

## РОЗДІЛ 9

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

УДК: 343.13

DOI <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2022.71.52>

#### ПРАВО САМОСТІЙНОГО ЗАЛУЧЕННЯ ЕКСПЕРТА СТОРОНОЮ ЗАХИСТУ: РЕАЛЬНІСТЬ ЧИ ДЕКЛАРАЦІЯ

**Волобуєв А.Ф.,**

*доктор юридичних наук, професор, професор кафедри кримінального процесу та криміналістики*

*Донецького державного університету внутрішніх справ.*

*ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9419-7446>*

*vaf26@ukr.net*

**Чуйко Є.В.,**

*ад'юнкт Донецького державного університету внутрішніх справ. ORCID:<https://orcid.org/0000-0001-9791-8309>*

*chujko\_ev@ukr.net*

**Волобуєв А. Ф., Чуйко Є. В. Право самостійного залучення експерта стороною захисту: реальність чи декларація.**

В статті аналізуються суперечності в чинному Кримінальному процесуальному кодексі України щодо самостійного залучення стороною захисту експертів для проведення експертизи. Надане право оцінюється з точки зору можливості його реалізації в умовах чинного правового регулювання. Проаналізовані викладені в наукових публікаціях останніх років пропозиції щодо шляхів вирішення проблемних питань щодо самостійного залучення стороною захисту експерта для проведення експертизи, надання в його розпорядження об'єкта, порівняльних зразків для експертного дослідження та інших матеріалів.

Зазначається, що сторона захисту наділена правом самостійного залучення експерта при відсутності в КПК України правового механізму його реалізації під час досудового розслідування. Висловлюється думка, що викладені в літературі пропозиції щодо створення такого механізму фактично передбачають право сторони захисту на проведення слідчих дій, необхідних для надання експертові об'єктів дослідження та відповідних матеріалів. Але пропозиції щодо надання такого права адвокатам суперечать іншим положенням КПК України, перегляд яких фактично призведе до появи кількох суб'єктів досудового розслідування. Таке вирішення проблеми неминуче негативно відобразиться на можливості вирішення завдань кримінального провадження, викладених в ст. 2 КПК України. Наділення сторін з протилежними цілями рівними правами у проведенні слідчих дій неминуче призведе до розбалансування досудового розслідування.

Обґрунтовується теза, що виконання функції захисту (надання правової допомоги клієнтові) не потребує права самостійного проведення слідчих дій, в тому числі експертизи. Для цього цілком достатнім є ініціювання їх проведення при здійсненні адвокатського контролю. Підкреслюється важливість не забезпечення повної рівності прав сторін кримінального провадження щодо проведення експертиз, а збалансування прав з урахуванням тих завдань, що вирішуються сторонами під час досудового розслідування.

Робиться висновок, що визначення обсягу прав сторони захисту щодо проведення експертизи повинно базуватися на врахуванні функції надання правової допомоги підозрюваному (обвинуваченому), здійснення адвокатського контролю за збиранням доказів шляхом проведення експертизи.

**Ключові слова:** експертиза, кримінальне провадження, рівність сторін, змагальність, сторона захисту, слідчі (розшукові) дії, збирання доказів.

**Volobuyev A. F., Chuiko E. V. The right of independent involvement of an expert by the defense: reality or declaration.**

The article analyzes the contradictions in the current Criminal Procedure Code of Ukraine regarding the independent involvement of defense experts for the examination. The granted right is assessed in terms of the possibility of its implementation in the current legal regulation. The proposals presented in scientific publications of recent years on ways to solve problematic issues of independent involvement of the defense expert for the examination, providing him with the object, comparative samples for expert research and other materials are analyzed.

It is noted that the defense has the right to independently involve an expert in the absence of a legal mechanism in the CPC of Ukraine for its implementation during the pre-trial investigation. It is believed that the proposals in the literature to establish such a mechanism in fact provide for the right of the defense to conduct investigative actions necessary to provide the expert with the objects of study and relevant materials. However, the proposals to grant such a right to lawyers contradict other provisions of the CPC of Ukraine, the revision of which will actually lead to the emergence of several subjects of pre-trial investigation. Such a solution to the problem will inevitably have a negative impact on the ability to solve the problems of criminal proceedings set out in Art. 2 of the CPC of Ukraine. Giving the parties with opposing goals equal rights in the conduct of investigative actions will inevitably lead to an imbalance in the pre-trial investigation.

The thesis is substantiated that the performance of the function of protection (providing legal assistance to the client) does not require the right to conduct independent investigative actions, including examination. To do this, it is sufficient to initiate their conduct in the exercise of legal supervision. The importance of not ensuring the full equality of rights of the parties to criminal proceedings for examinations, but balancing the rights taking into account the tasks to be solved by the parties during the pre-trial investigation.

It is concluded that determining the scope of the rights of the defense to conduct an examination should be based on the function of providing legal assistance to the suspect (accused), the exercise of legal control over the collection of evidence by examination.

**Key words:** examination, criminal proceedings, equality of arms, adversarial proceedings, defense, investigative (search) actions, collection of evidence.

**Постановка проблеми.** Наразі актуальною темою для наукової дискусії є право сторони захисту самостійно залучати експертів на договірних умовах для проведення експертизи (ст. 243 КПК України). Редакція вказаної статті кілька разів кардинально змінювалася і в попередній її редакції експерт міг бути залучений за наявності підстав для проведення експертизи тільки за дорученням слідчого судді чи суду, наданим за клопотанням сторони кримінального провадження [1]. Але практика показала “нежиттєздатність” цього правового припису і законодавець змінив його в 2019 р., надавши право сторонам кримінального провадження самостійно залучати експертів для проведення експертизи [2]. При цьому залишилася неврегульованою низка питань щодо підготовки стороною захисту об’єктів для експертного дослідження та необхідних для цього матеріалів. Саме вони стали предметом дискусії в останніх дослідженнях і публікаціях низки авторів (В.А. Журавля [3], О.М. Моїсєєва [4], М.Г. Щербаківського [5], Д.В. Куриленка [6], Е.Б. Сімакової-Єфремян [7], Є. І. Макаренка і В. М. Здра [8], Г.К. Авдєєвої [9], В.В. Бажанюка [10] та ін.) і формулювання досить суперечливих пропозицій, які потребують аналізу.

**Виклад основного матеріалу.** Потрібно зазначити, що в ст. 22 КПК України було проголошено змагальність сторін і рівні права на збирання та подання до суду доказів [11]. Очевидно, що законодавець прагнув закласти в кримінальне провадження один із основних принципів кримінального процесу англо-американської правової системи, для якої характерним є подання протилежними сторонами до суду доказів, зібраних самостійно [12]. Адже саме такий підхід використовує Європейський суд з прав людини при розгляді скарг на порушення правової процедури національних судів [13]. У зв’язку з цим в криміналістичній літературі з’явилося поняття конкурентної (альтернативної) експертизи, під якими розуміються експертні дослідження, до проведення яких сторонами кримінального провадження залучаються як державні, так і недержавні експертні установи чи приватні експерти [14; 15].

Але реалізація права сторони захисту у використанні експертизи для збирання і подання до суду доказів стикається з низкою проблемних питань. За оцінками адвокатського середовища ці права майже ніколи не забезпечуються [16, с. 17; 17]. На думку М.Г. Щербаковського це робить проголошення рівності сторін у кримінальному провадженні декларативним [5, с.146]. Адже адвокат за чинним кримінальним процесуальним законодавством не має фактичної можливості самостійно вилучити об'єкт експертного дослідження, відібрати відповідні зразки, отримати від певних осіб необхідні відомості, провести експериментальні дії тощо. Для реального забезпечення рівності сторін пропонується наділити сторону захисту такими ж повноваженнями під час досудового розслідування, як і сторону обвинувачення. Йдеться про надання адвокату права здійснення процесуальних дій та відповідного оформлення процедури отримання ним доказів, аналогічного з оформленням проведення слідчих (розшукових) дій. Зокрема, пропонується надати право адвокатам самостійно виявляти, вилучати та оглядати предмети і документи, отримувати відомості від осіб, проводити необхідні експериментальні дії. Передбачається процесуальне оформлення таких дій відповідними протоколами, які повинні підписуватися адвокатом і всіма учасниками при посвідченні печаткою адвоката [5, с. 148-151]. При такому уявленні про рівність сторін кримінального провадження у проведенні експертиз цілком логічною та обґрунтованою виглядає і пропозиція щодо відшкодування (компенсації) з державного бюджету стороні захисту витрат на проведення експертизи [6, с. 332].

Видається, що реалізація вказаних пропозицій призводить до логічного висновку про створення кількох суб'єктів досудового розслідування, на що слушно звертає увагу В.В. Бажанюк [10, с. 141-142]. Виникає питання, а наскільки правомірним є таке вирішення проблеми забезпечення рівності сторін у проведенні експертиз, і взагалі у кримінальному провадженні?

На наш погляд, надання законодавцем стороні захисту права самостійного залучення експертів і наступні пропозиції науковців щодо створення механізму реалізації такого права побудовані на кількох хибних, але принципово важливих уявленнях (посилках). Видається, що до таких посилки потрібно віднести визначення суттєвих відмінностей між стадіями досудового розслідування і судового провадження з точки зору вирішуваних завдань та їх суб'єктів.

При спільності завдань (ст. 2 КПК України) стадії досудового розслідування і судового провадження істотно відрізняються одна від одної умовами їх вирішення і повноваженнями учасників. Досудове розслідування — це стадія кримінального провадження, яка починається з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР і закінчується закриттям кримінального провадження або направленням до суду обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності (п.5 ст. 3 КПК України). На цій стадії уповноважені державні органи збирають та оцінюють докази з метою встановлення всіх обставин кримінального правопорушення, винної у його вчиненні особи і притягнення її до кримінальної відповідальності. Для виконання цієї державної функції орган розслідування наділяється виключним правом проведення слідчих (розшукових) дій, результати яких оцінюються неупереджено, як з точки обвинувачення певної особи, так і виправдання її чи пом'якшення відповідальності (ч. 2 ст. 93, 94 КПК України). Таким чином службові особи виконують функцію не стільки обвинувачення, а пізнавальну функцію у формі доказування з метою встановлення об'єктивної істини в кожному окремому випадку. Для виконання своєї функції орган досудового розслідування наділений владними повноваженнями і правом застосування примусу від імені держави. Результати цієї діяльності потім досліджуються у судовому провадженні, яке закінчується ухваленням та проголошенням судового рішення по суті справи.

Сторона ж захисту під час досудового розслідування виконує зовсім іншу функцію - вона полягає у забезпеченні адвокатського контролю за дотриманням органом розслідування належної правової процедури. При цьому дана функція виконується адвокатом незалежно від будь яких державних органів, захисник не наділяється владними повноваженнями. Відповідно ст. 2 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» Адвокатура України - це недержавний самоврядний інститут, що забезпечує здійснення захисту на договірних умовах між клієнтом та адвокатом. Адвокату забороняється займати у справі позицію всупереч волі клієнта, крім випадків, якщо адвокат впевнений у самообмові клієнта [18].

Таким чином на сторону захисту не покладається завдання встановлення істини у кримінальному провадженні. В адвокатському середовищі став крилатим вислів: «Мене не цікавить, чи скоїв мій клієнт інкримінований йому злочин, але я доведу, що звинувачення не відповідає букві закону». До-

сягнення цієї мети бачиться, перш за все, у визнанні недопустимими доказів, представлених органом розслідування, шляхом реалізації адвокатської технології, пов'язаної з аналізом всієї процедури отримання доказів під час досудового розслідування і виявлення її порушень. Зокрема у кримінальних провадженнях, в яких проводилися експертизи і висновки яких спрямовані проти інтересів клієнта, адвокату рекомендується ставити під сумнів такі висновки, використовуючи загальні можливості, передбачені КПК України [16, с. 19, 25].

Поряд з цим сторона захисту має право і самостійно збирати і подавати до суду докази. В Законі України “Про адвокатуру та адвокатську діяльність” для належного виконання договору про надання правової допомоги адвокату надається право збирати відомості про факти, що можуть бути використані як докази, в установленому законом порядку запитувати, отримувати і вилучати речі, документи, їх копії, ознайомлюватися з ними та опитувати осіб за їх згодою (п. 7 ст. 20). Окрім того адвокат має право одержувати письмові висновки фахівців, експертів з питань, що потребують спеціальних знань (п. 10 ст. 20) [18]. Положення вказаного закону мають загальний характер, оскільки стосуються не тільки кримінального провадження, але й цивільного, господарського та адміністративного судочинства. Очевидно, що пріоритетний характер для кримінального провадження мають відповідні положення КПК України.

Згідно ч. 3. ст. 93 КПК України сторона захисту може здійснювати збирання доказів наступними шляхами:

- 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 шляхом подання слідчому, прокурору відповідних клопотань;
- а також шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів.

В цьому переліку прав важливо звернути увагу на те, що сторона захисту не наділена правом самостійного проведення слідчих (розшукових) дій, вона може лише ініціювати їх проведення. З урахуванням цього наданням статтею 243 КПК України стороні захисту права самостійно залучати експертів на договірних умовах для проведення експертизи (у тому числі обов'язкової) виглядає явно суперечливим. Адже для її проведення експертові потрібно надати низку об'єктів та матеріалів, більшість з яких можливо отримати лише шляхом проведення слідчих (розшукових) дій. Так, для проведення порівняльного експертного дослідження потрібні зразки (для почеркознавчої експертизи потрібні вільні, умовно-вільні, експериментальні зразки почерку особи), відібрання яких повинно відбуватися за встановленою процедурою. При відібранні ж біологічних зразків в особи, яка добровільно не бажає їх надавати, вони вилучаються примусово тільки на підставі ухвали слідчого судді чи суду за клопотанням сторони. Якщо таке клопотання подається стороною захисту, то слідчий суддя, суд має право зобов'язати слідчого, прокурора примусово відібрати біологічні зразки для задоволення такого клопотання (ч. 3 ст. 245 КПК України).

Видається, що наведені приписи не зовсім узгоджуються з іншими положеннями КПК України, які визначають права сторони захисту щодо використання експертизи для виконання своєї функції під час досудового розслідування — наданні правової допомоги своєму клієнтові. Адже вони цілком і повністю можуть бути реалізовані під час:

- 1) ініціювання проведення експертизи шляхом подання відповідного клопотання слідчому, прокурору, яке повинно бути розглянуто в установленому порядку (ч. 3 ст. 93 КПК України);
- 2) ініціювання проведення експертизи шляхом подання відповідного клопотання слідчому судді у разі, якщо:
  - для вирішення питань, що мають істотне значення для кримінального провадження, необхідне залучення експерта, проте сторона обвинувачення не залучила його;
  - 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;
  - 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;

- сторона захисту не може залучити експерта самостійно через відсутність коштів чи з інших об'єктивних причин (ч. 1 ст. 244 КПК України).

На тлі вказаних прав сторони захисту щодо ініціювання проведення експертизи під час досудового розслідування виникає питання щодо доцільності надання ще й права самостійного залучення експерта (при відсутності повноважень на проведення слідчо-розшукових дій для належної підготовки експертного дослідження). Адже намагання усунення “декларативності” права сторони захисту самостійного залучення експерта шляхом надання їй права здійснення фактично слідчих (розшукових) дій обумовлює необхідність перегляду низки принципово важливих положень КПК України.

На наш погляд, буквальне тлумачення рівності сторін у збиранні і поданні до суду доказів неминуче веде до визначення (визнання) у досудовому розслідуванні кількох уповноважених суб'єктів (не слід забувати й про потерпілого та його представника, які мають право подавати докази та ініціювати проведення слідчо-розшукових дій). Видається, що це призведе до негативних наслідків — розбалансування досудового розслідування і неможливості ефективного вирішення завдань кримінального провадження. Вирішення проблеми бачиться у наділенні сторони захисту таким об'ємом прав у питаннях залучення експерта, які потрібні для виконання функції надання правової допомоги клієнтові (підозрюваному) шляхом здійснення адвокатського контролю за проведенням експертизи. З огляду на це видається доволі слушною пропозиція В.В. Бажанюка, яка полягає у зобов'язанні дізнавача слідчого, прокурора (органу досудового розслідування) при призначенні експертизи ознайомлювати сторону захисту з відповідною постановою (дорученням), роз'яснювати право подавати пропозиції (клопотання) щодо об'єктів дослідження, формулювання питань експертові, визначення експертної установи та ін. Після отримання висновку експерта орган досудового розслідування також зобов'язується ознайомити з ним і сторону захисту [10, с. 143]. Логічним є й збереження права сторони захисту ініціювати проведення експертизи шляхом подання відповідного клопотання слідчому, прокурору, слідчому судді.

**Висновки.** Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок, що надання стороні захисту права самостійно залучати експертів на договірних умовах для проведення експертизи під час досудового розслідування без визначення процедурного механізму його реалізації суперечить іншим положенням КПК України і тому виглядає декларативним. Визначення обсягу прав сторони захисту щодо проведення експертизи повинно базуватися на врахуванні функції надання правової допомоги підозрюваному (обвинуваченому), здійснення адвокатського контролю за збиранням доказів шляхом проведення експертизи.

### Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів : Закон України від 3 жовтня 2017 року № 2147-VIII. / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19> (дата звернення 15.04.2022).
2. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення окремих положень кримінального процесуального законодавства : Закон України від 04.10.2019, № 187-IX. / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/187-20#n42> (дата звернення 15.04.2022).
3. Журавель В. А. Залучення експерта: процесуальні та організаційні проблеми. *Вісник Луганського державного університету ім. Е. О. Дідоренка*. 2014. Спецвип. № 1. С. 16–20.
4. Моїсєєв О. М. Проблеми, пов'язані із залученням судового експерта до участі в кримінальному провадженні. *Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Серия «Юридические науки»*. Том 27 (66). 2014. № 3. С. 194–203.
5. Щербаківський М. Г. Проведення та використання судових експертиз у кримінальному провадженні: монографія. Харків : В деле, 2015. 560 с.
6. Куриленко Д.В. Сучасні проблеми залучення експерта у кримінальному провадженні. *Науковий вісник публічного та приватного права*. Вип. 2. ч. 2. 2016. С. 331-334.
7. Сімакова-Єфремяк Е. Б. Деякі проблемні питання застосування нових норм з питань призначення та проведення судової експертизи. URL: <http://ondise.od.ua/DOC/vipusk3/pitannyaiprizna4enyataprovodennyaexpertizi.pdf> (дата звернення 09.12.2021).
8. Макаренко Є. І., Здор В. М. Проблеми призначення судової експертизи у кримінальному провадженні. *Право і суспільство*. № 3 / 2019. С. 218-222.

9. Авдеева Г. К. Місце судової експертизи у науково-технічному забезпеченні слідчої діяльності в умовах змагального кримінального провадження. *Питання боротьби зі злочинністю*. Вип.41. 2021. С. 88-93.
10. Бажанюк В.В. Про змагальність сторін в проведенні судової експертизи. *Правовий часопис Донбасу*. №1(78). 2022. С.139-145.
11. Кримінальний процесуальний кодекс України /Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2013, № 9-10, № 11-12, № 13, ст.88. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text> (дата звернення 15.04.2022).
12. Kathleen Kuiper (2021). Adversary procedure. *Encyclopedia Britannica*. URL: <https://www.britannica.com/topic/adversary-procedure> (дата звернення 15.04.2022).
13. Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. *Updated on 31 August 2021*. p.7. URL: [https://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_6\\_criminal\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_eng.pdf) (дата звернення 15.04.2022).
14. Клименко Н.І. Щодо інституту конкурентної (альтернативної) експертизи. *Теорія та практика судової експертизи і криміналістики*. 2011. Вип. 11. С. 211-216.
15. Калініна І.В. Розвиток конкурентної (альтернативної) експертизи в Україні. *Теорія і практика судової експертизи і криміналістики* : матеріали всеукр. наук-практ. конф. з нагоди 85-річчя доктора юридичних наук, професора Ніни Іванівни Клименко (Київ, 27 лютого 2018 р.). Київ-Маріуполь, 2018. С. 120-121.
16. Зейкан Я.П. Про недопустимі докази. Харків : Фактор, 2019.128 с.
17. Несінов Олег. Використання недоликів у висновках експертів на користь сторони захисту. URL:<https://iadvocate.com.ua/vykorystannya-nedolikiv-u-vysnovkah-ekspertiv-na-koryst-storony-zahystu> (дата звернення 15.04.2022).
18. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI. / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text> (дата звернення 25.04.2022).