

## ЗАХИСНИК ЯК СУБ'ЄКТ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ЗАХИСТ НА СТАДІЇ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

**БІДНАРЧУК Михайло Михайлович - аспірант Харківського національного університету внутрішніх справ**

**УДК 343.121.4(477)**

**DOI: <https://doi.org/10.71404/LAW.UA.2023.4.47>**

*У статті сформульовано авторський погляд на діяльність захисника як суб'єкта реалізації права на захист на стадії досудового розслідування в умовах воєнного стану.*

*На підставі системного аналізу чинного законодавства нами визначено, що перелік випадків обов'язкового залучення захисника на стадії досудового розслідування під час дії правового режиму воєнного стану є ширшим, ніж у мирний час.*

*На підставі аналізу положень ч. 11 ст. 615 КПК України зроблено висновок, що відсутність захисника під час допиту підозрюваного або очної ставки за його участю призводить до недопустимості використання отриманих у ході таких слідчих (розшукових) дій показань. Проте залишається незрозумілою обов'язковість участі захисника тільки під час допиту, у зв'язку із чим пропонується уточнити зміст абз. 2 ч. 11 ст. 615 КПК України, доповнивши положення про необхідність залучення захисника під час проведення слідчого експерименту за участю підозрюваного.*

*Визначено, що дистанційна форма участі захисника під час проведення окремих процесуальних дій в умовах воєнного стану не завжди може повністю відповідати інтересам підозрюваного. Тому слід передбачити право підозрюваного самостійно визначати доцільність дистанційної участі захисника. У разі відмови від такої форми, він має мати можливість вимагати організації очної зустрічі із захисником, положення про що потребує додаткового врегулювання в диспозиції ч. 12 ст. 615 КПК України.*

*Ключові слова: кримінальний процес, досудове розслідування, кримінальне процесуальне законодавство, право на захист, воєнний стан, діяльність захисника.*

### **Постановка проблеми**

В умовах воєнного стану державна правова політика вимушено спрямовується на обмеження конституційних прав і свобод людини. Проте право на захист залишається фундаментальним та не підлягає обмеженню, а тим паче - скасуванню навіть в умовах воєнного стану (ст. 64 Конституції України) [1]. У цьому контексті роль захисника набуває особливого значення, адже саме він є гарантом реалізації цього права. Однак, воєнний час зумовлює появу об'єктивних перешкод для належного здійснення захисту у під час кримінального провадження, зокрема: ускладнений доступ захисника до підозрюваного (через воєнні дії, обмеження пересування, евакуацію, окупацію), загроза безпеці захисника, спрощення процесуальних порядків, що може зменшувати гарантії прав сторони захисту тощо. Все це породжує необхідність актуалізації наукових досліджень діяльності захисника в умовах дії воєнного стану.

### **Аналіз останніх досліджень**

Проблеми діяльності захисника та його повноважень на стадії досудового розслідування поставало предметом досліджень багатьох вчених, серед яких: А.А. Ахундова, О.Р. Балацька, А.М. Бірюкова, О.А. Банчук, Є.І. Виборнова, О.В. Винокуров, Т.Б. Вільчик,

Т.В. Волошанівська, І.В. Гловюк, О.М. Дроздов, І.В. Дубівка, І.М. Зубач, О.В. Климович, С.О. Ковальчук, Т.В. Корчева, О.Ю. Костюченко, Р.О. Куйбіда, О.П. Кучинська, П.М. Маланчук, О.В. Малахова, Т.М. Мирошніченко, М.Г. Моторигіна, І.М. Одинцова, В.О. Попелюшко, Є.В. Смирнов, М.І. Смирнов, О.С. Старенький, М.М. Стоянов, Г.К. Терятник, І.А. Тітко, Т.І. Фулей, О.Г. Шило, О.Г. Шнягін, Б.І. Яворський, О.Г. Яновська інші. Проте більшість із наукових праць стосуються дослідження діяльності захисника в цілому, коли як особливості, що виникають внаслідок об'єктивних факторів, пов'язаних із введенням правового режиму воєнного стану, залишаються поза межами наукового осмислення.

**Метою** проведеного дослідження є визначення діяльності захисника як суб'єкта реалізації права на захист на стадії досудового розслідування в умовах воєнного стану.

#### **Виклад основного матеріалу**

Діяльність захисника представляє собою невід'ємний і реальний компонент системи кримінального процесуального права. Його поява як учасника окремого кримінального провадження обумовлена низкою об'єктивних чинників, зокрема: повідомленням особи про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, затриманням особи, набуттям особою процесуального статусу підозрюваного, обвинуваченого чи засудженого, а також статусу особи, щодо якої може бути застосовано примусові заходи медичного або виховного характеру, чи особи, щодо якої передбачається застосування процедури екстрадиції [2, с. 356]. До цього переліку слід також додати набуття особою статусу 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.

У цьому контексті важливо дослідити особливості залучення захисника до кримінального провадження за умов дії правового режиму воєнного стану, оскільки оперативне забезпечення такої участі виступає ключовою гарантією права особи на захист. Водночас, військові дії, що супроводжують процес досу-

дового розслідування, створюють ризики для зменшення доступності захисника для осіб, які потребують правового захисту, що може негативно вплинути на дотримання правила щодо своєчасного залучення захисника.

Загальні правила залучення захисника до кримінального провадження регламентовані у ст. 46 КПК України. На думку Є.В. Смирнова, виходячи з її змісту, стає очевидним, що на практиці може існувати три самостійні форми залучення захисника, а саме: 1) на запрошення самого підозрюваного (обвинуваченого, засудженого тощо), його родичів або іншою третьою особою; 2) за призначенням на підставі рішення слідчого, прокурора, суду; 3) для участі в проведенні окремої процесуальної дії [3, с. 97]. Слід відзначити, що у зазначеній класифікації її автор використовує одразу два класифікаційні критерії: суб'єкт, що є ініціатором залучення захисника та обсяг діяльності захисника. Поєднання одразу двох критеріїв одночасно, на нашу думку, є некоректним та потребує уточнення, оскільки воно може викликати певні труднощі у практичному застосуванні. Якщо враховувати, хто ініціює залучення захисника до кримінального провадження, можна виокремити дві форми: перша передбачає залучення захисника за власною ініціативою підозрюваного (обвинуваченого, засудженого), його близьких або третьої особи; друга передбачає залучення захисника за призначенням на основі рішення слідчого, прокурора, слідчого судді чи суду. З урахуванням іншого критерію - обсягу участі захисника у кримінальному провадженні можна виділити такі форми його діяльності: участь протягом усього кримінального провадження, участь на окремих етапах або стадіях кримінального провадження, а також участь під час проведення окремих процесуальних дій. Це ж стосується і можливих форм участі захисника на стадії досудового розслідування в умовах воєнного стану.

У літературі також слушно пропонується поділити порядок залучення захисника за призначенням слідчого, прокурора, слідчого судді чи суду на три окремі групи. Перша стосується загальних підстав, коли необхідність участі захисника виникає через бажання особи забезпечити захист своїх прав згідно зі ст. 59 Конституції України. Друга охоплює ви-

падки, коли присутність захисника у кримінальному провадженні є обов'язковою відповідно до положень ст. 52 КПК України. Третя група пов'язана з особливими ситуаціями, такими як затримання особи відповідно до ст. 208 КПК України або застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, передбаченого ст. 183 КПК України [3, с. 98].

На підставі системного аналізу чинного законодавства нами визначено, що положення про забезпечення обов'язкової участі захисника на етапі досудового розслідування в умовах воєнного стану поширюється на такі категорії осіб: суб'єктів, яким мають статус підозрюваного чи обвинуваченого (засудженого) у вчиненні особливо тяжкого злочину; осіб, які мають статус підозрюваного або обвинуваченого (засудженого) у кримінальному провадженні та не досягли 18 річного віку, а також щодо яких передбачається застосування примусових заходів виховного характеру; суб'єктів, які не здатні самостійно реалізувати свої права через психічні чи фізичні вади; осіб, що не володіють мовою, якою ведеться кримінальне провадження; суб'єктів, щодо яких передбачається застосування або вирішується питання про застосування примусових заходів медичного характеру; осіб, щодо яких здійснюється спеціальне досудове розслідування; а також тих, хто заявив клопотання про надання захисника, але не має змоги залучити його самостійно через відсутність фінансових ресурсів чи інші об'єктивні причини. До зазначеного переліку також слід включати: випадки реабілітації померлого; ситуації, коли за обставинами кримінального провадження визначається необхідність обов'язкової участі захисника та залучення захисника для проведення окремої процесуальної дії відповідно до ст. 53 КПК України.

Водночас, ч. 11 ст. 615 КПК України додатково встановлює обов'язок залучення захисника слідчим, дізнавачем чи прокурором для проведення допиту підозрюваного чи одночасного допиту двох чи більше вже допитаних осіб, за участі підозрюваного [4]. Аналіз зазначеної норми дозволяє зробити висновок, що відсутність захисника під час допиту підозрюваного або очної ставки за його участю призводить до недопустимості використання отриманих у ході таких слід-

чих (розшукових) дій показань. Така норма виступає додатковою гарантією забезпечення права на захист підозрюваного, особливо в умовах правового режиму воєнного стану. У цьому контексті йдеться про можливість використання судом показань підозрюваного з підстав, що є альтернативними до тих, які передбачені у ст. 225 КПК України (депонування показань). Проте залишається незрозумілою обов'язковість участі захисника саме під час допиту, адже, наприклад, під час слідчого експерименту особа також фактично дає показання щодо обставин вчинення кримінального правопорушення. У зв'язку з цим пропонується уточнити зміст абз. 2 ч. 11 ст. 615 КПК України, доповнивши положення про необхідність залучення захисника під час проведення слідчого експерименту за участю підозрюваного.

На основі цього можна дійти висновку, що перелік випадків обов'язкового залучення захисника на стадії досудового розслідування під час дії правового режиму воєнного стану є ширшим, ніж у мирний час. Щодо моменту залучення захисника, відповідно до положень КПК України, він має бути забезпечений з моменту, коли особа набуває процесуального статусу підозрюваного: з моменту повідомлення про підозру, затримання або до проведення першого допиту. Також захисник залучається з моменту виявлення певних фактичних обставин, серед яких: неповноліття особи, встановлення її психічних чи фізичних вад, ініціювання укладання угоди тощо.

Поряд із цим, участь захисника у проведенні окремих процесуальних дій може забезпечуватись із застосуванням технічних засобів (відео-, аудіозв'язку) для забезпечення дистанційної участі захисника (ч. 12 ст. 615 КПК України). Розглянута норма спрямована на забезпечення захисту життя та здоров'я адвоката від ризиків, пов'язаних із воєнними умовами. Водночас варто врахувати думку науковців, які критично оцінюють ефективність такої форми «дистанційного захисту». О.М. Дроздов, зокрема, наголошує, що використання технічних засобів (відео- або аудіозв'язку) для проведення окремих процесуальних дій, зокрема коли фізична присутність адвоката неможлива, може сприяти

ефективній участі у процесі. Разом із тим у кожному конкретному випадку необхідно перевірити, чи слідчий, прокурор або інший відповідальний посадовець доклав усіх можливих зусиль для забезпечення участі адвоката. Ця обставина може стати предметом розгляду Європейського суду з прав людини у подальшому. Крім того, врахування позиції самого адвоката і його підзахисного щодо реалізації «дистанційного захисту» є важливим, оскільки має відповідати конвенційним вимогам практичності й результативності професійної правничої допомоги, включно з конфіденційністю комунікації між адвокатом і клієнтом (про відсутність приватності під час відеоконференцій див. рішення ЄСПЛ у справах «Сахновський проти Росії» (Sakhnovskiy v. Russia) [ВП], § 104; «Горбунов і Горбачов проти Росії» (Gorbunov and Gorbachev v. Russia), § 37) [5, с. 59].

Необхідно визнати важливість дотримання принципу ефективного захисту підозрюваного при вирішенні питання щодо дистанційної участі захисника. Водночас така форма участі не завжди може повністю відповідати інтересам підозрюваного. Тому доцільно надати підозрюваному право самостійно визначати доцільність дистанційної участі захисника. У разі відмови від такої форми, він має мати можливість вимагати організації очної зустрічі із захисником. Ці аспекти потребують додаткового врегулювання в диспозиції ч. 12 ст. 615 КПК України. Крім того, слушно визначається й потреба перегляду забезпечення слідчим суддею та судом участі захисника у проведенні окремих процесуальних дій, зокрема у випадках, коли присутність захисника фізично неможлива. У таких ситуаціях варто передбачити використання технічних засобів (відео- чи аудіозв'язку) для забезпечення дистанційного формату його участі [5, с. 58]. Питання щодо можливої дистанційної участі захисника в судовому засіданні, особливо під час обрання запобіжного заходу для підозрюваного або вирішення інших процесуальних питань забезпечення кримінального провадження, залишається актуальним і відкритим..

Сукупність процесуальних прав та обов'язків захисника, на думку А.А. Ахундовой, утворює категорію «процесуальний ста-

тус» цього суб'єкта процесуальних відносин. [6, с. 34]. Так, відповідно до ч. 4 ст. 46 КПК України: «Захисник користується процесуальними правами підозрюваного, обвинуваченого, захист якого він здійснює, крім процесуальних прав, реалізацію яких здійснює безпосередньо підозрюваний, обвинувачений і не може бути доручена захиснику, з моменту надання документів, передбачених ст. 50 КПК України, слідчому, прокурору, слідчому судді, суду» [4]. Отже, ця норма фактично відсилає до положень ч. 3–5 ст. 42 КПК України, де визначено основний перелік прав підозрюваного та обвинуваченого. При цьому, як справедливо зазначає І.М. Бігунець, такими правами в певному обсязі володіють і інші особи, захист яких передбачений КПК України. Серед них виправданий, засуджений (ст. 43 КПК України), неповнолітні підозрювані та обвинувачені (ст. 484 КПК України), а також особи, які беруть участь у кримінальному провадженні щодо застосування примусових заходів медичного характеру (ст. 506 КПК України) [7, с. 41].

Таким чином, чинне кримінальне процесуальне законодавство України прирівнює повноваження захисника до процесуальних прав підозрюваного та обвинуваченого. Однак цей підхід законодавця іноді зазнає критики. Наприклад, В.М. Тертишник звертає увагу на те, що КПК України, наділяючи захисника правами осіб, яких він представляє, не тільки не забезпечив йому розширених можливостей для збирання доказів, але й ускладнив розуміння концепції паралельного адвокатського розслідування та застосування законодавства про адвокатську діяльність своїми заплутаними конструкціями [8].

Крім того, відповідно до ч. 5 ст. 46 КПК України, захисник має право на конфіденційне побачення з підозрюваним без дозволу слідчого [4]. А у ст. 93 КПК України зазначено, що сторона захисту здійснює збирання доказів шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових і фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок; ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, НС(Р)Д та інших процесуальних дій, а та-

кож шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів [4]. До останніх дій, які є новими для законодавчої моделі діяльності захисника в кримінальному процесі України, слід, зокрема, віднести отримання захисником на підставі ухвали слідчого судді чи суду тимчасового доступу до речей і документів та проведення за необхідності їх виїмки, залучення стороною захисту експерта для проведення експертизи, що може бути здійснено як на договірних засадах, так і за клопотанням сторони захисту за ухвалою слідчого судді [9, с. 66]. Крім того, у ч. 8 ст. 95 КПК України закріплено положення, відповідно до якого захисник має право отримувати від учасників кримінального провадження та інших осіб за їхньою згодою пояснення, які не є джерелом доказів [4].

Разом з тим вважаємо доцільним підкреслити наявність спеціальних повноважень захисника, які йому надано законом лише на етапі досудового розслідування, що проводиться в умовах правового режиму воєнного стану. Зокрема, мова йде про право вимагати від слідчого, дільничного чи прокурора своєї участі під час проведення допиту чи очної ставки за участі підозрюваного, у тому числі дистанційно (ч.ч. 11, 12 ст. 615 КПК України).

Отже, захисник має досить широкий обсяг повноважень для реалізації функції захисту на етапі досудового розслідування в умовах воєнного стану. У той же час важливою гарантією забезпечення права на захист залишається не лише формальна, а й результативна діяльність захисника під час кримінального провадження. У зв'язку із чим, кримінальний процесуальний закон передбачає наявність у останнього ряду обов'язків та механізму його заміни підозрюваним чи обвинуваченим (ст. 54 КПК України). Зокрема, ч. 1 ст. 46 КПК України передбачає, що: «Захисник не має права взяти на себе захист іншої особи або надавати їй правову допомогу, якщо це суперечить інтересам особи, якій він надає або раніше надавав правову допомогу». Відповідно до ст. 47 КПК України: «Захисник зобов'язаний використовувати засоби захисту, передбачені КПК України й іншими законами України, з метою забезпечення дотримання прав, свобод і законних інтересів підозрюваного,

обвинуваченого, з'ясування обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підозрюваного, обвинуваченого. Захисник зобов'язаний прибувати для участі у виконанні процесуальних дій за участю підозрюваного, обвинуваченого. У разі неможливості прибути в призначений строк захисник зобов'язаний завчасно повідомити про таку неможливість та її причини слідчого, прокурора, слідчого суддю, суд, а в разі, якщо він призначений органом (установою), уповноваженим законом на надання безоплатної правової допомоги, – також і цей орган (установу)» [4]. Крім того, захисник має право відмовитися від виконання своїх обов'язків лише у виключних випадках: 1) якщо є обставини, які згідно з КПК України виключають його участь у кримінальному провадженні; 2) у разі незгоди з підозрюваним (обвинуваченим) щодо обраного ним способу захисту (за винятком випадків обов'язкової участі захисника); 3) у разі умисного невиконання підозрюваним (обвинуваченим) умов укладеного між ними договору, що виявляється у систематичному недотриманні підозрюваним (обвинуваченим) законних порад захисника, порушенні вимог КПК України тощо; 4) якщо захисник свою відмову мотивує браком належної кваліфікації для надання правової допомоги в конкретному провадженні, що є особливо складним (ч. 3, 4 ст. 47 КПК України) [4]. Захисник зобов'язаний застосовувати всі доступні законні засоби і методи для забезпечення ефективного юридичного захисту свого клієнта. Утім, професійна етика та законодавство визначають, що адвокату заборонено розголошувати інформацію, отриману у процесі досудового розслідування, яка стала відомою йому в рамках виконання обов'язків захисника. У випадку відсутності допуску до інформації, що кваліфікується як державна таємниця, адвокат зобов'язаний підписати відповідну розписку про нерозголошення таких відомостей [10, с. 21].

#### **Висновки**

Підсумовуючи викладене, слід підкреслити, що захисник відіграє важливу роль у досудовому розслідуванні в умовах воєнного стану, оскільки його діяльність спрямована на

**SUMMARY**

*The article formulates the author's view on the activities of a defense attorney as a subject of exercising the right to defense at the stage of pre-trial investigation under martial law.*

*Based on a systematic analysis of the current legislation, we have determined that the list of cases of mandatory involvement of a defense attorney at the stage of pre-trial investigation during the legal regime of martial law is wider than in peacetime.*

*Based on the analysis of the provisions of Part 11 of Article 615 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, it is concluded that the absence of a defense attorney during the interrogation of a suspect or a face-to-face interview with his participation leads to the inadmissibility of using the testimony obtained during such investigative (search) actions. However, the mandatory participation of a defense attorney only during the interrogation remains unclear, in connection with which it is proposed to clarify the content of Part 2*

*of Part 11 of Article 615 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, supplementing the provision on the need to involve a defense attorney during an investigative experiment with the participation of a suspect.*

*It has been determined that the remote form of participation of the defense attorney during the conduct of certain procedural actions under martial law may not always fully meet the interests of the suspect. Therefore, it is necessary to provide for the suspect to independently determine the appropriateness of the remote participation of the defense attorney. In case of refusal of such a form, he should be able to demand the organization of a face-to-face meeting with the defense attorney, the provision of which requires additional regulation in the disposition of Part 12 of Article 615 of the Criminal Procedure Code of Ukraine.*

*Keywords: criminal process, pre-trial investigation, criminal procedural legislation, right to defense, martial law, defense attorney activities.*

забезпечення реалізації права підозрюваного на захист. Проте в таких обставинах значно зростає ризик об'єктивної неможливості його безпосередньої участі через активні бойові дії, що, своєю чергою, суттєво знижує рівень гарантованості реалізації права особи на захист.

**Література**

1. Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-ВР>.
2. Кримінальний процес: підруч. / за ред. Ю.М. Грошевого та О.В. Капліної. Харків: Право, 2010. 608 с.
3. Смирнов Є.В. Участь захисника в реалізації процесуальних прав підозрюваного (обвинуваченого) у кримінальному провадженні: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Запоріжжя, 2016. 247 с.
4. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/ed20230824#Text>
5. Гловюк І., Дроздов О., Тетерятник Г., Фоміна Т., Рогальська В., Завтур В. Особливий режим досудового розслідування, судового розгляду в умовах воєнного стану: науко-

во-практичний коментар Розділу IX-1 Кримінального процесуального кодексу України. Видання 2. Електронне видання. Дніпро-Львів-Одеса-Харків, 2022. Станом на 03 травня 2022. 80 с.

6. Ахундова А. А. Захист прав підозрюваного у кримінальному провадженні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2013. 224 с.

7. Бігунець І.М. Повноваження захисника на досудовому розслідуванні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2020. 236 с.

8. Тертишник В. Потрібно забезпечити реалізацію масштабної функції правничої допомоги, виконання якої покладається на адвокатуру. URL: <https://yur-gazeta.com/interview/potribno-zabezpechiti-realizaciyumasshtabnoyi-funkciyi-pravnichoyi-dopomogi-vikonannya-yakoyi-pokla.html>.

9. Трофименко В. М. Особливості участі захисника в доказуванні в кримінальному провадженні: деякі теоретико-прикладні аспекти. Науковий вісник Ужгородського національного університету. 2015. Вип. 33 (2). С. 165– 168. (Серія «Право»).

10. Виборнова Є. І. Реалізація права на захист на стадії досудового слідства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2009. 19 с.