



*В.Г. Гончаренко,
доктор юридичних наук, професор,
академік Академії правових наук України
(Академія адвокатури України)*

Про призначення судової експертизи адвокатом

Заголовок статті може викликати подив, адже призначення судової експертизи адвокатом законодавством України не передбачено. Проте це зроблено цілком свідомо, щоб продемонструвати тверду впевненість, що бажане невдовзі стане дійсним, бо цього вимагають принципи правової держави, незаперечні права людини і проголошена узаконена декларація про домінування у всіх суспільних відносинах принципу верховенства права.

Розглядаючи це, на перший погляд, дуже окреме питання нашого судочинства, ми зіткнулися з необхідністю почати обґрунтування нашої позиції з аналізу загальних положень теорії права, логіки конституційних норм, постулатів кримінального процесу й систематичного тлумачення приписів Кримінально-процесуального кодексу України. Інакше наші висновки і рекомендації щодо конкретно поставленого питання будуть мало переконливими, а тому – безперспективними.

В ч. 4 ст. 29 Конституції України без всяких виключень зазначається, що кожний заарештований чи затриманий має право і йому повинна бути надана можливість захищати себе особисто та користуватися **правовою** (підкреслення наше. – В.Г.) допомогою захисника [8, 12]. Очевидно, що **правову** допомогу в точному розумінні цього слова може здійснити не будь-який захисник, а лише дипломований юрист, уповноважений законом виконувати таку роботу, тобто адвокат. Не менш очевидним

у цьому випадку є й те, що законодавець недвозначно вводить в дію принцип рівності, реалізація якого забезпечується дією принципів диспозитивності і змагальності, бо захищатись можна не від будь-чого взагалі, а від конкретно висловленого обвинувачення чи підозри (змагальність), і орган, який здійснив арешт чи затримання, зобов'язаний забезпечити можливість захищатися чи одержувати правову допомогу (диспозитивність).

Далі в Конституції цей канон утверджується ще з більшою силою. В ч. 2 ст. 63 чітко зазначається, що підозрюваний, обвинувачений чи підсудний має право на захист [8, 26], причому в ч. 2 ст. 59 Конституції на державу й суспільство покладається обов'язок забезпечити здійснення права на захист та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні (наприклад, в органах досудового слідства. – В.Г.) через адвокатуру [8, 25]. З цього випливає гранично очевидний висновок, що захист від підозри або обвинувачення починається вже на досудових стадіях процесу, причому держава зобов'язана забезпечити рівність обвинувачення й захисту через їх змагальність, яку своїми діями уособлюють професійно рівнозначні юристи. Це повністю узгоджується з панівною правовою доктриною, що кримінальний процес за своєю сутністю є процесом обвинувальним і обов'язково починається з висунення публічного докору конкрет-

ному чи гіпотетичному суб'єкту щодо аномальних діянь, які Кримінальним кодексом віднесені до числа злочинів [7, 103]. Регулювання кримінально-правових відносин відбувається, в основному, через кримінальний процес, який є способом захисту кримінального матеріального права і здійснюється через три визначальні функції: обвинувачення, захисту і вирішення справи по суті. З порушенням кримінальної справи зразу ж виникає функція обвинувачення, яка детермінує негайну появу функції захисту, що, власне, і впливає із ст. 29, 59 і 63 Конституції [3, 38]. Таким чином, за будь-яких умов обвинувачення викликає до життя захист, а захист може існувати лише як протистояння обвинуваченню, бо інакше захист є безпредметним, причому ініціатором цього протистояння є, безумовно, обвинувачення [5, 90].

Функції обвинувачення і захисту існують одночасно і на основі рівності аж до зникнення першої з них за будь-яких процесуальних підстав, створюючи режим змагальності і підкоряючись його правилам. Інакше і не може бути, бо змагальність обвинувачального і захисного начал є серцевиною кримінального процесу, умовою і способом досягнення істини, тобто виконання завдань правосуддя в цілому. Нам у зв'язку з цим надзвичайно імponує висловлювання В.М. Юрчишина, який під принципом змагальності розуміє “сукупність закріплених у законі приписів, процесуальних правил і методів їх виконання, які діють у всіх стадіях кримінального процесу, ґрунтуються на доступі до правосуддя, зіткненні протилежних інтересів наділених рівними правами сторін, чіткому розподілі та розмежуванні функцій” [15, 79]. Загалом подібну позицію займають й інші вчені [9, 95; 14, 121].

В зв'язку з цим викликає серйозні сумніви норма ст. 129 Конституції, яка знаходиться в розділі VIII “Правосуддя” і в своїй частині 3 визначає засади **судочинства**, зокрема, рівність всіх учасників судового процесу перед законом і судом, змагальність сторін, забезпечення обвинуваченому права на захист [8, 61]. В цьому ж ключі сформульована й норма ст. 16¹ КПК,

яка була введена через п'ять років після прийняття Конституції: “Розгляд справ у судах відбувається на засадах змагальності” [10, 49].

А сумніви виникають з багатьох підстав. Перша з них належить до числа понятійно-термінологічних у зв'язку з вживанням термінів “правосуддя” і “судочинство” та визначенням місця досудового слідства і переліку засад його здійснення, оскільки в Конституції мова йде лише про засади судової діяльності. Справа в тому, що кримінальне судочинство не може здійснюватись без досудового слідства (за мізерним виключенням справ приватного обвинувачення), про яке в Конституції немає жодного слова, а між тим саме там з'являється обвинувачення і саме на нього, зокрема, спрямована дія ст. 59 і 63 Конституції. Між іншим, ніхто інший, як судді санкціонують взяття під варту підозрюваних або обвинувачених на досудовому слідстві та дають санкцію на проведення обшуку в жилих приміщеннях на цій же стадії процесу, здійснюючи тим самим акти правосуддя. Крім того, саме на досудовому слідстві можуть прийматись визначні в сенсі захисту прав людини рішення про закриття законно порушених справ за відсутністю події злочину або відсутністю складу злочину, в тому числі в результаті протистояння обвинувачення й захисту. До якої ж категорії актів державної влади можна віднести ці рішення, як не до актів правосуддя, адже вони в загальнообов'язковому порядку знімають офіційно з невинуватої людини підозру або обвинувачення?

Тому, на нашу думку, слід розмежувати поняття правосуддя (судження про право в органах, які забезпечують і здійснюють судовий захист) і судочинство (чинення справ у судах). Тоді ми матимемо загальні засади правосуддя, серед яких визначальними мають бути рівність сторін, змагальність, диспозитивність, забезпечення обвинуваченому права на захист, обов'язковість рішень уповноважених органів правосуддя, а також специфічні засади судочинства, як складової і вирішальної частини правосуддя, наприклад, гласність судового процесу,

забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду та ін.

Аналізуючи ст. 129 Конституції, ми не можемо залишити поза увагою деякі недоречності, хоча вони прямо й не стосуються теми нашого дослідження. Мова йде про два пункти частини 3 цієї статті. У п. 2) до засад судочинства віднесено рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом, що є спотвореним утвердженням рівності сторін, адже наведене формулювання ніяк не відповідає розмаїттю їхніх прав і обов'язків, процесуальних інтересів, характеру і меж відповідальності тощо. Що ж стосується п. 6) про забезпечення обвинуваченому права на захист, то законодавець *volens nolens* розповсюдив цю засаду на стадію досудового слідства, хоча визначав засади судочинства, бо *обвинувачений* є процесуальною фігурою саме досудового слідства, а в суді він перетворюється на *підсудного*.

Таким чином, ми можемо вже перейти до аналізу підстав і можливостей реалізації захистом (адвокатом) принципів рівності сторін, змагальності й диспозитивності у використанні спеціальних знань, в тому числі – й у призначенні судових експертиз. В п. 13) ч. 2 ст. 48 КПК та в ст. 6 Закону України “Про адвокатуру” адвокату при здійсненні ним професійної діяльності надано право, зокрема, одержувати письмові висновки фахівців з питань, що потребують спеціальних знань [1, 33; 10, 130], хоча в переліку джерел доказів, передбачених ч. 2 ст. 65 КПК висновок фахівців не значиться. Варто повідомити, що в деяких країнах пострадянського простору право одержувати допомогу від спеціалістів в галузі науки і техніки звучить ще скромніше, наприклад, в ст. 103 КПК Республіки Беларусь адвокату надається право запитувати думку спеціалістів щодо питань, які вимагають спеціальних знань [6, 74].

Надання адвокату права використовувати під час збирання доказів спеціальні знання не через клопотання до слідчого, а безпосередньо звертаючись до відповідних експертних установ і окремих фахівців, безумовно, є позитивним кроком в утвер-

дженні рівності та змагальності суб'єктів доказування в кримінальному процесі, бо вводить в діяльність адвоката загальнонауковий метод експертних оцінок і тим самим розширює і збагачує його пізнавальні можливості [2, 24; 12, 71; 13, 45]. Але юридичне доказування, будучи окремим випадком пізнання, вимагає обов'язкового дотримання процесуальної форми, без чого встановлені важливі для справи факти не можуть використовуватись для обґрунтування юридичних рішень, тобто вони не матимуть ознаки допустимості.

На жаль, автори коментарів до КПК, Закону “Про адвокатуру” та Закону “Про судову експертизу” змушені незворушно коментувати надане адвокату право отримувати письмові висновки фахівців з питань, що потребують спеціальних знань, підкреслюючи, що це право не слід плутати з правом проведення експертиз, але не пояснюючи, у якій процесуальній формі такі висновки фахівця можуть використовуватись як докази або зовсім замовчуючи цю обставину [1, 39; 4, 6; 10, 133], без чого питання про допуск цих висновків в процес доказування просто повисає в повітрі.

Оскільки введення в закон права захисника звертатися до фахівця для отримання висновків із спеціальних питань і відсутність процесуальної можливості реалізації результатів здійснення цього права в доказуванні є цілковитим фарисейством, покликаним створити нічого не варту видимість рівності сторін при законодавчому утвердженні цілковитого домінування обвинувачення, то практика, спираючись на свої потреби і пропозиції деяких вчених, пішла шляхом використання висновків фахівців у доказуванні як передбачених ч. 2 ст. 65 КПК “інших документів”, а самих фахівців, що дали висновки, в разі потреби як свідків [12, 77].

Цей юридичний пасаж є теоретично повністю неспроможним, а тому ні за яких умов не може впроваджуватись у практику. Справа в тому, що будь-який *висновок* (експерта, фахівця, вченого) є результатом особистого дослідження, а тому він може бути лише персональним, належить до

категорії особистих доказів, а документ є об'єктивізованим викладом або засвідченням спеціальними знаками обставин, причому в сенсі ст. 83 КПК ці обставини повинні ще й мати значення для справи [10, 224, 238; 12, 28]. Інакше кажучи, висновок створюється і несе нове знання, а документ (“інший документ”) лише викладає або засвідчує вже існуючі, встановлені факти. Тому штучне віднесення “висновків фахівця” до “інших документів” в царині теорії доказів є абсолютно неспроможним. До цього слід додати (хоч це й не має ніякого принципового значення), що фахівець як процесуальна фігура в розглядуваному нами аспекті не несе ніякої відповідальності за завідомо неправильний висновок або за відмову від виконання покладених на нього обов'язків в сенсі ст. 384 або 385 КК України, що взагалі омертвляє реалізацію наданого адвокату права та може поставити його у край сумнівне становище, коли він, будучи впевненим у своїй правоті, оперуватиме висновком фахівця, не маючи ніяких гарантій його доброякісності.

Що ж стосується пропозицій про можливість допиту фахівця, якого залучає адвокат для вирішення якогось питання із застосуванням спеціальних знань, як свідка, то тут лежить на поверхні явне ігнорування змісту понять окремих учасників процесу та їх функцій. Особа набуває статус свідка, якщо вона володіє інформацією про обставини, які підлягають встановленню або перевірці у кримінальній справі. Інформація про обставини справи може бути одержана свідком як в результаті особистого, безпосереднього сприйняття фактів, так і зі слів інших осіб, які бачили або іншим шляхом їх сприймали. Тому свідок є абсолютно незамінним [10, 208–210]. Фахівцем же може бути будь-яка особа, яка має відповідні спеціальні знання, його за певних умов можна відвести й замінити, і від нього зовсім не вимагається, щоб він щось знав про обставини справи, а тим більше – давав щодо них показання. Цю пропонувану процедуру допиту фахівця можна охарактеризувати як ерзац-допит quasi-експерта.

Між тим, використання адвокатом спеціальних знань у формі судової експертизи є дуже бажаним, бо являє собою надійний і дієвий засіб піднесення рівня ефективності функції захисту, наповнення живим змістом дію принципів рівності та змагальності [2, 23].

Проте весь проведений нами аналіз правових норм і практики застосування спеціальних знань показує, що призначення експертизи в нашому процесі належить до виключної компетенції слідчого та суду, а тому можливості адвоката в цій сфері нікчемні, в зв'язку з чим, як правильно зазначає В.О. Попелюшко, монополія на експертизи “практично перекреслює щонайменше такі принципи цивілізованого кримінального судочинства як забезпечення обвинуваченому права на захист та змагальність” [12, 75]. Більше того, в літературі можна зустріти не безспірну, але цікаву і принципову пропозицію про необхідність надання обвинуваченому права самостійно збирати будь-які дані, які можуть бути визнані доказами в кримінальній справі [11, 29]. Отже, вже можна побачити паростки знакової і достатньо прогресивної тенденції посилення нормативного і наукового забезпечення функції захисту у відправленні правосуддя, що має бути оцінено як безумовний позитив.

Складну ситуацію, що виникла в зв'язку з наданням адвокату права користуватись спеціальними знаннями через фахівця, теоретично і законодавчо можна бездоганно вирішити двома нерівнозначними, але так чи інакше прийнятними шляхами. Перший шлях зводиться до того, щоб, як пропонує, наприклад, В.О. Попелюшко, висновок фахівця з питань, які відносяться до його професійної компетенції, отриманий на запит захисника, мав таке ж доказове значення, як і висновок експерта, та перебував в ряду доказів кримінальної справи як окремий самостійний їх вид [12, 78]. Дійсно, це зняло б всі сумніви щодо допустимості висновку фахівця як джерела доказів, а факти, викладені в ньому, були б не менш авторитетними, ніж викладені у висновку експерта. Але це надто формаль-

ний, кількісний підхід, реалізація якого, вирішивши одні завдання, поставила б нові. По-перше, і експерт, і фахівець в сенсі їхньої обізнаності визначаються однаково як особи, що володіють науковими, технічними або іншими спеціальними знаннями (або знаннями в галузі науки, техніки, мистецтва чи ремесла), тобто експерт стає експертом саме тому, що він є фахівцем, а кожний фахівець в пізнавальному плані може бути експертом. Тому вживання різних термінів до статусу осіб, які виконують абсолютно однакові пізнавальні функції тільки тому, що результатами їхньої праці користуються різні учасники процесу, є теоретичним безглуздом. По-друге, оперування в процесуальному спілкуванні різними термінами, які означають однакові за сутністю результати досліджень і можуть стосуватися одних і тих же фактів, породжуватиме небажану плутанину. По-третє, немає ніяких підстав вважати запит адвоката щодо проведення спеціалізованих досліджень обов'язковим для виконання керівниками експертної установи чи приватним фахівцем, рівно як немає визначеності щодо обов'язку слідчого приєднати до справи висновок спеціаліста, представлений йому адвокатом. Таким чином, цей шлях, хоч і вирішує

справу, але породжує при цьому безліч небажаних теоретичних і процесуальних проблем.

Другий шлях є більш радикальним та принциповим і полягає в тому, щоб законодавець закріпив право адвоката-захисника **призначати** судові експертизи, які можна назвати експертизами захисту, при цьому забезпечив йому можливість обирати для проведення експертизи конкретного експерта та за обумовлених обставин брати участь разом з обвинуваченим у експертних дослідженнях [12, 76; 13, 49]. У такий спосіб могло б бути вирішеним і наболіле питання про можливість проведення альтернативної експертизи. Суттєво з розглянутим основним питанням неодмінно мають вирішитись і питання про обов'язковість для керівництва експертної установи чи приватного фахівця на договірній основі проведення експертного дослідження на підставі листа адвоката про призначення експертизи, а також про обов'язок слідчого приєднати до справи без всяких обмовок матеріали такої експертизи. Позитивне вирішення цього і низки пов'язаних з цим питань, безумовно, буде сприяти утвердженню в правосудді не декларативної, а реальної рівності.

Список літератури:

1. **Варфоломеева Т.В.** Науково-практичний коментар до Закону України “Про адвокатуру” / Т.В. Варфоломеева, С.В. Гончаренко. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 432 с.
2. **Гончаренко В.Г.** Спеціальні знання: генезис, предмет, рівні, форми використання в доказуванні / В.Г. Гончаренко, В.В. Курдюков, К.В. Легких // Вісник Академії адвокатури України. – 2007. – Число 2(9). – С. 22–34.
3. **Гончаренко В.Г.** Принцип науковості як методологія юридичного нормотворення / В.Г. Гончаренко // Вісник Академії адвокатури України. – 2007. – Число 3(10). – С. 32–44.
4. **Експертизи в судовій практиці** / За заг. ред. В.Г. Гончаренка. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – 388 с.
5. **Захаров П.С.** Роль адвоката у процесі доказування на досудовому слідстві в Україні / П.С. Захаров // Вісник Академії адвокатури України. – 2008. – Число 1(11). – С. 87–91.
6. **Зорин Р.Г.** Инициатива защитника по доказыванию как противодействие обвинению в уголовном судопроизводстве / Р.Г. Зорин // Вісник Академії адвокатури України. – 2008. – Число 1(11). – С. 74–77.
7. **Ісмаїлова Л.Б.** Функція обвинувачення в кримінальному судочинстві в контексті рівності сторін / Л.Б. Ісмаїлова // Вісник Академії адвокатури України. – 2006. – Вип. 1(5). – С. 102–110.
8. Конституція України. – К.: Преса України, 1997. – 80 с.

9. Кримінальний процес України. Підручник / За ред. Ю.М. Грошевого та В.М. Хотинця. – Харків: Право, 2000. – 494 с.
10. Кримінально-процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За заг. ред. В.Т. Малярєнка, В.Г. Гончарєнка. – К.: Юрисконсульт, КНТ, 2008. – 896 с.
11. **Подгорецький М.А.** Шляхи вдосконалення реалізації конституційного права обвинуваченого на захист / М.А. Подгорецький // Вісник Академії адвокатури України. – 2007. – Число 1(8). – С. 28–33.
12. **Попелюшко В.О.** Спеціальні знання в кримінальному процесі та захист / В.О. Попелюшко // Вісник Академії адвокатури України. – 2006. – Вип. 3(7). – С. 71–81.
13. **Селина Е.** Состязательность в применении специальных познаний по уголовным делам / Е.В. Селина // Российская юстиция. – 2003. – № 3. – С. 14–15.
14. **Строгович М.С.** Курс советского уголовного процесса / М.С. Строгович. – М.: Наука, 1968. – Т. 1. – 470 с.
15. **Юрчишин В.М.** Реалізація принципу змагальності в кримінальному судочинстві / В.М. Юрчишин // Вісник Академії адвокатури України. – 2008. – Число 1(11). – С. 78–81.

РЕЗЮМЕ

В статье на основе анализа конституционного и уголовно-процессуального законодательства, а также практики использования адвокатом специальных знаний решается вопрос о праве адвоката назначать обязательные для проведения судебные экспертизы.

SUMMARY

The problem connecting with the right of lawyer to set obligatory legal examinations is investigated by the author on the base of the constitutional and criminal

Подано 05.09.08