будь-яких обмежень щодо певних її видів, в умовах встановленого правого порядку здійснення судово-експертної діяльності в Україні ми не можемо погодитися з існуванням таких неузгодженостей нормативно-правових актів, які дозволяють маніпулювати фактичними даними в процесі доказування.

Але, разом з тим, ми зазначаємо на таку наявну можливість збирання доказів, і, в першу чергу, для адвоката як представника сторони захисту, збирання доказів для якої є дещо відмінним від можливостей сторони обвинувачення.

Для більш глибокого розуміння щодо сучасних можливостей судової експертизи зі встановлення фактичних даних про об'єкти, явища і процеси, пов'язані з подією правопорушення, та розширення професійної компетентності адвокатам слід ознайомитися з Науково-методичними рекомендаціями з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень [12], в яких наведений приблизний перелік об'єктів, що можуть бути досліджені в межах певного виду судової експертизи,

та питання, які вирішуються з урахуванням сучасних методик експертних досліджень.

Висновки. Проведений нами аналіз можливостей сторони захисту у кримінальному провадженні зі збирання доказів шляхом проведення експертизи за ініціативою адвоката як представника сторони захисту дозволяє сформулювати наступні сентенції:

- використання можливостей сучасної судової експертизи є дієвим засобом збирання доказів у кримінальному провадженні – фактичних даних про об'єкти, явища і процеси, пов'язані з подією правопорушення;

- сторона захисту у кримінальному провадженні наділена широкими повноваженнями щодо проведення експертизи, в тому числі – правом самостійного залучення експерта для проведення експертизи; адвокат як представник сторони захисту, який здійснює професійну адвокатську діяльність, є ключовим суб'єктом ініціювання проведення експертизи стороною захисту;

- здійснення судово-експертної діяльності в Україні має певні обмеження, що впливають на можливості сторін кримінального провадження у використанні експертизи як засобу збирання доказів;

- грамотна побудова тактики захисту під час проведення експертизи у кримінальному провадженні, заснована, в першу чергу, на професійній компетентності адвоката, є запорукою ефективного використання такого засобу збирання доказів;

- активна позиція адвоката як представника сторони захисту в кримінальному провадженні щодо ініціювання проведення експертизи та використання отриманих результатів в процесі доказування є однією з форм реалізації змагальності сторін та свободи в поданні ними суду своїх доказів і доведенні перед судом їх переконливості – загальної засади кримінального провадження.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012. № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.
2. Аналіз практики призначення судової експертизи в кримінальних провадженнях місцевими судами. URL: https://hra.court.gov.ua/sud4818/inshe/inf_court/uzag20k5.
3. Щербатовський М. Г. (2015). Проведення та використання судових експертиз у кримінальному провадженні : монографія. Х., 560 с.
4. Бажанюк, В. В. (2022). Про змагальність сторін в проведенні судової експертизи. *Правовий часопис Донбасу*, № 1 (78). С. 139–145. DOI: <https://doi.org/10.32366/2523-4269-2022-78-1-139-145>.
5. Волобуєв А., & Чуйко Є. (2022). Право самостійного залучення експерта стороною захисту: реальність чи декларація. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право*, (71), С. 309–314.
6. Гора І. В. (2014). Проблемні питання залучення експерта стороною захисту. *Криміналістика і судебна експертиза*, (59), С. 87–98.
7. Баулін О. В., & Шевчук В. М. (2017). Використання можливостей експертизи сторонами кримінального провадження під час доказування на стадії досудового розслідування. *Криміналістика і судова експертиза*, (62), С. 100–108.
8. Клименко Н. І. (2011). Щодо інституту конкурентної (альтернативної) експертизи. *Теорія та практика судової експертизи і криміналістики*, (11), С. 211–216.
9. Про адвокатуру та адвокатську діяльність. Закон України № 5076-VI від 05.07.2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text>.
10. Лисак, О. М. (2018). Щодо визначення поняття тактики захисту в кримінальному судочинстві України. *Міжнародні стандарти справедливого правосуддя та їх імплементація в українське законодавство*: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, Київський національний університет імені Тараса Шевченка. К., 2018. С. 156–159.
11. Про судову експертизу. Закон України № 4038-XII від 25.02.1994 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4038-12#Text>.
12. Про затвердження Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень. Наказ Міністерства юстиції України № 53/5 від 08.10.98 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98#Text>.
13. Реєстр атестованих судових експертів. URL: <https://rase.minjust.gov.ua/>.