

## ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА ЗАХИСТ ПІД ЧАС ОБШУКУ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ: ОГЛЯД ПРАКТИКИ ВЕРХОВНОГО СУДУ

### PROBLEM ISSUES OF PROVIDING THE RIGHT TO PROTECTION DURING A SEARCH UNDER THE CONDITIONS OF MARTIAL STATE: REVIEW OF THE PRACTICE OF THE SUPREME COURT

Горбачов Д.М., к.ю.н.,

старший науковий співробітник відділу проблем кримінального права, кримінології та судоустрою

*Інститут держави і права імені В.М. Корецького Національної академії наук України*

У науковій статті досліджуються зміни в кримінальному процесі України, обумовлені введенням воєнного стану, зокрема, у контексті проведення обшуків. Проаналізовано нові положення Кримінального процесуального кодексу України, які регулюють порядок проведення обшуку й спрямовані на підвищення ефективності розслідування в умовах воєнного стану. Розглянуто вплив новел на дотримання основоположних прав підозрюваного. Особливу увагу приділено можливості дистанційної участі захисника під час обшуку, що має як переваги (безпека захисника або представника, економія часу та ресурсів, зручність для учасників, забезпечення швидкого й повного досудового розслідування), так і недоліки (обмеження можливостей захисника, порушення право на конфіденційність, ризик маніпуляцій з доказами, ускладнення контролю за процесуальними діями). Також розглянуто дозвіл на проведення слідчих дій цілодобово, навіть у нічний час. Ці нововведення, спрямовані на підвищення ефективності розслідування, однак може ускладнити забезпечення права на захист, особливо в умовах комендантської години.

Досліджено практику Верховного Суду, відповідно до якої право на захист особи під час проведення обшуку не забезпечується правоохоронними органами, а його порушення не завжди призводить до визнання доказів недопустимими. Відповідна гарантія повністю покладається на заінтересовану особу. Така позиція дозволить запобігти уникненню винною особою відповідальності за «формальне недотримання вимог кримінального процесуального закону при отриманні доказу».

Існує і негативний вплив зазначеної позиції на дії та рішення правоохоронних органів в частині дотримання прав підозрюваних під час досудового розслідування. Сторона обвинувачення у кримінальному провадженні може нехтувати відповідними процесуальними вимогами щодо забезпечення права на захист під час обшуку з огляду на те, що у разі його порушення це не впливатиме на допустимість отриманого доказу.

У статті акцентована увага на важливості досягнення балансу між необхідністю проведення ефективних розслідувань в умовах воєнного стану та забезпеченням основоположних прав і свобод людини. Підкреслено, що зміни до законодавства, хоч і спрямовані на підвищення ефективності правоохоронної діяльності, не повинні призводити до невиправданого обмеження прав громадян. Надзвичайно важливо, щоб правоохоронні органи діяли в рамках закону навіть у складних умовах воєнного стану і пріоритетом їх діяльності було забезпечення цих прав і свобод людини.

**Ключові слова:** право на захист, обшук, воєнний стан, захисник, допустимість доказів, дистанційна участь адвоката, основні засади кримінального провадження, слідчі (розшукові) дії, мета обшуку, обов'язки слідчого, істотні порушення вимог кримінального процесуального закону, обов'язкова участь захисника, ефективність досудового розслідування.

The scientific article examines the changes in the criminal process of Ukraine due to the introduction of martial law, in particular, in the context of searches. The new provisions of the Criminal Procedure Code of Ukraine, which regulate the procedure for conducting a search and are aimed at increasing the effectiveness of investigations under martial law, are analyzed. The influence of the novels on the observance of the fundamental rights of the suspect is considered. Special attention is paid to the possibility of remote participation of the defense counsel during the search, which has both advantages (safety of the defense counsel or representative, saving time and resources, convenience for the participants, ensuring a quick and complete pre-trial investigation), and disadvantages (limitation of the defense counsel's capabilities, violation of the right to privacy, the risk of manipulation of evidence, complications of control over procedural actions). Permission to carry out investigative actions around the clock, even at night, was also considered. These innovations, aimed at improving the effectiveness of the investigation, may, however, make it more difficult to ensure the right to a defense, especially under curfews.

The practice of the Supreme Court was studied, according to which the right to the protection of a person during a search is not ensured by law enforcement agencies, and its violation does not always lead to the recognition of evidence as inadmissible. The corresponding guarantee rests entirely with the person concerned. Such a position will prevent the guilty person from avoiding responsibility for "formal non-compliance with the requirements of the criminal procedural law when receiving evidence."

There is also a negative impact of this position on the actions and decisions of law enforcement agencies in respect of the rights of suspects during pre-trial investigation. The prosecution party in criminal proceedings may disregard the relevant procedural requirements for ensuring the right to defense during a search, given that in the event of its violation, this will not affect the admissibility of the evidence obtained.

The article focuses on the importance of achieving a balance between the need to conduct effective investigations under martial law and ensuring fundamental human rights and freedoms. It is emphasized that changes to the legislation, although aimed at increasing the efficiency of law enforcement activities, should not lead to an unjustified restriction of the rights of citizens. It is extremely important that law enforcement agencies act within the framework of the law, even in the difficult conditions of martial law, and the priority of their activities is to ensure these human rights and freedoms.

**Key words:** the right to defense, search, martial law, defense counsel, admissibility of evidence, remote participation of a lawyer, basic principles of criminal proceedings, investigative (search) actions, purpose of search, duties of the investigator, significant violations of the requirements of the criminal procedural law, mandatory participation of a defense lawyer, effectiveness of pre-trial investigation.

24 лютого 2022 року російська федерація розпочала масштабне військове вторгнення в Україну, що стало критичною подією не лише для країни, а й для всього світу. Цей акт агресії викликав глибокі зміни в політичній, соціальній та правовій сферах України. У відповідь на загрозу національній безпеці та територіальній цілісності, Верховна Рада України ухвалила рішення про введення воєнного стану.

Воєнний стан, запроваджений на території всієї країни, передбачає ряд обмежень прав і свобод громадян, а також

розширення повноважень державних органів. Основною метою цих заходів стало забезпечення обороноздатності держави, стабільності суспільства та захисту населення під час збройного конфлікту. В умовах воєнного стану було активізовано діяльність правоохоронних органів, що вимагало адаптації законодавства до нових реалій.

Це стало підставою і для внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України). Ці зміни, з одного боку, мають на меті забезпе-

чення ефективності розслідування кримінальних проваджень, а з іншого – викликають занепокоєння щодо можливих порушень прав і свобод громадян.

Обшук має свої особливості, які в умовах воєнного стану потребують особливої уваги. Необхідність дотримання прав людини під час проведення вказаної слідчої дії стає ще більш важливою, адже розширення повноважень правоохоронних органів може призвести до зловживань і обмеження прав громадян. У цій статті ми розглянемо процесуальні особливості проведення обшуку в умовах воєнного стану, проаналізуємо внесені зміни до законодавства та їх вплив на захист прав людини, а також проблеми, що виникають у практиці реалізації цих норм.

Численні дослідники права, серед яких І. Ф. Літвінова, О. А. Лейба, Ю. В. Шендрик, І. С. Огерук, А. О. Шаповал, М. В. Комарова, А. О. Нечваль та інші, активно вивчають нюанси проведення обшуків у умовах воєнного стану. Їхні дослідження пропонують різні перспективи та інсайти, що допомагають краще зрозуміти складність і особливості цієї процедури в екстремальних умовах.

Слід зазначити, що воєнний стан створює особливі правові умови, які суттєво відрізняються від мирного часу. Це накладає особливі вимоги на органи правопорядку, що здійснюють обшуки. У цій статті хотілося б розглянути окремі процесуальні особливості цієї слідчої дії, які притаманні їй лише в умовах воєнного стану. Ці особливості виникли у зв'язку із прийняттям Закону України від 14 квітня 2022 року № 2201-IX «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо удосконалення порядку здійснення кримінального провадження в умовах воєнного стану» (далі – Закон № 2201-IX).

Прийняття Закону № 2201-IX прогнозувало підвищення ефективності і забезпечення своєчасності здійснення кримінального провадження в умовах введення в Україні або окремих її місцевостях воєнного, надзвичайного стану, а також посилити кримінальні процесуальні гарантії виконання завдань кримінального провадження.

Загалом прийняті зміни відповідають нинішній ситуації у країні, проте в окремих випадках піддаються ризику права і свободи громадян.

Зокрема, звернемо увагу на положення абзацу першого частини першої статті 615 КПК України, яким передбачається можливість залучення захисника до вказаної слідчої (розшукової) дії у дистанційному режимі [2]. Слід погодитися, що реалізація цього положення має свої переваги, до яких слід віднести *безпеку захисника або представника*. Цей формат взаємодії дозволяє уникнути безпосередньої присутності на місці проведення обшуку, що є особливо актуальним у зонах активних бойових дій або регіонах з високим рівнем небезпеки. Завдяки дистанційному підключенню захисник мінімізує ризики для свого життя та здоров'я, пов'язані з можливими обстрілами, мінуванням або захопленням у заручники. Також слід відмітити *економію часу та ресурсів, зручність для учасників*. Це доречно не лише для адвоката, що здійснює представництво інтересів, а й для особи, яку він представляє, адже усі витрати в кінцевому випадку покладатимуться саме на нього. Крім цього такий підхід сприяє виконанню завдань кримінального провадження – *забезпечення швидкого й повного досудового розслідування*. До набрання чинності Закону № 2201-IX його адвоката або представника була можливою лише на місці, при цьому час на прибуття обмежувався трьома годинами (абзац другий частини п'ятої статті 236 КПК України) [2].

Очевидно, що за особливостей такої слідчої (розшукової) дії як обшук, його негайне проведення без витрат часу на очікування представника чи адвоката безпосередньо впливає на досягнення встановленої мети – виявлення та фіксація відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення; відшукування знаряддя кримінального правопорушення або майна, яке було здо-

буте у результаті його вчинення; встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб.

Разом з тим, існують і негативні аспекти особливостей проведення обшуку за участю адвоката або представника у дистанційному режимі. До них варто віднести *обмеження можливостей захисника*. Адже у дистанційному режимі захиснику може бути складніше ефективно захищати інтереси свого клієнта, оскільки він не має можливості безпосередньо оглянути місце проведення слідчої дії, спілкуватися з іншими учасниками процесу в неформальній обстановці тощо. Це породжує і ризик порушення прав учасників процесу. Зокрема, може бути порушене *право на конфіденційність*. Крім того, є ризик *маніпуляцій з доказами*, що ставитиме під сумнів об'єктивність отриманих результатів слідчої (розшукової) дії. Обмежені можливості захисника, який перебуває на відстані, створюють сприятливі умови для здійснення незаконних дій з боку слідчих органів. Відсутність безпосереднього доступу до місця проведення обшуку, неможливість детального огляду вилучених предметів та об'єктів, а також технічні збої, що часто супроводжують відеоконференції, суттєво *ускладнюють контроль за процесуальними діями*.

Слідчі органи можуть скористатися цими обставинами для підміни доказів, додавання до них сторонніх предметів, вилучення лише тих доказів, які підтверджують їхню версію подій, а також для складання протоколу обшуку з неточностями або упуцненнями.

Також у розрізі забезпечення участі захисника варто звернути увагу і на час, у який стало дозволено проводити слідчі (розшукові) дії. Згідно з частиною третьою статті 223 та статтею 615 КПК України, тепер їх може бути проведено цілодобово, навіть у нічний час, з 22:00 до 06:00 [2].

Відповідні зміни, безумовно, впливають на можливості забезпечення участі захисника у таких процесуальних діях. Такі зміни спрямовані на підвищення ефективності досудового розслідування, однак вони також створюють додаткові виклики для гарантування права на захист.

Зауважимо, що в умовах правового режиму воєнного стану в нічний час (з 24:00 до 05:00) на всій території України діє комендантська година, що суттєво ускладнює, а фактично унеможлиблює безпосередню участь захисника у проведенні слідчих (розшукових) дій, зокрема обшуків, обмежуючи його до дистанційного режиму. Комбінація таких факторів, як втома, обмеженість часу та технічні труднощі, що часто супроводжують дистанційну взаємодію, може призвести до порушення прав підозрюваного або обвинуваченого.

Отже, незважаючи на законодавчі гарантії, проблема забезпечення особи захисником або представником під час обшуку залишається актуальною.

Питання залучення захисника під час обшуку досліджувала Нечваль А. О. у своїй дисертаційній роботі, присвяченій «тактиці обшуку у житлі та іншому володінні особи», й наголошувала на дії принципу презумпції незаконності дій або рішень. На її думку, «проведення обшуку вважають незаконним за відсутності даних про залучення захисника у випадках, коли його участь є обов'язковою, що дає підстави дійти висновку про порушення права особи на захист» [3, с. 51].

Разом з тим, судова практика свідчить про те, що порушення права на захист під час обшуку, хоча і є неприпустимим, не завжди має наслідком визнання доказів, отриманих внаслідок такого обшуку, недопустимими.

Слід звернути увагу на окремі рішення Верховного Суду та на висловлену ним правову позицію. Зокрема, у своєму рішенні колегія суддів цього суду зазначила, що «відповідно до частини 1 статті 236 КПК прокурор зобов'язаний допустити на місце його проведення захисника чи адвоката. У той же час не містять обов'язку прокурора або слідчого роз'яснювати особі, у якій проводиться

обшук, її права на правову допомогу». Такого висновку дійшов Верховний Суд, переглядаючи рішення судів попередніх інстанцій, які визнали недопустимим докази, отримані за результатами проведення обшуку житла, у зв'язку з тим, що прокурор не роз'яснив дружині виправданого, яка приймала участь у обшуку, її право на правову допомогу та можливості забезпечення під час обшуку присутності адвоката [4].

Крім цього, у іншому рішенні Верховний Суд зауважив, що «стаття 236 КПК України не містить обов'язку слідчого, прокурора чи іншої службової особи для забезпечення присутності під час проведення обшуку захисника чи адвоката. Натомість закон передбачає лише те, що «слідчий, прокурор не має права заборонити учасникам обшуку користуватися правовою допомогою адвоката або представника. Слідчий, прокурор зобов'язаний допустити такого адвоката або представника до обшуку на будь-якому етапі його проведення».

Отже, хоча законодавець створює умови для участі осіб, чий права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені, а також захисника чи адвоката під час проведення обшуку, він не передбачає, що така участь є суворо обов'язковою з огляду на специфіку цієї слідчої дії» [5].

Таким чином, за правовою позицією суду касаційної інстанції право на захист особи під час проведення обшуку не забезпечується правоохоронними органами. Ця гарантія повністю покладається на заінтересовану особу. Варто відмітити, що така позиція є незмінною і у випадку, коли участь захисника у справі є обов'язковою.

Зокрема, предметом перевірки Верховного Суду були доводи сторони захисту, яка вказувала про порушення права на захист засудженого під час обшуку, оскільки у кримінальному провадженні участь захисника була обов'язковою, однак під час проведення вказаної слідчої дії не було забезпечено присутність адвоката.

За результатами перегляду відповідного судового рішення зроблено висновок про те, що «КПК не містить положення про обов'язкову участь захисника під час обшуку, у тому числі у кримінальному провадженні, у якому участь захисника є обов'язковою згідно з вимогами статей 49, 52 КПК. Тобто навіть обов'язкова участь захисника у кримінальному провадженні за КПК не передбачає обов'язкової участі цього захисника в усіх без винятку слідчих діях» [6].

Важливо, що Верховний Суд, аналізуючи дотримання порядку проведення обшуку службового кабінету, окреслив підходи до визнання допустимості доказів, якщо було допущено порушення вимог процесуального закону під час їх отримання. Зокрема, він вказав, що «підходи до оцінки допустимості показань і допустимості доказів, які хоча й можуть бути отримані примусово, але існують незалежно від волі особи, як, наприклад, документи, зразки дихання, крові, сечі або тканин тіла для проведення експертизи, суттєво відрізняються від оцінки показань особи. Фактори, які можуть зумовити недопустимість показань особи, можуть не мати впливу на допустимість доказів, які мають зовсім іншу природу».

Таким чином, хоча при проведенні слідчих дій в кабінеті після затримання особи не був присутній захисник, немає підстав вважати, що виявлені речові докази були отримані саме внаслідок відсутності адвоката у значенні ч. 1 ст. 87 КПК України, оскільки присутність чи відсутність адвоката не могла вплинути на їх властивості.

Отже, при розгляді касаційної скарги прокурора у провадженні... Суд урахує вищевказані висновки, а також те, що не у всіх випадках порушення навіть фундаментальних прав і свобод особи під час кримінального провадження має пряму вплив на дотримання гарантій справедливого судового розгляду, зокрема й на допустимість доказів, і не будь-яке формальне недотримання вимог кримінального процесуального закону при отриманні доказу

автоматично тягне необхідність визнання його недопустимим» [7].

За результатами аналізу зазначених рішень Верховного Суду, можна стверджувати, що за позицією касаційного суду відсутність захисника або представника, якщо цього вимагає особа, у якій проводиться обшук, є порушенням права на захист, однак воно не завжди призводитиме до визнання протоколу проведеної слідчої дії недопустимим доказом. Стороні захисту у кожному випадку доведеться доводити яким чином таке порушення вплинуло на об'єктивність отриманих результатів.

Враховуючи, що в окремих кримінальних провадженнях результати проведеного обшуку можуть бути єдиним ключовим доказом винуватості особи у вчиненні того чи іншого кримінального правопорушення, то відповідна позиція дозволить запобігти уникненню винній особі відповідальності за «формальне недотримання вимог кримінального процесуального закону при отриманні доказу» [7].

Однак така позиція має і свої негативні наслідки. Як суд касаційної інстанції Верховний Суд здійснює перегляд судових рішень у межах касаційного оскарження і формулює правові позиції, які є обов'язковими для всіх судів. Це означає, що суди нижчих інстанцій при розгляді аналогічних справ зобов'язані керуватися правовими висновками Верховного Суду. Такий підхід забезпечує стабільність і передбачуваність судових рішень, а також сприяє уніфікації судової практики. А це означає, що висловлені позиції мають значний вплив не лише на рішення судів першої інстанції, а й на діяльність правоохоронних органів, які під час досудового розслідування мають враховувати вказані у постановках Верховного Суду правові позиції, аби уникнути подальшого оскарження їхніх дій у суді. Відтак, правоохоронні органи можуть нехтувати відповідними процесуальними вимогами щодо забезпечення права на захист під час обшуку з огляду на те, що у разі його порушення це не впливатиме на допустимість отриманого доказу. Це відіграє неабияку роль у формуванні та розвитку системи гарантій права на захист під час проведення обшуку.

Доречним є звернення Комарової М. В. до порівняльно-правового аналізу законодавства Республіки Молдова, що може бути корисним при формулюванні висновків. Зокрема, КПК зазначеної держави містить окрему статтю під назвою «Особі, які присутні при проведенні обшуку чи виїмки предметів та документів», якою закріплено, що окрім спеціалістів, перекладачів та представників мають право бути присутніми і захисники при всіх діях органу кримінального розслідування і роботи з цього приводу зауваження та заяви, які вносяться до протоколу. Важливим є те, що якщо особа, в якій проводиться обшук, потребує присутності захисника, процесуальна дія призупиняється до появи захисника, але не більше, ніж на 2 години. Але в невідкладних випадках, коли існує ризик втрати, псування чи знищення доказів, або коли під загрозою стоїть безпека особи, в якій проводиться обшук, або інших осіб, обшук продовжується із вказівкою на причини цього протоколу. Цілком слушною є думка вченої про те, що аналогічний підхід має застосовуватися і до розгляду та розв'язання клопотання особи, в якій проводиться обшук, про участь в обшуку її адвоката. [9, с. 124–125].

Внесення аналогічних змін до КПК України, зокрема закріплення права на обов'язкову присутність захисника або представника під час обшуку та можливості зупинення процесуальної дії до його прибуття (крім невідкладних випадків), може суттєво вплинути на вирішення проблеми порушення права на захист особи, в якій проводиться обшук.

Такий підхід забезпечить:

– реальну можливість реалізації права на захист: особа отримає гарантію, що її інтереси будуть представлені кваліфікованим фахівцем під час обшуку, що мінімізує ризики зловживань з боку правоохоронних органів;

– дотримання принципу змагальності: захисник зможе контролювати дії слідчих, робити зауваження та заяви, що сприятиме об'єктивності та повноті фіксації доказів, у тому числі тих, які доводять невинуватість підозрюваного;

– зміцнення довіри до правосуддя: впровадження таких змін продемонструє прагнення держави забезпечити справедливий та збалансований кримінальний процес, що підвищить рівень довіри громадян до правоохоронної та судової системи.

Разом з тим, і ця пропозиція не вирішує означену проблему у тих випадках, коли доїзд захисника або представника до місця проведення обшуку є неможливим. Тому зміни до законодавства повинні бути комплексними та включати механізми забезпечення права на захист у таких ситуаціях.

**Висновки.** Введення воєнного стану суттєво вплинуло на здійснення кримінального процесу в Україні. Це пов'язано з адаптацією законодавства до нових умов, необхідністю забезпечення національної безпеки та безпеки громадян. Слід враховувати, що зміни в КПК України, які спрямовані на підвищення ефективності розслідування, одночасно створюють ризики для дотримання прав підозрюваних. При цьому позиція Верховного Суду не завжди забезпечує реалізацію права на захист під час проведення обшуків. З огляду на це необхідно знайти баланс між потребами ефективного розслідування та забезпеченням прав людини. Пошук оптимального балансу між цими двома цілями залишається актуальним завданням для правоохоронних органів, судів та законодавця.

#### ЛІТЕРАТУРА

1. Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо удосконалення порядку здійснення кримінального провадження в умовах воєнного стану : Закон України від 14 квітня 2022 року № 2201-IX / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2201-20#n45> (дата звернення: 03.09.2024).
2. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n129> (дата звернення: 31.03.2023).
3. Нечваль А. О. Тактика обшуку у житлі та іншому володінні особи: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2020. 219 с.
4. Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 30.01.2024 у справі № 725/1375/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/116993773>.
5. Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 26.09.2023 у справі № 404/2409/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/113817265>.
6. Постанова колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 20.12.2023 у справі № 212/487/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/115822284>.
7. Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 14.09.2023 у справі № 521/18533/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/113722500>.
8. Огляд судової практики Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду щодо проведення огляду та обшуку (актуальна практика). Рішення, внесені до ЄДРСР, з 2020 року по травень 2024 року. URL: [https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new\\_folder\\_for\\_uploads/supreme/oglyady/Oglyad\\_KKS\\_oglyad\\_obshyk.pdf](https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/oglyady/Oglyad_KKS_oglyad_obshyk.pdf).
9. Комарова М. В. Правові та організаційні засади обшуку у кримінальному провадженні: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2019. 260 с.