



ТРЕНІНГОВИЙ ЦЕНТР
ПРОКУРОРІВ УКРАЇНИ

**УЗАГАЛЬНЕННЯ ПРАКТИКИ СУДУ
КАСАЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ З ПИТАНЬ
ПРОВЕДЕННЯ ТА ОЦІНЮВАННЯ
РЕЗУЛЬТАТІВ НС(Р)Д У
КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ**

Друзі! Ділимося з вами узагальненням практики Верховного Суду з питань проведення та оцінювання результатів негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному провадженні. Узагальнення підготувала Тализіна Яна Олегівна в межах тренінгу «Докази, отримані в результаті проведення НС(Р)Д», що проводиться в ТЦПУ.

В узагальненні зібрано правові позиції Великої палати Верховного Суду та Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду, щодо:

- ✓ *допустимості доказів, здобутих унаслідок проведення негласних слідчих (розшукових) дій, коли дозвільні процесуальні документи на їх проведення не були розкриті в порядку ст. 290 КПК України або були розкриті несвоєчасно;*
- ✓ *використання результатів проведення невідкладних негласних слідчих (розшукових) дій у доказуванні;*
- ✓ *оцінювання допустимості доказів, отриманих у порядку ст. 615 КПК України;*
- ✓ *допустимості доказів, які отримані внаслідок проведення НС(Р)Д, у випадку зміни кваліфікації злочину;*
- ✓ *визнання протоколу огляду, помітки та вручення грошових коштів, а також похідних від нього доказів недопустимими в разі відсутності постанови прокурора про проведення контролю за вчиненням злочину тощо.*

ЗМІСТ

Визнання протоколів НС(Р)Д недопустимими доказами з мотивів невідкриття процесуальних документів, якими санкціоноване їх проведення

*(постанова Великої палати ВС від 16 жовтня 2019 року у справі № 640/6847/15-к; постанова ВС від 12 квітня 2020 року у справі № 48/3070/15-к (провадження № 51-682км 18; постанова ВС від 24 червня 2020 року у справі № 541/2803/16-к (провадження № 51-1371 к))*_____7

Відсутність ухвали слідчого судді про дозвіл на проведення негласних слідчих (розшукових) дій

*(постанова ВС від 11 грудня 2019 року у справі № 199/4010/16-к (провадження № 51-3485км19); постанова ВП ВС від 06 січня 2019 року у справі № 751/7557/15-к (провадження № 13-37кс18))*_____8

Негласна слідча дія, проведена до постановлення ухвали слідчого судді про надання дозволу на проведення такої дії за відсутності обставин, передбачених ч. 1 ст. 250 КПК України

*(постанова ВС від 10 жовтня 2019 року у справі № 593/1248/16-к (провадження № 51-8640км18))*_____10

Надання прокурором дозволу на проведення негласних слідчих (розшукових) дій на підставі ст. 615 КПК України

*(постанова ВС від 03 грудня 2019 року у справі № 425/217/17 (провадження № 51-554км19))*_____11

Відсутність постанови прокурора про проведення контролю за вчиненням злочину

*(постанова ВС від 19 серпня 2020 року у справі № 369/10396/13-к)*_____14

Ознайомлення сторони захисту з матеріалами кримінального провадження

*(постанова ВС від 08 липня 2020 року у справі № 718/1433/17 (провадження № 51-53км20))*_____18

Проведення співробітниками оперативного підрозділу НС(Р)Д без доручення на те слідчого, прокурора

*(постанова ВС від 18 грудня 2019 року у справі № 588/1199/16-к (провадження № 51-3127км19))*_____22

Складання протоколу про проведення НС(Р)Д оперативним співробітником на виконання доручення слідчого, прокурора
*(постанова ВС від 08 липня 2020 року у справі № 373/2562/15-к (провадження № 51-2218 км20))*_____ **27**

Відсутність витрат спеціального призначення у співробітників оперативного підрозділу

*(постанова ВС від 01 липня 2020 року у справі № 643/10749/14-к (провадження № 51-2273 км 20))*_____ **28**

Запис розмови особи з працівником поліції, здійснений за допомогою технічних засобів

*(постанова ВС від 05 березня 2020 року у справі № 666/5448/15-к)*_____ **29**

Розмова, зафіксована потерпілим на диктофон, як недопустимий доказ
*(постанова ВС від 16 грудня 2020 року, справа № 661/4683/13-к)*_____ **30**

Запис телефонної розмови як допустимий доказ
*(постанова ВС від 28 січня 2021 року у справі № 182/523/16-к (провадження № 51-1103км20))*_____ **31**

Оцінювання доказів у кримінальному провадженні
*(постанова ВС від 11 листопада 2020 року у справі № 750/9145/18 (провадження № 51-1749км20))*_____ **32**

Прийняття рішення про проведення НС(Р)Д у кримінальному провадженні
*(постанова ВС від 01 квітня 2020 року у справі № 607/15414/17 (провадження № 51-6202км19); постанова ВС від 27 травня 2020 року № 328/1949/16-к)*_____ **34**

Відсутність у протоколі НС(Р)Д характеристик використаних технічних засобів. Визначення оригіналу та копії електронного документа як доказу у кримінальному провадженні
*(постанова ВС від 20 травня 2020 року у справі № 585/1899/17)*_____ **37**

Неточність назви протоколу про проведення слідчої дії, яка відбулася виключно в межах дозволу
*(постанова ВС від 18 грудня 2019 року у справі № 675/1046/18 (провадження № 51-3942км19))*_____ **45**

Операції з контрольного вчинення корупційного діяння за ст. 271 КПК України

*(постанова ВС від 08 квітня 2020 року у справі № 164/104/18 (провадження № 51-10414км18))*_____ **46**

Неможливість проведення НС(Р)Д у кримінальному провадженні до внесення відомостей до ЄРДР. Огляд та вручення грошових коштів як окрема слідча дія
*(постанова ВС від 10 грудня 2020 року у справі № 761/19749/13-к (провадження № 51-924км19))*_____ **48**

Дії особи, яка вчиняє новий повторний злочин. Використання матеріалів НС(Р)Д з одного кримінального провадження в іншому без дозволу слідчого судді апеляційного суду

*(постанова ВС від 12 серпня 2020 року у справі № 333/7457/16 (провадження № 51-3266км19); постанова ВС від 31 жовтня 2019 року у справі № 321/954/14-к; постанова ВС від 27 червня 2019 року у справі № 321/1009/16-к (провадження № 51-420км19))*_____ **50**

Проведення НС(Р)Д стосовно однієї особи та отримання доказів про вчинення злочину іншою особою, відносно якої дозвіл на проведення НС(Р)Д відсутній

*(постанова ВС від 21 березня 2018 року у справі № 751/7177/14 (провадження № 51-1285 км 18; постанова ВС від 05 лютого 2019 року у справі № 552/6480/17 (провадження № 51-5262км19))*_____ **52**

Критерії відмежування провокації від допустимої поведінки правоохоронних органів

*(постанова ВС від 06 березня 2018 року у справі № 727/6661/15-к)*_____ **54**

Установлення фактів залежності конфіденційного співробітника від працівників правоохоронних органів (причетність до вчинення іншого кримінального правопорушення)

*(постанова ВС від 12 квітня 2018 року у справі № 748/3070/15-к)*_____ **55**

Повторна пропозиція хабаря при попередній відмові як ознака провокації злочину

*(постанова ВС від 13 січня 2021 року у справі № 663/2885/17)*_____ **56**

Визначення судом пастки як ситуації, коли задіяні агенти – працівники органів правопорядку або особи, що діють на їх прохання, – не обмежуються суто пасивними спостереженнями протиправної діяльності, а здійснюють на особу, за котрою стежать, певний вплив

*(постанова ВС від 20 травня 2020 року у справі № 295/1399/18 (провадження № 51-5287км19); постанова ВС від 28 січня 2021 року у справі № 82/523/16-к (провадження № 51-1103 км 20))*_____ **57**

Відсутність у процесуальних документах вказівки на підстави та приводи (об'єктивні дані, які свідчили би про вчинення або готування до вчинення злочину до моменту проведення НС(Р)Д)

*(постанова ВС від 12 серпня 2020 року у справі № 333/7457/16 (провадження № 51-3266км19); постанова ВС від 18 лютого 2020 року у справі № 761/4918/15-к (провадження № 51-9639км18); постанова ВС від 13 лютого 2018 року у справі № 46/6873/15-к (провадження № 51-301 км18))*_____ **60**

Ненаведення стороною захисту доводів, які свідчили би про активні дії правоохоронних органів під час здійснення контролю за вчиненням злочину

*(постанова ВС від 08 липня 2020 року у справі № 373/2562/15-к (провадження № 51-2218 км20); постанова ВС від 05 лютого 2020 року у справі № 487/2403/18 (провадження № 51-1361 км 19); постанова ВС від 05 лютого 2020 року у справі № 704/913/15-к (провадження № 51-3884км19); постанова ВС від 23 січня 2020 року у справі № 535/83/18 (провадження № 51- 2010 км 19))*_____ **62**

Відсутність аудіозапису процесу перегляду судом відеоматеріалів НС(Р)Д як безумовна підстава для скасування судового рішення

*(постанова ВС від 11 липня 2019 року у справі № 712/3581/16-к (провадження № 51 - 1313 км 19))*_____ **64**

Доказове значення матеріалів ОРД у кримінальному провадженні

*(постанова ВСУ від 16 березня 2017 року у справі № 671/463/15-к; постанова ВС від 30 січня 2020 року у справі № 688/2647/16-к); постанова ВС від 10 червня 2020 року у справі № 51-1952км18; постанова ВС від 03 травня 2018 року у справі № 569/11930/15-к)*_____ **65**

Визнання протоколів НС(Р)Д недопустимими доказами з мотивів невідкриття процесуальних документів, якими санкціоноване їх проведення.

Якщо сторона обвинувачення під час досудового розслідування своєчасно вжила всі необхідні та залежні від неї заходи, спрямовані на розсекречення процесуальних документів, які стали підставою для проведення НС(Р)Д, однак такі документи не були розсекречені з причин, що не залежали від волі і процесуальної поведінки прокурора, то суд не може автоматично визнавати протоколи НС(Р)Д недопустимими доказами з мотивів невідкриття процесуальних документів, якими санкціоноване їх проведення.

Процесуальні документи, які стали підставою для проведення НС(Р)Д (ухвали, постанови, клопотання) та які на стадії досудового розслідування не було відкрито стороні захисту в порядку, передбаченому статтею 290 КПК України, з тієї причини, що їх не було у розпорядженні сторони обвинувачення (процесуальні документи не були розсекречені на момент відкриття стороною обвинувачення матеріалів кримінального провадження), можуть бути відкриті іншій стороні під час розгляду справи у суді за умови своєчасного вжиття прокурором всіх необхідних заходів для їх отримання.

Якщо процесуальні документи, які стали підставою для проведення НС(Р)Д, розсекречені під час судового розгляду, і сторона захисту у змагальному процесі могла довести перед судом свої аргументи щодо допустимості доказів, отриманих у результаті НСРД, в сукупності з оцінкою правової підстави для їх проведення, то суд повинен оцінити отримані докази та вирішити питання про їх допустимість.

Джерело:

1. Постанова Великої палати Верховного суду від 16 жовтня 2019 року у справі № 640/6847/15-к.

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85174578>



2. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 12 квітня 2020 року у справі № 748/3070/15-к (провадження № 51-682 км 18).

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73438045>



3. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 24 червня 2020 року у справі № 541/2803/16-к (провадження № 51-1371 км 20).

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90111691>.



Відсутність ухвали слідчого судді про дозвіл на проведення негласних слідчих (розшукових) дій унеможлиблює використання їх результатів у доказуванні.

Вироком місцевого суду ОСОБА_1 визнано винуватим у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 368 КК. Ухвалою апеляційного суду зазначений вирок залишено без змін.

У касаційній скарзі захисник та засуджений посиляються на те, що у порушення ст. 290 КПК стороною обвинувачення не були відкриті ухвали апеляційного суду, якими надано дозвіл на проведення негласних слідчих (розшукових) дій, на що не звернув увагу суд першої інстанції та визнав докази, отримані на їх підставі, допустимими, а апеляційний суд залишив вирок у силі, не надавши оцінки з цього приводу.

За результатами розгляду касаційної скарги ВС скасував ухвалу апеляційного суду та призначив новий розгляд в суді апеляційної інстанції, виходячи з такого.

Як убачається з матеріалів справи, апеляційний суд у повній мірі не перевіряв доводи захисників щодо порушення вимог ст. 290 КПК.

Відповідно до положень ч. 12 ст. 290 КПК, якщо сторона кримінального провадження не здійснить відкриття матеріалів, суд не має права допустити ці матеріали як докази у справі.

За правилами ст. 290 КПК обов'язковому відкриттю підлягають усі зібрані сторонами матеріали, крім випадків, передбачених абз. 2 ч. 6 вказаної норми, у тому числі й ті, які є правовою підставою для проведення органом досудового розслідування негласних слідчих (розшукових) дій (ухвали, постанови, клопотання), що забезпечить можливість перевірки стороною захисту та судом допустимості результатів таких дій як доказів, оскільки за умов, коли стороні обвинувачення відомі всі докази, а сторона захисту не володіє інформацією про них до завершення розслідування, порушується баланс інтересів та принцип рівності сторін у кримінальному процесі.

Відповідно до матеріалів цього кримінального провадження, при завершенні досудового розслідування стороною обвинувачення не були відкриті та надані стороні захисту для ознайомлення в порядку ст. 290 КПК документи (процесуальні рішення), на підставі яких у справі проводились негласні слідчі (розшукові) дії.

Так, постанова прокурора про проведення контролю за вчиненням, клопотання про надання дозволу на проведення негласної слідчої (розшукової) дії – аудіо-, відеоконтроль особи, клопотання про надання дозволу на проведення негласної слідчої (розшукової) дії – зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, клопотання про надання дозволу на продовження строку проведення негласних слідчих (розшукових) дій були долучені до справи під час судового розгляду в суді першої інстанції.

Ухвали слідчого судді, якими надано дозвіл на проведення негласних слідчих (розшукових) дій – аудіо-, відеоконтроль особи, візуального спостереження за особою, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж під час

досудового розслідування та під час судового розгляду в суді першої та апеляційної інстанцій у порядку ст. 290 КПК сторони захисту не відкривалися.

Лише під час розгляду справи в суді першої інстанції сторона обвинувачення звернулась із запитом до апеляційного суду про зняття грифу таємності з ухвал слідчого судді про надання дозволу на проведення негласної слідчої (розшукової) дії, який було долучено судом до матеріалів провадження.

Листи апеляційного суду, згідно з якими у цьому кримінальному провадженні були відсутні підстави для скасування грифу секретності з ухвал слідчого судді, на підставі яких проводились негласні слідчі (розшукові) дії, стороною обвинувачення були надані під час розгляду кримінального провадження у суді першої інстанції.

Суд першої інстанції дослідив у судовому засіданні вказані документи, які поклав в основу обвинувального вироку.

При цьому суд не взяв до уваги, що правовою підставою для проведення НСРД є саме ухвала слідчого судді про дозвіл на їх проведення, зі змісту якої суд може зробити висновок, чи були під час досудового розслідування законні підстави для проведення аудіо-, відеоконтролю особи та чи можуть бути використані результати його проведення у доказуванні в кримінальному провадженні.

Однак жодна ухвала слідчого судді апеляційного суду, постановлена в рамках кримінального провадження відносно ОСОБА_1 та ОСОБА_2, якими надано дозвіл на проведення негласних слідчих (розшукових) дій – аудіо-, відеоконтроль особи, візуального спостереження за особою, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, стороною обвинувачення не надавалась та відповідно судом не досліджувалась.

Зазначені обставини під час судового розгляду місцевий суд залишив поза увагою, відповідної оцінки з точки зору допустимості доказам, отриманим у результаті проведення негласних слідчих (розшукових) дій, не надав, та поклав їх в основу вироку, чим порушив вимоги ст. 290 КПК.

Джерело:

1. Постанова Великої палати Верховного суду від 16 січня 2019 року у справі № 751/7557/15-к (провадження № 13-37кc18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79298340>



2. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 11 грудня 2019 року у справі № 199/4010/16-к (провадження № 51-3485км19).

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86435628>



Якщо негласну слідчу дію було проведено до постановлення ухвали слідчого судді про надання дозволу на проведення такої дії за відсутності обставин, передбачених ч. 1 ст. 250 КПК, здобуті у її результаті докази є недопустимими.

Вироком суду першої інстанції ОСОБА_1 засуджено за ч. 1 ст. 115 КК. Ухвалою апеляційного суду вирок щодо ОСОБА_1 змінено в частині посилання суду як на доказ вини ОСОБА_1 на складену ним заяву щодо обставин вчинення злочину.

ВС скасував ухвалу апеляційного суду та призначив новий розгляд в суді апеляційної інстанції. Здійснюючи оцінку доводів касаційної скарги, ВС дійшов висновку про те, що апеляційний суд не з'ясував питання, чи перевірялися докази місцевим судом з точки зору їх належності та допустимості.

Статтею 260 КПК передбачено, що аудіо-, відеоконтроль особи є різновидом втручання у приватне спілкування особи, яке проводиться без її відома на підставі ухвали слідчого судді, якщо є достатні підстави вважати, що розмови цієї особи або інші звуки, рухи, дії, пов'язані з її діяльністю або місцем перебування тощо, можуть містити відомості, які мають значення для досудового розслідування.

Статтею 250 КПК визначено порядок проведення НСРД до постановлення ухвали слідчого судді. Частиною 1 цієї статті передбачено, що у виняткових невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та запобіганням вчиненню тяжкого або особливо тяжкого злочину, передбаченого розділами I, II, VI, VII (статті 201 та 209), IX, XIII, XIV, XV, XVII Особливої частини КК, негласна слідча (розшукова) дія може бути розпочата до постановлення ухвали слідчого судді у випадках, передбачених цим Кодексом, за рішенням слідчого, узгодженого з прокурором, або прокурора.

Посилаючись на протокол про результати аудіоконтролю особи під час перебування ОСОБА_1 в ІТТ як на доказ вини останнього, суд залишив поза увагою, що зазначену негласну слідчу дію було проведено до постановлення ухвали слідчого судді про надання дозволу на проведення такої дії за відсутності обставин, передбачених ч. 1 ст. 250 КПК, що має наслідком недопустимість протоколу про результати аудіоконтролю особи як доказу.

Джерело:

1. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 10 жовтня 2019 року у справі № 593/1248/16-к (провадження № 51-8640км18).

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85175396>



Надання прокурором дозволу на проведення негласних слідчих (розшукових) дій на підставі ст. 615 КПК не зумовлює недопустимості як доказів відомостей, отриманих за їх результатами, за умови здійснення досудового розслідування на місцевості (адміністративній території), на якій діє правовий режим воєнного, надзвичайного стану, проведення антитерористичної операції, та неможливості виконання відповідним слідчим суддею вказаних повноважень у встановлені законом строки.

Вироком суду першої інстанції ОСОБА_1 визнано невинуватим у вчиненні злочину, передбаченому ч. 3 ст. 369 КК. Ухвалою апеляційного суду зазначений вирок залишено без змін.

У касаційній скарзі прокурор посиляється на безпідставність рішення апеляційного суду про визнання матеріалів НС(Р)Д недопустимими доказами та про незаконність цих дій відповідно до статей 247, 248 і 615 КПК.

ВС скасував ухвалу апеляційного суду і призначив новий розгляд у суді апеляційної інстанції.

Перевіряючи доводи апеляційної скарги, апеляційний суд визнав недопустимими відомості, отримані за результатами проведення НС(Р)Д, дійшовши висновку про те, що ці дії проводились без дозволу слідчого судді відповідно до ст. 247 КПК, з істотним порушенням прав та свобод людини.

Проте апеляційним судом було залишено поза увагою, що під час досудового розслідування за постановами прокурора проводилися дві негласні слідчі (розшукові) дії – контроль за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту та аудіо-, відеоконтроль особи, але матеріалам за результатами контролю за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту в ухвалі жодної оцінки не надано.

Апеляційний суд зазначив, що дозвіл на проведення аудіо-, відеоконтролю особи надавався прокурором згідно зі ст. 615 КПК, проте на той час орган досудового розслідування мав можливість на підставі ст. 247 КПК звернутися до апеляційного суду та отримати відповідну ухвалу слідчого судді.

Однак при вирішенні питання щодо правомірності прийняття прокурором в порядку ст. 615 КПК постанови про проведення аудіо-, відеоконтролю відносно ОСОБА_1 апеляційним судом не було взято до уваги таке.

Так, відповідно до Закону України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо особливого режиму досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції» від 12 серпня 2014 року № 1631-VII КПК доповнено розділом IX-1, у якому визначено особливий режим досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції.

Зокрема, ст. 615 КПК передбачено, що на місцевості (адміністративній території), на якій діє правовий режим воєнного, надзвичайного стану, проведення

антитерористичної операції, у разі неможливості виконання у встановлені законом строки слідчим суддею повноважень, передбачених статтями 247 та 248 цього Кодексу, ці повноваження виконує відповідний прокурор.

Таким чином, ст. 615 КПК встановлено винятки із правил, передбачених статтями 246, 247, 260 цього Кодексу, в яких зазначено, що рішення про проведення негласних слідчих (розшукових) дій, зокрема, аудіо, відеоконтролю особи приймає слідчий суддя за клопотанням прокурора або за клопотанням слідчого, погодженого з прокурором.

При цьому аналіз ст. 615 КПК дозволяє зробити висновок про те, що для застосування положень вказаної норми у частині допустимості виконання повноважень, передбачених статтями 163, 164, 234, 235, 247 та 248 цього Кодексу, відповідним прокурором необхідно встановити наявність двох обов'язкових умов:

1) здійснення досудового розслідування на місцевості (адміністративній території), на якій діє правовий режим воєнного, надзвичайного стану, проведення антитерористичної операції;

2) неможливість виконання відповідним слідчим суддею вказаних повноважень у встановлені законом строки.

У цьому кримінальному провадженні досудове розслідування здійснювалось у районі проведення антитерористичної операції.

До того ж, як убачається з аудіозапису судового засідання, прокурор наводив перед апеляційним судом обґрунтовані доводи щодо неможливості вирішення питання про надання дозволу на проведення НС(Р)Д слідчими суддями Апеляційного суду Донецької області, розташованому у м. Бахмуті, який найбільш територіально наближений до місця знаходження органу досудового розслідування (м. Краматорськ), у зв'язку з відсутністю у цьому суді станом на 1 квітня 2016 року режимно-секретного відділу.

Отже, апеляційний суд, даючи оцінку матеріалам, одержаним у результаті НСРД, мав би перевірити як наявність умов, встановлених у ст. 615 КПК, для надання дозволу відповідним прокурором, так і можливість отримання дозволу слідчого судді апеляційного суду у спосіб, передбачений ст. 247 КПК, з огляду на спеціальний порядок розгляду і вирішення клопотань із присвоєнням ухвалам слідчого судді грифу секретності, невідкладність самої НС(Р)Д та встановлені законом строки вирішення питання про надання дозволу на її проведення (забезпечення оперативності вирішення цього питання).

Поряд з тим положеннями статей 247 і 248 КПК визначено, що розгляд клопотань про проведення НС(Р)Д здійснюється слідчим суддею апеляційного суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового розслідування, протягом шести годин з моменту його отримання. Розгляд клопотання здійснюється за участю особи, яка подала клопотання.

Крім того, вказуючи на ч. 2 ст. 247 КПК при обґрунтуванні рішення про визнання результатів НС(Р)Д недопустимим доказом, апеляційним судом було залишено поза увагою те, що зазначена норма закону не зобов'язує, а лише надає

можливість звернутися з клопотанням про надання дозволу на проведення НС(Р)Д щодо працівника правоохоронного органу до слідчого судді відповідного апеляційного суду поза межами територіальної юрисдикції органу досудового розслідування, який здійснює досудове розслідування.

Наведені порушення є істотними і такими, що перешкодили суду ухвалити законне та обґрунтоване судове рішення.

Джерело:

1.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 03 грудня 2019 року у справі № 425/217/17 (провадження № 51-1554км19).

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86241456>



Відсутність постанови прокурора про проведення контролю за вчиненням злочину тягне за собою визнання протоколу огляду, помітки та вручення грошових коштів, а також похідних від нього доказів недопустимими.

Вироком Києво-Святошинського райсуду від 06.11.2015 Особу 1 засуджено за ч. 2 ст. 368 КК до покарання у вигляді штрафу в розмірі 1500 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, що становить 25500 грн, із позбавленням права обіймати посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій строком на 2 роки.

Ухвалою Київського АС від 11.12.2019 вирок щодо Особи 1 залишено без змін.

За обставин, установлених судом і детально викладених у вирoku, Особу 1 визнано винним у тому, що, будучи службовою особою, працюючи державним виконавцем відділу державної виконавчої служби Києво-Святошинського районного управління юстиції Київської області, використовуючи своє службове становище та надані йому повноваження на виконання рішень судів, з метою незаконного особистого збагачення, 01.08.2013, приблизно о 18:00 год, на перехресті вулиць Ломоносова та Лесі Українки в м. Вишневому Києво-Святошинського району, за несвоєчасне накладення арешту на майно боржника та оголошення заборони на відчуження земельної ділянки за Адресою 3 отримав від Особи 2, який представляв інтереси Особи 3 та Особи 4, неправомірну вигоду – кошти у сумі 104000 грн, після чого був затриманий працівниками правоохоронних органів.

З матеріалів кримінального провадження вбачається, що постановою ККС від 24.01.2019 ухвалу Апеляційного суду Київської області від 02.10.2017 за касаційною скаргою засудженого Особи 1 скасовано та призначено новий розгляд у суді апеляційної інстанції у зв'язку з істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону, у тому числі положень ст. 419 КПК.

Верховний Суд у мотивувальній частині постанови від 24.01.2019 вказав на те, що суду апеляційної інстанції серед іншого необхідно перевірити довід сторони захисту про невідповідність протоколів проведення НС(Р)Д вимогам ст.ст. 104, 252 КПК.

Апеляційний суд не виконав указівки суду касаційної інстанції, оскільки у своєму рішенні взагалі не дав відповіді на довід апеляційної скарги, що є суттєвим для прийняття законного, обґрунтованого та вмотивованого рішення.

Крім того, колегія суддів апеляційної інстанції, спростовуючи довід апеляційної скарги захисника, що в матеріалах кримінального провадження відсутня постанова прокурора про проведення контролю за скоєнням злочину, дійшла висновку, що відсутність наведеної постанови не тягне за собою визнання протоколу огляду, помітки та вручення коштів від 01.08.2013 та похідних від нього доказів недопустимими, оскільки це не може нівелювати доказового значення сукупності відомостей, отриманих шляхом проведення процесуальних дій, у тому

числі НС(Р)Д (за наявності відповідних процесуальних рішень як підстави їх проведення), на підтвердження того, що Особою 1 вчинив інкриміноване йому кримінальне правопорушення та не є таким, що унеможливило прийняття законного й обґрунтованого рішення, тобто не є істотним порушенням вимог КПК. Разом з тим зі змісту п. 3.2 рішення Конституційного Суду від 20.10.2011 № 12-рп/2011 убачається, що: визнаватися допустимим і використовуватись як доказ у кримінальній справі можуть тільки фактичні дані, одержані відповідно до вимог кримінального процесуального законодавства. Перевірка доказів на їх допустимість є найважливішою гарантією забезпечення прав і свобод людини та громадянина в кримінальному процесі й ухвалення законного та справедливого рішення у справі; обвинувачення у скоєнні злочину не може бути обґрунтоване фактичними даними, одержаними в незаконний спосіб, а саме: з порушенням конституційних прав і свобод людини і громадянина; з порушенням установлених законом порядку, засобів, джерел отримання фактичних даних; не уповноваженою на те особою тощо.

Обов'язковим елементом порядку отримання доказів у результаті НС(Р)Д є попередній дозвіл уповноважених суб'єктів (слідчого судді, прокурора, слідчого) на їх проведення. Сторона захисту вправі мати інформацію про всі елементи процесуального порядку здобуття стороною обвинувачення доказів, які остання має намір використати проти неї в суді. Інакше від самого початку судового розгляду сторона захисту перебуватиме зі стороною обвинувачення в нерівних умовах.

Здійснення перевірки доказів на їх допустимість, якщо сторона захисту ставить їх під сумнів, є обов'язком суду, з чого випливає й необхідність дослідження дозволів на проведення НС(Р)Д, рішення про необхідність розсекречування яких відповідно до ч. 1 ст. 255 КПК та п. 5.9 Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні від 16.11.2012 № 114/1042/516/1199/936/1687/5, затвердженої спільним наказом Генеральної прокуратури, Міністерства внутрішніх справ, Служби безпеки, Адміністрації Державної прикордонної служби, Міністерства фінансів, Міністерства юстиції, приймає прокурор.

НС(Р)Д, передбачені, зокрема, у ст. 271 Кодексу, проводяться виключно в кримінальному провадженні щодо тяжких або особливо тяжких злочинів, і виключно прокурор має право прийняти рішення про проведення такої НС(Р)Д як контролю за скоєнням злочину.

При цьому відповідно до положень ст. 271 КПК така негласна слідча (розшукова) дія, як контроль за скоєнням злочину, може проводитись у формах контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупки, спеціального слідчого експерименту та імітування обстановки злочину, порядок і тактика проведення яких визначається законодавством.

Слід зазначити, що використання заздалегідь ідентифікованих (помічених) засобів можливе лише при проведенні НС(Р)Д, передбачених у ст. 271 КПК.

Як свідчать матеріали кримінального провадження, огляд, помітка та вручення коштів, результати яких зафіксовані в протоколі від 01.08.2013, проводилися на підставі постанови т.в.о. начальника слідчого управління ГУ МВС у Київській області Невгада В.В. про використання заздалегідь ідентифікованих (помічених) засобів від 01.08.2013. Крім того, у постанові відсутня вказівка, у межах якого виду НС(Р)Д проводилися такі дії.

З урахуванням наведеного колегія суддів вважає: апеляційний суд дійшов помилкового висновку, що відсутність постанови прокурора про проведення контролю за скоєнням злочину не тягне за собою визнання протоколу огляду, помітки та вручення коштів від 01.08.2013 та похідних від нього доказів недопустимими.

Крім того, суд апеляційної інстанції, спростовуючи доводи скарги сторони захисту про те, що докази, отримані за результатами проведення НС(Р)Д, є недопустимими та неналежними, оскільки не були відкриті стороні захисту відповідно до вимог ст. 290 КПК після закінчення досудового розслідування, не врахував правових висновків, викладених у постанові Великої палати ВС від 16.10.2019 (справа № 640/6847/15-к).

Так, ВП ВС уточнила висновки щодо застосування норми права, зроблені раніше в постанові ВП ВС від 16.01.2019 у провадженні № 13-37ксл8, акцентувавши увагу на тому, що в тих випадках, коли процесуальні документи не були розсекречені на момент відкриття стороною обвинувачення матеріалів кримінального провадження, вони можуть бути відкриті стороні захисту під час розгляду справи в суді за умови своєчасного вжиття прокурором усіх необхідних заходів для їх отримання. Якщо сторона обвинувачення не вжила необхідних та своєчасних заходів щодо розсекречення процесуальних документів, які стали процесуальною підставою для проведення НС(Р)Д та яких немає в її розпорядженні на момент відкриття матеріалів, то в такому випадку має місце порушення норм ст. 290 КПК.

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, ухвали слідчих суддів Апеляційного суду м. Києва від 31.07.2013 №№ 01-8044н/т, 01-8045н/т, 01-8046н/т, якими давалися дозволи на проведення НС(Р)Д щодо Особи 1; постанова про використання заздалегідь ідентифікованих (помічених) засобів від 01.08.2013, згідно з якою визнано необхідним використати під час проведення НС(Р)Д заздалегідь ідентифіковані із застосуванням спеціальних засобів кошти спеціального призначення МВС у сумі 104000 грн; доручення слідчого про проведення НС(Р)Д від 31.07.2013 за №№ 14/49-417т; 14/49-418т; 14/49-419т, згідно з якими доручено працівникам ГУБОЗ МВС, оперативно-технічних підрозділів провести негласні слідчі дії (зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, аудіо-, відеоконтроль Особи 1, спостереження за Особою 1 у публічно допустимих місцях), були розсекречені, долучені до матеріалів кримінального провадження та відкриті стороні захисту в ході судового розгляду.

Разом з тим у ході апеляційного розгляду не було з'ясовано, чи вживала сторона обвинувачення в цій справі всіх необхідних та своєчасних заходів для розсекречення процесуальних документів, які стали підставою для проведення НС(Р)Д, у ході досудового розслідування.

Викладені обставини, на думку колегії суддів, дають підстави стверджувати, що суд апеляційної інстанції формально розглянув кримінальне провадження щодо Особи 1, чим порушив право учасників процесу на об'єктивний, неупереджений розгляд кримінального провадження в суді апеляційної інстанції.

Джерело:

1.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 19 серпня 2020 року у справі № 369/10396/13-к.

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91089424>



Під час ознайомлення сторони захисту з матеріалами кримінального провадження, сторона обвинувачення цілком очікувано може розраховувати, що сторона захисту якнайскоріше заявить слідчому, прокурору чи суду клопотання про необхідність відкриття і долучення до матеріалів кримінального провадження документів, які стали підставою для проведення НС(Р)Д, але наразі в матеріалах відсутні.

Якщо сторона захисту такого клопотання умисно не заявила до початку розгляду кримінального провадження по суті – не було порушено балансу інтересів сторін кримінального провадження.

За вироком місцевого суду особу засуджено за вчинення кримінальних правопорушень, передбачених ч. 1 ст. 190, ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 190, ч. 2 ст. 190, ч. 2 ст. 15, ч. 4 ст. 27, ч. 1 ст. 369, ч. 2 ст. 15, ч. 4 ст. 27, ч. 2 ст. 369 КК.

Апеляційний суд вирок місцевого суду залишив без змін.

Що стосується доводів засудженого про те, що досліджені судом докази отримано співробітниками правоохоронних органів внаслідок провокації, то ВС дійшов такого висновку.

Так, ВС зазначив, що для відмежування провокації від допустимої поведінки правоохоронних органів Європейський суд з прав людини виробив ряд критеріїв: чи були дії правоохоронних органів активними, чи мало місце з їх боку спонукання особи до вчинення злочину, наприклад, прояв ініціативи у контактах з особою, повторні пропозиції, незважаючи на початкову відмову особи, наполегливі нагадування, підвищення ціни вище середньої; чи був би скоєний злочин без втручання правоохоронних органів; вагомість причин проведення оперативної закупівлі, чи були у правоохоронних органів об'єктивні дані про те, що особа була втягнута у злочинну діяльність і ймовірність вчинення нею злочину була суттєвою. Відповідно до встановлених фактичних обставин, підтверджених сукупністю досліджених доказів, суд першої інстанції, з яким погодився й апеляційний суд, встановив, що саме Особа_1 ініціювала надання неправомірної вигоди службовим особам і її участь була активною.

Висновки про доведеність вчинення кримінальних правопорушень Особи_1 за встановлених судами фактичних обставин кримінального провадження є правильними, а його дії за ч. 2 ст. 15, ч. 4 ст. 27, ч. 1 ст. 369, ч. 2 ст. 15, ч. 4 ст. 27, ч. 2 ст. 369 КК кваліфіковані правильно.

Що стосується доводів про порушення вимог ч. 12 ст. 290 КПК, оскільки після закінчення досудового розслідування сторона обвинувачення не відкрила стороні захисту всіх матеріалів кримінального провадження, зокрема клопотань, доручень на проведення НС(Р)Д оперативному підрозділу та ухвал слідчих суддів Апеляційного суду Тернопільської області про надання дозволу на проведення НС(Р)Д, у зв'язку з чим, на думку захисту, суд повинен був визнати недопустимими докази, отримані в результаті НС(Р)Д, проведених на підставі матеріалів, які не

були відкриті стороні захисту після закінчення досудового розслідування, то колегія суддів зазначає таке.

ВС підкреслив, що частинами 1-10 ст. 290 КПК визначено порядок відкриття матеріалів іншій стороні на стадії закінчення досудового розслідування.

Зокрема, відповідно до ч. 2 цієї статті прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний надати доступ до матеріалів досудового розслідування, які є в його розпорядженні, у тому числі будь-які докази, які самі по собі або в сукупності з іншими доказами можуть бути використані для доведення невинуватості або меншого ступеня винуватості обвинуваченого, або сприяти пом'якшенню покарання.

Ураховуючи положення ст. 290 КПК процесуальні документи про надання дозволу на проведення НС(Р)Д не є самостійним доказом у кримінальному провадженні. Відповідно до ст. 84 КПК доказами у кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані у передбаченому цим кодексом порядку, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню, а процесуальними джерелами доказів є показання, речові докази, документи, висновки експертів. Процесуальні ж документи, які стали підставою для проведення НС(Р)Д, не є документами у розумінні ч. 2 ст. 99 КПК, оскільки не містять зафіксованих та зібраних оперативними підрозділами фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб або групи осіб. Отже, процесуальні документи про дозвіл на проведення НС(Р)Д (у тому числі й відповідні постанови прокурора та ухвали слідчих суддів) повинні бути досліджені судом під час розгляду справи у суді першої інстанції з метою оцінки допустимості доказів, отриманих у результаті НС(Р)Д.

Беручи до уваги те, що КПК чітко встановлює процесуальні підстави проведення НС(Р)Д, а в протоколі про результати їх проведення завжди вказується, на підставі якого рішення такі дії проводилися, не можна говорити про те, що для сторони захисту в цілому буде неочікуваним побачити відповідний процесуальний документ, якщо його буде відкрито не на стадії закінчення досудового розслідування, а дещо пізніше.

Більше того, змагальність процесу передбачає свободу сторін у висловленні своїх заперечень, у тому числі щодо допустимості тих чи інших доказів. Це, зокрема, прямо впливає зі змісту ч. 3 ст. 89 КПК, яка передбачає, що сторони кримінального провадження, потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, мають право під час судового розгляду подавати клопотання про визнання доказів недопустимими, а також наводити заперечення проти визнання доказів недопустимими. Цьому праву кореспондує відповідний обов'язок іншої сторони довести допустимість такого доказу (ч. 2 ст. 92 КПК).

Також ВС зазначив, що принцип диспозитивності (ст. 26 КПК), який відноситься до основних засад кримінального провадження, передбачає, що сторони кримінального провадження є вільними у використанні своїх прав у межах

та у спосіб, які передбачено КПК, а слідчий суддя, суд у кримінальному провадженні вирішують лише ті питання, що винесено на їх розгляд сторонами та віднесено до їх повноважень цим Кодексом.

У зв'язку з цим розумно було б очікувати сумлінної процесуальної поведінки не тільки від сторони обвинувачення, але й від сторони захисту. Отже, якщо сторона захисту, ознайомившись із відкритими їй матеріалами досудового розслідування, виявить, що в них наявний протокол про результати НС(Р)Д, але відсутні процесуальні документи, які стали підставою для проведення цих дій, і вона вважатиме за необхідне ознайомитися з цими документами, цілком очікувано розраховувати на те, що ця сторона якнайскоріше заявить слідчому, прокурору чи суду клопотання про необхідність відкриття і долучення вказаних документів до матеріалів провадження (це цілком узгоджується з практикою Європейського суду з прав людини).

Тому баланс інтересів сторін не на користь сторони захисту буде порушено не стільки у випадку, якщо відповідний процесуальний документ не буде відкрито на стадії закінчення досудового розслідування, скільки в ситуації, якщо всупереч клопотанню, своєчасно заявленому в суді стороною захисту, цей документ так і не буде відкритий із невиправдною затримкою, коли сторона захисту вже не матиме можливості належним чином підготуватися до захисту і скоригувати лінію захисту.

Отже, відповідаючи на вищезазначені доводи засудженого, колегія суддів констатує, що у кримінальному провадженні щодо Особи_1 за визначеним місцевим судом порядком письмові докази досліджувалися після допиту свідків. На виконання вимог ст. 22 КПК сторони самостійно визначали послідовність подання відповідних доказів для дослідження судом. Сторона захисту як під час закінчення досудового розслідування, так і протягом судового розгляду не наполягала і не вимагала у сторони обвинувачення відкрити їй вищезазначені клопотання про надання дозволу на проведення негласних слідчих дій, доручення на проведення НС(Р)Д у порядку ст. 36 КПК, постанови про проведення контролю за вчиненням злочину та ухвали слідчих суддів, хоча не могла не знати, що лише вказані документи (відомості про які – номер, дата складення (ухвалення) – зазначені у протоколах НС(Р)Д) надавали підстави для проведення відповідних дій. Ці документи були відкриті стороні захисту під час судового розгляду (після їх розсекречення), де указані документи були досліджені. При цьому сторона захисту не заперечувала проти їх дослідження судом та приєднання до матеріалів провадження, однак наголошувала на необхідності визнання недопустимими доказів, отриманих на підставі вказаних матеріалів через невиконання обвинуваченням вимог ч. 12 ст. 290 КПК під час закінчення досудового розслідування.

Ураховуючи наведене, колегія суддів вважає, що під час розгляду цього кримінального провадження не було порушено балансу інтересів сторін кримінального провадження, вони нарівно використовували надані їм процесуальні права збирання та подання до суду доказів та у зв'язку з цим мали достатньо часу

для обстоювання своїх правових позицій, прав, свобод і законних інтересів, засобами, передбаченими КПК. Відкриття стороні захисту вищезазначених клопотань, доручень, постанови прокурора та ухвал слідчих суддів було здійснено з дотриманням вимог ч. 11 ст. 290 КПК, а отже немає підстав для визнання недопустимими доказами як указаних доказів, так і відповідних протоколів НС(Р)Д, складених на підставі зазначених документів.

Джерело:

1. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 08 липня 2020 року у справі № 718/1433/17 (провадження № 51-53км20).

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90306338>



Проведення співробітниками оперативного підрозділу НС(Р)Д без доручення на те слідчого, прокурора тягне за собою недопустимість отриманих доказів. Надане оперативному підрозділу доручення на проведення НС(Р)Д повинно бути відкрите стороні захисту в порядку ст. 290 КПК України.

Рішення слідчого, прокурора про залучення «іншої особи» до проведення НС(Р)Д має бути оформлено процесуально.

Відкрите фіксування під час завершальної стадії контролю за вчиненням злочину з фактичним затриманням – це не огляд місцевості, приміщення, речей та документів, а отже потребує негайного складання протоколу за результатами проведення контролю за вчиненням злочину. Водночас порушення 24-годинного строку передачі прокурору протоколу не є істотним порушенням КПК та не впливає на допустимість доказів.

Розглянувши матеріали кримінального провадження суд першої інстанції з'ясував, що обвинувачення ОСОБА_1 за ч. 1 ст. 368 КК ґрунтується на доказах, отриманих у результаті проведених негласних слідчих (розшукових) дій, які не є допустимими в розумінні ст. 86 КПК, та обґрунтовано визнав їх такими, зокрема, протокол аудіо- відеоконтролю особи від 28 липня 2016 року № 712т із додатками, протокол контролю за вчиненням злочинів від 28 липня 2016 року № 713т із додатками, протокол огляду носіїв інформації за наслідками проведення вказаних НС(Р)Д від 14 вересня 2016 року та постанови про визнання їх речовими доказами від 19 вересня 2016 року.

Суд вказав на недоведеність стороною обвинувачення факту доручення проведення аудіо-, відеоконтролю особи УКП ОТЗ ГУНП в Сумській області, прийняття прокурором рішення про залучення ОСОБА_2 у порядку, передбаченому ч. 6 ст. 246 КПК, до проведення аудіо-, відеоконтролю особи, що є підставою для визнання матеріалів проведення НС(Р)Д недопустимим доказом.

Висновки суду про недопустимість як доказу протоколу негласної слідчої (розшукової) дії аудіо-, відеоконтролю особи від 28 липня 2016 року № 712т є обґрунтованими.

З матеріалів кримінального провадження не вбачається, що доручення № 17-632 від 5 липня 2016 року на проведення цієї НС(Р)Д, зміст якого мав свідчити що слідча дія проведена уповноваженою особою, було б відкрите стороні захисту у порядку ст. 290 КПК. Відсутнє також підтвердження того, що прокурором вжито заходів для його відкриття стороні захисту та зняття грифу таємності до виконання вимог ст. 290 КПК. Не відкриття цього процесуального рішення в порядку ст. 290 КПК призвело до порушення принципу змагальності та права на захист під час судового розгляду.

Суд також дійшов обґрунтованого висновку що зазначена НС(Р)Д здійснювалась 8 липня 2016 року особою, повноваження якої не підтверджені, оскільки з матеріалів кримінального провадження встановлено, що проведення цієї НС(Р)Д припинено Управлінням оперативно-технічних заходів ГУНП в Сумській

області 5 липня 2016 року, матеріали НС(Р)Д передані супровідним листом від 6 липня 2016 року № 826т/18/01-2016 повноважному слідчому прокуратури.

В обґрунтування недопустимості як доказу протоколу негласної слідчої (розшукової) дії аудіо-, відеоконтролю особи від 28 липня 2016 року № 712т суд дав належну оцінку відсутності в матеріалах провадження процесуального рішення слідчого чи прокурора про залучення ОСОБА_2 (який є заявником та свідком згідно зі ст.ст. 60, 65 КПК) до проведення негласної слідчої (розшукової) дії.

Відповідно до ст.ст. 246, 260 КПК аудіо-, відеоконтроль особи є окремим різновидом негласних слідчих (розшукових) дій. В контексті ч. 6 ст. 246 КПК Громащук І.М. є іншою особою, яка тільки за рішенням слідчого чи прокурора може залучатися до проведення негласних слідчих (розшукових) дій.

Отже, в судовому провадженні встановлені належні підстави для визнання недопустимими протоколу аудіо-, відеоконтролю особи від 28 липня 2016 року № 712т із додатками та похідними доказами: протоколу огляду отриманих під час проведення НС(Р)Д носіїв інформації від 14 вересня 2016 року та постанови від 19 вересня 2016 року про визнання їх речовими доказами. Тому суд апеляційної інстанції обґрунтовано погодився з такими висновками суду першої інстанції та мотивував належним чином своє рішення щодо їх правильності.

Колегія суддів виходить з того, що протокол про результати контролю за вчиненням злочину від 28 липня 2016 року № 713т з додатками та похідними доказами суд першої інстанції також аргументовано визнав недопустимим доказом, а апеляційний суд обґрунтовано погодився з таким його висновком.

Контроль за вчиненням злочину закінчувався фактичним затриманням ОСОБА_1 співробітниками УЗЕ в Сумській області та прокуратури Сумської області біля кафе «Велес» за адресою: пл. 40-ї армії, 2 у м. Тростянець, тобто відкритим фіксуванням. Однак всупереч вимогам ч. 4 ст. 271 КПК, протокол про результати контролю за вчиненням злочину був складений не негайно у присутності ОСОБА_1, а 28 липня 2016 року, через 20 днів після завершення негласної слідчої дії, з порушенням строку встановленого для передання його прокурору згідно з ч. 3 ст. 252 КПК.

Доводи прокурора про відсутність у ОСОБА_1 доступу до державної таємниці, як перешкоди для своєчасного складання протоколу, не засновані на законі, прямо суперечать змісту ч. 4 ст. 271 КПК, якою встановлено імперативну вимогу до осіб, які здійснюють досудове розслідування, де законодавець не встановлює будь-яких винятків. Аргументи про те, що протокол про результати контролю за вчиненням злочину від 28 липня 2016 року № 713т містив гриф «таємно» (який був знятий лише 12 серпня 2016 року), що унеможливило його складання 28 липня 2016 року у присутності ОСОБА_1, у якого відсутній допуск до державної таємниці, а крім того становить розголошення уповноваженою особою у такий спосіб відомостей, які містять державну таємницю, – не містять підстав для визнання вказаного протоколу допустимим доказом в цьому кримінальному провадженні.

Вирішуючи питання про істотність порушення зазначених вимог КПК суди виходили з того, чи потягли вони істотне порушення прав затриманої особи. З огляду на зміст ст.ст. 20, 42, 104–107, 271 КПК суди обґрунтовано визнали їх істотними, чим вмотивували визнання недопустимими таких доказів.

В той же час на підставі інформації, отриманої з протоколу про результати контролю за вчиненням злочину від 28 липня 2016 року № 713т, відеозапису до протоколу огляду (місцевості, приміщення, речей, документів) від 8 липня 2016 року, відеозапису до протоколу освідчування особи від 8 липня 2016 року, судом встановлено, що ОСОБА_1 фактично був затриманий співробітниками УЗЕ ГУНП в Сумській області. А тому суд дійшов правильного висновку про те, що за змістом статей 208, 209 КПК проведена процесуальна дія є затриманням особи, яка з цього моменту набуває право на захист згідно з ч. 1 ст. 42 КПК.

Суд також обґрунтовано виходив з того, що обставини, викладені у протоколі огляду (місцевості, приміщення, речей та документів) від 8 липня 2016 року, протоколі освідчування особи від 8 липня 2016 року та відповідних відеозаписах цих слідчих дій, не відповідають змісту процесуальних дій, які фактично здійснювались. Уповноважені особи органу досудового розслідування фактично провели не огляд місцевості, приміщення, речей та документів, а відкрите фіксування під час завершальної стадії контролю за вчиненням злочину з фактичним затриманням ОСОБА_1 та вилученням грошей, які знаходились у нього в кишені, де мали керуватися статтями 208, 209, ч. 4 ст. 271 КПК.

Одночасно колегія судів погоджується з доводами прокурора в тій частині, де йдеться про відсутність підстав визнавати істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону недотримання органом досудового розслідування 24-годинного строку передачі прокурору протоколу (ч. 3 ст. 252 КПК) про результати проведення негласної слідчої (розшукової).

Так, у ч. 3 ст. 252 КПК визначено, що протоколи про проведення негласних слідчих (розшукових) дій з додатками не пізніше ніж через двадцять чотири години з моменту припинення зазначених негласних слідчих (розшукових) дій передаються прокурору. Допущене органом досудового слідства порушення чітко визначеного кримінальним процесуальним законом строку, порушує форму кримінального процесу, невід'ємною складовою якої є встановлені законом строки передачі прокурору протоколу про проведення НС(Р)Д, про що правильно зазначено апеляційним судом. Проте таке порушення не має істотного впливу на права підозрюваного, зокрема й на захист і, з огляду на це, не містить ознак істотного порушення кримінального процесуального закону внаслідок цього. Допущене порушення може впливати на оперативність досудового розслідування і своєчасність прийняття рішень прокурором задля його забезпечення. Сторона захисту може висловити свої зауваження з приводу цієї НС(Р)Д та врахувати її результати під час підготовки захисту лише за умови відкриття стороною обвинувачення відповідних протоколів та додатків як доказів в порядку ст. 290

КПК, на що не впливає дотримання органом досудового розслідування строку, визначеного ч. 3 ст. 252 КПК.

При цьому вказане не впливає на загальний висновок суду про недопустимість як доказу протоколу аудіо-, відеоконтролю особи від 28 липня 2016 року № 712т із додатками та похідними доказами, – протоколу огляду отриманих під час проведення НС(Р)Д носіїв інформації від 14 вересня 2016 року та постанови від 19 вересня 2016 року про визнання їх речовими доказами, в ключовому аспекті з огляду на вищевикладене.

Апеляційний суд належним чином перевірів в цій частині доводи апеляційної скарги, навів належні мотиви на їх спростування та обґрунтовано визнав правильними висновки суду про недопустимість протоколу аудіо-, відеоконтролю особи від 28 липня 2016 року № 712т із додатками та похідними доказами, протоколу про результати контролю за вчиненням злочину від 28 липня 2016 року № 713т із додатками та похідними доказами, протоколу освідування із додатками (змивами та відеозаписами) від 8 липня 2016 року, протоколу огляду (місцевості, приміщення, речей та документів) від 8 липня 2016 року і додатків до нього, що в свою чергу потягло за собою недопустимість висновку судової експертизи речовин хімічних виробництв та спеціальних хімічних речовин № 7505 від 02 вересня 2017 року, належним чином мотивувавши своє рішення.

Доводи касаційної скарги прокурора про грубе порушення апеляційним судом вимог ст. 23 КПК через те, що без безпосереднього дослідження доказів в судовому засіданні апеляційний суд надав їм іншу оцінку, ніж суд першої інстанції, визнавши недопустимим доказом ухвалу слідчого судді апеляційного суду від 4 липня 2016 року, обліковий номер 1147т, яка не відкривалась стороні захисту у порядку ст. 290 КПК, а надана стороною обвинувачення 1 жовтня 2018 року під час судового розгляду, не є достатньою підставою для скасування ухвали апеляційного суду.

Так, суд першої інстанції визнавши недопустимими доказами результати НС(Р)Д, проведених на підставі ухвали слідчого судді апеляційного суду від 4 липня 2016 року, обліковий номер 1147т, в той же час дійшов висновку, що відкриття під час судового розгляду цієї ухвали, що стала правовою підставою для проведення негласних слідчих (розшукових) дій, не тягне за собою саме з цих підстав визнання відомостей, які містяться у ній, недопустимими доказами.

Апеляційний суд визнав такі висновки суду першої інстанції помилковими, при цьому виходив з того, негласні слідчі (розшукові) дії проводяться під час досудового розслідування за ініціативою сторони обвинувачення, а тому, за змістом статей 85, 92, 290 КПК процесуальний керівник зобов'язаний під час досудового розслідування заздалегідь ініціювати процедуру їх розсекречення одночасно з результатами негласних слідчих (розшукових) дій та забезпечити відкриття цих документів на етапі закінчення досудового розслідування.

При цьому, згідно з ч. 12 ст. 290 КПК, якщо сторона кримінального провадження не здійснить відкриття матеріалів відповідно до положень цієї статті, суд не має права допустити відомості, що містяться в них, як докази.

Висловлена позиція апеляційного суду узгоджується із висновками, викладеними в постанові від 16 січня 2019 року Великої Палати Верховного Суду (справа № 751/7557/15-к), щодо застосування правових норм, закріплених у ст. 290 КПК.

Джерело:

1.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 18 грудня 2019 року у справі № 588/1199/16-к (провадження № 51-3127км19).

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86505861>



Оперативний співробітник, який складає протоколи про проведення НС(Р)Д на виконання доручення слідчого, прокурора, є самостійним у своїй процесуальній діяльності.

Місцевий суд, визнаючи протоколи за результатами проведення НС(Р)Д щодо ОСОБА_1 недопустимими доказами, послався на те, що вони складені старшим оперуповноваженим СБУ Павленком О.С., який згідно зі ст. 41 КПК фактично виконував функції слідчого у даному кримінальному провадженні, однак під час досудового розслідування був допитаний як свідок, а тому не мав права брати участь у цьому провадженні як слідчий відповідно до вимог ст. 77 КПК.

Апеляційний суд належним чином не перевірів і не спростував доводів апеляційної скарги прокурора про визнання місцевим судом протоколів за результатами проведення НС(Р)Д, складених старшим оперуповноваженим СБУ Павленком О.С., недопустимими доказами на підставах, не передбачених частинами 1–3 ст. 87 КПК.

Колегія суддів звертає увагу, що судами першої та апеляційної інстанцій не враховано того, що ст. 77 КПК передбачено підстави для відводу прокурора та слідчого у кримінальному провадженні, а не працівників оперативного підрозділу. Старший оперуповноважений СБУ Павленко О.С. хоча і складав протоколи за результатами проведення НС(Р)Д, однак не був слідчим у даному кримінальному провадженні, який при здійсненні своїх повноважень є самостійним у своїй процесуальній діяльності. Крім того, відповідно до вимог ч. 1 ст. 41 КПК оперативний працівник здійснює НС(Р)Д виключно за письмовим дорученням слідчого чи прокурора та не може їх проводити за власною ініціативою.

За наведених обставин суд першої інстанції, з висновками якого погодився суд апеляційної інстанції, дійшов неправильного висновку про визнання вказаних протоколів за результатами НС(Р)Д щодо ОСОБА_1 та інших доказів недопустимими на підставі ст. 77 КПК.

Джерело:

1.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 08 липня 2020 року у справі № 373/2562/15-к (провадження № 51-2218 км20)

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90329695>



За відсутності витрат спеціального призначення співробітники оперативного підрозділу об'єктивно не могли видати покупцю оперативної закупки грошові кошти, що необхідні для проведення оперативної закупівлі.

За вироком Московського районного суду м. Харкова від 12 січня 2015 року ОСОБА_1 визнано винуватим у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 307 Кримінального кодексу України (далі – КК України), та йому призначено покарання у виді позбавлення волі на строк 7 років, з конфіскацією всього майна, що є його особистою власністю.

Апеляційний суд Харківської області ухвалою від 07 травня 2015 року апеляційні скарги обвинуваченого ОСОБА_1, захисника Гончарова С.І. та прокурора задовольнив частково. Вирок Московського районного суду м. Харкова від 12 січня 2015 року скасував і призначив новий судовий розгляд в суді першої інстанції.

За вироком Московського районного суду м. Харкова від 22 липня 2019 року ОСОБА_1 визнано невинуватим у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 307 КК України по епізодам від 26 березня 2014 року, 28 травня 2014 року виправдано у зв'язку із недоведеністю вчинення ним вказаних кримінальних правопорушень. Вирішено питання щодо процесуальних витрат та речових доказів.

Також судами було враховано, що відповідно до п. 2.10 Інструкції про порядок оперативної закупівлі наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсорів, затвердженої наказом МВС України № 023/0134 для проведення оперативної закупівлі використовуються грошові кошти СБУ, МВС України та інші засоби. Їх отримання і використання здійснюється у відповідності з відомчими нормативними актами СБУ та МВС України. При цьому корінець платіжного доручення, від ВФРЕВ УМВС України у Харківській області, який би свідчив про видачу працівникам СУ ГУМВС України у Харківській області витрат спеціального призначення в цьому кримінальному провадженні для проведення оперативної закупівлі у ОСОБА_1 суду не надано, що є грубим порушенням кримінально-процесуального законодавства.

Таким чином, суди дійшли обґрунтованого висновку, що при відсутності витрат спеціального призначення працівники СУ ГУМВС України об'єктивно не могли видати покупцю оперативної закупки грошові кошти, що необхідні для проведення оперативної закупівлі у ОСОБА_1.

Джерело:

1.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 01 липня 2020 року у справі № 643/10749/14-к (провадження № 51-2273 км 20).

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90202735>



Запис розмови особи з працівником поліції, здійснений за допомогою технічних засобів, є допитом. НС(Р)Д не можуть підміняти допит особи.

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, судом першої інстанції встановлено, що на підставі ухвали слідчого судді в рамках кримінального провадження було проведено негласні слідчі (розшукові) дії, а саме аудіо- та відеоконтроль щодо підозрюваних, які утримувалися в ізоляторі тимчасового тримання. За результатами проведення вказаних негласних слідчих дій було складено відповідні протоколи, які разом з аудіо- та відеозаписами сторона обвинувачення надала суду як доказ винуватості у вчиненні інкримінованих їм злочинів.

Місцевий суд, дослідивши вказані докази, дійшов висновку, що надані прокурором протоколи про результати проведення негласних слідчих (розшукових) дій не можуть бути визнані допустимими доказами, посиляючись на те, що у даному конкретному випадку з огляду на зміст вказаних протоколів фактично мав місце допит обвинувачених, а не втручання у приватне життя. Тобто має місце підміна понять. При цьому, на переконання суду, під час вказаних слідчих дій працівник поліції допитав підозрюваних осіб без роз'яснення їм прав, а також без участі адвоката та складання відповідного протоколу. З висновками місцевого суду погодився також суд апеляційної інстанції та колегія Касаційного кримінального суду.

Допит підозрюваного – це слідча дія, що провадиться шляхом опитування особи, яка має статус підозрюваного, з метою одержання даних щодо обставин, які стали підставою для її затримання або застосування запобіжного заходу, а також для отримання іншої інформації, яка має доказове чи інше значення для кримінального провадження. Положеннями ч. 3 ст. 224 КПК України визначено, що перед допитом встановлюється особа, роз'яснюються її права, а також порядок проведення допиту.

При цьому кримінальним процесуальним законом визначено, що в ході допиту підозрюваного в рамках кримінального провадження щодо особливо тяжких злочинів присутність захисника є обов'язковою.

У свою чергу, негласні слідчі (розшукові) дії – це різновид слідчих (розшукових) дій, відомості про факт і методи проведення яких не підлягають розголошенню, спрямовані на збирання, перевірку чи дослідження фактичних даних у конкретному кримінальному провадженні, та які проводяться у разі крайньої необхідності, коли відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати іншим способом.

На підставі вищезазначених обставин, та беручи до уваги положення кримінального процесуального законодавства, ВС визнав протоколи негласних слідчих дій недопустимими доказами у кримінальному провадженні.

Джерело:

1.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 05 березня 2020 року у справі № 666/5448/15-к.

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88103418>



Розмова, зафіксована потерпілим на диктофон, є недопустимим доказом, якщо запис був здійснений цілеспрямовано.

<...> З огляду на обставини цього кримінального провадження не заслуговують на увагу й доводи прокурора про безпідставне визнання місцевим судом недопустимими доказами – протокол огляду добровільно виданого потерпілим належного йому диктофону, на якому зафіксована розмова між ОСОБА_3 і ОСОБА_1, роздруківку цієї розмови, речового доказу – диктофону, а також висновку криміналістичної експертизи.

Відповідно до ст. 5 Закону № 2135-XII оперативно-розшукова діяльність здійснюється виключно оперативними підрозділами органів, визначених у частині першій цієї статті, а проведення її громадськими, приватними організаціями та особами забороняється.

Згідно з рішенням Конституційного Суду України № 12-рп/2011 від 20 жовтня 2011 року обвинувачення у вчиненні злочину не може ґрунтуватися на фактичних даних, одержаних в результаті оперативно-розшукової діяльності уповноваженою на те особою без дотримання конституційних положень або з порушенням порядку, встановленого законом, а також одержаних шляхом вчинення цілеспрямованих дій щодо їх збирання і фіксації із застосуванням заходів, передбачених Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність» від 18 лютого 1992 року № 2135-XII, особою, не уповноваженою на здійснення такої діяльності.

Конституцій Суд України у цьому рішенні зазначив, що оперативно-розшукова діяльність здійснюється виключно оперативними підрозділами органів, визначених у ч. 1 ст. 5 Закону № 2135-XII. Відповідно до ч. 2 вказаної статті проведення оперативно-розшукової діяльності громадськими, приватними організаціями та особами, іншими органами чи їх підрозділами, крім визначених у ч. 1 цієї статті, заборонено.

Джерело:

1.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 16 грудня 2020 року у справі № 661/4683/13-к.

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93780341>



Запис телефонної розмови є допустимим доказом за умови, що на телефоні працює програма автоматичного запису усіх розмов його власника.

За вироком місцевого суду особу засуджено за ч. 1 ст. 115 КК України до покарання у виді позбавлення волі на строк 12 років. Апеляційний суд вирок місцевого суду залишив без змін.

Касатор в касацій скарзі, зокрема, вказував, що місцевий суд безпідставно взяв до уваги досліджений у судовому засіданні запис телефонної розмови, зробленої на диктофон мобільного телефону засудженого, оскільки стороною обвинувачення не було надано жодних доказів, які б свідчили про автентичність голосу засудженого на аудіозаписі, а тому такий доказ є недопустимим.

Так, доводи касаційної скарги щодо недопустимості як доказу запису телефонної розмови, зробленого на диктофон мобільного телефону засудженого, оскільки стороною обвинувачення не було доведено автентичності голосу засудженого, на думку колегії суддів, є безпідставними та необґрунтованими.

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, в ході судового розгляду в суді першої інстанції було відтворено запис телефонної розмови, зробленої на диктофон мобільного телефону засудженого, який він добровільно видав після його затримання.

Разом із тим у ході дослідження вказаного доказу місцевим судом встановлено, що засуджений під час розмови зі свідком повідомив, що саме він вбив потерпілу. При цьому сама свідок у судовому засіданні підтвердила обставини телефонної розмови із засудженим і її зміст.

Відповідно до вироку місцевий суд, врахувавши вказані обставини, дійшов висновку, що досліджений доказ згідно з нормами ст. 86 КПК України є законним та допустимим з урахуванням того, що засуджений не заперечував, що виданий ним телефон належить саме йому і він особисто використовував програму для запису телефонної розмови на диктофон.

Разом із тим місцевий суд спростував доводи сторони захисту щодо автентичності голосу засудженого на аудіозаписі, посилаючись на те, що клопотання про призначення та проведення фоноскопичної експертизи щодо ідентифікації голосів осіб, між якими відбулася розмова, стороною захисту заявлено не було. Телефон, на який зроблено запис, належить засудженому, а свідок підтвердила факт телефонної розмови з засудженим, під час якої останній особисто повідомив їй, що вбив потерпілу. При цьому підстав, які вказували б на неналежність цього запису як доказу, судом першої інстанції не встановлено.

З цією позицією суду першої інстанції погодилась і колегія суддів.

Джерело:

1. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 28 січня 2021 року у справі № 182/523/16-к (провадження № 51-1103 км 20).

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94553286>



Під час оцінки доказів у кримінальному провадженні суд має перевірити підстави кваліфікації діяння особи як тяжкого злочину, що впливає на допустимість проведених НС(Р)Д.

Згідно з пред'явленим обвинуваченням ОСОБА_1 надав вказівку скарбнику СТ «Маяк» ОСОБА_3, яка не була обізнана про його злочинні наміри, скласти розписку про отримання на зберігання від ОСОБА_1 30 000 грн як виплату компенсації за споруду (кому не конкретизовано), внести до списку № 1 членів СТ «Маяк» за червень 2018 року відомості про сплату ОСОБА_2 членського внеску в розмірі 54 000 грн, а до іншого списку цього товариства за той самий місяць – дані про сплату ОСОБА_2 6000 грн за користування водою. При цьому із зазначеного не убачається, в інтересах якої саме третьої особи чи осіб діяв ОСОБА_1, унаслідок чого обвинувачення сформульовано не конкретно.

Як зазначив Європейський суд з прав людини у справі «Жупнік проти України» від 09 грудня 2010 року, межі гарантій, передбачених пп. «а» п. 3 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), мають оцінюватись, зокрема, у світлі більш загального права на справедливий судовий розгляд, гарантованого п. 1 ст. 6 Конвенції. У кримінальних справах надання повної та докладної інформації щодо висунутого особі обвинувачення, яка надалі може бути прийнята судом як юридична кваліфікація діяння, є неодмінною передумовою забезпечення справедливості провадження. Разом із цим підпункти «а» і «б» п. 3 ст. 6 Конвенції взаємопов'язані та визначають, що право бути поінформованим про характер і причину висунутого обвинувачення слід розглядати у світлі права обвинуваченого на підготовку свого захисту.

Також під час перевірки доводів, викладених у апеляційній скарзі ОСОБА_1, щодо неправомірності застосування у цьому кримінальному провадженні НС(Р)Д апеляційний суд вказав, що воно було розпочате у зв'язку з готуванням злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368 КК України, тобто тяжкого злочину, а тому проведення таких дій не суперечить вимогам чинного кримінального процесуального законодавства.

Проте суд апеляційної інстанції повною мірою не встановив того, чи були реальні передумови для внесення відомостей до ЄРДР про більш тяжкий злочин, передбачений ч. 3 ст. 368 КК України.

Так, згідно з рапортом старшого оперуповноваженого Управління захисту економіки в Чернігівській області ДЗЕ НП України суб'єктом, який вимагає неправомірну вигоду є голова СТ «Маяк» ОСОБА_1.

При цьому відповідно до диспозиції ч. 3 ст. 368 КК України, суб'єктом злочину за вказане кримінальне правопорушення є службова особа, яка займає відповідальне становище.

Згідно з п. 2 примітки до ст. 368 КК України службовими особами, які займають відповідальне становище, у статтях 368, 368-5, 369 та 382 цього Кодексу є особи, зазначені у п. 1 примітки до ст. 364 цього Кодексу, посади яких відповідно

до ст. 6 Закону України «Про державну службу» належать до категорії «Б», судді, прокурори, слідчі і дізнавачі, а також інші, крім зазначених у п. 3 примітки до цієї статті, керівники і заступники керівників органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх структурних підрозділів та одиниць.

У зв'язку з цим апеляційному суду необхідно перевірити, з врахуванням службових обов'язків голови садового товариства, чи належить він до таких осіб та чи не було внесення відомостей до ЄРДР за ч. 3 ст. 368 КК України необґрунтованим і направленим на штучне створення умов для проведення НС(Р)Д з огляду на те, що ст. 246 КПК України визначено надання дозволу на проведення НС(Р)Д у кримінальному провадженні лише щодо тяжких та особливо тяжких злочинів.

Таким чином, колегія суддів вважає, що апеляційний суд порушив вимоги ст. 419 КПК України під час розгляду провадження в апеляційному порядку, що перешкодило постановити законне та обґрунтоване рішення і відповідно до ч. 1 ст. 412, п. 1 ч. 1 ст. 438 КПК України є підставою для скасування прийнятого рішення.

Джерело:

1.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 11 листопада 2020 року у справі № 750/9145/18 (провадження № 51-1749км20).

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93268469>



Під час прийняття рішення про проведення НС(Р)Д у кримінальному провадженні слідчий, прокурор, слідчий суддя керуються виключно тими доказами, які є та об'єктивно без шкоди для слідства можуть бути у їхньому розпорядженні. Помилка у кваліфікації, допущена внаслідок необізнаності про службове становище підозрюваного без доступу до службових документів, не впливає на допустимість отриманих доказів.

Переглядаючи вирок місцевого суду, суд апеляційної інстанції визнав обґрунтованим виправдування ОСОБА_1 за ч. 3 ст. 354 КК України, погодившись з висновком суду першої інстанції про те, що з огляду на положення ст.ст. 86, 87 КПК України в ході збирання доказів органом досудового розслідування допущено істотні порушення вимог кримінального процесуального закону.

Крім того, суд апеляційної інстанції вказав, що ОСОБА_1 займала посаду майстра виробничого навчання Тернопільського вищого професійного училища ресторанного сервісу та торгівлі, а тому із самого початку досудового розслідування було очевидним, що остання не є суб'єктом кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 368 КК України, та в її діях відсутня така кваліфікуюча ознака, як вимагання з наведених вище підстав щодо законності інтересу ОСОБА_2 з приводу зарахування їй виробничої практики, що не давало законних та обґрунтованих підстав прокурору звертатися до слідчого судді з клопотанням про дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії – аудіо-, відеоконтроль особи.

Втім, колегія суддів зазначає, що такі висновки суду апеляційної інстанції є необґрунтованими з огляду на таке.

Чинним законодавством встановлені певні запобіжники від безконтрольного застосування НС(Р)Д, як на рівні суб'єктів, що видають дозвіл на їх проведення, так і з огляду на тяжкість злочину, для розслідування якого, на думку слідчого, прокурора, їх проведення є необхідним.

Згідно з п. 4 та 5 ч. 5 ст. 214 КПК України до Єдиного реєстру досудових розслідувань вносяться відомості щодо попередньої правової кваліфікації кримінального правопорушення з зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність; короткий виклад обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, наведених потерпілим, заявником чи виявлених з іншого джерела.

До органу досудового розслідування ОСОБА_2 звернулася з заявою, в якій вказано про вимагання неправомірної вигоди майстром виробничого навчання ОСОБА_1 за зарахування проходження виробничої практики.

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, на підставі заяви ОСОБА_2, 10.10.2017 року в ЄРДР були внесені відомості щодо вчинення кримінального правопорушення майстром виробничого навчання Тернопільського вищого професійного училища ресторанного сервісу і торгівлі ОСОБА_1 щодо вимагання неправомірної вигоди у розмірі 1 500 гривень в студентки цього

навчального закладу ОСОБА_2 за зарахування проходження виробничої практики, з визначенням правової кваліфікації за ч. 3 ст. 368 КК України.

Слідчим суддею апеляційного суду Тернопільської області, на підставі клопотання прокурора, 10 жовтня 2017 року постановлено ухвалу, якою надано дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії – аудіо-, відеоконтроль особи, а саме ОСОБА_1.

Крім цього, 11 жовтня 2017 року прокурором у кримінальному провадженні винесено постанову про проведення контролю за вчиненням злочину в порядку ст. 271 КПК України у формі спеціального слідчого експерименту.

Таким чином, на момент прийняття вказаних процесуальних рішень у органу досудового розслідування та у слідчого судді апеляційного суду Тернопільської області не було даних, які б давали можливість стверджувати, що ОСОБА_1 не є службовою особою, оскільки наказ про призначення на посаду, посадова інструкція чи інший документ, що міг стверджувати цей факт, не перебував у розпорядженні слідства і будь-які дії спрямовані на його отримання могли б завадити документуванню протиправної діяльності.

Таким чином, відомості до ЄРДР вносились за заявою про вимагання неправомірної вигоди за правовою кваліфікацією за ч. 3 ст. 368 КК України, а тому негласні слідчі (розшукові) дії проводились в межах кримінального провадження щодо тяжкого злочину.

З урахуванням наведеного, суд апеляційної інстанції, погоджуючись з висновком місцевого суду щодо недопустимості доказів, які отримані внаслідок проведення негласних слідчих (розшукових) дій у цьому кримінальному провадженні, не врахував, що на момент їх проведення існували достатні підстави для внесення відомостей до ЄРДР та проведення досудового розслідування щодо ОСОБА_1 за ч. 3 ст. 368 КК України, тобто у вчиненні тяжкого злочину, а тому відсутні порушення вимог ч. 2 ст. 246 КПК України, незважаючи на те, що в процесі проведення досудового розслідування кваліфікацію було змінено на злочин невеликої тяжкості.

Отже, під час розгляду судом апеляційної інстанції було допущено порушення вимог кримінального процесуального закону, яке є істотним, оскільки ставить під сумнів законність і обґрунтованість судового рішення, що відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 438 КПК України є підставою для його скасування. За таких обставин ухвала апеляційного суду підлягає скасуванню з призначенням нового розгляду у суді апеляційної інстанції.

При новому розгляді апеляційному суду необхідно врахувати зазначене в цій постанові, належним чином перевірити доводи апеляційної скарги, оцінити докази з точки зору належності, допустимості та достовірності, а їх сукупність – з точки зору достатності та взаємозв'язку, після чого ухвалити законне, обґрунтоване та вмотивоване судове рішення.

Водночас колегія суддів касаційної інстанції погоджується з висновком суду апеляційної інстанції про те, що в матеріалах кримінального провадження відсутнє

повідомлення ОСОБА_1 про проведення щодо неї негласних слідчих (розшукових) дій, оскільки матеріали кримінального провадження містять лише відомості про її ознайомлення з результатами НС(Р)Д у порядку ст. 290 КПК України, що не є виконанням приписів ст. 253 КПК України. Вказана норма передбачає зобов'язання для слідчого чи прокурора письмово повідомити особу про обмеження, які були пов'язані з проведенням щодо неї НС(Р)Д, що потребує неодмінного виконання, а тому доводи касаційної скарги прокурора в цій частині є безпідставними.

Джерело:

1.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 01 квітня 2020 року у справі № 607/15414/17 (провадження № 51-6202км19).

URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/88602316>



2.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 27 травня 2020 року № 328/1949/16-к.

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89564191>



**Відсутність у протоколі НС(Р)Д характеристик використаних технічних засобів не є істотним порушенням вимог КПК України.
Визначення оригіналу та копії електронного документа як доказу у кримінальному провадженні.**

За вироком Липоводолинського районного суду Сумської області від 28 лютого 2018 року ОСОБА_2 засуджено за ч. 2 ст. 186 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк 4 роки 6 місяців.

Цим вироком також засуджено ОСОБА_3, судові рішення стосовно якого в касаційному порядку не оскаржено.

За вироком суду ОСОБА_2 визнано винуватим у вчиненні грабежу, поєднаного з насильством, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, вчиненого за попередньою змовою групою осіб, за таких обставин.

Харківський апеляційний суд ухвалою від 23 липня 2019 року апеляційну скаргу прокурора задовольнив частково, апеляційні скарги захисників Глуценка В.В. та Маляра М.В. залишив без задоволення. Вирок суду першої інстанції змінив у частині зарахування ОСОБА_3 строку попереднього ув'язнення у строк відбуття покарання. В решті вирок суду залишено без змін.

<...> Як убачається з вироку, висновок про доведеність винуватості ОСОБА_2 у вчиненні інкримінованого йому кримінального правопорушення суд обґрунтував показаннями потерпілого, свідків та письмовими доказами: протоколом прийняття заяви ОСОБА_1 про вчинене стосовно нього 2 жовтня 2016 року кримінальне правопорушення з долученими до заяви копіями документів; протоколом пред'явлення особи для впізнання від 27 лютого 2017 року; протоколом огляду телефона від 15 грудня 2016 року; постановою від 15 грудня 2016 року про визнання речовим доказом мобільного телефона чорного кольору, марки «Nokia 515» IMEI НОМЕР_1 , IMEI НОМЕР_2; висновком товарознавчої експертизи від 18 квітня 2017 року № 069/17; протоколом обшуку житла від 27 лютого 2017 року; протоколом обшуку житла від 27 лютого 2017 року; постановою від 04 березня 2017 року про визнання речовими доказами сім-карт мобільних операторів зв'язку з номерами НОМЕР_5 та НОМЕР_6; протоколами тимчасового доступу від 26, 27 грудня 2016 року, 17 січня, 28 лютого 2017 року з додатками у виді CD-дисків; протоколом про результати зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж від 20 березня 2017 року.

А також процесуальними документами, на підставі яких були проведені вказані НС(Р)Д: клопотанням слідчого Роменського ВП ГУНП в Сумській області про дозвіл на проведення НС(Р)Д від 02 лютого 2017 року, ухвалою слідчого судді Апеляційного суду Сумської області від 06 лютого 2017 року, дорученням слідчого Роменського ВП ГУНП у Сумській області про проведення НС(Р)Д від 07 лютого 2017 року.

Вирок суду ґрунтується на сукупності доказів, досліджених судом з точки зору їх належності, допустимості, достовірності та достатності кожен окремо та у

їх взаємозв'язку відповідно до вимог ст. 94 КПК, про що у рішенні суду наведено докладні мотиви.

Необґрунтованими також є твердження сторони захисту про недопустимість як доказів: клопотань слідчого про проведення слідчих (розшукових) дій від 02 лютого 2017 року; ухвал слідчого судді Апеляційного суду Сумської області від 06 лютого 2017 року облікові номери 354т, 355т; доручень слідчого Роменського ВП ГУНП в Сумській області про проведення НС(Р)Д у виді зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж від 07 лютого 2017 року; CD-диска з записами телефонних розмов ОСОБА_2 та протоколу про результати зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (електронних інформаційних систем) від 30 березня 2017 року з тих підстав, що вони є похідними від рапортів ст. оперуповноважених Роменського ВП ГУНП в Сумській області від 14 листопада 2016 року та від 19 грудня 2016 року з інформацією про номери телефонів засуджених, які складені з порушенням приписів статей 40, 41 КПК за відсутності в матеріалах провадження письмового доручення оперативному підрозділу поліції про здійснення оперативно-розшукових заходів.

Касаційна скарга не містить обґрунтування того, що докази, про які йдеться в касаційній скарзі, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини або здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, що могло бути підставою визнання доказів недопустимими відповідно до ст. 87 КПК.

Згідно з п. 3 ч. 2 ст. 40 КПК слідчий уповноважений доручати відповідним оперативним підрозділам проведення слідчих (розшукових) дій та НС(Р)Д, вичерпний перелік яких визначений у главах 21, 22 КПК. Відповідно до ч. 1 ст. 41 КПК оперативні підрозділи органів Національної поліції здійснюють слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії в кримінальному провадженні за письмовим дорученням слідчого, прокурора.

Натомість рапорти ст. оперуповноважених Роменського ВП ГУНП в Сумській області від 14 листопада 2016 року та від 19 грудня 2016 року складені не за результатами слідчих (розшукових) чи негласних слідчих (розшукових) дій, а за результатами пошукових заходів у межах кримінального провадження. При цьому зміст і порядок проведення пошукових заходів не є тотожним змісту і порядку здійснення слідчих (розшукових) дій або НС(Р)Д, а тому вимоги, передбачені статтями 40, 41 КПК до оцінки правомірності проведення пошукових заходів не застосовуються. Твердження захисника не ґрунтуються на нормах кримінального процесуального закону.

Під час судового розгляду суд ретельно проаналізував докази, на які посиляється захисник у касаційній скарзі, та правильно визнав їх допустимими. Суд не спирався на рапорти ст. оперуповноважених Роменського ВП ГУНП в Сумській області як на докази винуватості засуджених в інкримінованому злочині, оскільки інформація, яка зазначена в них, не є тими фактичними даними, на підставі яких

встановлюється наявність або відсутність обставин, що входять до предмета доказування.

Твердження сторони захисту про порушення правил збирання доказів є необґрунтованими, оскільки ті докази, які сторона захисту просить визнати недопустимими, було отримано на підставі належного виконання вимог кримінального процесуального закону, їх допустимість не викликає у колегії суддів сумнівів.

Безпідставними є також твердження захисника про залишення судом без розгляду його клопотання від 27 лютого 2018 року в порядку ст. 358 КПК про визнання недопустимими доказами протоколу про результаті зняття інформації з транспортних телекомунікаційних (електронних інформаційних) систем від 30 березня 2017 року та CD-диску з телефонними розмовами.

Як убачається з журналу судового засідання від 27 лютого 2018 року та його аудіозапису, на запитання головуючого судді про наявність доповнень чи клопотань перед завершенням судового слідства захисник Маляр М.В. заявив про їх відсутність та можливість завершити дослідження судом обставин кримінального провадження і перевірку їх доказами. Проте під час судових дебатів захисник заявив клопотання про визнання доказів недопустимими. При цьому проти завершення судового слідства захисник не заперечував.

Таким чином, питання допустимості доказів у кримінальному провадженні, в тому числі порушені в клопотанні захисника Маляра М.В., було вирішено судом під час їх оцінки в нарадчій кімнаті відповідно до вимог ст. 89 КПК. Згідно з положеннями статей 363, 364 цього Кодексу суд не зобов'язаний був розглядати таке клопотання в судовому засіданні, а питання допустимості доказів вирішив відповідно до вимог кримінального процесуального закону.

Колегія суддів виходить з того, що доводи касаційної скарги не містять підстав для визнання протоколу про результати зняття інформації з транспортних телекомунікаційних (електронних інформаційних) систем від 30 березня 2017 року недопустимим доказом. Захисник вважає, що підставою для визнання недопустимим цього доказу є відсутність в протоколі НС(Р)Д відомостей про те, за допомогою якої саме апаратури було проведено зняття інформації та на який саме носій інформації за допомогою цих технічних засобів зафіксовані телефонні розмови, найменування та серійного номеру спецтехніки підрозділу УОТЗ ГУНП, а також даних про носії інформації, на які були записані телефонні розмови, та належне упакування додатку до нього – CD-диску.

Доводи захисника в цій частині не ґрунтуються на вимогах кримінального процесуального закону. Так, згідно з ч. 1 ст. 246 КПК відомості про факт та методи проведення НС(Р)Д не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених цим Кодексом.

Вичерпний перелік відомостей, що є державною таємницею, визначений Зводом відомостей, що становлять державну таємницю, затвердженим наказом голови Служби безпеки України від 12 серпня 2005 року № 440, відповідно до

змісту пунктів 4.5.1, 4.5.6 якого до державної таємниці належать відомості про номенклатуру, фактичну наявність спеціальних технічних засобів чи спеціальної техніки – устаткування, апаратури, приладів, пристрів, програмного забезпечення, препаратів та інших виробів, призначених (спеціально розроблених, виготовлених, запрограмованих або пристосованих) для негласного отримання інформації, що розкривають найменування, принцип дії чи експлуатаційні характеристики технічних засобів розвідки, спеціальних технічних засобів чи спеціальної техніки, призначених для здійснення та забезпечення оперативно-розшукової, контррозвідувальної чи розвідувальної діяльності, володіння якими дає змогу зацікавленій стороні впливати на її результати, що створює загрозу національним інтересам і безпеці.

Тобто право обмеження на розкриття у кримінальному провадженні відомостей, визначених ст. 246 КПК, обумовлено віднесенням їх до державної таємниці та потребою зберігати таємні поліцейські методи розслідування злочинів. Застосований у кожній справі порядок прийняття рішень має відповідати вимогам змагального судового процесу та рівності сторін, що передбачає належні гарантії захисту інтересів обвинуваченого.

Не суперечить положенням статей 104, 105, 252 КПК зазначення старшим оперуповноваженим СКП Роменського ВП ГУНП в Сумській області у протоколах про результати зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (електронних інформаційних систем), проведеного у період з 20 по 30 березня 2017 року та з 24 по 30 березня 2017 року, відомостей про те, що відповідно до п. 3 ч. 2 ст. 99, п. 1 ч. 3 ст. 104, ст. 252 КПК у ході процесуальних дій застосовувалася спецтехніка підрозділу УОТЗ ГУНП, без зазначення її назви та серійного номера, що само по собі не є істотним порушенням КПК. Враховуючи, що відомості про спеціальні технічні засоби, призначені для негласного отримання інформації, є державною таємницею й стосуються не тільки цього кримінального провадження, їх розголошення без належних і обґрунтованих підстав загрожує національним інтересам та безпеці, поняття і ознаки яких визначені в Законі України від 21 червня 2018 року № 2469-VIII «Про національну безпеку України». Належного обґрунтування наявності таких підстав у цьому кримінальному провадженні у касаційній скарзі не наведено.

Додаток до протоколу про результати зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (електронних інформаційних систем) від 30 березня 2017 року – CD-диск, долучений до протоколу, упакований у спосіб, що забезпечує його належне збереження в матеріалах кримінального провадження.

Доводи захисника про те, що оригінальним примірником технічного носія інформації, де зафіксовані телефонні розмови засуджених, є картки пам'яті, місцезнаходження яких суд не встановив, є припущенням, що не спростовує висновків суду про допустимість цих доказів.

Відповідно до ст. 99 КПК документом є спеціально створений з метою збереження інформації матеріальний об'єкт, який містить зафіксовані за допомогою

письмових знаків, звуку, зображення тощо відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження, у тому числі матеріали звукозапису та електронні носії інформації. У ч. 3 ст. 99 КПК законодавець вказує, що оригіналом документа є сам документ, а оригіналом електронного документа – його відображення, якому надається таке ж значення як документу.

Згідно з ДСТУ 7157:2010, затвердженим наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 11 березня 2010 року № 8 «Інформація та документація. Видання електронні. Основні види та вихідні відомості», електронний документ – це документ, інформація в якому подана у формі електронних даних і для використання якого потрібні засоби обчислювальної техніки.

Для виконання завдань кримінального провадження з огляду на положення Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг»: електронний документ може бути створений, переданий, збережений і перетворений електронними засобами у візуальну форму (ч. 3 ст. 5); візуальною формою подання електронного документа є відображення даних, які він містить, електронними засобами або на папері у формі, придатній для приймання його змісту людиною (ч. 4 ст. 5); допустимість електронного документа як доказу не можна заперечувати винятково на підставі того, що він має електронну форму (ч. 2 ст. 8).

Відповідно до ст. 7 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» у випадку його зберігання на кількох електронних носіях інформації кожний з електронних примірників вважається оригіналом електронного документа.

Матеріальний носій – лише спосіб збереження інформації, який має значення тільки коли електронний документ виступає речовим доказом. Головною особливістю електронного документа є відсутність жорсткої прив'язки до конкретного матеріального носія. Один і той же електронний документ може існувати на різних носіях. Всі ідентичні за своїм змістом екземпляри електронного документа можуть розглядатися як оригінали та відрізнятися один від одного тільки часом та датою створення.

Матеріальний носій долучений до протоколу про результати зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (електронних інформаційних систем) від 30 березня 2017 року – CD-диск з електронними документами телефонних розмов, виготовлений оперативним працівником, який отримав відповідне письмове доручення слідчого. Протокол про результати зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (електронних інформаційних систем) від 30 березня 2017 року, виготовлений в зв'язку з отриманням електронних документів і наданням суду в якості доказів, є самостійним джерелом доказу, проте похідним від інформації з електронних документів закріпленої в комп'ютерних файлах.

З огляду на викладене файли з аудіозаписом, записані на оптичний диск – додаток до протоколу про результати зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (електронних інформаційних систем) від 30 березня 2017 року є оригіналом (відображенням) електронного документа звукозапису, отриманого під час НС(Р)Д, наданого суду відповідно до ч. 3 ст. 99 КПК.

Згідно з ч. 1 ст. 256 КПК протоколи щодо проведення негласних слідчих (розшукових) дій, аудіо- або відеозаписи, фотознімки, інші результати, здобуті за допомогою застосування технічних засобів, можуть використовуватися в доказуванні на тих самих підставах, що і результати проведення інших слідчих (розшукових) дій під час досудового розслідування.

Не зазначення в протоколі НС(Р)Д технічних характеристик пристрою, на який велася аудіофіксація телефонних розмов не ставить під сумнів належність та допустимість як доказу протоколу НС(Р)Д та CD-диску – додатку до нього, з огляду на положення статей 85–87 КПК, адже їх збирання й закріплення відбулося без порушення гарантованих Конституцією України прав людини і громадянина, встановленого кримінальним процесуальним законодавством порядку, із належного процесуального джерела, належним суб'єктом; у належному процесуальному порядку з належним оформленням джерела фактичних даних.

Зважаючи на зміст статей 22, 104, 105, 252, 290, 412 КПК у їх системному взаємозв'язку, істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону в цьому провадженні було би невідкриття стороні захисту протоколу про результати зняття інформації з транспортних телекомунікаційних (електронних інформаційних) систем від 30 березня 2017 року та додатку до нього з електронними документами, що могло потягнути за собою визнання їх недопустимими доказами на підставі ст. 87 зазначеного Кодексу, а не окремих відомостей із зазначеного протоколу щодо спеціальних технічних засобів, використаних оперативним підрозділом.

Гарантією захисту законних прав та інтересів сторін кримінальному провадженні є встановлені ст. 266 КПК вимоги, що технічні засоби, застосовані під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій, а також первинні носії отриманої інформації повинні зберігатися до набрання законної сили вироком суду. За наявності відповідних підстав носії інформації та технічні засоби, за допомогою яких отримано інформацію, можуть бути предметом дослідження відповідних спеціалістів або експертів у порядку, передбаченому цим Кодексом.

Сторона захисту в цьому кримінальному провадженні не зверталась до суду з клопотанням про витребування та дослідження в судовому засіданні первинних носіїв отриманої інформації за результатами фіксації в ході НС(Р)Д телефонних розмов ОСОБА_2 з іншими абонентами з метою порівняння змісту електронних документів з таких носіїв з тими, що зберігаються на наданому суду CD-диску як додатку до протоколу про результати зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (електронних інформаційних систем) від 30 березня 2017 року.

У касаційній скарзі захисник зазначає, що записи на CD-диску викликають сумнів в їх автентичності тому, що у протоколі про результати зняття інформації з транспортних телекомунікаційних (електронних інформаційних) систем від 30 березня 2017 року не зазначено за допомогою якої апаратури було проведено зняття інформації та на який саме носій інформації зафіксовані телефонні розмови.

Аналогічного змісту доводи захисником було зазначено в заявленому в судовому засіданні 07 лютого 2017 року клопотанні про призначення технічної експертизи аудіозаписів, які зафіксовані під час НС(Р)Д, в задоволенні якого судом відмовлено. Доводам сторони захисту щодо необхідності проведення судово-технічної експертизи вищевказаних аудіозаписів судами надано належну оцінку.

Липоводолинський районний суд Сумської області ухвалою від 07 лютого 2018 року відмовив у задоволенні клопотання захисника про призначення судово-технічної експертизи аудіозаписів розмов, зафіксованих під час проведення НС(Р)Д, з мотивів недостатньої обґрунтованості та безпідставності цього клопотання, оскільки аудіозаписи НС(Р)Д не викликають сумнівів у їх достовірності. За результатами оцінки доказів за правилами, встановленими ст. 94 КПК, суд апеляційної інстанції погодився з такими висновками, а в касаційній скарзі захисник не зазначив переконливих аргументів на їх спростування з урахуванням положень ч. 1 ст. 433 КПК.

Твердження сторони захисту щодо можливого здійснення технічного втручання і редагування аудіозапису, мають спиратися на об'єктивні дані безсумнівного сприйняття таких фактів органами слуху, або переконливо підтверджуватися іншими доказами у справі, або обґрунтовуватися відповідними технічними висновками спеціалістів на засадах змагальності в кримінальному процесі. Об'єктивних даних про такі факти суду стороною захисту не надано, тому суд дійшов правильного висновку про безпідставність і невмотивованість клопотання про призначення судово-технічної експертизи звукозаписів з наведених у ньому мотивів.

У касаційній скарзі захисник також зазначає, що його заяву про підробку звукозаписів не було розглянуто судом згідно з вимогами ч. 4 ст. 359 КПК. Однак ці доводи захисника колегія суддів вважає безпідставними. Дійсно, ч. 4 ст. 359 КПК вказує про розгляд судом заяв про підробку звукозаписів у порядку, передбаченому для розгляду заяв про підробку документів, проте цим Кодексом не встановлено іншого порядку, ніж передбачений ст. 214 КПК, що має застосовуватися для розгляду і таких заяв. Статтею 214 КПК визначено повноважних суб'єктів для здійснення провадження за такими заявами, до яких не належать суди будь-якої інстанції.

Відповідно до принципу диспозитивності (ст. 26 КПК), який належить до основних засад кримінального провадження, сторони кримінального провадження є вільними у використанні своїх прав у межах та у спосіб, які передбачено КПК. Суди у кримінальному провадженні вирішують лише ті питання, що винесені на їх розгляд сторонами та віднесені до їх повноважень КПК.

У цьому кримінальному провадженні відсутні відомості про те, що сторона захисту зверталася з заявами про підробку звукозаписів у порядку, передбаченому ст. 214 КПК. Обґрунтованих підстав для такого звернення у матеріалах кримінального провадження немає.

Під час перевірки кримінального провадження колегією суддів установлено, що висновки суду про доведеність винуватості ОСОБА_2 у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 186 КК, правильність кваліфікації його дій та допустимість доказів, покладених в основу обвинувачення, відповідають вимогам кримінального процесуального закону та закону України про кримінальну відповідальність.

Джерело:

1.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 20 травня 2020 року у справі № 585/1899/17 (провадження № 51-5456км18).

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89395920>



Неточна назва протоколу про проведення слідчої дії, яка відбулася виключно в межах дозволу, наданого слідчим суддею, не є порушенням КПК України.

Касаційний кримінальний суд у складі Верховного Суду залишив без задоволення касаційну скаргу захисника на вирок місцевого та ухвалу апеляційного судів щодо засудженого за вчинення пропозиції, обіцянки та надання неправомірної вигоди слідчому поліції як службовій особі, яка займає відповідальне становище (ч. 3 ст. 369 КК України).

У касаційній скарзі захисник просив скасувати ці судові рішення та закрити кримінальне провадження у зв'язку з істотними порушеннями вимог кримінального процесуального закону. На обґрунтування своїх вимог він зазначив, зокрема, про те, що слідчий суддя надав дозвіл на проведення аудіо- та відеоконтролю місця – службового кабінету у відділенні поліції, але органи досудового розслідування провели аудіо-, відеоконтроль особи, про що було складено відповідний протокол. Оскільки суд не надавав дозволу на проведення такої слідчої дії, то ці докази потрібно визнати недопустимими.

Як зазначено в постанові ККС ВС, відповідно до ч. 1 ст. 270 КПК України, аудіо-, відеоконтроль місця може здійснюватися під час досудового розслідування тяжкого або особливо тяжкого злочину і полягає у здійсненні прихованої фіксації відомостей за допомогою аудіо-, відеозапису всередині публічно доступних місць, без відома їх власника, володільця або присутніх у цьому місці осіб, за наявності відомостей про те, що розмови і поведінка осіб у цьому місці, а також інші події, що там відбуваються, можуть містити інформацію, яка має значення для кримінального провадження.

З матеріалів кримінального провадження вбачається, що слідчий суддя надав дозвіл на проведення аудіо-, відеоконтролю місця – службового кабінету, але за результатами проведення цієї слідчої дії було складено протокол «Про результати здійснення аудіо, відео контролю особи», в якому зазначалося про проведення аудіо- та відеоконтролю щодо особи.

Втім, зі змісту цього протоколу та інших матеріалів провадження видно, що така слідча дія проводилася лише в службовому кабінеті без відома особи, тобто виключно в межах дозволу, наданого ухвалою слідчого судді. Тому те, що працівник поліції склав протокол з назвою «Про результати здійснення аудіо, відео контролю особи» замість «Про результати здійснення аудіо, відео контролю місця», не є порушенням вимог КПК України, яке в силу положень ст. 412 КПК України можна визнати істотним і яке перешкодило чи могло перешкодити суду ухвалити законне та обґрунтоване судові рішення.

Джерело:

1.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 18 грудня 2019 року у справі № 675/1046/18 (провадження № 51-3942км19).

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86505906>



Операції з контрольного вчинення корупційного діяння не охоплюються поняттям здійснення аудіо-, відеоконтролю особи, а є контролем за вчиненням злочину, порядок якого передбачений ст. 271 КПК України.

Крім того, аналізуючи доводи, наведені в касаційній скарзі прокурора щодо законності проведення у межах оперативно-розшукової справи № 40/39/102-2017 від 04 липня 2017 року оперативним працівником 15 серпня 2017 року огляду та вручення ОСОБА_2 грошових коштів для подальшої передачі їх ОСОБА_1 як неправомірної вигоди, колегія суддів дійшла нижченаведених висновків. Так, із матеріалів кримінального провадження (протоколу огляду, ідентифікації та помічення грошових коштів від 15 серпня 2017 року, протоколу про результати аудіо-, відеоконтролю особи від 16 серпня 2017 року) та обставин, установлених місцевим судом, убачається, що зазначені дії працівник оперативного підрозділу здійснив до внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР. На той момент відповідно до ухвали слідчого судді Апеляційного суду Волинської області від 01 серпня 2017 року було надано дозвіл на проведення певних оперативно-розшукових заходів щодо ОСОБА_1, зокрема й аудіо-, відеоконтроль особи, що й було реалізовано.

Комплексно та логічно перевіряючи вищезазначені оперативно-розшукові заходи на предмет проведення їх відповідно до закону, необхідно, однак, відзначити таке. Види оперативно-розшукових заходів, які за наявності законних підстав вправі здійснити оперативні підрозділи, визначено у ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» (далі – Закон № 2135-ХІІ <https://zakon.cc/law/document/read/2135-12#n89>). Здійснивши огляд, ідентифікацію та вручення ОСОБА_2 грошових коштів з метою подальшого їх використання під час проведення заходів з підтвердження даних про вимагання та одержання неправомірної вигоди ОСОБА_1, оперативний працівник фактично розпочав реалізацію оперативно-розшукового заходу, передбаченого п. 71 ст. 8 Закону № 2135-ХІІ, згідно з яким визначено право з метою виявлення та фіксації діянь, передбачених зокрема статтями 368, 3692 КК, проводити операції з контрольованого вчинення відповідних діянь.

Порядок отримання дозволу, строк його дії та порядок проведення операції з контрольованого вчинення корупційного діяння визначаються КПК. Ці дії не охоплюються поняттям здійснення аудіо-, відеоконтролю особи, санкціонованого щодо ОСОБА_1.

Одна із загальних умов проведення контролю за вчиненням злочину, як негласної слідчої дії, а отже і операції з контрольованого вчинення корупційного діяння як оперативно-розшукового заходу, що направлена на гарантування дотримання прав та свобод особи, міститься у положеннях ч. 3 ст. 271 КПК і визначає, що під час підготовки та проведення заходів з контролю за вчиненням злочину забороняється провокувати (підбурювати) особу на вчинення цього злочину з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин,

який вона би не вчинила, якби слідчий цьому не сприяв, або з цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем.

Здобуті в такий спосіб речі і документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні.

Джерело:

1.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 08 квітня 2020 року у справі № 164/104/18 (провадження № 51-10414км18).

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88749774>



НС(Р)Д у кримінальному провадженні до внесення відомостей до ЄРДР проводиться не може.

Огляд та вручення грошових коштів є окремою слідчою дією та постановою прокурора про надання дозволу на проведення контролю за вчиненням злочину не охоплюється.

Згідно з ч. 1 ст. 86 КПК доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим Кодексом. Обов'язковим елементом порядку отримання доказів в результаті проведення негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НС(Р)Д) є попередній дозвіл уповноважених суб'єктів (слідчого судді, прокурора, слідчого) на їх проведення.

Розглянувши матеріали кримінального провадження суд першої інстанції дійшов умотивованого висновку про те, що обвинувачення ОСОБА_1 та ОСОБА_2 ґрунтується на доказах отриманих під час проведення НС(Р)Д, які не можна визнати допустимими з урахуванням вимог ст. 86 КПК.

Зокрема ст. 260 КПК регламентовано, що аудіо- та відеоконтроль особи проводиться на підставі ухвали слідчого судді з метою збирання відомостей, які мають значення для досудового розслідування, яке згідно з положеннями п. 5 ст. 3 КПК починається з моменту внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР).

З матеріалів провадження вбачається, що ОСОБА_3 05 лютого 2013 року звернувся із заявою до Управління служби безпеки України у м. Києві, в якій зазначив, що директор ДП «Агроінвест» ОСОБА_1 запропонувала йому за укладання договору оренди особисто їй сплатити грошову винагороду у сумі 45 600 грн, або суму еквівалентну 5 700 дол. США.

Цього ж дня відомості про кримінальне правопорушення, передбачене ч. 3 ст. 368 КК було внесено до ЄРДР під № 12013110000000164 та розпочато досудове розслідування.

У той же час, як вбачається з протоколу за результатами проведення НС(Р)Д щодо ОСОБА_1 від 20 лютого 2013 року, цей захід здійснювався ДОК СБУ на підставі ухвали Голови Апеляційного суду м. Києва від 04 лютого 2013 року № 01-447цт, тобто ще до внесення вказаних відомостей до ЄРДР, а тому оптичний диск № 51/1636нт із записом розмови ОСОБА_1 та ОСОБА_3 04 лютого 2013 року є недопустимим доказом у провадженні, оскільки він отриманий з порушенням вимог КПК.

Також згідно з ч. 4 ст. 246 КПК до виключної компетенції прокурора віднесені повноваження щодо прийняття рішення про проведення негласної слідчої (розшукової) дії у вигляді контролю за вчиненням злочину.

Постановою прокурора Дмитренко Ю.В. від 05 лютого 2013 року надано дозвіл ГВ БКОЗ УСБУ у м. Києві на проведення негласної слідчої (розшукової) дії у кримінальному провадженні – контроль за вчиненням злочину у формі імітування обстановки злочину. Згідно з цим рішенням оперативному підрозділу було

доручено змодельовати ситуацію у якій в оточенні ОСОБА_1 утворилося б враження, про реально вчинений злочин, тобто результати імітування мали носити відкритий характер, очевидний для сторонніх осіб.

Однак дані, які зафіксовані в протоколах: огляду та вручення грошових коштів від 05 лютого 2013 року та результатів виконання постанови прокурора про контроль за вчиненням злочину, є наслідком здійснення негласної слідчої дії, про проведення якої прокурор рішення не приймав.

Відповідно до сформованої практикою ЄСПЛ доктрини «плодів отруєного дерева» (fruit of the poisonous tree), якщо джерело доказів є недопустимим, всі інші дані, одержані з його допомогою, будуть такими ж (рішення у справах «Гевген проти Німеччини», пункти 50–52 рішення у справі «Шабельник проти України (№ 2)», пункт 66 рішення у справі «Яременко проти України (№ 2)»).

Зазначена доктрина передбачає оцінку не лише кожного засобу доказування автономно, а і всього ланцюга безпосередньо пов'язаних між собою доказів, з яких одні впливають з інших та є похідними від них. Критерієм віднесення доказів до «плодів отруєного дерева» є наявність достатніх підстав вважати, що відповідні відомості не були б отримані за відсутності інформації, одержаної незаконним шляхом.

Враховуючи наведене судами обох інстанцій правильно визнано такими, що не мають доказового значення для обґрунтування винуватості ОСОБА_1 та ОСОБА_2 всі похідні від недопустимих доказів дані, а саме: протоколи огляду місця події та освідування особи від 05 лютого 2013 року, протокол огляду (помічених грошових коштів) від 07 лютого 2013 року, постанову про визнання речовими доказами від 19 березня 2013 року, висновок експерта від 11 березня 2013 року № 55/5.

Джерело:

1.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 10 грудня 2020 року у справі № 761/19749/13-к (провадження № 51-924км19).

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93709241>



Дії особи, яка вчиняє новий повторний злочин, мають бути задокументовані у новому кримінальному провадженні.

Використання матеріалів НС(Р)Д з одного кримінального провадження у іншому без дозволу слідчого судді апеляційного суду тягне за собою їх недопустимість.

За встановлених фактичних обставин кримінального провадження, на підставі доказів, досліджених та оцінених з точки зору належності, допустимості та достовірності у судовому засіданні, місцевий суд дійшов висновку про відсутність в діях ОСОБА_1 складу інкримінованого йому кримінального правопорушення у частині обвинувачення його у повторному незаконному придбанні, зберіганні з метою збуту, незаконному збуті особливо небезпечних наркотичних засобів за епізодами від 23 березня, 09 та 13 жовтня, 03 листопада 2015 року, а також про недоведеність вчинення ОСОБА_1 повторного незаконного придбання, зберігання з метою збуту, незаконного збуту особливо небезпечних психотропних речовин за епізодами від 23 березня, 09 жовтня, 03 листопада 2015 року.

Приймаючи таке рішення, місцевий суд встановив, що 14 січня 2015 року до ЄРДР за № 1201508000000021 внесено відомості про вчинення ОСОБА_4 кримінального правопорушення, передбаченого частиною 2 статті 307 КК.

Постановами прокурора від 04 березня та 08 жовтня 2015 року № 04/2/4-797т та № 04/2/4-3489т у вищезазначеному кримінальному провадженні для отримання доказів злочинної діяльності проведено контроль за вчиненням злочину у формі оперативної закупки. Згідно з протоколами про результати контролю за вчиненням злочину від 23 березня, 09 та 13 жовтня, 03 листопада 2015 року, проведеного на підставі вищезазначених постанов, було виявлено обставини, які вказують на вчинення ОСОБА_1 протиправних дій.

Відповідно до частини 1 статті 214 КПК слідчий, прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язаний внести відповідні відомості до ЄРДР, розпочати розслідування та через 24 години з моменту внесення таких відомостей надати заявнику витяг з ЄРДР. При цьому здійснення досудового розслідування до внесення відомостей до реєстру або без такого внесення не допускається і тягне за собою відповідальність, встановлену законом.

Згідно з пунктом 4.3.1 Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, затвердженої наказом Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16 листопада 2012 року № 114/1042/516/1199/936/1687/5 (далі – Інструкція), якщо в результаті проведення негласної слідчої (розшукової) дії виявлено ознаки кримінального правопорушення, яке не розслідується в даному кримінальному провадженні, слідчим або уповноваженим оперативним підрозділом невідкладно складається протокол, що не пізніше 24 годин з моменту виявлення ознак зазначеного кримінального правопорушення надається прокурору, який здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва.

Однак за фактом вчинення ОСОБА_1 протиправних дій за епізодами від 23 березня, 09 та 13 жовтня, 03 листопада 2015 року, відомості до ЄРДР внесено лише 11 серпня 2016 року, а тому докази, покладені в основу обвинувачення ОСОБА_1, у тому числі і носії інформації – DVD-R диски, на неврахування яких посилається скаржник, отримано з порушенням встановленої процесуальної процедури та є недопустимими.

Крім того, з матеріалів кримінального провадження вбачається, що вперше питання призначення судово-хімічної експертизи речовин, вилучених у ході проведення оперативних закупок за епізодами від 23 березня, 09 та 13 жовтня, 03 листопада 2015 року, було ініційовано лише 25 грудня 2015 року у постанові слідчого про призначення судово-хімічної експертизи наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів. А тому доводи прокурора про тривалість проведення експертиз у кримінальному провадженні, що позбавило можливості органу досудового розслідування внести відомості до ЄРДР у строк, встановлений процесуальним законом, є надуманими та не ґрунтуються на матеріалах справи.

Твердження прокурора про те, що результати проведених негласних слідчих (розшукових) дій, отриманих у ході здійснення досудового розслідування у кримінальному провадженні № 1201508000000021 від 14 січня 2015 року, були виділені у окреме провадження на підставі ухвали слідчого судді Апеляційного суду Запорізької області від 19 вересня 2016 року, якою надано дозвіл на їх використання у кримінальному провадженні № 12016080000000217 від 11 серпня 2018 року, не були підтверджені.

Джерело:

1.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 12 серпня 2020 року у справі № 333/7457/16 (провадження № 51-3266км19).

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91010414>



2.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 31 жовтня 2019 року у справі № 321/954/14-к.

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85443532>



3.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від від 27 червня 2019 у справі № 321/1009/16-к (провадження № 51-420км19).

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82798250>



Якщо під час проведення НС(Р)Д стосовно однієї особи отримано докази про вчинення злочину іншою особою, відносно якої дозвіл на проведення НС(Р)Д відсутній, такі докази у новому кримінальному провадженні можуть бути використані лише на підставі дозволу слідчого судді апеляційного суду, наданого в порядку ст. 257 КПК України.

Суд з'ясував, що обвинувачення ОСОБА_1 та ОСОБА_2 за ч. 2 ст. 307 КК України переважно ґрунтується на доказах, отриманих у результаті проведених негласних слідчих (розшукових) дій відносно інших осіб та в ході здійснення досудового розслідування відносно іншої особи. Негласні слідчі дії щодо ОСОБА_1 та ОСОБА_2 не проводились, дозвіл було надано на здійснення оперативної закупки наркотичного засобу у ОСОБА_6. У матеріалах кримінального провадження відсутня відповідна ухвала слідчого судді про використання результатів вказаних негласних слідчих дій у іншому кримінальному провадженні, як того вимагає ст. 257 КПК України, тому всі докази, здобуті внаслідок проведених негласних слідчих дій відносно інших осіб (ОСОБА_5 та ОСОБА_6) суд правильно визнав недопустимими.

У зв'язку з цим колегія суддів погоджується з висновком суду першої інстанції про недопустимість таких доказів, з огляду на положення статей 86, 87 КПК України та вважає, що у зв'язку з зазначеним, суд дійшов обґрунтованого висновку про недоведеність вчинення кримінальних правопорушень обвинуваченими ОСОБА_1 та ОСОБА_2.

Така позиція суду узгоджується з практикою Європейського суду з прав людини, яка відповідно до ст. 17 Закону України від 23 лютого 2006 року «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» застосовується при розгляді справ як джерело права.

Зокрема, вказаний суд у своєму рішенні від 05 лютого 2008 року у справі «Раманаускас проти Литви» (скарга № 74420/01) наголошував, що докази, одержані за допомогою застосування спеціальних методів розслідування, можуть вважатися допустимими за умови наявності адекватних і достатніх гарантій проти зловживань, зокрема чіткого та передбачуваного порядку санкціонування, здійснення відповідних оперативно-слідчих заходів та контролю за ними (рішення Суду від 06 вересня 1978 року у справі «Класс та інші проти Німеччини», від 26 жовтня 2006 року у справі «Худобін проти Росії» (скарга № 59696/00).

У вказаному рішенні «Раманаускас проти Литви» зазначено, що питання щодо допустимості доказів у справі – це насамперед предмет регулювання національного законодавства і, як правило, саме національні суди уповноважені давати оцінку наявним у справі доказам.

Відповідно до ст. 257 КПК України якщо в результаті негласної слідчої (розшукової) дії виявлено ознаки кримінального правопорушення, яке не розслідується у даному кримінальному провадженні, то отримана інформація може

бути використана в іншому кримінальному провадженні тільки на підставі ухвали слідчого судді, яка постановляється за клопотанням прокурора.

Викладений у виправдувальному вироку висновок про недопустимість доказів, отриманих за результатами оперативної закупки, дозвіл на здійснення якої було надано щодо іншої особи, узгоджується з наведеною позицією Європейського суду з прав людини щодо допустимості доказів, який неодноразово в своїх рішеннях наголошував, що порядок збирання доказів, передбачений національним правом, має відповідати основним правам, визнаним Конвенцією про захист прав і основоположних свобод.

Джерело:

1.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 21 березня 2018 року у справі № 751/7177/14 (провадження № 51-1285 км 18).

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72938764>



2.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 05 лютого 2019 року у справі № 552/6480/17 (провадження № 51-5262км19).

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87517403>



Критерії відмежування провокації від допустимої поведінки правоохоронних органів

Під змістовним критерієм розуміється наявність/відсутність суттєвих змістовних ознак, притаманних провокації правоохоронних органів, а під процесуальним критерієм – наявність у суду можливостей перевірити відомості про ймовірну провокацію під час судового засідання. Тобто будь-яка інформація, що стосується існуючого наміру вчинити злочин або вчинюваного злочину, має бути такою, що здатна бути перевіреною, а державне обвинувачення повинно мати змогу продемонструвати на будь-якій стадії, що в його розпорядженні наявні достатні підстави для проведення оперативного заходу.

У цій справі суд дійшов висновку, що провокація злочину не знайшла свого підтвердження, оскільки в матеріалах кримінального провадження відсутні ознаки, притаманні провокації злочину правоохоронними органами, а саме спонукання до вчинення злочину, а в суду наявні всі можливості перевірити такі твердження засудженого.

Посилання засудженого на порушення пункту 1 статті 6 Конвенції про захист прав та основоположних свобод та посилання на рішення ЄСПЛ «Худобін проти Російської Федерації», «Тейшейро де кастро проти Португалії», зміст яких зводиться до вислову «не було б скоєно, якби не було спровоковано» не є прийнятними до застосування у вказаному кримінальному провадженні, оскільки у справі «Худобін проти Російської Федерації», спокусившись на гроші, заявник прийняв пропозицію співробітників міліції, які працювали під прикриттям, та продав їм героїн, скоївши злочин у сфері обороту наркотичних речовин, тобто в такому випадку встановлена провокація злочину.

Як зазначив Верховний Суд, такі висновки ЄСПЛ у вказаній справі не можуть беззастережно поширюватись на ситуацію, яку моделює у своїй касаційній скарзі засуджений, намагаючись обґрунтувати свою позицію, про те, що він є потерпілим у вказаному кримінальному провадженні, і що йому нав'язали та змодельовали протизаконну поведінку.

Джерело:

1. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 06 березня 2018 року у справі № 727/6661/15-к.

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72670494>



Установлення фактів залежності конфіденційного співробітника від працівників правоохоронних органів (причетність до вчинення іншого кримінального правопорушення) – свідчить про провокацію злочину.

Колегія суддів ККС ВС дійшла висновку, що касаційну скаргу захисника слід задовольнити, скасувати вирок апеляційного суду і призначити новий розгляд. Так, у цій справі районний суд дійшов висновку про недоведеність вчинення особою кримінальних правопорушень, пославшись на те, що постанови про проведення негласних слідчих дій винесені з порушенням вимог процесуального закону, докази здобуті на підставі цих постанов є недопустимими, відсутнє відповідне процесуальне рішення про залучення особи, яка здійснювала оперативну закупку, у матеріалах відсутні відомості про дозвіл суду на проведення таких негласних слідчих дій, як зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, проведення аудіо-, відеоконтролю особи.

Враховуючи наведене, місцевий суд дійшов висновку, що в судовому засіданні неможливо перевірити законність здійснення та достовірність результатів оперативної закупки тощо, а також вбачається наявність провокації злочину з боку правоохоронних органів. Суд постановив виправдати особу.

Апеляційний суд не погодився із таким рішенням місцевого суду та постановив свій вирок, яким засудив особу за ч.ч. 1, 2 ст. 307 КК.

У касаційній скарзі захисник зазначив, що апеляційний суд зокрема не спростував тверджень місцевого суду про наявність у діях працівників правоохоронних органів ознак провокації злочину, що відповідно до позиції Європейського суду з прав людини, викладеній у справах «Ваньян проти Росії», «Тейксейре де Кастро проти Португалії», підлягає ретельній перевірці під час судового розгляду.

Так само не звернув уваги апеляційний суд і на ту обставину, що стосовно особи, яка брала участь у проведенні оперативних закупок у обвинуваченого, здійснювалося досудове розслідування за фактом вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 185 КК України, що може свідчити про певну залежність зазначеної особи від правоохоронних органів. Також суд не взяв до уваги, що ця особа була безпосередньо знайома з обвинуваченим, а отже застосування заходів безпеки відносно неї є безпідставним, а наданий з цього приводу доказ (повідомлення про застосування заходів безпеки) є недопустимим, оскільки не передбачений кримінальним процесуальним законом та не містить підстав для прийняття такого рішення.

Джерело:

1.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 12 квітня 2018 року у справі № 748/3070/15-к.

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73438045>



Повторна пропозиція хабаря при попередній відмові є ознакою провокації злочину.

<...> Так, згідно з рекомендаціями Європейського суду з прав людини з метою перевірки дотримання права на справедливий судовий розгляд у випадку використання таємних агентів Суд насамперед перевіряє, чи влаштовувались пастки (те, що зазвичай називається «матеріальним критерієм провокації»), і якщо так, то чи міг заявник у національному суді скористатися цим задля свого захисту («процесуальний критерій провокації») (пункти 37, 51 рішення у справі «Банніков проти Росії» від 04 листопада 2010 року, заява № 18757/06).

Суд визначає пастку як ситуацію, коли задіяні агенти – працівники органів правопорядку або особи, що діють на їх прохання – не обмежуються суто пасивними спостереженнями протиправної діяльності, а здійснюють на особу, за котрою стежать, певний вплив, провокуючи її скоїти правопорушення, яке вона в іншому випадку не вчинила би, з метою зафіксувати його, тобто отримати доказ і розпочати кримінальне правопорушення (пункт 55 рішення у справі «Раманаускас проти Литви» від 05 лютого 2008 року, заява № 74420/01).

Поведінкою, яка провокує особу на скоєння злочину, незалежно від того, чи був «таємний агент» працівником правоохоронного органу чи особою, яка діяла на їх прохання, може бути встановлення контакту із особою за відсутності об'єктивних підозр у її причетності до злочинної діяльності (пункт 44 рішення у справі «Burak Нипроти Туреччини» від 15 грудня 2009 року, № 17570/04), поновлення пропозиції, незважаючи на її попередню відмову (пункт 67 рішення у справі «Раманаускас проти Литви» від 05 лютого 2008 року, заява № 74420/01).

Джерело:

1. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 13 січня 2021 року, справа № 663/2885/17.
URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94194562>



Суд визначає пастку як ситуацію, коли задіяні агенти – працівники органів правопорядку або особи, що діють на їх прохання, – не обмежуються суто пасивними спостереженнями протиправної діяльності, а здійснюють на особу, за котрою стежать, певний вплив, провокуючи її скоїти правопорушення, яке би вона в іншому випадку не вчинила, з метою зафіксувати його, тобто отримати доказ і розпочати кримінальне переслідування.

Відсутність захисника під час проведення контролю за вченням злочину не є порушенням права особи на захист.

За вироком Богунського районного суду міста Житомира особу визнано винуватим у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого частиною 3 статті 369 КК, та призначено йому покарання у вигляді позбавлення волі на строк 4 роки без конфіскації майна.

Згідно з вироком особу засуджено за те, що він перебуваючи у службовому кабінеті Житомирського відділу поліції Головного управління Національної поліції в Житомирській області, під час проведення слідчої дії у ході досудового розслідування кримінального провадження висловив обіцянку слідчому слідчого відділу Житомирського відділу поліції надати неправомірну вигоду в розмірі 1000 доларів США шляхом перерахування зазначеної суми на картковий рахунок слідчого за вчинення дій, спрямованих на повернення транспортного засобу, а саме автомобіля марки «Mazda 6», належного особі на праві приватної власності, на який за ухвалою слідчого судді Богунського районного суду накладено арешт.

Житомирський апеляційний суд вирок місцевого суду залишив без змін.

Не погоджуючись із рішенням суду першої та апеляційної інстанції касатор подав касаційну скаргу.

Доводи, викладені у касаційних скаргах засудженого та захисників, щодо наявності в діях правоохоронних органів ознак провокації, аналогічні доводам, викладеним стороною захисту в апеляційній скарзі, апеляційний суд належним чином перевірів та визнав безпідставними, з чим погодилась і колегія суддів з огляду на таке.

Судді ВС підкреслюють, що згідно з рекомендаціями Європейського суду з прав людини з метою перевірки дотримання права на справедливий судовий розгляд у випадку використання таємних агентів Суд насамперед перевіряє, чи влаштовувались пастки (те, що зазвичай називається матеріальним критерієм провокації»), і якщо так, то чи міг заявник у національному суді скористатися цим для свого захисту «процесуальний критерій провокації»; пункти 37, 51, рішення у справі «Баннікова проти Росії» від 4 листопада 2010 року, заява № 18757/06).

Суд визначає пастку як ситуацію, коли задіяні агенти – працівники органів правопорядку або особи, що діють на їх прохання – не обмежуються суто пасивними спостереженнями протиправної діяльності, а здійснюють на особу, за котрою стежать, певний вплив, провокуючи її скоїти правопорушення, яке би вона

в іншому випадку не вчинила, з метою зафіксувати його, тобто отримати доказ і розпочати кримінальне переслідування.

ВС зауважив, що аби встановити, чи було розслідування «суто пасивним», Суд вивчає мотиви, що виправдовували операцію проникнення, і поведінку державних органів, які її здійснювали. Зокрема, Суд встановлює, чи були об'єктивні сумніви у тому, що заявника втягнули у злочинну діяльність або схилили скоїти кримінальне правопорушення.

Також ВС підкреслив, що апеляційний суд обґрунтовано зазначив, що у судовому засіданні не встановлено факту підбурювання засудженого до вчинення злочину, не наведено стороною захисту і доводів, які би свідчили про «активність» дій правоохоронних органів у ході здійснення оперативної закупки. Натомість з матеріалів кримінального провадження видно, що підставою для внесення відомостей до ЄРДР за фактом вчинення кримінального правопорушення, передбаченого частиною 3 статті 369 КК, та початком досудового розслідування став протокол прийняття заяви про вчинене кримінальне правопорушення.

Як слушно зазначили місцевий та апеляційний суди, до початку проведення негласних слідчих (розшукових) дій матеріали кримінального провадження містили дані, які вказують на реалізацію засудженого своєї мети – повернути автомобіль йому в користування, доступ до якого йому тимчасово обмежено.

Згідно з даними, відображеними на цифровому носії інформації, на якому зафіксовано перебіг проведення аудіо-, відеоконтролю службового кабінету № 31 Житомирського відділу поліції ГУНП в Житомирській області, неодноразово ініціативу надати неправомірну вигоду виявляла саме Особа_1, незважаючи на відстороненість слідчого в ході спілкування із ним під час слідчого експерименту та демонстрацію небажання підтримувати розмову на тему вирішення питання щодо повернення автомобіля.

Жодних активних дій слідчий не вчиняв, до вчинення злочину не провокував, зокрема і словесними репліками чи діями. Після того, як на обіцянку надання неправомірної вигоди у розмірі 1000 доларів США слідчий зазначив, що таких питань не вирішує, покликав свого керівника. Вищезазначену обіцянку Особа_1 повторила у присутності начальника слідчого відділу, на запитання останнього відповіла, що усвідомлює протиправність своїх дій.

Також ВС зазначив, що доводи щодо незабезпечення засудженого захисником на етапі проведення контролю за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту з огляду на те, що Особа_1 є неосвіченою особою, не заслуговують на увагу.

Відсутність захисника під час спеціального слідчого експерименту не може ставити під сумнів здатність особи усвідомлювати протиправність вчинюваних нею дій, які виражаються в наданні усної обіцянки неправомірної вигоди, що підтвердив сам засуджений під час проведення слідчого експерименту. Більше того, залучення до таких слідчих дій інших осіб може завадити досягненню безпосередньої цілі

проведення контролю за вчиненням злочину та унеможливити з'ясування істинних намірів особи, в діях якої вбачаються ознаки складу злочину.

ВС наголосив, що негласну слідчу (розшукову) дію у формі спеціального слідчого експерименту проведено з дотриманням вимог статті 271 КПК та Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, затвердженої наказом Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16 листопада 2012 року № 114/1042/516/1199/936/1687/5, якою визначено загальні засади організації проведення негласних слідчих (розшукових) дій слідчими органів досудового розслідування, а також використання їх результатів у кримінальному провадженні.

Джерело:

1.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 20 травня 2020 року у справі № 295/1399/18 (провадження № 51-5287км19).

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89396997>



2.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 28 січня 2021 року у справі № 182/523/16-к провадження № 51-1103 км 20).

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94553286>



Відсутність у процесуальних документах вказівки на підстави та приводи (об'єктивні дані, які свідчили би про вчинення або готування до вчинення злочину до моменту проведення НС(Р)Д) проведення контролю за вчиненням злочину (іншого НС(Р)Д) тягне за собою недопустимість доказів.

Згідно з рекомендаціями Європейського суду з прав людини з метою перевірки дотримання права на справедливий судовий розгляд у випадку використання таємних агентів Суд насамперед перевіряє, чи влаштовувались пастки (те, що зазвичай називається «матеріальним критерієм провокації»), і якщо так, то чи міг заявник у національному суді скористатися цим задля свого захисту (пункти 37, 51 рішення у справі «Баннікова проти Росії» від 04 листопада 2010 року, заява № 18757/06).

Суд визначає пастку як ситуацію, коли задіяні агенти – працівники органів правопорядку або особи, що діють на їх прохання – не обмежуються суто пасивними спостереженнями протиправної діяльності, а здійснюють на особу, за котрою стежать, певний вплив, провокуючи її скоїти правопорушення, яке вона у іншому випадку не вчинила би, з метою зафіксувати його, тобто отримати доказ і розпочати кримінальне правопорушення (пункт 55 рішення у справі «Раманаускас проти Литви» від 05 лютого 2008 року, заява № 74420/01).

Аби встановити, чи розслідування було «суто пасивним», Суд вивчає мотиви, які виправдовували операцію проникнення, і поведінку державних органів, які її здійснювали. Зокрема, Суд встановлює, чи були об'єктивні сумніви у тому, що заявника втягнули у злочинну діяльність або схилили скоїти кримінальне правопорушення.

Місцевий суд належним чином перевірів підстави та приводи для проведення оперативної закупки у ОСОБА_1, однак у матеріалах кримінального провадження відсутнє обґрунтування наявності такої інформації, зокрема, всупереч частини 1 статті 271 КПК, не містить його і постанова прокурора від 04 березня 2015 року, якою призначено проведення негласної слідчої (розшукової) дії стосовно ОСОБА_1 – контролю за вчиненням злочину у формі оперативної закупки.

Сумніви щодо законності проведення слідчої (розшукової) дії викликані також показаннями свідка ОСОБА_2, наданими ним у судовому засіданні, який був залучений до участі у оперативній закупці з метою придбання наркотичного засобу у ОСОБА_4, який у свою чергу через відсутність товару запропонував свідку придбати наркотичний засіб у його знайомого, ним виявився ОСОБА_1. Після чого ОСОБА_2, зателефонувавши до ОСОБА_1, домовився з ним про зустріч та придбав товар.

Вищевикладене, а також відсутність об'єктивних даних, які би свідчили про вчинення або готування до вчинення злочину, пов'язаного з обігом наркотичних засобів чи психотропних речовин, ОСОБА_1 до моменту проведення оперативної закупки та встановлення факту ініціювання збуту особами, залученими до проведення оперативних закупок свідчать про наявність провокації у діях

правоохоронних органів. А тому докази, отримані шляхом підбурювання особи до вчинення злочину, не можуть бути покладені в основу обвинувачення.

Джерело:

1.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 12 серпня 2020 року у справі № 333/7457/16-к (провадження № 51-3266км19)

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91010414>



2.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 18 лютого 2020 року у справі № 761/4918/15-к (провадження № 51-9639км18)

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87672607>



3.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 13 лютого 2018 року у справі № 646/6873/15-к (провадження № 51-301 км 18)

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72243825>



Якщо стороною захисту не наведено доводів, які свідчили би про активні дії правоохоронних органів під час здійснення контролю за вчиненням злочину, а процесуальні документи містять вказівку про наявність у матеріалах кримінального провадження обставин, які свідчать про відсутність під час НС(Р)Д провокування особи на вчинення злочину з боку заявника, – провокація злочину відсутня.

Виправдовуючи ОСОБА_1 у вчиненні інкримінованого йому злочину, суд першої інстанції критично оцінив показання ОСОБА_2, зазначивши, що позапланова перевірка його підприємницької діяльності була для нього не вигідною, а співпраця з правоохоронними органами та його залучення до участі у НС(Р)Д могли бути здійснені ним в особистих інтересах з метою отримання певних переваг у своїй діяльності. З урахуванням поведінки ОСОБА_2 до залучення у вказаних слідчих діях місцевий суд дійшов висновку, що в цьому випадку має місце провокація злочину з метою подальшого викриття. На думку суду, даний злочин змодельований правоохоронними органами з огляду на відсутність постанови про проведення контролю за вчиненням злочину.

Відповідно до частин 1, 3 ст. 271 КПК контроль за вчиненням злочину може здійснюватись у випадку наявності достатніх підстав вважати, що готується вчинення або вчиняється тяжкий чи особливо тяжкий злочин. Під час підготовки та проведення заходів з контролю за вчиненням злочину забороняється провокувати (підбурювати) особу на вчинення цього злочину з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який вона би не вчинила, якби слідчий цьому не сприяв, або з цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем.

Європейський суд з прав людини у рішенні від 9 червня 1998 року у справі «Тейшейро де Кастро проти Португалії» вказав на те, що підбурювання з боку правоохоронних органів має місце тоді, коли працівники таких органів або особи, які діють за їх вказівками, не обмежуються пасивним розслідуванням, а з метою встановлення злочину, тобто отримання доказів і порушення кримінальної справи, впливають на суб'єкта, схиляючи його до вчинення злочину, який в іншому випадку не був би вчинений.

Проте місцевим судом під час судового розгляду не встановлено факту підбурювання ОСОБА_1 до вчинення кримінального правопорушення, не наведено стороною захисту і доводів, які би свідчили про активні дії правоохоронних органів у ході здійснення контролю за вчиненням злочину. Натомість з матеріалів кримінального провадження видно, що підставою для внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань за № 42015110000000231 від 13 травня 2015 року була заява ОСОБА_2 про вимагання в нього начальником управління оподаткування фізичних осіб Переяслав-Хмельницької ОДПІ ГУ ДФС у Київській області ОСОБА_1 неправомірної вигоди в сумі 300 000 грн за зменшення штрафних

санкцій, що будуть нараховані за результатами проведення позапланової перевірки фінансово-господарської діяльності підприємця за 2013 рік.

Також місцевий суд не дав належної оцінки показанням свідка ОСОБА_2 у сукупності та взаємозв'язку з іншими доказами, наданими стороною обвинувачення у цьому кримінальному провадженні, які узгоджуються між собою.

Крім того, суди першої та апеляційної інстанцій не взяли до уваги, що на дотримання вимог ч. 7 ст. 271 КПК у постановях прокурора від 15 і 20 травня 2015 року про проведення НС(Р)Д-контролю за вчиненням злочину у формі імітування обстановки злочину із застосуванням заздалегідь ідентифікованих грошових коштів щодо ОСОБА_1 зазначено про наявність у матеріалах кримінального провадження обставин, які свідчать про відсутність під час НС(Р)Д провокування особи на вчинення злочину з боку заявника. Також згідно з вказаними постановами здійснення НС(Р)Д доручено співробітникам другого управління ГУБКОЗ СБУ.

Джерело:

1.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 08 липня 2020 року у справі № 373/2562/15-к (провадження № 51-2218 км20).

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90329695>



2.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 05 лютого 2020 року у справі № 487/2403/18 (провадження № 51-1361 км 19).

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87517533>



3.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 05 лютого 2020 року у справі № 704/913/15-к (провадження № 51-3884км19)

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87485309>



4.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 23 січня 2020 року у справі № 535/83/18 (провадження № 51 - 2010 км 19)

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87211898>



Відсутність аудіозапису процесу перегляду судом відеоматеріалів НС(Р)Д є безумовною підставою для скасування судового рішення.

Апеляційний суд встановив, що судом першої інстанції дійсно не досліджувалася частина доказів (зчитувалася лише назва документів) та відсутній аудіозапис процесу перегляду судом першої інстанції 18 серпня 2016 року відеоматеріалів НС(Р)Д (диск № 1 відеозаписи №№ 1, 2), проте в порушення вимог процесуального закону належної оцінки цьому не дав та відповідного рішення не прийняв, незважаючи на те, що одне з цих порушень відповідно до ст. 412 ч. 2 п. 7 КПК України віднесено до безумовної підстави для скасування судового рішення.

При цьому апеляційний суд, хоч і дослідив ряд доказів у кримінальному провадженні, проте оцінки їм з точки зору належності та допустимості не дав, чим порушив вимоги ст.ст. 22, 23, 94, 95 КПК України.

Отже, під час розгляду справи судами першої та апеляційної інстанцій допущено порушення вимог кримінального процесуального закону, яке є істотним, оскільки ставить під сумнів законність і обґрунтованість судового рішення, що у відповідності з вимогами ст. 438 ч. 1 п. 1 КПК України є підставою для скасування таких рішень.

Джерело:

1.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 11 липня 2019 року у справі № 712/3581/16-к (провадження № 51 - 1313 км 19).

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83025224>



Доказове значення матеріалів ОРД у кримінальному провадженні

Так, в ухвалі суду касаційної інстанції від 06 квітня 2015 року цей суд, погодившись із рішеннями нижчих судів про виправдання ОСОБА_1 за частиною другою статті 307 КК, дійшов висновку про те, що недопустимими є докази, зібрані, в ході проведення оперативної закупки наркотичних засобів у межах заведеної оперативно-розшукової справи з порушенням вимог статей 246, 271 КПК, однак до внесення відомостей про злочин до ЄРДР та не уповноваженою на те особою. При цьому касаційний суд зазначив, що оперативна закупка наркотичних засобів може проводитись за постановою прокурора тільки після внесення відомостей про злочин до ЄРДР і лише уповноваженою на те особою – слідчим або оперативним працівником за наявності відповідного доручення.

Також захисник посиляється на ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 06 червня 2016 року, якою відмовлено у відкритті касаційного провадження за касаційною скаргою прокурора на ухвалу апеляційного суду, яким залишено без зміни вирок суду першої інстанції про виправдання ОСОБА_1 за частиною другою статті 307, частиною першою статті 315 КК. У своїй ухвалі суд касаційної інстанції зазначив, що докази, одержані з порушенням вимог статей 246, 271 КПК, є недопустимими, зокрема: протоколи про проведення негласних слідчих дій, оскільки ці протоколи не містять письмової згоди залегенованої особи на проведення дій оперативного характеру та не вказано походження грошових коштів, що використовувались при оперативних закупках; матеріали аудіо- та відеофайлів, оскільки вони не містять інформації щодо технічних засобів, за допомогою яких здійснювалось фіксування оперативно-розшукових заходів.

Як приклад неоднакового застосування норми права, передбаченої статтею 290 КПК, захисник Ліщук О.І. долучила до заяви копію ухвали суду касаційної інстанції від 02 лютого 2016 року щодо ОСОБА_6, відповідно до якої касаційний суд визнав законним рішення суду апеляційної інстанції, яким було дотримано вимоги вищезазначеної статті та відмовлено у задоволенні клопотання прокурора про долучення і додаткове дослідження протоколів про адміністративне затримання особи та про вчинення цією особою адміністративного правопорушення з огляду на те, що про існування цих протоколів було відомо стороні обвинувачення на час звернення до суду з обвинувальним актом, проте вони не були долучені до матеріалів кримінального провадження та їх не було відкрито стороні захисту.

Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України (далі – Суд) заслухала суддю-доповідача, доводи захисника Ліщук О.І., стосовно задоволення її заяви, скасування ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23 червня 2016 року щодо ОСОБА_10 та направлення справи на новий розгляд до суду касаційної інстанції, доводи прокурора про відсутність підстав для задоволення заяви захисника, перевірила матеріали кримінального провадження і матеріали, додані до заяви, обговорила

доводи заяви, дослідила наукові висновки членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді України і дійшла висновку про таке.

Предметом перегляду судових рішень у зазначеній справі є неоднакове застосування норм, які регулюють умови/можливість визнання допустимими доказами фактичних даних, отриманих у ході проведення контрольованої і оперативної закупки, проведеної в межах оперативно-розшукової справи до внесення відомостей про вчинення кримінального правопорушення до ЄРДР, а також допустимість судом відомостей, що містяться у матеріалах кримінального провадження, як доказів, які в порядку статті 290 КПК не були відкриті іншій стороні як під час досудового розслідування, так і під час розгляду справи судом першої інстанції, проте були долучені апеляційним судом до матеріалів кримінального провадження за клопотанням прокурора, досліджені ним та враховані при ухваленні свого судового рішення.

Зіставлення правових позицій суду касаційної інстанції щодо можливості визнання допустимими доказами фактичних даних, отриманих у ході оперативної закупки, проведеної в межах оперативно-розшукової справи до внесення відомостей до ЄРДР, висловлених у рішенні, про перегляд якого порушено питання, та рішеннях, доданих до заяви для порівняння, дають підстави вважати, що має місце неоднакове правозастосування одних і тих самих процесуальних норм.

Вирішуючи питання щодо предмета перегляду, необхідно взяти до уваги таке.

Частиною другою статті 1 КПК встановлено, що 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.

Відповідно до рішення Конституційного Суду України № 12рп/2011 від 20 жовтня 2011 року (справа № 1-31/2011) положення статті 62 Конституції України спрямовані на забезпечення прав і свобод людини і громадянина, а саме: обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, тобто обвинувачення у вчиненні злочину не може ґрунтуватися на фактичних даних, одержаних у результаті оперативно-розшукової діяльності уповноваженою на те особою без дотримання конституційних положень або з порушенням порядку, встановленого законом, а також одержаних шляхом вчинення цілеспрямованих дій щодо їх збирання і фіксації із застосуванням заходів, передбачених Законом України № 2135-ХІІ від 18 лютого 1992 року «Про оперативно-розшукову діяльність» (далі – Закон № 2135-ХІІ), особою, не уповноваженою на здійснення такої діяльності.

У вказаному рішенні Конституційного Суду України, визнаватися допустимими і використовуватися як докази в кримінальній справі можуть тільки фактичні дані, одержані відповідно до вимог кримінально-процесуального законодавства. Перевірка доказів на їх допустимість є найважливішою гарантією забезпечення прав і свобод людини і громадянина у кримінальному процесі та ухвалення законного і справедливого рішення у справі.

Оперативно-розшукова діяльність в Україні регулюється, зокрема, Законом № 2135-ХІІ, який є складовою кримінального процесуального законодавства.

Водночас відповідно до положень частини третьої статті 9 КПК закони та інші нормативно-правові акти України, положення яких стосуються кримінального провадження, повинні відповідати цьому Кодексу. При здійсненні кримінального провадження не може застосовуватися закон, який суперечить цьому Кодексу.

Статтею 8 Закону № 2135-ХІІ встановлено права підрозділів, які крім іншого, здійснюють оперативно-розшукову діяльність. Такі підрозділи мають право проводити контрольовану поставку та контрольовану і оперативну закупку товарів, предметів та речовин, у тому числі заборонених для обігу, у фізичних та юридичних осіб незалежно від форми власності з метою виявлення та документування фактів протиправних діянь. Проведення контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупок здійснюється згідно з положеннями статті 271 КПК у порядку, визначеному нормативно-правовими актами Міністерства внутрішніх справ України, центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику, Служби безпеки України, погодженими з Генеральною прокуратурою України та зареєстрованими у Міністерстві юстиції України.

Згідно з частиною першою статті 86 КПК доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим Кодексом.

Порядок, встановлений КПК (процесуальний порядок, форма, процедура), – це певна послідовність (кроки) прийняття кримінальних процесуальних рішень і здійснення кримінальних процесуальних дій. Першим кроком, спрямованим на проведення контрольованої і оперативної закупки товарів, предметів та речовин, є прийняття відповідного рішення прокурором. Прийняття останнього (постанови) є винятковим правом прокурора (частина четверта статті 246 КПК). Постанова прокурора про проведення зазначеної закупки в межах оперативно-розшукової справи має свої особливості: у ній не можуть бути зазначені найменування кримінального провадження та його реєстраційний номер у зв'язку з невнесенням на цьому етапі відомостей про злочин до ЄРДР.

Пунктом 1 частини сьомої статті 271 КПК на прокурора покладено обов'язок у постанові про проведення зазначеної дії викласти обставини, які свідчать про відсутність під час дії провокування особи на вчинення злочину.

Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) при вирішенні питання справедливості судового розгляду в цілому враховує, у тому числі, й спосіб отримання доказів. Не виключаючи можливості використання особливих слідчих методів – агентурних методів, що само по собі не порушує права на справедливий судовий розгляд, ЄСПЛ висловив позицію, що у зв'язку з ризиком підбурювання з боку поліції при використанні таких методів, їх використання має бути обмежено чіткими рамками (справа «Раманаускас проти Литви»).

Так, у справі, що розглядається, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ визнав, що всі докази, якими суд

апеляційної інстанції обґрунтував доведеність винуватості ОСОБА_10 і ОСОБА_11 у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених частиною другою статті 307 і частиною першою статті 317 КК, є допустимими і отримані відповідно до вимог кримінального процесуального закону. Зокрема, касаційний суд зазначив, що суд апеляційної інстанції обґрунтовано послався як на доказ винуватості засуджених у вчиненні збуту наркотичної речовини на постанови про проведення оперативної закупки та про проведення контролю за вчиненням злочину, шляхом проведення оперативної закупки, незважаючи на те, що оперативна закупка наркотичних засобів у засуджених 29 вересня 2014 року проводилась у межах оперативно-розшукової справи до внесення відомостей до ЄРДР, що, в свою чергу, не зумовлює визнання зібраних доказів недопустимими. Крім того, вказав, що в межах оперативно-розшукової справи № 9276/14, заведеної стосовно ОСОБА_11, правоохоронним органам слідчим суддею надавався дозвіл на проведення негласних оперативно-розшукових дій, передбачених статтями 260, 263 КПК з 06 вересня по 06 листопада 2014 року та з 17 грудня 2014 року по 17 лютого 2015 року.

Втім, як убачається з рішення суду апеляційної інстанції, цей суд, на порушення положень статті 404 КПК, не переконався у відповідності зазначених доказів вимогам статті 86 КПК та не навів належних доводів, на підставі яких визнав їх такими, що отримані в порядку, встановленому КПК (зокрема, матеріали оперативно-розшукової діяльності повинні бути отримані уповноваженими на це суб'єктами та з відомого, що може бути перевірений, і не забороненого законом джерела; зібрані у встановленому законом порядку та з дотриманням встановленої форми, що гарантує захист прав і законних інтересів громадян).

Так, постанова про проведення оперативної закупки від 04 вересня 2014 року, яка була долучена за клопотанням прокурора до матеріалів кримінального провадження під час апеляційного перегляду, була ухвалена щодо ОСОБА_11, а тому, правомірним було б використання доказової інформації, отриманої у такий спосіб, саме щодо нього. Водночас, відповідно до протоколу про результати здійснення оперативно-технічного заходу від 30 вересня 2014 року, оперативна закупка наркотичної речовини відбувалась одночасно у ОСОБА_11 і ОСОБА_10.

Крім цього, відповідно до наявної у матеріалах кримінального провадження інформації, наданої прокуратурою Хмельницької області, № 99-381-14 від 08 жовтня 2015 року, оперативно-розшукова справа стосовно ОСОБА_10 Волочиським РВ УМВС України в Хмельницькій області не заводилась. Дозвіл на проведення оперативно-розшукових заходів у виді аудіо-, відеоконтролю особи щодо нього апеляційним судом Хмельницької області не надавався, що також об'єктивно підтверджується інформацією, наданою Головою Апеляційного суду Хмельницької області № 08-25д від 15 жовтня 2015 року.

Підставами для проведення оперативно-розшукової діяльності, відповідно до вимог пункту 1 частини першої статті 6 Закону № 2135-ХІІ, є наявність достатньої інформації, одержаної в установленому законом порядку, що потребує перевірки за

допомогою оперативно-розшукових заходів і засобів, про: злочини, що готуються; осіб, що готують вчинення злочину. Інформація про те, що особа вчиняє або вже вчинила злочин, може бути перевірена лише шляхом проведення негласних слідчих (розшукових) дій після внесення відомостей до ЄРДР, тобто в межах кримінального провадження.

З матеріалів кримінального провадження щодо ОСОБА_10 та ОСОБА_11 вбачається, що судом не було встановлено, яка саме достатня інформація, одержана в установленому законом порядку, стала підставою для заведення оперативно-розшукової справи, і, відповідно, чи були наявні законні підстави для проведення оперативно-розшукових заходів, результати яких визнані судом допустимими доказами у кримінальному провадженні.

За змістом заяви, захисник також стверджує про неоднакове застосування судом касаційної інстанції в оспореному судовому рішенні однієї і тієї самої норми права, що міститься у статті 290 КПК. Зазначає, що цей суд, всупереч положенням зазначеної норми права, визнав постанови про проведення оперативної закупки від 04 вересня 2014 року, ухвалену в межах оперативно-розшукової справи, та постанову про проведення контролю за вчиненням злочину шляхом проведення оперативної закупки від 16 вересня 2014 року, долучені за клопотанням прокурора до матеріалів провадження під час апеляційного розгляду, допустимими доказами, хоча про існування зазначених постанов було відомо стороні обвинувачення на час звернення до суду з обвинувальним актом, проте вони не були долучені до кримінального провадження та їх не було відкрито стороні захисту.

Відповідно до частини другої статті 290 КПК прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний надати доступ до матеріалів досудового розслідування, які є в його розпорядженні, у тому числі будь-які докази, які самі по собі або в сукупності з іншими доказами можуть бути використані для доведення невинуватості або меншого ступеня винуватості обвинуваченого, або сприяти пом'якшенню покарання. Сторони кримінального провадження зобов'язані здійснювати відкриття одна одній додаткових матеріалів, отриманих до або під час судового розгляду. Якщо сторона кримінального провадження не здійснить відкриття матеріалів відповідно до положень цієї статті, суд не має права допустити відомості, що містяться в них, як докази (частини одинадцята, дванадцята статті 290 КПК).

Отже, з вищенаведених положень вбачається, що невідкриття матеріалів сторонами в порядку цієї статті є окремою підставою для визнання таких матеріалів недопустимими як докази. При цьому відкриттю, окрім протоколів, у яких зафіксовано хід та результати проведення певних дій, в обов'язковому порядку підлягають і матеріали, які є правовою підставою проведення таких дій (ухвали, постанови, клопотання), що забезпечить можливість перевірки стороною захисту та судом допустимості результатів таких дій як доказів.

Висловлюючи думку щодо правозастосування зазначеної норми права в оспореному судовому рішенні, касаційний суд наголосив на тому, що суд

апеляційної інстанції обґрунтовано визнав допустимими доказами відомості, що містяться у вищезазначених постановках від 04 вересня 2014 року та від 16 грудня 2014 року, а також відповідну інформацію щодо їх проведення, які апеляційним судом були долучені до матеріалів кримінального провадження за клопотанням прокурора та досліджені під час перегляду рішення суду першої інстанції.

Проте, згідно з частиною третьою статті 404 КПК, за клопотанням учасників судового провадження суд апеляційної інстанції зобов'язаний повторно дослідити обставини, встановлені під час кримінального провадження, за умови, що вони досліджені судом першої інстанції неповністю або з порушеннями, та може дослідити докази, які не досліджувалися судом першої інстанції, виключно якщо про дослідження таких доказів учасники судового провадження заявляли клопотання під час розгляду в суді першої інстанції або якщо вони стали відомі після ухвалення судового рішення, що оскаржується.

Як убачається з даного кримінального провадження, прокурор не заявляв у суді першої інстанції клопотання про дослідження вищезазначених матеріалів, незважаючи на те, що ці матеріали стали відомі не після ухвалення судового рішення, що оскаржується, а були відомі від початку досудового розслідування.

Суд зауважує, що чинний КПК не містить заборони для сторін кримінального провадження представляти в суді матеріали, не відкриті одна одній. Заборона адресована суду, який згідно з частиною дванадцятою статті 290 КПК, не має права допустити відомості, що містяться в них, як докази. Надання стороною обвинувачення у суді матеріалів, до яких не було надано доступ стороні захисту, і долучення їх як доказів на стадіях судового розгляду порушує право обвинуваченого на захист, оскільки змушує його захищатися від так званих нових доказів без надання достатніх можливостей і часу для їх спростування.

Отже, факт ознайомлення з матеріалами справи після закінчення розслідування не є достатнім для відстоювання стороною захисту своєї позиції у кримінальному процесуальному змаганні. За таких умов, коли стороні обвинувачення відомі всі докази, а сторона захисту не володіє інформацією про них до завершення розслідування, порушується баланс інтересів у кримінальному процесі.

Частина дванадцята статті 290 КПК фактично передбачає кримінальну процесуальну санкцію стосовно сторін кримінального провадження, яка реалізується в разі невиконання сторонами обв'язку щодо відкриття матеріалів, яка полягає в тому, що в майбутньому суд не має права допустити відомості як докази у невідкритих матеріалах. Так, невідкриття сторонами кримінального провадження одна одній матеріалів суттєво зменшує їх доказову базу, що, в свою чергу, може негативно вплинути на законність та обґрунтованість прийнятого судом рішення.

Із доданої до заяви захисника Ліщук О.І. копії ухвали від 02 лютого 2016 року вбачається, що у кримінальному провадженні щодо ОСОБА_6 касаційний суд інакше застосовував одні і ті самі норми права, визнавши неспроможними доводи прокурора щодо безпідставної відмови апеляційного суду в задоволенні його

клопотання про долучення та додаткове дослідження процесуальних документів з огляду на те, що ці докази були відомі на час звернення до суду з обвинувальним актом, проте не були долучені до матеріалів кримінального провадження та їх не було відкрито стороні захисту відповідно до вимог статті 290 КПК.

Неправильне застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм права, які містяться у статтях 86, 246, 271, 290 КПК, зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень і є підставою для задоволення заяви, у зв'язку з чим оскаржена ухвала касаційного суду підлягає скасуванню з направленням справи на розгляд до суду касаційної інстанції.

Джерело:

1.Постанова Верховного Суду України від 16 березня 2017 року у справі № 671/463/15-к

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/66203468>



2.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 30 січня 2020 року у справі № 688/2647/16-к.

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87485390>



3.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 10 червня 2020 року у справі № 158/803/14-к.

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89819699>



4.Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 03 травня 2018 року у справі № 569/11930/15-к

URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73868748>

