



РІШЕННЯ № 87
Про затвердження роз'яснення щодо можливості використання
адвокатами технічних засобів під час участі в обшуку та інших
слідчих (процесуальних) діях

«11-12» серпня 2023 року

м. Ужгород

Рада адвокатів України, розглянувши питання можливості та порядку самостійного використання адвокатом власних технічних засобів під час надання правничої допомоги в ході участі в слідчих (процесуальних) діях, взявши до уваги пропозицію представника адвокатів Хмельницької області у складі Ради адвокатів України Каденко О.О. затвердити роз'яснення щодо можливості використання адвокатами технічних засобів під час участі в обшуку та інших слідчих (процесуальних) діях, за погодженням редакції такого роз'яснення з Комітетом НААУ з питань кримінального права та процесу, з урахуванням пропозицій членів Ради адвокатів України, керуючись статтями 55, 57 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», Положенням про Раду адвокатів України, Регламентом Ради адвокатів України, **вирішила:**

1. Затвердити роз'яснення щодо можливості використання адвокатами технічних засобів під час участі в обшуку та інших слідчих (процесуальних) діях (додається).
2. Секретарю Ради адвокатів України про прийняте рішення повідомити ради адвокатів регіонів, а також опублікувати на офіційному вебсайті Національної асоціації адвокатів України.

Голова Ради адвокатів України /підпис/

Лідія ІЗОВІТОВА

Секретар Ради адвокатів України /підпис/

Ігор КОЛЕСНИКОВ

Щодо можливості використання адвокатами технічних засобів під час участі в обшуку та інших слідчих (процесуальних) діях

Рада адвокатів України, обговоривши питання можливості та порядку самостійного використання адвокатом власних технічних засобів під час надання правничої допомоги в ході участі в слідчих (процесуальних) діях, надає наступне роз'яснення.

Відповідно до п. 8 ч. 1 ст. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» під час здійснення адвокатської діяльності адвокат має право вчиняти будь-які дії, не заборонені законом, правилами адвокатської етики та договором про надання правничої допомоги, необхідні для належного виконання договору про надання правничої допомоги, зокрема: **застосовувати технічні засоби**, у тому числі для копіювання матеріалів справи, в якій адвокат здійснює захист, представництво або надає інші види правничої допомоги, фіксувати процесуальні дії, в яких він бере участь, а також хід судового засідання в порядку, передбаченому законом.

Згідно зі ст. 25 Правил адвокатської етики, затверджених 09 червня 2017 року Звітно-виборним з'їздом адвокатів України 2017 року зі змінами, адвокату категорично заборонено використовувати при виконанні доручення клієнта незаконні та неетичні засоби..., використовувати інші засоби, які суперечать чинному законодавству або цим Правилам.

Таким чином, за загальним правилом адвокати мають право використовувати самостійно залучені технічні засоби, які належать їм або іншим особам (за їх згодою) та використовуються для цілей надання правничої допомоги.

Фіксування процесуальної дії – є одним із законодавчо визначених завдань використання адвокатом технічних засобів.

Законність реалізації адвокатом права на фіксування процесуальної дії прямо передбачена профільним законом.

Рішення про застосування чи не застосування власних технічних засобів для фіксування процесуальної дії приймається адвокатом з огляду на потреби виконання конкретного доручення клієнта та за критерієм визначення максимальної ефективності досягнення мети надання правничої допомоги.

Водночас, таке право адвоката не є абсолютним та реалізовується у межах, що встановлені чинним законодавством, в тому числі й для окремих процедур, які визначені кримінальним процесуальним законодавством.

Відповідно до ч. 2 ст. 1 Кримінального процесуального кодексу України кримінальне процесуальне законодавство України складається з відповідних положень Конституції України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість

яких надана Верховною Радою України, цього Кодексу та інших законів України.

До кримінального процесуального законодавства у відповідній частині відноситься й Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», адже відповідно до ст. 59 Конституції України кожен має право на професійну правничу допомогу; згідно ч. 3 ст. 131-2 Конституції України виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення. Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокатська діяльність - незалежна професійна діяльність адвоката щодо здійснення захисту, представництва та надання інших видів правничої допомоги клієнту. Пунктом 5 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначено, що захист – це вид адвокатської діяльності, що полягає в забезпеченні захисту прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішується питання про їх застосування у кримінальному провадженні, особи, стосовно якої розглядається питання про видачу іноземній державі (екстрадицію).

Таким чином, в частині надання адвокатами правничої допомоги у кримінальному провадженні, Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» є частиною національного кримінального процесуального законодавства.

Відповідно до ч. 1 ст. 45 КПК України захисником є адвокат, який здійснює захист підозрюваного, особи, стосовно якої зібрано достатньо доказів для повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, але не повідомлено про підозру у зв'язку з її смертю, обвинуваченого, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, а також особи, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію).

Частиною 1 ст. 58 КПК України передбачено, що потерпілого у кримінальному провадженні може представляти представник – особа, яка у кримінальному провадженні має право бути захисником.

Права адвоката як захисника та представника потерпілого визначено через призму прав клієнта адвоката.

Зокрема, відповідно до ч. 4 ст. 46 КПК України захисник користується процесуальними правами підозрюваного, обвинуваченого, захист якого він здійснює, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо підозрюваним, обвинуваченим і не може бути доручена захиснику, з моменту надання документів, передбачених статтею 50 цього Кодексу, слідчому, прокурору, слідчому судді, суду.

Згідно з ч. 4 ст. 58 КПК України представник користується процесуальними правами потерпілого, інтереси якого він представляє, крім процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо потерпілим і не може бути доручена представнику.

Відповідно до п. 11 ч. 3 ст. 42 КПК України підозрюваний, обвинувачений має право застосовувати з додержанням вимог цього Кодексу технічні засоби при проведенні процесуальних дій, в яких він бере участь. Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд мають право заборонити застосовування технічних засобів при проведенні окремої процесуальної дії чи на певній стадії кримінального провадження з метою нерозголошення відомостей, які містять таємницю, що охороняється законом, чи стосуються інтимного життя особи, про що виноситься (постановляється) вмотивована постанова (ухвала).

Аналогічна норма міститься у п. 12 ч. 1 ст. 56 КПК України, у який визначено права потерпілого у кримінальному провадженні. Зокрема, потерпілий має право застосовувати з додержанням вимог цього Кодексу технічні засоби при проведенні процесуальних дій, в яких він бере участь. Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд вправі заборонити потерпілому застосовувати технічні засоби при проведенні окремої процесуальної дії чи на певній стадії кримінального провадження з метою нерозголошення даних, які містять таємницю, що охороняється законом чи стосується інтимних сторін життя людини, про що виноситься (постановляється) вмотивована постанова (ухвала).

Отже, будучи захисником підозрюваного чи обвинуваченого, а також представником потерпілого, адвокат, користуючись правом свого підзахисного або правом потерпілого, може застосовувати технічні засоби під час проведення процесуальних дій, якщо слідчий не виніс постанову про заборону застосування технічних засобів.

Тобто, застосування технічних засобів фіксації під час здійснення слідчих (процесуальних) дій має певні особливості: здійснюється в порядку, встановленому КПК України та може бути обмежено вмотивованою постановою слідчого, прокурора або ухвалою слідчого судді, суду. При цьому, таке обмеження застосовується лише з метою нерозголошення даних, які містять таємницю, що охороняється законом чи стосується інтимних сторін життя людини із відповідним відображенням мотивів у відповідній постанові чи ухвалі.

Відповідно до ч. 5 ст. 224 КПК України під час допиту може застосовуватися фотозйомка, аудіо– та/або відеозапис.

Жодних додаткових умов щодо застосування технічних засобів ст. 224 КПК України не містить.

Оскільки законодавством суб'єктів застосування технічних засобів під час допиту не конкретизовано, то право адвоката в силу вимог п. 8 ч. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», ч. 2 ст.1, ч. 4 ст. 46, ч. 4 ст. 58, п. 11 ч. 3 ст. 42, п. 12 ч. 1 ст. 56, ч. 5 ст. 224 КПК України є таким, що прямо визначено законом. При цьому, виключень з загального правила наявності у адвоката такого права у цьому випадку чинним законодавством не передбачено.

Відповідно до ч. 1 ст. 107 КПК України рішення про фіксацію процесуальної дії за допомогою технічних засобів під час досудового розслідування, в тому числі під час розгляду питань слідчим суддею, приймає

особа, яка проводить відповідну процесуальну дію. За клопотанням учасників процесуальної дії застосування технічних засобів фіксування є обов'язковим.

Таким чином, особа, яка проводить відповідну процесуальну дію приймає рішення про фіксацію процесуальної дії технічними засобами. Адвокат має право клопотати про застосування технічних засобів фіксування. **Реалізація особою, яка проводить процесуальну дію, та адвокатом наданих ч. 1 ст. 107 КПК України правомочностей (як у спосіб прийняття рішення/подання клопотання про застосування технічних засобів фіксації, так і у спосіб прийняття протилежного рішення), не позбавляє адвоката права самостійно застосовувати власні технічні засоби фіксації із дотриманням зазначених вище приписів законодавства.**

Відповідно до ч. 2 ст. 104 КПК України, у якій викладено вимоги до протоколу процесуальної дії, – у випадку фіксування процесуальної дії під час досудового розслідування за допомогою технічних засобів про це зазначається у протоколі.

Таким чином, адвокат може ініціювати внесення до протоколу слідчої (процесуальної) дії відомостей про факт фіксації ним досудового розслідування (конкретної слідчої (процесуальної) дії), в тому числі із відображенням ідентифікуючих даних технічних засобів, за допомогою яких здійснюється така фіксація.

Згідно з ч. 2 ст. 107 КПК України про застосування технічних засобів фіксування процесуальної дії заздалегідь повідомляються особи, які беруть участь у процесуальній дії.

Таким чином, у випадку, якщо адвокат самостійно застосовує власні технічні засоби фіксації, він зобов'язаний попередити учасників процесуальної дії про застосування технічних засобів.

Статтею 106 КПК України передбачено, що протокол під час досудового розслідування складається слідчим або прокурором, які проводять відповідну процесуальну дію, під час її проведення або безпосередньо після її закінчення. До складу слідчої (розшукової) дії входять також дії щодо належного упакування речей і документів та інші дії, що мають значення для перевірки результатів процесуальної дії.

Відповідно до абз. 3 ч. 1 ст. 104 КПК України запис, здійснений за допомогою звуко- та відеозаписувальних технічних засобів під час проведення слідчим, прокурором обшуку, є невід'ємним додатком до протоколу. Дії та обставини проведення обшуку, не зафіксовані у записі, не можуть бути внесені до протоколу обшуку та використані як доказ у кримінальному провадженні.

Зі змісту п. 1 ч. 3 ст. 104, ч. 1 ст. 107, ч. 3 ст. 110 КПК України випливає, що правило, визначене в абз. 3 ч. 1 ст. 104 КПК України регулює діяльність особи, яка проводить слідчу дію, а не адвоката.

Таким чином, запис здійснений адвокатом самостійно власними технічними засобами, а також матеріальний носій, не є невід'ємним додатком до протоколу обшуку (протоколу іншої слідчої дії), що не позбавляє адвоката можливості клопотати про його приєднання до відповідного протоколу в якості самостійного додатку.

За будь-яких обставин долучення без згоди адвоката технічних засобів, які використовувались ним під час слідчої (процесуальної) дії (в тому числі й телефон, як фіксуючий пристрій), є неприпустимим як з огляду на вимоги кримінального процесуального законодавства, так і з огляду на вимоги ст.ст. 22, 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».
