



Верховний
Суд

ТИЖНЕВИЙ ОГЛЯД судової практики Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду

Рішення, внесені до ЄДРСР за
період з 05.08.2019 по 09.08.2019

ЗМІСТ

1. Кримінальні провадження передані на розгляд палати, об'єднаної або Великої Палати Верховного Суду	4
1.1. Ухвала про передачу кримінального провадження на розгляд Об'єднаної палати ККС ВС щодо призначення покарання за сукупністю злочинів (частини 1, 4 ст. 70 КК)	4
1.2. Ухвала про передачу кримінального провадження на розгляд Першої судової палати ККС ВС щодо співвідношення понять «трудоий договір» та «договір про надання послуг» під час застосування положень п. 3 ч. 1 ст. 477 КПК	8
2. Питання застосування положень Загальної частини КК України	10
2.1. Застосування загальних засад призначення покарання	10
2.2. Строки погашення судимості (ч. 8 ст. 89 КК)	14
2.3. Звільнення від відбування покарання з випробуванням (ст. 75 КК)	15
3. Питання застосування положень Особливої частини КК України	17
3.1. Кваліфікація злочинів	17
3.1.1. Кваліфікація дій за ч. 3 ст. 289 КК (кваліфікуюча ознака «заволодіння транспортним засобом, поєднане з насильством, яке є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого»)	17
3.1.2. Відсутність підстав для застосування положень ч. 4 ст. 309 КК	20
4. Питання застосування положень кримінального процесуального законодавства	21
4.1. Виправдувальний вирок. Кримінальне провадження у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 246 КК, закрито на підставі п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК (у зв'язку з відсутністю в діянні складу кримінального правопорушення)	21
4.2. Спеціальна конфіскація речових доказів	23
4.3. Докази і доказування	25
4.3.1. Недопустимість доказів, отриманих внаслідок здійснення процесуальних дій без попереднього дозволу суду (ст. 87 КПК)	25
4.3.2. Оцінка доказів з точки зору допустимості, достатності, на обґрунтування висновку про доведеність винуватості у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 115 КК	28
4.4. Досудове розслідування	30
4.4.1. Критерії відмежування провокації від допустимої поведінки правоохоронних органів під час розкриття злочину у сфері службової діяльності	30
4.4.2. Відкриття матеріалів іншої сторони (ст. 290 КПК)	35

4.5. Обов'язковість вказівок суду, який розглянув справу в касаційному порядку, для суду першої чи апеляційної інстанції при новому розгляді (ч. 2 ст. 439 КПК)	36
4.6. Апеляційне оскарження	38
4.6.1. Строк на апеляційне оскарження	38
4.6.2. Порушення прав потерпілих (позбавлення можливості надати пояснення щодо поданих апеляційних скарг)	42
4.6.3. Оскарження ухвали слідчого судді про зміну запобіжного заходу на домашній арешт	45
4.6.4. Невідповідність ухвали апеляційного суду вимогам ст. 419 КК	46
4.6.5. Процесуальні рішення апеляційного суду за наслідками розгляду справи	49
4.7. Перегляд кримінального провадження за нововиявленими обставинами	52

1. Кримінальні провадження передані на розгляд палати, об'єднаної або Великої Палати Верховного суду

1.1. Ухвала про передачу кримінального провадження на розгляд Об'єднаної палати ККС ВС щодо призначення покарання за сукупністю злочинів (частини 1, 4 ст. 70 КК).

Ухвала від 07.08.2019

Справа № 199/1496/17

Провадження № 51-2631км18

Колегія суддів Третьої судової палати

Прокурор, просить скасувати ухвалу апеляційного суду призначити новий розгляд у суді апеляційної інстанції. Вказує, що апеляційний суд формально перевірів доводи апеляційної скарги прокурора, зокрема щодо незастосування судом першої інстанції положень ч. 4 ст. 70 КК та необґрунтованого визначення самостійного виконання вироків. Зазначає, що колегія суддів апеляційного суду не звернула увагу на особливості призначення покарання та виконання вироків за наявності поєднання ч. 4 ст. 70 та ст. 75 КК. Зауважує про можливу відсутність єдиної правозастосовчої практики.

Верховний Суд кримінальне провадження передав на розгляд об'єднаної палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду.

Статтею 70 КК визначені підстави, порядок та межі призначення покарання за сукупністю злочинів. Суд, призначивши покарання (основне і додаткове) за кожний злочин окремо, визначає остаточне покарання шляхом поглинення менш суворого покарання більш суворим або шляхом повного чи часткового складання призначених покарань в межах, визначених ч. 2 ст. 70 КК.

Умови, підстави та порядок звільнення особи від покарання визначені розділом XII Загальної частини КК. Зокрема, ч. 1 ст. 74 КК встановлено, що звільнення засудженого від покарання, крім звільнення від покарання на підставі закону України про амністію чи акта про помилування, може застосовуватися тільки судом у випадках, передбачених КК.

Одним із таких випадків є звільнення від відбування покарання з випробуванням, передбачене ст. 75 КК.

Суд під час вирішення питання про можливість виправлення засудженого без відбування покарання має врахувати (серед іншого) тяжкість злочину, як зазначено в ч. 1 ст. 75 КК, а не злочинів, вчинених особою. Буквальне тлумачення кримінально-правової норми, викладеної в ч. 1 ст. 75 КК, граматичний, семантичний, телеологічний способи тлумачення її змісту дають підстави для висновку про те, що ця норма стосується осіб засуджених за вчинення одиничного злочину, і не має застосовуватись щодо особи, засудженої за сукупністю злочинів.

За своїм змістом норма, викладена в ст. 75 КК (2001 року), не є тотожною з нормою, що передбачала умовне засудження в ст. 45 КК (1960 року), зокрема, за змістом, умовами та підставами її застосування.

Незважаючи на інший зміст норми про звільнення від відбування покарання з випробуванням, передбаченої ст. 75 КК (2001 року), порівняно з нормою про умовне засудження в ст. 45 КК (1960 року), рекомендації щодо її застосування, висловлені в п. 23

Постанови Пленуму Верховного Суду України № 7 від 24 жовтня 2003 року «Про практику призначення судами кримінального покарання» є майже тотожними тим, що були надані раніше: «У разі визнання особи винною у вчиненні кількох злочинів рішення про її звільнення від відбування покарання з випробуванням приймається тільки після визначення на підставі ч. 1 ст. 70 КК остаточного покарання, виходячи з його виду й розміру. Коли особа, щодо якої було застосоване таке звільнення, вчинила до постановлення вироку в першій справі інший злочин, за який вона засуджується до покарання, що належить відбувати реально, застосування принципів поглинення, часткового чи повного складання призначених покарань не допускається. За таких умов кожний вирок виконується самостійно».

Таким чином, на цей час правозастосовна практика заснована на поширювальному тлумаченні змісту кримінально-правової норми, що ґрунтується на телеологічному та історичному способах її тлумачення. З огляду на те, що таке загально поширене в судовій практиці тлумачення покращує на момент розгляду цього кримінального провадження стан особи, яка притягнута до кримінальної відповідальності, судова колегія також виходить з того, що норма, передбачена ч. 1 ст. 75 КК, поширює свою дію на осіб, засуджених за сукупністю злочинів.

Проте норми, передбачені статтями 70, 72, 75-78 КК, не визначають окремого порядку призначення покарання за сукупністю злочинів у випадку, коли особа, щодо якої було застосоване звільнення від покарання з іспитовим строком, вчинила до постановлення вироку в першій справі інший злочин, за який вона засуджується до покарання, що належить відбувати реально, або засуджується до покарання, від відбування якого звільняється з іспитовим строком.

Відсутність чіткого однозначного законодавчого забезпечення вирішення цього питання призводить до формування різних правових позицій у практиці Верховного Суду щодо застосування вищевказаних норм закону про кримінальну відповідальність під час розгляду кримінальних проваджень за касаційними скаргами на рішення судів першої та апеляційної інстанції, зокрема щодо можливості застосування принципів поглинення, часткового чи повного складання призначених покарань та іспитових строків, коли особа, щодо якої було застосоване звільнення від покарання з іспитовим строком, вчинила до постановлення вироку в першій справі інший злочин, за який вона засуджується до покарання, що належить відбувати реально, або засуджується до покарання, від відбування якого звільняється з іспитовим строком.

Сформовані дві правові позиції Верховного Суду щодо застосування ч. 1, 4 ст. 70 КК при вирішенні цього питання: 1) коли особа, щодо якої було застосоване звільнення від відбування покарання, вчинила до постановлення вироку в першій справі інший злочин, за який вона засуджується до покарання, що належить відбувати реально, або звільняється від відбування покарання з випробуванням, застосування принципів поглинення, часткового чи повного складання призначених покарань не допускається. За таких умов кожний вирок виконується самостійно (у постановвах колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду в складі Верховного Суду: від 27 березня 2018 року (справа № 754/2749/17, провадження № 51-717км18); від 18 вересня 2018 року (справа № 752/4026/17, провадження № 51-4631км18); 2) коли особа, щодо якої було застосоване

таке звільнення, вчинила до постановлення вироку в першій справі інший злочин, за який вона засуджується до покарання, від відбування якого також звільняється з випробуванням, суд визначає остаточне покарання шляхом поглинення менш суворого покарання більш суворим або шляхом повного чи часткового складання призначених покарань, а також звільняє особу від відбування покарання встановивши іспитовий строк за правилами ст. 75 КК (у постанові колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду в складі Верховного Суду від 30 серпня 2018 року (справа № 643/6600/16-к, провадження № 51-2584км18).

Питання застосування частин 1, 4 ст. 70 КК ставали предметом розгляду об'єднаної палати Касаційного кримінального суду в складі Верховного Суду (справа № 511/37/16-к, провадження № 51-830км18).

Проте предмет розгляду і висновки Об'єднаної палати стосуються інших випадків, коли після постановлення вироку у справі буде встановлено, що засуджений винен ще в кількох злочинах, одні з яких вчинено до, а інші – після постановлення першого вироку. У такому разі остаточне покарання призначається із застосуванням як ст. 70, так і ст. 71 КК: спочатку – за правилами ч. 1 ст. 70 КК за сукупністю злочинів, вчинених до постановлення першого вироку; після цього – за правилами ч. 4 ст. 70 КК, потім – за сукупністю злочинів, вчинених після постановлення першого вироку; і остаточно – за сукупністю вироків відповідно до ч. 1 ст. 71 КК.

Об'єднана палата визначила, що у кримінально-правовій ситуації, коли вчинення нового злочину в період іспитового строку стає фактичною підставою для визнання (скасування) призначеного за попереднім вироком покарання у виді позбавлення волі, від відбування якого звільнялась особа, таким що належить відбувати реально, його самостійне виконання при застосуванні ч. 4 ст. 70 КК не допускається за наявності підстав для подальшого призначення остаточного покарання за правилами ч. 1 ст. 71 КК.

Водночас, у цьому кримінальному провадженні колегія суддів вважає такою, що відповідає положенням закону про кримінальну відповідальність_правозастосовну позицію за якою, якщо особа, щодо якої було застосоване звільнення від відбування покарання на підставі і в порядку ст. 75 КК, вчинила до постановлення вироку в першій справі інший злочин, за який вона засуджується до покарання, від відбування якого також звільняється з випробуванням, остаточне покарання суд визначає шляхом поглинення менш суворого покарання більш суворим або шляхом повного чи часткового складання призначених покарань згідно з ч. 4 ст. 70 КК, а також може звільнити особу від відбування покарання, встановивши іспитовий строк за правилами ст. 75 КК.

Колегія суддів виходить з того, що положення, викладене в абз. 2 пункту 23 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 7 від 24 жовтня 2003 року «Про практику призначення судами кримінального покарання», суперечить чинному законодавству. Самостійне виконання вироків порушує приписи ч. 4 ст. 70 КК, які не визначають різних варіантів призначення покарання залежно від того, чи застосовано при призначенні покарання за першим вироком звільнення від відбування покарання з випробуванням. Закон про кримінальну відповідальність в ч. 1 ст. 70 КК встановив три альтернативних способи призначення покарання: поглинання менш суворого більш суворим, повне складання покарань, часткове складання покарань. Наведена у пункті 23 цієї постанови

правова позиція, що відтворена у постановках Касаційного кримінального суду в складі Верховного Суду: від 27 березня 2018 року(справа № 754/2749/17, провадження № 51-717км18); від 18 вересня 2018 року(справа № 752/4026/17, провадження № 51-4631км18), фактично доповнює зміст ч. 4 ст. 70 КК четвертим способом – самостійне виконання вироків. Таке тлумачення є безпідставно поширювальним у цій частині, оскільки погіршує правове становище засудженого.

Системне тлумачення кримінально-правових норм дає підстави до висновку, що в основу рішення про те, чи може суд при призначенні покарання за сукупністю злочинів, якщо про один із них стало відомо після постановлення вироку, яким особу засуджено до покарання від відбування якого її звільнено з іспитовим строком, призначити остаточне покарання та звільнити від його відбування з іспитовим строком, мають бути покладені засади, визначені статтями 11, 50 КК, механізми реалізації яких містяться в нормах, передбачених статтями 65-87 КК, зокрема і в ст. 75 КК.

Логіка закону про кримінальну відповідальність у цьому контексті полягає у тому, що призначення покарання особі, яка вчинила більше одного злочину, має передбачати оцінку всієї сукупності злочинів, вчинених до постановлення вироку, оскільки така сукупність істотною мірою характеризує ступінь суспільної небезпечності особи та вчинених нею злочинів, належна оцінка якої є передумовою обрання належного заходу кримінально-правового впливу.

Водночас, штучний розрив такої сукупної оцінки, наслідком якого є окрема оцінка злочинів за різними výroками, коли про один із злочинів стало відомо після постановлення першого вироку, яким особу засуджено до покарання, від відбування якого її звільнено з іспитовим строком, вочевидь, із логікою закону про кримінальну відповідальність щодо кримінально-правової оцінки судом всіх вчинених особою злочинних діянь, встановлення можливості її виправлення без відбування покарання, не узгоджується.

Підставою звільнення особи від відбування покарання з випробуванням є переконання суду, виявлене у мотивованому висновку про можливість її виправлення без відбування покарання. Суд доходить такого висновку на підставі тих відомостей, які оцінює на момент постановлення вироку, зокрема, відомостей про вчинений (вчинені) особою злочин (злочини), їх кількості, характеру, форми вини, мотивів, форми і видів співучасті, соціальних зв'язків особи, її характеристик тощо.

Разом із тим, вчинення особою двох або більшої кількості злочинів може мати визначальний вплив на зміст висновку про можливість її виправлення без відбування покарання.

Саме тому суд, призначивши остаточне покарання за сукупністю злочинів, про один із яких стало відомо після постановлення першого вироку, незважаючи на факт попереднього призначення покарання із застосуванням положень ст. 75 КК, має вирішити питання про можливість звільнення від відбування покарання з іспитовим строком з урахуванням оцінки невідомого раніше факту вчинення особою злочину до постановлення першого вироку.

Засудження до покарання від відбування якого особу було звільнено з іспитовим строком, при призначенні остаточного покарання за сукупністю злочинів, про один із яких

стало відомо після постановлення першого вироку, не виключає призначення остаточного покарання без застосування ст. 75 КК.

При цьому необхідно виходити з того, що статтями 70, 72, 75-78 КК не передбачено повне або часткове складання, поглинання іспитового строку при призначенні покарання за сукупністю злочинів. Зазначені в ст. 70 КК правила застосовуються лише до покарань. Дійшовши висновку про можливість виправлення особи без реального відбування покарання та призначивши іспитовий строк при звільненні від його відбування, суд має керуватися положеннями ст. 75 КК, вмотивувавши своє рішення щодо цього.

А тому у випадку, коли суд призначив покарання за сукупністю всіх вчинених особою злочинів, якщо особа вчинила до постановлення вироку в першій справі інший злочин, суд має право вмотивовано вирішити питання про звільнення особи від відбування покарання з випробуванням та визначити іспитовий строк в порядку, передбаченому ст. 75 КК з урахуванням всієї сукупності вчинених злочинів або, за відсутності для цього підстав, не застосовувати таке звільнення.

Зважаючи на наведене, колегія суддів вважає, що передача судового провадження на розгляд об'єднаної палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду необхідна для забезпечення єдиної правозастосовчої практики та формування висновку щодо застосування норм права, що міститься у частинах 1, 4 ст. 70 КПК.

1.2. Ухвала про передачу кримінального провадження на розгляд Першої судової палати ККС ВС щодо співвідношення понять «трудоий договір» та «договір про надання послуг» під час застосування положень п. 3 ч. 1 ст. 477 КПК

Ухвала від 06.08.2019

Справа № 718/1139/18

Провадження № 51-9268км18

Колегія суддів Першої судової палати

Прокурор, просить скасувати судові рішення щодо засудженої і призначити новий розгляд у суді першої інстанції. Вважає необґрунтованими висновки судів про те, що кримінальне провадження щодо засудженої за ч. 1 ст. 185, ч. 2 ст. 185 КК є кримінальним провадженням у формі приватного обвинувачення і може бути закрито в зв'язку з відмовою потерпілого від обвинувачення. На думку прокурора, потерпіла та засуджена перебували не у трудових, а цивільно-правових відносинах, остання виконувала роботи не як найманий працівник, а як виконавець послуг. Посилається про неправильне ототожнення поняття «трудоого договору» та «договору про надання послуг».

Верховний Суд передав матеріали кримінального провадження на розгляд Першої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду.

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, районний суд заклав кримінальне провадження щодо засудженої в зв'язку з відмовою потерпілої від обвинувачення, встановивши в підготовчому судовому засіданні, що обвинувачена є найманим працівником у потерпілої на підставі договору про надання послуг від 4 грудня

2017 року і кримінальними правопорушеннями шкода завдана виключно власності потерпілої.

З висновком суду про те, що засуджена в період вчинення нею інкримінованих кримінальних правопорушень була найманим працівником у відносинах з потерпілою, а відтак це кримінальне провадження є кримінальним провадженням у формі приватного обвинувачення, погодився й апеляційний суд. Водночас апеляційний суд зазначив в ухвалі, що засуджена виконувала роботу не за трудовим договором, а на підставі цивільно-правового договору, що не передбачає будь-якого повідомлення органів державної влади.

Висновок щодо застосування п. 3 ч. 1 ст. 477 КПК у подібних правовідносинах викладено у постанові колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 21 травня 2019 року (справа № 743/610/16, провадження № 51-3937км18). У цій постанові колегія суддів зазначила, що висновки судів першої та апеляційної інстанцій про наявність правових підстав для закриття кримінального провадження щодо ОСОБА_1 згідно з п. 7 ч. 1 ст. 284 КПК у зв'язку з відмовою потерпілого від обвинувачення є правильними. Поняття «найманий працівник» у нормі, передбаченій п. 3 ч. 1 ст. 477 КПК, є значно ширшим ніж у трудовому праві та охоплює собою не лише ті випадки, коли винний на підставі укладеного трудового договору виконував певну роботу в інтересах потерпілого, а й усі інші випадки трудових правовідносин, коли особа на підставі будь-якого цивільно-правового договору виконувала роботу на користь потерпілого і на момент вчинення злочину фактично була найманим працівником.

Із такою позицією колегія суддів погодитися не може, виходячи з наступного.

Згідно з ч. 2 ст. 3 КПК інші терміни, що вживаються в цьому Кодексі, визначаються спеціальними нормами у цьому Кодексі та інших законах України.

У п. 11 ст. 1 Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття» від 2 березня 2000 року № 1533-III визначено, що найманий працівник – фізична особа, яка працює за трудовим договором (контрактом) на підприємстві, в установі та організації або у фізичної особи.

Отже, виконання особою робіт, надання нею послуг потерпілому за цивільно-правовим договором, а не за трудовим договором (контрактом), не свідчить, що вона щодо потерпілого була найманим працівником, а тому для застосування до неї положень п. 3 ч. 1 ст. 477 КПК (в редакції Закону № 767-VII від 23 лютого 2014 року, чинної на момент розгляду справи судом) підстав немає.

У зв'язку з цим колегія суддів вважає за необхідне відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленій постанові Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду від 21 травня 2019 року (справа № 743/610/16, провадження № 51-3937км18).

З огляду на викладене, з метою забезпечення єдності судової практики кримінальне провадження за касаційною скаргою прокурора на ухвалу районного суду від 4 червня 2018 року та ухвалу апеляційного суду від 10 липня 2018 року щодо засудженої підлягає

передачі на розгляд Першої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду.

2. Питання застосування положень Загальної частини КК України

2.1. Застосування загальних засад призначення покарання

Постанова від 08.08.2019

Справа № 286/3570/17-к

Провадження № 51-10543км18

Колегія суддів Першої судової палати

Захисник ставить питання про скасування вироку суду апеляційної інстанції і призначення нового розгляду в суді апеляційної інстанції у зв'язку з невідповідністю призначеного покарання ступеню тяжкості кримінального правопорушення та особі засудженого (ч. 2 ст. 289, ч. 2 ст. 185 КК). Обґрунтовуючи свої вимоги, захисник посилається на неправильність кваліфікації дій засудженого за ч. 2 ст. 185 КК за ознакою повторного таємного викрадення чужого майна, оскільки засуджений незаконно заволодів транспортним засобом, до складу якого входили і речі (мотошолом, ремонтні ключі, ліхтарик тощо), що перебували на ньому або в ньому, а тому вказані речі не можуть бути предметом іншого злочину. Зазначає, що суд апеляційної інстанції, скасовуючи вирок суду першої інстанції, з метою дотримання вимог кримінального процесуального закону, мав закрити кримінальне провадження в частині вчинення засудженим злочину, передбаченого ч. 2 ст. 185 КК, у зв'язку з відсутністю складу кримінального правопорушення, оскільки засуджений мав намір виключно на незаконне заволодіння транспортним засобом. Вказує, що під час постановлення нового вироку суд апеляційної інстанції безпідставно не врахував як обставини, що пом'якшують покарання, а саме: щире каяття засудженого, сприяння розкриттю злочину, часткове відшкодування завданих збитків, вчинення злочинів внаслідок збігу тяжких особистих та сімейних обставин, а також перебування на утриманні засудженого дружини та малолітньої дитини.

Верховний Суд вирок апеляційного суду залишив без змін.

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, висновок суду першої інстанції, з чим погодився і суд апеляційної інстанції, про доведеність винуватості засудженого у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 185 КК, зроблено з додержанням ст. 23 КПК на підставі об'єктивного з'ясування всіх обставин, які підтверджено доказами, дослідженими та перевіреними під час судового розгляду й оціненими відповідно до ст. 94 КПК.

Посилання захисника про те, що мотошолом є елементом мопеду, а тому незаконне заволодіння ним разом з вказаним механічним транспортним засобом не утворює окремого складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 185 КК, колегія суддів вважає надуманими, оскільки мотошолом є засобом захисту під час руху, а не комплектуючою частиною транспортного засобу.

Крім того, доводи касаційної скарги захисника щодо відсутності в діях засудженого умислу на повторне таємне викрадення чужого майна, суд вважає необґрунтованими та безпідставними з огляду на наступне.

Як вбачається з матеріалів кримінального провадження незаконно заволодів мопедом, на кермі якого безпосередньо і знаходився мотошолом.

Наявність на кермі транспортного засобу мотошолому, який не є елементом мопеду, не зупинила засудженого від вчинення протиправних дій, спрямованих на заволодіння чужим майном (мопедом та мотошоломом), а навпаки, умисно заволодівши вказаним майном засуджений розпорядився ним на власний розсуд, чим заподіяв потерпілій матеріальної шкоди.

Винуватість засудженого у повторному таємному викраденні чужого майна підтверджується наданими в судовому засіданні поясненнями самого засудженого, даними, що містяться у протоколі огляду місця події, та постановою про визнання речовими доказами.

Таким чином, на переконання колегії суддів, дії засудженого, у тому числі й за ч. 2 ст. 185 КК, кваліфіковано правильно.

Доводи касаційної скарги захисника про невідповідність призначеного покарання ступеню тяжкості кримінальних правопорушень та особі засудженого, а також неврахування апеляційним судом пом'якшуючих покарання обставин колегія суддів вважає безпідставними, виходячи з огляду на наступне.

Як вбачається з матеріалів кримінального провадження, суд апеляційної інстанції, обґрунтовуючи висновок щодо виду і розміру покарання засудженому, призначаючи йому покарання у виді позбавлення волі, виходив з того, що засуджений, будучи раніше судимим, вчинив через незначний проміжок часу після звільнення з місць позбавлення волі ряд нових умисних корисливих злочинів, один із яких відноситься до категорії тяжких, зокрема, десять епізодів незаконного заволодіння транспортними засобами, що свідчить про небажання засудженого ставати на шлях виправлення, та, відповідно, про його підвищену суспільну небезпечність. Судом також враховано наявність на утриманні у засудженого дружини та малолітньої дитини.

Обставинами, що пом'якшують покарання засудженому, судом визнано щире каяття та часткове відшкодування заподіяного збитку потерпілим. Обставин, які б обтяжували покарання, в ході судового розгляду не встановлено.

Призначене засудженому покарання відповідає вимогам закону, за своїм видом та розміром є необхідним та достатнім для виправлення засудженого і попередження нових злочинів, справедливим, та таким, що не суперечить ст. 65 КК.

На переконання колегії суддів, визначене судом апеляційної інстанції остаточне покарання засудженому з огляду на вимоги ст. 50 КК узгоджується із загальними засадами закону України про кримінальну відповідальність, відповідає основній його меті як заходу примусу.

Таким чином, підстав вважати призначене засудженому покарання явно несправедливим через його суворість, про що захисник вказує у своїй касаційній скарзі, не вбачається.

Переглядаючи справу в апеляційному порядку, апеляційний суд відповідно до вимог ст. 420 КПК дав належну оцінку викладеним в апеляційній скарзі прокурора доводам, та задовольнив їх в частині призначеного покарання, призначивши засудженому остаточне покарання у виді позбавлення волі строком на 5 років без конфіскації майна.

Постанова від 06.08.2019

Справа № 459/2094/17

Провадження № 51-37км19

Колегія суддів Першої судової палати

Потерпілий просить скасувати ухвалу апеляційного суду та призначити новий розгляд у суді апеляційної інстанції. Свої вимоги обґрунтовує тим, що суд апеляційної інстанції на порушення вимог ч. 4 с. 405 КПК належним чином не повідомив його про дату, час та місце апеляційного розгляду, що вказує на істотні порушення вимог кримінального процесуального закону. Крім того, потерпілий, обґрунтовуючи невідповідність призначеного засудженому (ч.1 ст.289, ч.1 ст.263 КК) покарання, посилається на неодноразові судимості засудженого, які, на думку скаржника, не давали підстави суду звільнити його від призначеного покарання. Також вказує на відсутність щирого каяття засудженого, який не відшкодував завданих збитків. Вважає призначене покарання занадто м'яким і зазначає, що за сукупністю злочинів засудженому необхідно було призначити покарання у виді позбавлення волі на строк 5 років. До того ж, потерпілий вважає, що суд необґрунтовано визначив суму, як матеріальної так і моральної шкоди, зазначає, що ринкова вартість автомобіля складає 30 000 грн, а розмір моральної шкоди неправомірно знижено з 5000 грн, які він просив у суду, до 3000 грн, що вказує на несправедливість судових рішень. При цьому в мотивувальній частині касаційної скарги потерпілий не погоджується з рішеннями першої та апеляційної інстанції, однак у її прохальній частині просить скасувати лише ухвалу апеляційного суду та призначити новий розгляд у суді апеляційної інстанції.

Верховний Суд судові рішення залишив без зміни.

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, потерпілий у суді апеляційної інстанції під час апеляційного розгляду 2 та 19 липня 2018 року був присутній. Про це вказують журнали судових засідань. Крім того, був належним чином повідомлений про дату, час та місце розгляду його апеляційної скарги в суді апеляційної інстанції, про що вказують повідомлення у матеріалах кримінального провадження.

Також необхідно зазначити, що відповідно до договору від 28 серпня 2017 року, потерпілий був забезпечений адвокатом, який представляв його інтереси як в суді першої інстанції так і під час апеляційного розгляду. Як убачається зі звукозапису судового засідання від 6 листопада 2018 року та журналу судового засідання, під час апеляційного розгляду був присутній представник потерпілого адвокат, який належним чином виконав свої обов'язки, надав пояснення щодо апеляційної скарги потерпілого, чим забезпечив його право на апеляційний розгляд.

Тому колегія суддів не вбачає підстав для скасування судового рішення, а доводи потерпілого щодо порушених прав під час апеляційного розгляду, які б вказували на істотні порушення вимог кримінального процесуального закону, є неспроможними.

Доводи потерпілого про невідповідність призначеного покарання тяжкості вчиненого кримінального правопорушення та особі засудженого внаслідок м'якості колегія суддів вважає безпідставними виходячи з наступного.

Так, суд першої інстанції, призначаючи засудженому покарання за сукупністю злочинів у виді позбавлення волі на строк 4 роки, врахував ступінь тяжкості кримінальних правопорушень, дані про його особу, який характеризується посередньо, раніше судимий, не працює, однак повністю визнав вину та щиро розкався у вчиненому. Обставин, які обтяжують покарання, суд не встановив, а тому з урахуванням зазначеного дійшов висновку про можливість виправлення винного без відбування покарання звільнивши його на підставі ст. 75 КК.

Суд апеляційної інстанції, перевіряючи доводи потерпілого, викладені в апеляційній скарзі, визнав їх неспроможними, і погодившись із судом першої інстанції, визнав призначене ним покарання необхідним та достатнім для виправлення винного.

При цьому врахував ступінь тяжкості винного, дані про його особу та зважив, що покарання призначене у межах санкції статей, за які останній обвинувачується, і його відбування можливе без ізоляції від суспільства.

Погодившись із такою позицією районного суду, апеляційний суд належно і обґрунтовано надав відповіді на доводи потерпілого в апеляційній скарзі, вказав на правильне застосування ст. 75 КК та зазначив обставини, які стали підставою для звільнення особи від призначеного покарання.

Крім того, суд апеляційної інстанції у відповідності до ст. 404 КПК переглядає судові рішення в межах апеляційної скарги та вправі вийти за такі межі у разі, якщо цим не погіршується становище винного. З апеляційної скарги потерпілого убачається, що він просив лише змінити вирок суду першої інстанції, без посилань на вимоги статей 420, 421 КПК, а відтак апеляційний суд діяв у межах своїх повноважень з урахуванням зазначених положень КПК та належним чином обґрунтував прийняте ним судові рішення.

З огляду на викладене, колегія суддів не вбачає підстав, які би вказували на можливість скасувати ухвалу апеляційного суду в частині призначеного покарання, оскільки були враховані усі наявні у кримінальному провадженні обставини.

Також неспроможними є доводи касаційної скарги потерпілого щодо визначення судом суми стягнутої шкоди, як матеріальної так і моральної.

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, під час досудового розслідування потерпілий вказав про суму завданих матеріальних збитків у розмірі 6 000 грн. Крім того з його пояснень убачається, що автомобіль 1990 року випуску, не був придатний до використання і 2 роки на ньому не їздили, при цьому на автомобілі не було капоту та акумулятора. Суд першої інстанції у своєму рішенні належним чином обґрунтував мотиви часткового задоволення цивільного позову. Суд апеляційної інстанції погодився з висновками суду першої інстанції та зазначив, що на підтвердження доводів потерпілого щодо стягнення 30000 грн у рахунок відшкодування вартості автомобіля, останній надав лише роздруківку з мережі інтернет щодо вартості подібних автомобілів, однак належних доказів про відшкодування йому саме вказаної у позові суми потерпілий не надав.

За таких обставин, колегія суддів, погоджується з висновками судів першої та другої інстанцій, оскільки такі висновки є обґрунтованими та належним чином вмотивовані.

Висновки суду апеляційної інстанції, Суд визнає переконливими та справедливими.

2.2. Строки погашення судимості (ч. 8 ст. 89 КК)

Постанова від 07.08.2019

Справа № 725/5820/18

Провадження № 51-2827км19

Колегія суддів Третьої судової палати

Засуджений просить вирок районного суду та ухвалу апеляційного суду змінити, перекваліфікувати його дії з ч. 2 ст. 185 КК на ч. 1 ст. 185 КК та пом'якшити покарання. Зазначає про неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність, звертає увагу на те, що суди першої та апеляційної інстанцій не взяли до уваги обставини, що, на його думку, пом'якшують покарання. Стверджує, що судимість за вироком суду від 4 листопада 2008 року була погашена, тому кваліфікуюча обставина – повторність, при кваліфікації його дій судом застосована помилково.

Верховний Суд судові рішення залишив без зміни.

Як встановлено судом, засуджений був засуджений 4 листопада 2008 року вироком районного за ч. 1 ст. 289, ч. 2 ст. 186, ст. 70 КК до 4-х років позбавлення волі та звільнений 13 жовтня 2011 року за Законом України «Про амністію у 2011 році» від 8 липня 2011 року.

Відповідно до класифікації злочинів, передбаченої ст. 12 КК, кримінальне правопорушення, передбачене ч. 2 ст. 186 КК, відноситься до тяжких злочинів.

Частиною 8 ст. 89 КК передбачено, що особи, засуджені до позбавлення волі або основного покарання у виді штрафу за тяжкий злочин, якщо вони протягом шести років з дня відбуття покарання (основного та додаткового) не вчинять нового злочину визнаються такими, що не мають судимості, тобто строк погашення судимості за тяжкий злочин складає 6 (шість) років.

24 грудня 2012 року вироком районного суду засудженого за ч. 2 ст. 185 КК було засуджено до 3-х років позбавлення волі та звільнено 29 грудня 2014 року по відбуттю строку покарання.

На підставі ч. 5 ст. 90 КК, особа, що відбула покарання, до закінчення строку погашення судимості знову вчинить злочин, перебіг строку погашення судимості переривається і обчислюється заново.

Частина 1 ст. 88 КК передбачає, що особа визнається такою, що має судимість, з дня набрання законної сили обвинувальним вироком і до погашення або зняття судимості.

Засуджений у період строку погашення судимості, тобто в період з 13 жовтня 2011 року, вчинив новий злочин, за який вироком районного суду від 24 грудня 2012 року за ч. 2 ст. 185 КК був позбавлений волі до 3-х років та звільнений 29 грудня 2014 року, то перебіг строку погашення судимості переривався і обчислювався заново.

Після застосування акту амністії та на момент вчинення нового злочину засуджений продовжував бути особою, що має судимість, строки погашення якої згідно зі ст. 89 КК не закінчились.

Таким чином, судами першої інстанції та апеляційної інстанції вірно зазначено, що саме з 29 грудня 2014 року почав обраховуватись строк погашення судимості.

Відповідно до примітки ст. 185 КК злочин визнається вчиненим повторно, якщо особа раніше вчиняла будь-який із злочинів, передбачених статтями 185, 186, 189-191 або статтями 187, 262 КК.

Кримінальне правопорушення, згідно вироку районного суду від 22 січня 2019 року, засудженим було вчинене 1 жовтня 2018 року, тобто до спливу строку погашення судимості.

За таких обставин дії засудженого за ч. 2 ст. 185 КК як таємне викрадення чужого майна, вчинене повторно, кваліфіковані судом правильно.

Апеляційний суд, переглянувши вирок місцевого суду, належним чином провів перевірку судового рішення відповідно до вимог ст. 404 КПК та загальних засад призначення покарання.

Колегія суддів Верховного Суду погоджується з висновками судів першої та апеляційної інстанцій про можливість виправлення засудженого лише в умовах відбування покарання у виді позбавлення волі.

Судом при призначенні покарання засудженому враховано особу винного, тяжкість вчиненого злочину та той факт, що обвинувачений частково визнав вину, раніше притягувався до кримінальної відповідальності за злочини проти власності, належних висновків для себе не зробив, на шлях виправлення не став, натомість знову вчинив крадіжку.

Обставини, які пом'якшують покарання, були належним чином враховані судом при призначенні покарання засудженому.

На думку колегії, призначене засудженому покарання за ч. 2 ст. 185 КК у виді позбавлення волі на строк 2 роки відповідає вимогам ст. 50, ст. 65 КК, є необхідним і достатнім для виправлення засудженого та попередження нових злочинів.

2.3. Звільнення від відбування покарання з випробуванням (ст. 75 КК)

Постанова від 06.08.2019

Справа № 641/1300/17

Провадження № 51-8960км18

Колегія суддів Першої судової палати

Прокурор, просить скасувати ухвалу апеляційного суду щодо засуджених (ч. 1 ст. 185, ч. 2 ст. 185 КК) і призначити новий розгляд у суді апеляційної інстанції. На думку прокурора, судом першої інстанції при призначенні покарання засудженим не враховано дані, що характеризують особи засуджених та характер вчинених ними дій. Крім того, прокурор зазначає, що звони засуджені 22 лютого 2017 року вироком районного суду за ч. 3 ст. 185 КК, а стосовно ОСОБА_2 в провадженні районного суду перебуває кримінальне провадження за ч. 2 ст. 186 КК; сумісно на протязі тривалого часу вони займаються злочинною діяльністю, не бажають ставати на шлях виправлення та перевиховання, не працюють, а їх каяття у вчинених злочинах не є щирим. Окрім того, вказує на те, що

ухвала апеляційного суду не відповідає вимогам ст. 419 КПК, оскільки в ній не зазначено підстави, через які апеляційна скарга прокурора визнана необґрунтованою.

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

Призначаючи ОСОБА_2 покарання, суд дотримався вимог ст. ст. 50, 65 КК та врахував тяжкість злочину за його видом (категорією), який згідно зі ст. 12 КК є злочином середньої тяжкості, та зважив на індивідуальний ступінь тяжкості вчинених діянь відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 65 КК, що визначається характером та ступенем суспільної небезпеки злочину виходячи з конкретних обставин його вчинення.

Крім того, суд врахував дані про ОСОБА_2, який раніше судимий 22 лютого 2017 року до умовного покарання, на цей час в провадженні районного суду перебуває кримінальне провадження за ч. 2 ст. 186 КК, за місцем проживання характеризується задовільно, на обліку у лікарів нарколога та психіатра не перебуває, відсутність обставин, що обтяжують покарання, а також обставину, що пом'якшує покарання – щире каяття.

Врахувавши всі зазначені обставини в їх сукупності, з урахуванням принципу індивідуалізації покарання, суд першої інстанції дійшов правильного висновку, що виправлення та перевиховання ОСОБА_2 неможливе без ізоляції від суспільства, з обранням міри покарання межах санкції ч. 2 ст. 185 КК та призначенням покарання у виді позбавлення волі на строк два роки.

Таким чином, призначене ОСОБА_2 покарання є співмірним його протиправним діянням і достатнім для його виправлення та попередження нових злочинів і не може вважатися явно несправедливим внаслідок м'якості чи недостатнім для досягнення мети покарання.

Водночас доводи прокурора щодо м'якості призначеного ОСОБА_1 покарання у зв'язку з безпідставним, на його думку, звільненням засудженого на підставі ст. 75 КК від відбування покарання з випробуванням, є обґрунтованими.

Так, ОСОБА_1 визнано винуватим у вчиненні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 185, ч. 2 ст. 185 КК, які згідно зі ст. 12 КК є злочинами середньої тяжкості.

Призначаючи ОСОБА_1 покарання, суд врахував те, що він повністю визнав свою вину у вчинених злочинах, щиро розкався у скоєному, частково відшкодував завдану шкоду, за місцем проживання характеризується задовільно, на обліку у лікаря нарколога та психіатра не перебуває, раніше судимий 22 лютого 2017 року до умовного покарання.

Разом з тим, суд звільнив ОСОБА_1 від відбування покарання з випробуванням, але свого рішення належним чином не обґрунтував і не навів переконливих мотивів, з яких він дійшов висновку про можливість виправлення засудженого без відбування покарання у виді позбавлення волі. При цьому поза увагою суду залишились конкретні обставини вчинення ОСОБА_1 кримінальних правопорушень, а саме вчинення ним восьми епізодів крадіжки, два із яких за попередньою змовою з ОСОБА_2, а також той факт, що він ніде офіційно не працює.

Таким чином, з урахуванням вказаних обставин, на думку колегії суддів, застосування щодо ОСОБА_1 положень ст. 75 КК є неправильним застосуванням закону України про кримінальну відповідальність, оскільки не сприяє меті покарання –

виправлення засудженого і попередження вчинення нових злочинів, а тому є невинуватим м'яким заходом примусу.

Переглядаючи вирок за апеляцією прокурора в частині призначеного покарання ОСОБА_1, апеляційний суд усупереч вимогам ст. 419 КПК доводів апеляційної скарги прокурора належним чином не перевірів та безпідставно залишив вирок місцевого суду в частині звільнення засудженого ОСОБА_1 від відбування покарання без змін.

Враховуючи викладене, ухвала апеляційного суду підлягає скасуванню з призначенням нового розгляду в суді апеляційної інстанції.

3. Питання застосування положень Особливої частини КК України

3.1. Кваліфікація злочинів

3.1.1. Кваліфікація дій за ч. 3 ст. 289 КК (кваліфікуюча ознака «заволодіння транспортним засобом, поєднане з насильством, яке є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого»)

Постанова від 08.08.2019

Справа №644/7312/13к

Провадження № 51-8073км18

Колегія суддів Першої судової палати

У касаційній скарзі законний представник неповнолітнього ОСОБА_2 (ч. 2 ст. 185, ч. 3 ст. 289 КК) ОСОБА_1 просить змінити судові рішення та призначити покарання, не пов'язане з позбавленням волі, із застосуванням ст.ст. 69, 75 КК. Аргументуючи вимогу, захисник посилається на те, що суд апеляційної інстанції не врахував такого: потерпілий під час допиту стверджував, що перелом ребра отримав від падіння на лавку біля під'їзду, при цьому прямого удару в грудну клітку не отримував, тому дії засуджених може бути кваліфіковано як ненавмисне заподіяння тілесних ушкоджень середньої тяжкості, що виключає їх умисел на заподіяння тілесних ушкоджень, небезпечних у момент нападу; за висновком повторної комісійної судово-медичної експертизи отримані потерпілим ушкодження належать до тілесних ушкоджень середньої тяжкості саме за критерієм тривалого розладу здоров'я понад 3 тижнів (більш ніж 21 день), об'єктивних даних щодо втрати потерпілим свідомості немає, наявність тілесних ушкоджень середньої тяжкості за відсутності ознак небезпеки для життя не може бути підставою для кваліфікації дій за ч. 3 ст. 289 КК, тому дії обвинувачених безпідставно перекваліфіковано з ч. 2 на ч. 3 ст. 289 КК; висновок повторної комісійної судово-медичної експертизи є недопустимим доказом, оскільки в його основу покладено медичну документацію, що містить суперечності, у тому числі рентгенограму № 1963, яку проведено з порушенням вимог КПК та не відкрито стороні захисту в порядку ст. 290 КПК, у висновку наявні численні помилки і суперечності, експерти не мали необхідної кваліфікації та спеціалізованих знань у галузі рентгенології; цивільний позов потерпілим спочатку був заявлений лише до ОСОБА_3 та особи, матеріали щодо якої виділені в окреме провадження, однак далі під час судового розгляду цивільний позов було уточнено, а ОСОБА_2 залучено як співвідповідача; суд не взяв до

уваги, що під час досудового слідства законний представник потерпілому ОСОБА_4 повністю відшкодував заподіяну матеріальну шкоду, а 11 квітня 2017 року - моральну шкоду в сумі 50 000 грн. Це підтверджено наявною в матеріалах провадження розпискою потерпілого із вказівкою, що він не має претензій матеріального та морального характеру і не заперечує щодо застосування до ОСОБА_2 ст.ст. 69, 75 КК; суд не врахував належним чином пом'якшуючих обставин, а саме того, що ОСОБА_2 вчинив злочин вперше, будучи неповнолітнім, щиро розкаюється, добровільно відшкодував заподіяну шкоду, за місцем навчання та роботи характеризується виключно позитивно, допомагає матері виховувати й утримувати ще двох неповнолітніх дітей у сім'ї, протягом більш ніж 3 років досудового та судового слідства став на шлях виправлення, жодних злочинів не вчиняв.

Верховний Суд судові рішення залишив без змін.

Згідно з приміткою до ст. 289 КК незаконне заволодіння транспортним засобом – це протиправне вилучення транспортного засобу у власника чи користувача всупереч їх волі, вчинене умисно, з будь-якою метою та будь-яким способом. До кваліфікуючих ознак ч. 3 ст. 289 КК відповідно до диспозиції цієї статті належить, у тому числі, заволодіння транспортним засобом, поєднане з насильством, яке є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого.

Насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу, у тому числі під час незаконного заволодіння транспортним засобом, слід розуміти заподіяння їй легкого тілесного ушкодження, що спричинило короточасний розлад здоров'я або незначну втрату працездатності, середньої тяжкості або тяжкого тілесного ушкодження, а також інші насильницькі дії, які не призвели до вказаних наслідків, але були небезпечними для життя чи здоров'я в момент заподіяння (насильство, що призвело до втрати свідомості чи мало характер мордування, здушення шиї, скидання з висоти, застосування електроструму, зброї, спеціальних знарядь тощо).

Спричинення середньої тяжкості тілесних ушкоджень є насильством, небезпечним для здоров'я потерпілого, і саме за цією ознакою дії обвинувачених було кваліфіковано за ч. 3 ст. 289 КК.

Суд першої інстанції встановив, що заволодіння транспортним засобом потерпілого ОСОБА_4 було поєднане із заподіянням йому обвинуваченими, зокрема, тілесних ушкоджень середньої тяжкості, що підтверджується, у тому числі, висновками комісійної судово-медичної експертизи.

Обвинувачені в судовому засіданні факту нападу на потерпілого ОСОБА_4 з метою заволодіння його автомобілем не заперечували.

Потерпілий пояснив у суді, що коли йшов до автомобіля, то від удару в голову впав, на деякий час втратив свідомість, потім його били ногами (вважає, дві особи), удари завдавали в правий бік та по всьому тілу, доки він вдруге не втратив свідомість.

Відповідно до висновків судово-медичної експертизи пояснення потерпілого ОСОБА_4 не суперечать наявним судово-медичним даним. Підтверджені того, що потерпілий міг отримати вказані тілесні ушкодження від необережного падіння на лавку, матеріали провадження не містять.

Суд не знайшов підстав ставити під сумнів висновки комісійної судово-медичної експертизи, оскільки вона проведена відповідно до вимог закону, предметом вивчення

була вся попередня медична документація, також експертами було витребувано контрольний рентгенівський знімок. Суд першої інстанції ретельно вивчив висновок комісійної судово-медичної експертизи, допитав із зазначених питань експерта та надав цьому висновку мотивовану оцінку.

З матеріалів провадження вбачається, що вказана експертиза була призначена за ухвалою суду під час судового розгляду, з її висновком були ознайомлені учасники судового розгляду, які мали можливість висловити щодо нього свою позицію, що не свідчить про наявність істотних порушень КПК у цій частині.

Апеляційний суд, розглядаючи апеляційні скарги сторони захисту, вказав в ухвалі, що обвинувачені усвідомлювали небезпечність наслідків своїх дій для здоров'я потерпілого, їх умислом охоплювалось застосування будь-якого насильства з відповідними наслідками для подолання волі та спротиву потерпілого, в тому числі і можливість травмування потерпілого від падіння внаслідок їх дій.

Отже, дії ОСОБА_2 з урахуванням встановлених судом обставин за епізодом незаконного заволодіння транспортним засобом за ч. 3 ст. 289 КК кваліфіковано правильно.

Що стосується доводів скарги щодо цивільного позову, то відповідно до вироку матеріальну та моральну шкоду із ОСОБА_2 та ОСОБА_3 на користь ОСОБА_4 стягнуто в солідарному порядку. Цивільний позов від початку судового розгляду було пред'явлено щодо всіх осіб, які вчинили злочини.

З матеріалів провадження убачається, що під час апеляційного розгляду законним представником ОСОБА_2 добровільно відшкодовано 50 000 грн.

Оскільки під час подання апеляційної скарги сторона захисту не порушувала питання щодо зміни вироку в частині вирішення цивільного позову і не заявляє таких вимог у касаційній скарзі, а також у зв'язку з тим, що суми відшкодування стягнуто саме в солідарному порядку, Суд не вбачає підстав для надання оцінки доводам, викладеним у касаційній скарзі, у цій частині.

Як убачається з вироку, суд першої інстанції, призначаючи покарання ОСОБА_2, врахував, у тому числі, ті обставини, на які посилається у скарзі законний представник, а саме те, що він вчинив злочин неповнолітнім, вперше притягується до кримінальної відповідальності, визнав свою вину та щиро розкався у скоєному, добровільно частково відшкодував шкоду потерпілому, його роль у вчиненні цих злочинів була більш пасивною і не пов'язана з безпосереднім заподіянням потерпілому тілесних ушкоджень, він не був ініціатором злочину, на момент вчинення злочину навчався, наразі працює, за місцем навчання та роботи характеризується виключно позитивно, протягом більш ніж 3 років досудового і судового слідства відсутні дані про вчинення ним правопорушень.

Суд першої інстанції дійшов висновку, що зазначені обставини в їх сукупності пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчинених злочинів, а тому застосував ч. 1 ст. 69 КК і призначив ОСОБА_2 покарання, нижче від найнижчої межі, встановленої санкцією ч. 3 ст. 289 КК, у виді позбавлення волі на строк 4 роки без конфіскації майна.

Разом з тим, вирішуючи питання про можливість звільнення ОСОБА_2 від відбування покарання з випробуванням, суд першої інстанції врахував, що він вчинив два злочини,

особливо тяжкий та злочин середньої тяжкості, обтяжуючу покарання обставину, якою суд визнав вчинення злочинів щодо особи похилого віку, конкретні обставини кримінального провадження, і дійшов обґрунтованого висновку про те, що виправлення і перевиховання ОСОБА_2 неможливо без ізоляції від суспільства, тому призначив їм покарання в межах санкцій відповідних статей.

Що стосується доводів скарги про те, що ОСОБА_2 допомагає матері виховувати й утримувати ще двох неповнолітніх дітей у сім'ї, став на шлях виправлення, добровільно відшкодував шкоду в розмірі 50 000 грн, то зазначене, з урахуванням обставин кримінального провадження і тяжкості вчинених злочинів, не спростовує правильності висновків суду щодо відсутності належних підстав для звільнення його від відбування покарання з випробуванням.

На думку Суду, покарання, призначене ОСОБА_2, відповідає загальним засадам призначення покарання, принципам законності, справедливості, обґрунтованості та індивідуалізації покарання, є необхідним і достатнім для виправлення засудженого і попередження нових злочинів.

3.1.2. Відсутність підстав для застосування ч. 4 ст. 309 КК

Постанова від 08.08.2019

Справа № 758/11310/17

Провадження № 51-5977км18

Колегія суддів Першої судової палати

Захисник просить скасувати судові рішення щодо засудженого (ч. 1 ст. 309 КК), і закрити провадження на підставі ч. 2 ст. 44, ч. 4 ст. 309 КК. Стверджує, що під час розгляду провадження в суді апеляційної інстанції засуджений надав документи про проходження ним лікування від наркоманії, але суд безпідставно відмовив у звільненні від кримінальної відповідальності останнього на підставі ч. 4 ст. 309 КК.

Верховний Суд судові рішення залишив без зміни.

Необґрунтованими є доводи захисника щодо незастосування до засудженого судами положень ч. 4 ст. 309 КК, яка передбачає можливість звільнення від кримінальної відповідальності особи, котра добровільно звернулася до лікувального закладу і розпочала лікування від наркоманії за дії, передбачені ч. 1 цієї статті.

Обов'язковою умовою для застосування вказаної норми кримінального закону є звернення особи, яка притягується до кримінальної відповідальності за ч. 1 ст. 309 КК, до лікувального закладу та проходження лікування від наркоманії.

До закінчення судового розгляду в місцевому суді засуджений не надав жодних доказів для підтвердження початку проходження ним лікування від наркоманії.

Під час апеляційного розгляду засуджений надав висновок наркологічної комісії з від 14 серпня 2017 року про початок стаціонарного курсу лікування та висновок вказаної комісії від 26 вересня 2017 року без печатки, а також контрольну карту диспансерного нагляду за хворим на розлади психіки та особою, яка має розлади психіки внаслідок вживання психоактивних речовин, без дати заповнення та печатки, нібито видану повторно 26 вересня 2017 року Київською міською наркологічною клінічною лікарнею.

З метою перевірки зазначених вище даних суд апеляційної інстанції направив запит до КМНКЛ, на який отримав відповідь від 9 січня 2018 року про те, що засуджений за обліковими даними в закладі під наркологічним диспансерним наглядом не перебуває, лікування не проходив, та, відповідно, будь-якої медичної документації щодо нього не оформлено.

Під час апеляційного розгляду засуджений також не надав переконливих доказів щодо проходження ним курсу лікування залежності від психотропних речовин під час кримінального провадження у суді першої інстанції.

При перегляді кримінального провадження в апеляційному порядку суд відповідно до вимог ст. 419 КПК ретельно перевіряв доводи в апеляційній скарзі захисника, дав на них мотивовані відповіді. Зазначив, на яких підставах апеляційну скаргу захисника залишив без задоволення, а вирок місцевого суду – без зміни.

4. Питання застосування положень кримінального процесуального законодавства

4.1. Виправдувальний вирок. Кримінальне провадження у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 246 КК, закрито на підставі п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК (у зв'язку з відсутністю в діянні складу кримінального правопорушення)

Постанова від 07.08.2019

Справа № 180/290/18

Провадження № 51-2671км19

Колегія суддів Третьої судової палати

Прокурор просить вирок апеляційного суду скасувати, у зв'язку з істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону, неправильним застосуванням закону України про кримінальну відповідальність, а кримінальне провадження – закрити на підставі п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК у зв'язку з декриміналізацією злочину. На обґрунтування своїх доводів посилається на нову редакцію диспозиції ч. 1 ст. 246 КК, яка стала чинною з 01 січня 2019 року на підставі Закону України № 2531-VIII від 06.09.2018. Таким чином, як вказує прокурор, кримінальна відповідальність за ч. 1 ст. 246 КК настає, якщо сума збитків становить 1 921 000 грн. і більше. Шкода, яку заподіяв засуджений Державному підприємству «Марганецьке лісове господарство» становить 8017,22 грн. Вказує, що скасувати потрібно не лише вирок апеляційного суду, алей в порядку ст. 433 КПК вирок місцевого суду, заклавши кримінальне провадження щодо засудженого на підставі п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК. Вказує на те, що скасування вироку лише апеляційного суду є недостатнім, адже вказаним вироком вирок місцевого суду був скасований лише в певній частині, а в іншій частині був залишений без зміни.

Верховний Суд судові рішення скасував; кримінальне провадження за обвинуваченням у вчиненні злочину, передбаченого за ч. 1 ст. 246 КК, заклав на підставі п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК у зв'язку з відсутністю в діянні складу кримінального правопорушення.

Диспозиція ч. 1 ст. 246 КК в редакції станом на час вчинення поставленого засудженому у вину діяння передбачала кримінальну відповідальність за незаконну порубку дерев або чагарників у лісах, захисних та інших лісових насадженнях, що заподіяла істотну шкоду, а також вчинення таких дій у заповідниках або на територіях та об'єктах природно заповідного фонду, або в інших особливо охоронюваних лісах.

На час вчинення інкримінованого діяння засудженому, при вирішенні питання, чи шкода, яка була заподіяна незаконною порубкою, є істотною (оціночне поняття), потрібно було у кожному конкретному випадку враховувати вартість, екологічну цінність, кількість незаконно вирубаного лісу, розмір шкоди, завданої довкіллю й обчислені за відповідними таксами.

Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо збереження українських лісів та запобігання незаконному вивезенню необроблених лісоматеріалів» № 2531-VIII від 06 вересня 2018 року, який набрав чинності з 01 січня 2019 року, до ст. 246 КК були внесені зміни.

Зокрема, зазнала змін диспозиція ч. 1 ст. 246 КК, де було зазначено, що кримінальна відповідальність передбачається за незаконну порубку дерев або чагарників у лісах, захисних та інших лісових насадженнях, перевезення, зберігання, збут незаконно зрубаних дерев або чагарників, що заподіяли істотну шкоду.

Згідно з приміткою до ст. 246 КК в цій редакції, істотною шкодою вважається така шкода, яка у дві тисячі і більше разів перевищує неоподаткований мінімум доходів громадян, або інша істотна шкода, завдана навколишньому природному середовищу в частині забезпечення ефективної охорони, належного захисту, раціонального використання та відтворення лісів.

Тобто, з 01 січня 2019 року діяння, в якому обвинувачується засуджений, перестало бути кримінально караним, оскільки, заподіяна ним шкода не могла вважатися істотною.

Відповідно до ч. 1 ст. 337 КПК, судовий розгляд проводиться лише стосовно особи, якій висунуте обвинувачення, і лише в межах висунутого обвинувачення відповідно до обвинувального акта, крім випадків, передбачених цією статтею.

Відповідно до ч. 2, 3 ст. 4 КК, злочинність і караність, а також інші кримінально-правові наслідки діяння визначаються законом про кримінальну відповідальність, що діяв на час вчинення цього діяння. Часом вчинення злочину визнається час вчинення особою передбаченої законом про кримінальну відповідальність дії або бездіяльності.

Відповідно до ч. 4 ст. 5 КК, якщо після вчинення особою діяння, передбаченого КК, закон про кримінальну відповідальність змінювався кілька разів, зворотну дію в часі має той закон, що скасовує злочинність діяння, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи.

Згідно з п.4 ч.1 ст.284 КПК кримінальне провадження закривається в разі, якщо набрав чинності закон, яким скасована кримінальна відповідальність за діяння, вчинене особою.

Відповідно до ст. 440 КПК України, суд касаційної інстанції, встановивши обставини, передбачені ст.284 КПК, скасовує обвинувальний вирок чи ухвалу і закриває кримінальне провадження.

За таких обставин вирок апеляційного суду підлягає скасуванню.

Також, у зв'язку з тим, що доведеність винуватості засудженого була встановлена судом першої інстанції, і вирок міського суду від 29 березня 2018 року був скасований апеляційним судом лише в частині призначеного покарання, а в іншій частині був залишений без зміни, на думку колегії суддів, висловлена прокурором у судовому засіданні позиція є обґрунтованою, й вирок місцевого суду у порядку ст. 433 КПК також підлягає скасуванню, а кримінальне провадження щодо засудженого за ч.1 ст.246 КК - закриттю.

4.2. Спеціальна конфіскація речових доказів

Постанова від 08.08.2019

Справа № 750/4153/18

Провадження № 51-9953км18

Колегія суддів Першої судової палати

Прокурор просить скасувати ухвалу та призначити новий розгляд у суді апеляційної інстанції. На обґрунтування своїх доводів зазначає, що: суд першої інстанції всупереч вимогам п. 1 ч. 9 ст. 100 КПК повернув ОСОБА_1 речовий доказ – автомобіль «Ford Escort», який є знаряддям злочину і підлягав конфіскації в дохід держави, оскільки саме цим автомобілем обвинувачений перевозив викрадене майно; суд апеляційної інстанції ретельно не перевіряв усіх доводів, зазначених в апеляційній скарзі прокурора, і не мотивував свого рішення про залишення вироку без зміни; у цьому випадку не можна керуватися рішенням Європейського суду з прав людини у справі «Ізмайлов проти Росії», на яке послався в ухвалі апеляційний суд, оскільки в ньому було встановлено непропорційність втручання держави, яке не відповідало тяжкості кримінального правопорушення (не було дотримано правил декларування), матеріальних збитків потерпілому (державі) не було завдано, а ОСОБА_1 засуджено за вчинення тяжкого злочину, яким потерпілому завдано збитків на загальну суму 53 336,80 грн.

Верховний Суд ухвалу апеляційного суду скасував, призначив новий розгляд у суді апеляційної інстанції.

Відповідно до положень ч. 1 КПК речовими доказами є матеріальні об'єкти, які були знаряддям вчинення кримінального правопорушення, зберегли на собі його сліди або містять інші відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження, в тому числі предмети, що були об'єктом кримінально протиправних дій, гроші, цінності та інші речі, набуті кримінально протиправним шляхом або отримані юридичною особою внаслідок вчинення кримінального правопорушення.

Зі змісту положень ч. 9 ст. 100 КПК вбачається, що питання про спеціальну конфіскацію та долю речових доказів і документів, які були надані суду, вирішується судом під час ухвалення судового рішення, яким закінчується кримінальне провадження.

Згідно з п. 1 ч. 9 ст. 100 КПК гроші, цінності та інше майно, які підшукані, виготовлені, пристосовані або використані як засоби чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення та/або зберегли на собі його сліди, конфіскуються, крім випадків, коли власник (законний володілець) не знав і не міг знати про їх незаконне використання. У

такому разі зазначені гроші, цінності та інше майно повертаються власнику (законному володільцю).

Отже, законом передбачено лише одну підставу, за наявності якої майно, використане як засіб чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення, повертається власникові, – це випадок, коли власник (законний володілець) не знав і не міг знати про незаконне використання цього майна.

Як вбачається з матеріалів кримінального провадження, під час досудового розслідування слідчий постановою від 28 березня 2018 року визнав речовим доказом автомобіль «FordEscort», який належить на праві власності ОСОБА_1, оскільки останній перевозив викрадене майно від місця вчинення кримінального правопорушення до пункту приймання металобрухту саме цим транспортним засобом. Як зазначив слідчий у постанові, встановлені досудовим розслідуванням обставини дають підстави вважати, що вказаний автомобіль є знаряддям вчинення кримінального правопорушення. Ухвалою слідчого судді від 19 квітня 2018 року на це авто накладено арешт із заборонаю його відчужувати.

Прокурор в апеляційній скарзі порушував питання про скасування вироку та ухвалення апеляційним судом нового вироку, яким речовий доказ - належний ОСОБА_1 автомобіль, на якому він перевозив викрадене майно, конфіскувати в дохід держави як знаряддя злочину.

Вимоги поданої апеляційної скарги прокурор мотивував тим, що: постанову слідчого від 28 березня 2018 року про визнання автомобіля речовим доказом, а також ухвалу слідчого судді районного суду від 19 квітня 2018 року щодо накладення на нього арешту долучено до матеріалів справи та досліджено під час судового розгляду; під час допиту обвинувачений підтвердив, що вищевказаний автомобіль належить йому та він дійсно його використав для перевезення майна, викраденого у потерпілого, що підтверджується аудіозаписом судового засідання.

Із матеріалів провадження вбачається, що суд апеляційної інстанції порушив вимоги ст. 419 КПК, оскільки не навів належних мотивів з урахуванням положень закону, яким він керувався при постановленні ухвали, та підстав, на яких вимоги в апеляційній скарзі прокурора визнав неспроможними.

Обґрунтовуючи своє рішення про залишення вироку без зміни, апеляційний суд послався на обставини провадження та дані про особу обвинуваченого (щире каяття, активне сприяння розкриттю злочину, добровільне відшкодування завданих злочином збитків, наявність на утриманні неповнолітніх дітей, ряд хронічних захворювань), які слугували підставою для застосування ст. 75 КК та звільнення ОСОБА_1 від відбування покарання з випробуванням, що в апеляційній скарзі прокурора не оскаржувалось. При цьому судом апеляційної інстанції не зазначено, яким чином вищезазначені обставини узгоджуються з положеннями п. 1 ч. 9 ст. 100 КПК, на які у апеляційній скарзі посилався прокурор.

Також апеляційний суд указав в ухвалі на вимоги ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції із захисту прав людини, вважаючи, що застосування конфіскації автомобіля у цьому випадку порушуватиме «справедливу рівновагу між вимогами загального інтересу і

захисту фундаментальних прав осіб», покладаючи на особу «надмірний індивідуальний тягар».

Вартості належного ОСОБА_1 автомобіля «FordEscort» суд не досліджував і в ухвалі не навів обґрунтування того, яким чином конфіскація автомобіля 1991 року випуску може становити «надмірний індивідуальний тягар» і бути неспівмірною, з урахуванням вчинення ОСОБА_1 тяжкого злочину та заподіяння ним матеріальної шкоди на суму 53 336,80 грн.

Крім того, судом апеляційної інстанції належним чином не вмотивовано, яким чином обставини у справі «Ізмайлов проти Росії», під час розгляду якої Європейський Суд з прав людини встановив непропорційність втручання держави, яке не відповідало тяжкості кримінального правопорушення, оскільки засуджений у цій справі вчинив контрабанду, не дотримавшись правил декларування, співвідносяться з обставинами цього кримінального провадження.

Так, у вказаній справі Європейським Судом з прав людини було встановлено, що конфіскована сума була значимою для заявника, оскільки являла собою весь дохід від продажу будинку, який належав його покійній матері. Шкода, яку могло бути заподіяно державі, була незначною, оскільки Ізмайлов не ухилявся від сплати мита чи інших зборів, а також не завдав інших майнових збитків державі. Якщо б грошові кошти не були виявлені, влада лише не отримала б інформацію про те, що їх було ввезено на територію держави.

У цьому випадку суд установив, що ОСОБА_1 засуджено за вчинення умисного тяжкого злочину, яким потерпілому завдано збитків на загальну суму 53 336,80 грн.

З урахуванням зазначеного Суд прийшов до висновку, що доводи касаційної скарги прокурора про те, що суд апеляційної інстанції порушив вимоги ч.ч. 1, 2 ст. 419 КПК при розгляді провадження в апеляційному порядку, що перешкодило суду постановити законне та обґрунтоване рішення і відповідно до ч. 1 ст. 412, п. 1 ч. 1 ст. 438 КПК є підставою для його скасування, є обґрунтованими.

4.3. Докази і доказування

4.3.1. Недопустимість доказів, отриманих внаслідок здійснення процесуальних дій без попереднього дозволу суду (ст. 87 КПК)

Постанова від 07.08.2019

Справа № 607/14707/17

Провадження № 51-2604км19

Колегія суддів Третьої судової палати

Прокурор, просить ухвалу апеляційного суду скасувати та призначити новий розгляд у суді апеляційної інстанції. Вважає передчасними висновки суду апеляційної інстанції щодо закриття кримінального провадження щодо засудженого з тих підстав, що докази у даному кримінальному провадженні зібрано з порушенням КПК. Стверджує, що отримання доказів шляхом добровільного надання учасниками кримінального провадження чинним КПК не заборонено. Відеодиск з записом камер відеоспостереження, який у подальшому було визнано речовим доказом, було вилучено

шляхом добровільної передачі потерпілим оперуповноваженому. Стверджує, що добровільна видача відеозапису потерпілим не є слідчою дією, тобто фактично досудове розслідування до внесення відомостей до ЄДРДР не відбувалось. Оперативний працівник поліції, який здійснював виїзд на місце події злочину, діяв у відповідності до вимог Закону України «Про національну поліцію». Прокурор вважає, що суд апеляційної інстанції всупереч вимогам міжнародного та національного законодавства неправильно тлумачив закон та не застосував закон про кримінальну відповідальність, який підлягав застосуванню. Прокурор не погоджується з висновками суду апеляційної інстанції щодо визнання недопустимим доказом протоколу пред'явлення особи для впізнання від 2 листопада 2017 року.

Верховний Суд ухвалу апеляційного суду залишив без зміни.

Як убачається зі змісту оскаржуваного судового рішення, апеляційний суд скасовуючи обвинувальний вирок суду першої інстанції щодо обвинуваченого, дійшов висновку про відсутність достатніх, належних і допустимих доказів, зібраних у порядку, передбаченому КПК, щодо причетності обвинуваченого до вчинення крадіжки грошових коштів з магазину за обставин, встановлених судом першої інстанції, і вичерпані можливості їх одержання.

За матеріалами кримінального провадження відеодиск з записом з камер відеоспостереження був добровільно виданий потерпілим оперуповноваженому 1 листопада 2017 року, а відомості про вчинення крадіжки за заявою потерпілого були внесені до ЄРДР 2 листопада 2017 року, згідно витягу з кримінального провадження.

У даному випадку отримання оперативним працівником відеодиску суперечить вимогам ч. 1, 2 ст. 41 КПК, оскільки оперативний працівник у порушення вимог КПК без доручення слідчого не уповноважений здійснювати процесуальні дії з власної ініціативи, тобто у непередбаченому кримінальним процесуальним законодавством порядку.

Крім того, як вбачається з зазначеного протоколу огляду місця події в ході огляду було встановлено, що у приміщенні магазину ведеться відеоспостереження, однак при цьому будь-яких записів слідчим не вилучалося та йому не надавалися.

Доводи прокурора про те, що в силу ст. 93 КПК сторони наділені правом на збирання та надання доказів, а, отже, потерпілий вправі був добровільно видати диск з відеозаписом з камер спостереження магазину, що відповідно не може бути наслідком визнання такого доказу недопустимим, колегія суддів вважає такими, що не ґрунтуються на вимогах закону.

Правом витребувати від будь-якої особи необхідні речі, документи, відомості, тощо, наділений слідчий, а не оперативний працівник, і лише в рамках кримінального провадження. В даному кримінальному провадженні судом апеляційної інстанції встановлено, що слідчі дії оперативний працівник поліції проводив до внесення відомостей в ЄРДР.

Відповідно до ч. 2 ст. 56 КПК потерпілий наділений правом під час досудового розслідування подавати докази на підтвердження своєї заяви.

Виходячи зі змісту даної норми, потерпілий також вправі подавати докази, однак лише в рамках кримінального провадження під час досудового розслідування, що в даному випадку не мало місця.

Не знайшли свого підтвердження й доводи касаційної скарги про те, що добровільна видача відеозапису потерпілим не є слідчою дією, тобто фактично досудове розслідування до внесення відомостей до ЄДРДР не відбувалось. Оперативний працівник поліції, який здійснював виїзд на місце події злочину, діяв у відповідності до вимог Закону України «Про національну поліцію». Так, як вбачається з матеріалів провадження, добровільна видача диску з відеозаписом з камер спостереження магазину була зафіксована оперативним працівником, що суперечить вимогам ст. 106 КПК.

Таким чином, здійснення процесуальної дії по збиранню доказів та отримання такого доказу, як відеодиск з записом з камер відеоспостереження магазину, оперативним працівником відбулося поза межами кримінального провадження, тобто до внесення відомостей в ЄРДР, а також до проведення огляду місця події, який проводився слідчим 1 листопада 2017 року у період часу з 21.40 по 22.20 год., що підтверджується протоколом огляду місця події.

Докази визнаються такими, що одержані незаконним шляхом, коли їх збирання й закріплення відбулося з порушенням гарантованих Конституцією України прав людини і громадянина, встановленого кримінальним процесуальним законодавством порядку або не уповноваженою на це особою чи органом, або за допомогою дій, не передбачених процесуальними нормами.

Отже, умовами допустимості доказів є: одержання фактичних даних із належного процесуального джерела, одержання фактичних даних належним суб'єктом; одержання фактичних даних у належному процесуальному порядку; належне оформлення джерела фактичних даних.

Суд касаційної інстанції погоджується з висновком суду апеляційної інстанції, що диск відеозапису з камер спостереження магазину, який покладено судом першої інстанції в основу обвинувального вироку, був отриманий від потерпілого не уповноваженою на те посадовою особою органу досудового розслідування без дотримання вимог кримінального процесуального закону, а тому доводи сторони обвинувачення щодо їх допустимості є такими, що не ґрунтуються на вимогах закону.

Колегія суддів також погоджується з висновком суду апеляційної інстанції щодо недопустимості такого доказу як протокол пред'явлення особи для впізнання від 2 листопада 2017 року за участю свідка.

Відповідно до ч. 3 ст. 228 КПК особі, яка впізнає, пропонується вказати на особу, яку вона має впізнати, і пояснити, за якими ознаками вона її впізнала.

Судом встановлено, що перед пред'явленням особи для впізнання свідок, не описуючи зовнішній вигляд особи, яку має впізнавати, зазначила, що зможе впізнати таку особу за віком, зростом, тілобудовою та рисами обличчя, не конкретизуючи їх, проте впізнала невідому особу за віком, рисами обличчя, тілобудовою, а також за одягом, в якому цей же чоловік був одягнений під час вчинення злочину, при цьому, не заявляючи до проведення впізнання про одяг як прикмету.

Відповідно до ч. 2 ст. 228 КПК особа, яка підлягає впізнанню, пред'являється особі, яка впізнає, разом з іншими особами тієї ж статі, яких має бути не менше трьох і які не мають різних відмінностей у віці, зовнішності та одязі. Всупереч зазначеному положенню

КПК обвинувачений був одягнений у сині джинси та сіру куртку, а троє інших осіб, які пред'являлися з ним до впізнання, були одягнені в чорні куртки і чорні штани.

Твердження прокурора у касаційній скарзі, що апеляційний суд не взяв до уваги той факт, що свідок бачила обвинуваченого не лише на відео, а й вживу на місці вчинення злочину, спростовується показаннями зазначеного свідка у судовому засіданні, яка зазначила, що не була очевидцем події і не бачила обвинуваченого безпосередньо під час вчинення кримінального правопорушення.

При вирішенні питання допустимості доказу суд враховував не тільки дотримання суб'єктами передбаченого законодавством порядку щодо збирання та фіксації доказів, а й значення кожного конкретного доказу для встановлення обставин кримінального провадження, а також наслідки, які мали місце у випадку допущення доказу, який було отримано не у встановленому законом порядку.

Таким чином, дослідивши зібрані у кримінальному провадженні докази, надавши їм належну оцінку, суд апеляційної інстанції дійшов обґрунтованого висновку про недоведеність винуватості обвинуваченого у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 185 КК.

Доводи прокурора в касаційній скарзі про необхідність застосування практики Європейського Суду з прав людини є важливим аспектом захисту прав людини, але в даному кримінальному провадженні зазначена в касаційній скарзі практика Європейського Суду з прав людини буде використовуватися не на користь засудженого, що може становити ризики для справедливості кримінального провадження в частині дотримання закону при отриманні доказів.

ЄСПЛ не може замінювати рішення національних судів своїми і його повноваження щодо аналізу дотримання національного законодавства є обмеженими (рішення «Дубецька та інші проти України» від 10 травня 2011 року).

4.3.2. Оцінка доказів з точки зору допустимості, достатності, на обґрунтування висновку про доведеність винуватості у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 115 КК

Постанова від 06.08.2019

Справа № 263/6851/13-к

Провадження № 51-1087км19

Колегія суддів Касаційного кримінального суду

Захисник, просить скасувати вирок апеляційного суду щодо ОСОБА_1 (засудженого ч. 1 ст. 115 КК) і призначити новий розгляд в суді апеляційної інстанції. Вказує, що ОСОБА_1 непричетний до скоєного злочину, а висновки суду щодо його винуватості у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 115 КК, не відповідають фактичним обставинам кримінального провадження. На думку захисника, суд взяв до уваги одні докази і без належного мотивування відкинув інші, які виправдовують його підзахисного. Зазначає, що показання свідка ОСОБА_3 та висновки експертиз, які проведені по даному кримінальному провадженню, не доводять причетність його підзахисного до скоєного злочину, оскільки містять суперечності між собою в частині часу скоєння вбивства ОСОБА_2. Вказані обставини були предметом розгляду суду апеляційної інстанції, однак, в

порушення вимог ст.ст. 404, 420 КПК, апеляційний суд належним чином не перевірів відповідних доводів захисника, не дав обґрунтованих відповідей на них та повторно не дослідив всіх доказів в апеляційному порядку, чим істотно порушив вимоги кримінального процесуального закону. Також, захисник вказує на відсутність в обвинувальному акті належного формулювання обвинувачення у вчиненні злочину, за який засуджено ОСОБА_1, що порушило його право на захист.

Верховний Суд вирок апеляційного суду залишив без зміни.

Обставини справи були предметом перевірки суду апеляційної інстанції. Залишаючи без задоволення апеляційну скаргу захисника, в якій порушувалися питання невідповідності висновків суду фактичним обставинам кримінального провадження та відсутності в обвинувальному акті належного формулювання обвинувачення, апеляційний суд у вироку навів докладні мотиви прийнятого рішення і не встановив істотних порушень вимог кримінального процесуального закону, які б перешкодили суду першої інстанції повно і всебічно розглянути справу та дати правильну юридичну оцінку вчиненому.

Переглянувши вирок місцевого суду, апеляційний суд погодився з висновками суду першої інстанції про доведеність вчинення ОСОБА_1 кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 115 КК, що підтверджується показаннями свідків, в тому числі показаннями ОСОБА_3, даними протоколів слідчих дій, висновками судово-медичної та судово-генетичної експертиз. Згідно з вказаною судово-генетичною експертизою генетичні ознаки слідів крові на туплях ОСОБА_1 належать особі чоловічої генетичної статі та збігаються з генетичними ознаками зразка крові потерпілого ОСОБА_2.

Доводи захисника про наявність протиріч між показаннями свідка ОСОБА_3 та висновком судово-медичної експертизи стосовно часу смерті потерпілого були предметом перевірки суду апеляційної інстанції та обґрунтовано визнані неспроможними, оскільки вказані суперечності були усунуті судом першої інстанції під час розгляду кримінального провадження шляхом призначення комісійної судово-медичної експертизи, дослідження висновку зазначеної експертизи та допиту експерта ОСОБА_5.

Дослідивши та проаналізувавши вказані докази, надавши належну оцінку кожному з них з точки зору допустимості, а їм у сукупності - з точки зору достатності, суд апеляційної інстанції дійшов обґрунтованого висновку про доведеність винуватості ОСОБА_1 в умисному протиправному заподіянні смерті ОСОБА_2 за обставин, вказаних у вирокі суду першої інстанції.

Доводи касаційної скарги захисника про порушення судом апеляційної інстанції вимог ч. 3 ст. 404 КПК та повторне не дослідження доказів за його клопотанням, є необґрунтованими, оскільки апеляційний суд задовольнив клопотання захисника про повторне дослідження висновку комісійної судово-медичної експертизи і дослідив його, та обґрунтовано відмовив у повторному допиті свідка ОСОБА_3, оскільки захисником не було наведено відповідного обґрунтування необхідності його допиту, виходячи саме з положень ч. 3 ст. 404 КПК.

Таким чином, твердження захисника про порушення апеляційним судом вимог ст. 404, 420 КПК є безпідставними.

Необґрунтованими є і доводи захисника про порушення права на захист засудженого у зв'язку з відсутністю в обвинувальному акті належного формулювання обвинувачення у вчиненні злочину, за який засуджено ОСОБА_1.

Відповідно до вимог ч. 5 ст. 291 КПК обвинувальний акт має містити, у тому числі, виклад фактичних обставин кримінального правопорушення, які прокурор вважає встановленими, правову кваліфікацію кримінального правопорушення з посиланням на положення закону і статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність та формулювання обвинувачення. Дотримання стороною обвинувачення вказаних вимог процесуального закону щодо змісту обвинувального акту створює необхідні умови для реалізації права особи на справедливий суд та ефективний захист від висунутого обвинувачення.

Вказаних вимог закону стороною обвинувачення було дотримано. В обвинувальному акті зазначене формулювання обвинувачення, місце, час, спосіб вчинення та наслідки кримінального правопорушення, форма вини і мотиви кримінального правопорушення, диспозиція статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність, що передбачає відповідальність за кримінальне правопорушення, у вчиненні якого визнаний винним ОСОБА_1.

З матеріалів провадження вбачається, що судовий розгляд проводився відповідно до вимог ст. 337 КПК в межах пред'явленого ОСОБА_1 обвинувачення, а тому засуджений знав, у вчиненні якого кримінального правопорушення його обвинувачують, та мав можливість реалізувати своє право на захист від висунутого обвинувачення, в тому числі і за участю захисника.

Істотних порушень кримінального процесуального закону, які були би підставами для скасування чи зміни оскаржуваного судового рішення, не встановлено.

Доводи захисника щодо невідповідності призначеного апеляційним судом покарання ступеню тяжкості вчиненого злочину й особі засудженого є безпідставними. Призначене вироком апеляційного суду ОСОБА_1 покарання за ч. 1 ст. 115 КК у виді позбавлення волі на строк 11 років відповідає вимогам ст. ст. 50, 65 КК, є пропорційним характеру вчинених дій, їх небезпечності, необхідним і достатнім для виправлення засудженого та попередження вчинення нових злочинів. Підстав вважати його явно несправедливим через суворість, про що захисник порушив питання у касаційній скарзі, колегія суддів не вбачає.

4.4. Досудове розслідування

4.4.1. Критерії відмежування провокації від допустимої поведінки правоохоронних органів під час розкриття злочину у сфері службової діяльності

Постанова від 06.08.2019

Справа № 750/9497/17

Провадження № 51-120км19

Колегія суддів Першої судової палати

Захисник ставить вимогу про скасування судових рішень та призначення нового розгляду у суді першої інстанції зі стадії підготовчого судового засідання. Засуджений не є суб'єктом злочину, оскільки за своїми службовими обов'язками не наділений адміністративно-господарськими функціями, а також в період з 29 січня по 30 червня 2017 року перебував на лікуванні в лікарні. В ухвалі апеляційного суду відсутні підстави для відмови у задоволенні апеляційної скарги, де ним висвітлювалися деталі таких порушень, про які також вказувалося і у судових дебатах. Зокрема, вказано на ненадання оцінки такому: наявність двох витягів з ЄРДР з різними фабулами обвинувачення, за одну дату, та які не відповідають заяві ОСОБА_1 про вчинення злочину від 17 травня 2017 року; телефонні з'єднання вказують на відсутність спілкування засудженого з ОСОБА_2; факт виділення матеріалів досудового розслідування за ст. 366 КК не звільняє сторону обвинувачення від обов'язку прийняти рішення щодо ОСОБА_2 за ст. 368 КК; в ухвалі неправильно зазначено про виділення матеріалів за ст. 368 КК, а не за ст. 366 КК; негласні слідчі дії є недопустимими, оскільки проведені та складені з порушенням процесуального закону; повторно не дослідженні і не перевірені показання ОСОБА_1 та ОСОБА_2, як головних і єдиних доказів винуватості засудженого; не надано жодної оцінки зібраним стороною захисту доказам, на підставі яких ОСОБА_1 є агентом УЗЕ та здійснює провокації; непрофесійні дії судді, який уникнув належної оцінки зв'язкам ОСОБА_3, що приймав участь у всіх негласних слідчих діях з ОСОБА_1, а також суддя спілкувався засобом мобільного зв'язку 09 червня 2017 року з ОСОБА_3. Крім того, захисник виділяє три грубих порушення вимог кримінального процесуального закону, яких допущено судом апеляційної інстанції, а саме: видалення свідка ОСОБА_2 через 7 хвилин після розгляду клопотань захисника про долучення додаткових доказів у судовому засіданні 02 листопада 2018 року; замість фіксування і рішення в журналі від 02 листопада 2018 року про усне клопотання в судовому засіданні щодо витребування в апеляційному суді інформації про надання дозволів на проведення негласних слідчих дій є відмітка про доповнення захисника; вказується на те, що головуєчий суддя без бажання задовольнив у судовому засіданні від 11 липня 2018 року вимоги апеляційної скарги і повторне клопотання про здійснення повного судового слідства, дослідження в повному обсязі всіх доказів, повторному допиті свідків, але рішення про це до журналу не внесено, а також не зазначено у ньому репліки прокурора та захисника про побоювання прокурора на повторне дослідження доказів; колегія суддів обмежилася лише допитом трьох свідків і обвинуваченого, інших доказів не досліджувалося, а тому, на переконання захисника не могли надати належної оцінки.

Верховний Суд судові рішення залишив без зміни.

У кримінальному провадженні встановлено, що засуджений в інкримінований час був головним спеціалістом відділу архітектури районної державної адміністрації, але на лікарняному, та ОСОБА_1 проводив розмови по мобільному телефону з засудженим і зустрічі біля місця проживання останнього та в його службовому кабінеті для оформлення паспорту прив'язки за 200 доларів США.

Відповідно до посадової інструкції головного спеціаліста відділу з питань містобудування, архітектури, екології та житлово – комунального господарства районної державної адміністрації, затвердженої першим заступником голови райдержадміністрації

23 серпня 2016 року, основою метою діяльності засудженого, як головного спеціаліста відділу, є забезпечення виконання завдань районної державної адміністрації, покладених на відділ щодо діяльності у сфері будівництва; до його обов'язків входить, зокрема, розгляд заяв, скарг, пропозицій з питань життєдіяльності населених пунктів, роботи виконавчих комітетів, підготовка необхідних даних за результатами перевірки.

Суб'єкт злочину, передбачений ч. 3 ст. 354 КК, є спеціальний. Ним може бути працівник державного підприємства, установи чи організації, незалежно від роду діяльності, який не є службовою особою. Це можуть бути особи, які працюють в апараті правоохоронних органів, дипломатичної служби, у сфері виробництва, медичного, культурного обслуговування тощо.

Незаконна винагорода за ст. 354 КК визнається одержання працівником таких матеріальних благ або вигід майнового характеру, які офіційно не передбачені за виконання ним роботи на державному підприємстві, установі чи організації.

У зв'язку з цим не потребувало встановленню, чи був засуджений наділений організаційно-розпорядчими чи адміністративно-господарськими функціями. Тим більше, що засуджений не наділявся повноваженнями, в межах яких звернувся до нього ОСОБА_1. В той час, як у межах обсягу пред'явленого засудженому обвинувачення ним виконувалися функції, якими не наділена службова особа.

Крім того, колегія суддів вважає помилковими твердження захисника про не підтвердження суб'єкта злочину за ч. 3 ст. 354 КК лише з підстав неофіційного перебування засудженого на робочому місці. Зміст дій засудженого набули протиправність самим виконанням таких дій у робочий час та на робочому місці, але маючи офіційні дані про непрацездатність. Тобто, умови непрацездатності не відповідали наданим даним.

Сам факт перебування засудженого на лікарняному в даному випадку не має правового значення, адже він виконував дії, що входять до діяльності державної установи, працівником якої він був.

Враховуючи викладене, колегія суддів вважає, що суди першої та апеляційної інстанцій правильно визначили суб'єкт складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 354 КК.

Дослідивши докази у кримінальному провадженні, суд першої інстанції, з яким погодився і суд апеляційної інстанції, перевірів та підтвердив їх допустимість, а саме встановлено, що контроль за вчиненням злочину відбувався з дотриманням вимог статей 246-257, 271 КПК, огляд, помітка та вручення грошових коштів проводилася з дотриманням вимог статей 271, 273 КПК, освідування особи – статей 223, 241 КПК, обшук службового кабінету проводився в порядку, передбаченому статтею 234-236 КПК. Крім того, апеляційним судом додатково допитано свідків та досліджено надані докази.

Перевіривши доводи касаційної скарги захисника, які є аналогічними апеляційній скарзі, колегія суддів не встановила заявлених ним порушень вимог кримінального процесуального закону, які могли вплинути на законність і обґрунтованість вироку суду першої інстанції та ухвали апеляційного суду.

Початок досудового розслідування відбувся із повідомлення 17 травня 2017 року ОСОБА_1 про вимагання у нього неправомірної вигоди засудженим та ОСОБА_2 за

надання дозвільних документів, про що внесено відомості до ЄРДР за правовими кваліфікаціями ст. 354 ч. 3 КК та ст. 368 ч. 3 КК.

У зв'язку з цим проводилося досудове розслідування, отримувалися дозволи на проведення негласних слідчих (розшукових) дій та проводилися такі дії.

Твердження захисника про те, що положення ч. 3 ст. 246 КК не розповсюджується на тяжкі злочини, яким є ст. 368 КК, є незмістовними, оскільки вони стосуються випадків несанкціонованих негласних слідчих (розшукових) дій.

Проте, в даному кримінальному провадженні всі НСРД відбувалися на підставі дозволів судів.

Судовий розгляд кримінального провадження щодо засудженого відбувся в межах висунутого йому обвинувачення за ч. 3 ст. 354 КПК відповідно до вимог ст. 337 КПК.

У зв'язку з цим доводи сторони захисту про обов'язок прийняття рішення стосовно ОСОБА_2 або інших осіб, викриття інших осіб у вчиненні злочинів, а також врахування виділення матеріалів є неспроможними та не ґрунтуються на вимогах процесуального закону щодо проведення досудового розслідування, перевірки та оцінки доказів, а також прийняття рішення у кримінальному провадженні.

У супереч доводам сторони захисту при здійсненні кримінального провадження апеляційний суд не порушив загальних засад, закріплених у ст. 7 КПК, а з огляду на положення ст. 404 КПК суд апеляційної інстанції не був зобов'язаний повторно досліджувати всі зібрані у справі докази. При тому, що допитано свідків.

Повторне дослідження доказів є правом, а не обов'язком суду. Відмова в задоволенні клопотання про повторне дослідження доказів свідчить не про порушення кримінального процесуального закону та неповноту дослідження доказів, а про відсутність аргументованих доводів щодо необхідності цих дій.

Зміст ухвали апеляційного суду відповідає статтям 370, 419 КПК, а процедура перегляду не суперечить статтям 2, 7 КПК.

Разом з цим, неточності у журналах судового засідання не можуть розцінюватися як істотне порушення вимог кримінального процесуального закону, що тягнуть скасування судових рішень.

З таких самих підстав колегія суддів не вважає, що доводи сторони захисту про видалення свідка ОСОБА_2 в суді апеляційної інстанції після вирішення клопотання сторони захисту на долучення документів, могли вплинути на повторні покази цього свідка в судах першої та апеляційної інстанцій.

Захисник у своїй касаційній скарзі вказує також про те, що мала місце провокація злочину з боку правоохоронних органів.

Однак для відмежування провокації від допустимої поведінки правоохоронних органів ЄСПЛ виробив ряд критеріїв, такі як а) змістовний критерій, б) процесуальний критерій.

При цьому під змістовним критерієм розуміється наявність/відсутність суттєвих змістовних ознак, притаманних провокації правоохоронних органів, а під процесуальним – наявність у суду можливості перевірити відомості про ймовірну провокацію під час судового засідання з дотриманням принципів змагальності та рівності сторін.

Так, перевіряючи доводи касаційної скарги захисника, щодо провокації злочину, Суд дійшов висновку, що такий факт не знайшов свого підтвердження в результаті перевірки обставин кримінального провадження та дослідження доказів, у тому числі зібраних стороною захисту на підставі дозволів суду та наданих на запити.

Із наведеного випливає, що у матеріалах кримінального провадження відсутні ознаки, притаманні провокації злочину правоохоронними органами, а саме спонукання до вчинення злочину засудженим.

Апеляційним судом правильно вказано на те, що підбурювання має місце тоді, коли особа схиляє конкретну особу до вчинення конкретного злочину. Воно характеризується лише активними діями і не передбачає участі підбурювача у самому злочині як виконавця.

Колегія суддів вважає помилковим судження сторони захисту щодо провокації злочину з огляду на те, що ОСОБА_1 попередньо заявив про вчинення засудженим злочину, оскільки активних дій ОСОБА_1 не вчиняв, а перевірка його заяви про злочин здійснювалася в межах процесуального закону.

Також під час судового провадження було встановлено, що дані про спілкування судді з ОСОБА_3 відбувалося не під час розгляду кримінального провадження щодо засудженого. Отже, твердження захисника щодо зацікавленості судді у кримінальному провадженні є сумнівними.

Колегією суддів визнаються голосливими твердження захисника про спілкування свідка ОСОБА_1 та оперуповноваженого ОСОБА_3, оскільки висновки суду щодо недопустимості джерела отримання номеру мобільного телефону останнього та даних з телекомунікаційних мереж номера мобільного телефону ОСОБА_1 ним не оспорюються та не заперечуються.

Крім того, з матеріалів кримінального провадження вбачається, що обставини наявності провокації злочину перевірялися в рамках кримінального провадження за ч. 2 ст. 370 КК за заявою засудженого про вчинення провокації підкупу службовими особами Управління захисту економіки в Чернігівській області ДЗЕ Національної поліції України за допомогою ОСОБА_1.

Відповідно до повідомленої прокурором інформації та ЄДРСР колегією суддів встановлено, що апеляційним судом ухвалою від 14 січня 2019 року апеляційну скаргу адвоката в інтересах засудженого залишено без задоволення. Залишено без зміни ухвалу слідчого судді районного суду від 26 грудня 2018 року про відмову у задоволенні скарги адвоката в інтересах засудженого про скасування постанови про закриття кримінального провадження від 11 грудня 2018 року.

До того ж, суди першої та апеляційної інстанцій навели змістовні та переконливі мотиви щодо відсутності провокації злочину з боку правоохоронних органів, а також неспроможність тверджень сторони захисту.

4.4.2. Відкриття матеріалів іншій стороні (ст.290 КПК)

Постанова від 07.08.2019

Справа № 595/2098/14

Провадження № 51-2629км19

Колегія суддів Третьої судової палати

Захисник засудженого (ч.2 ст.345 КК), просить скасувати ухвалу апеляційного суду та вирок районного суду і закрити кримінальне провадження. В обґрунтування своїх вимог зазначає, що під час досудового розслідування були порушені вимоги ст. 290 КПК, що тягне за собою, на думку особи, яка подала касаційну скаргу, визнання отриманих доказів недопустимими. Захисник вважає, що були порушені вимоги ч. 1 ст. 278 КПК щодо вручення повідомлення про підозру, оскільки воно було вручене не в день його складання, а наступного дня, що, на думку особи, яка подала касаційну скаргу, тягне за собою визнання цієї процесуальної дії недійсною. Зазначив, що ні потерпілий, ні свідки не описали механізм нанесення ударів потерпілому та змісту розмови. Вважає, що під час судового розгляду не було встановлено, що тілесні ушкодження, які отримав потерпілий, були нанесені йому саме у зв'язку з виконанням своїх службових обов'язків. Також суд першої та апеляційної інстанції не врахував показання самого засудженого.

Верховний Суд судові рішення залишив без зміни.

Щодо недотримання вимог ст. 290 КПК, Суд зазначає, що процесуальний інститут ознайомлення з матеріалами кримінального провадження спрямований, насамперед, на забезпечення можливостей сторонам сформулювати власні правові позиції задля реалізації засади змагальності під час судового розгляду та при доведенні переконливості своїх позицій перед судом.

Стороні захисту надається така можливість як під час досудового розслідування в порядку ст. 221 КПК, так і після його завершення в порядку ст. 290 КПК. Крім того, згідно з ч. 2 ст. 317 КПК, після призначення справи до судового розгляду головуючий повинен забезпечити учасникам судового провадження можливість ознайомитися з матеріалами кримінального провадження, якщо вони про це заявлять клопотання.

Обов'язком сторони обвинувачення при виконанні вимог ст. 290 КПК є повідомлення про завершення досудового розслідування та надання доступу до матеріалів досудового розслідування. Таке повідомлення здійснюється в порядку статей 111 та 135 КПК. Відповідно, у сторони захисту з'являється право знати про завершення досудового розслідування та ознайомитись з усіма матеріалами досудового розслідування. Саме незабезпечення цих прав тягне за собою негативні наслідки, передбачені ч. 12 ст. 290 КПК.

Згідно зі ст. 26 КПК, сторони кримінального провадження є вільними у використанні своїх прав у межах та у спосіб, передбачених КПК.

Ознайомлення з матеріалами, доданими до касаційної скарги, дає Суду підстави дійти висновку про те, що стороною обвинувачення було дотримано вимоги ст. 290 КПК, а стороні захисту належним чином була забезпечена можливість реалізувати своє право на ознайомлення з матеріалами кримінального провадження на досудовому розслідуванні та в суді, що встановлено судом першої інстанції і перевірено судом апеляційної інстанції.

Щодо недотримання вимог ст. 278 КПК. Процесуальні строки за своїм функціональним призначенням є засобами реалізації процесуальних прав або виконання процесуальних обов'язків. Залежно від цього вплив процесуальних строків тягне за собою різні правові наслідки: закінчення строку реалізації права спричиняє припинення можливості ним скористатися, вплив строку виконання обов'язків не припиняє необхідності виконати цей обов'язок і не тягне за собою припинення повноважень службової особи на здійснення обов'язкової дії. Отже, твердження особи, яка подала касаційну скаргу, щодо того, що вручення повідомлення про підозру не в день його складання, а наступного дня спричиняє невідійсність процесуальної дії, є безпідставними.

Суд погоджується з правильністю кваліфікації дій засудженого, а також не вбачає істотних порушень вимог кримінального процесуального закону, які перешкодили чи могли перешкодити судам першої та апеляційної інстанцій ухвалити законні та обґрунтовані рішення. Суд також не знаходить підстав для закриття кримінального провадження.

4.5. **Обов'язковість вказівок суду, який розглянув справу в касаційному порядку, для суду першої чи апеляційної інстанції при новому розгляді. (ч. 2 ст. 439 КПК)**

Постанова від 07.08.2019

Справа № 278/425/15-к

Провадження № 51-224км17

Колегія суддів Третьої судової палати

Прокурор, вимагає скасувати ухвалу апеляційного суду і призначити новий розгляд у суді апеляційної інстанції. Указує на порушення положень ч. 2 ст. 439 КПК, оскільки судом апеляційної інстанції не виконано вказівок, викладених у постанові Верховного Суду від 20 вересня 2018 року. Вважає, що висновок суду апеляційної інстанції про можливість звільнення засудженого від відбування покарання з випробуванням є необґрунтованим, а призначення покарання із застосуванням ст. 75 КК не відповідає тяжкості кримінального правопорушення та особі засудженого через м'якість. Посилається, що суд апеляційної інстанції при вирішенні питання щодо правомірності призначеного судом першої інстанції покарання в повній мірі не врахував, що засуджений не усвідомив своєї вини та не розкаявся у вчиненому. Звертає увагу на те, що злочин засуджений скоїв 10 листопада 2014 року, але жодної допомоги потерпілому на лікування не надавав. Лише у дні апеляційного розгляду справи (вперше – 17 жовтня 2017 року, а вдруге – 08 квітня 2019 року) засуджений перерахував потерпілому 3950 грн і 5000 грн відповідно, що не може свідчити про розкаяння винного у вчиненому та вказує на намагання вплинути на суд з метою зменшення покарання. Стверджує про те, що апеляційний суд, після скасування попередньої ухвали суду апеляційної інстанції, повторно не зважив на допущені порушення та необґрунтовано залишив без задоволення апеляційні вимоги сторони обвинувачення й ухвалив рішення, яке не відповідає положенням ст. 419 КПК. Також прокурор вказує на порушення судом апеляційної інстанції вимог ч. 1 ст. 405, ч. 5 ст. 364 КПК.

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

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, суд першої інстанції, призначаючи покарання засудженому і звільняючи його від відбування покарання на підставі ст. 75 КК, послався на неправомірну поведінку потерпілого, врахувавши те, що засуджений виховувався без батьків, припинив свої злочинні дії після отримання травми потерпілим і просив свідків викликати швидку допомогу, а при розгляді провадження вибачився перед потерпілим.

Не погоджуючись із вироком суду, прокурор подав апеляційну скаргу, в якій із наведенням відповідних аргументів просив апеляційний суд скасувати вирок на підставах невідповідності призначеного покарання тяжкості вчиненого злочину та особі засудженого через м'якість і ухвалити новий, яким засудити його до покарання у виді позбавлення волі, що необхідно відбувати реально.

Однак апеляційний суд ухвалою від 17 жовтня 2017 року залишив апеляційну скаргу прокурора без задоволення та погодився з рішенням місцевого суду про звільнення засудженого від відбування покарання з випробуванням на підставі ст. 75 КК.

Верховний Суд постановою від 20 вересня 2018 року вказану ухвалу щодо засудженого скасував і призначив новий розгляд у суді апеляційної інстанції у зв'язку з тим, що апеляційний суд не навів достатніх мотивів на спростування всіх доводів, викладених у скарзі прокурора щодо необґрунтованого звільнення засудженого від відбування покарання з випробуванням.

При новому розгляді провадження суд апеляційної інстанції дійшов висновку, що доводи сторони обвинувачення про м'якість призначеного засудженому покарання є необґрунтованими.

Однак колегія суддів вважає, що апеляційний суд вказівок Верховного Суду, викладених у постанові від 20 вересня 2018 року, повною мірою не виконав. Апеляційний суд при ухваленні рішення повинен був урахувувати позицію суду касаційної інстанції, який у своєму рішенні від 20 вересня 2018 року зазначив, що звільнення засудженого на підставі ст. 75 КК від відбування покарання з випробуванням з іспитовим строком є м'яким, а не спростовувати мотиви рішення касаційного суду, чим порушив вимоги ч. 2 ст. 439 КПК.

Що стосується доводів прокурора про те, що апеляційний суд не дотримався вимог ч. 1 ст. 405, ч. 5 ст. 364 КПК, то суд касаційної інстанції вважає їх безпідставними, оскільки вони спростовуються даними, що містяться в журналі судового засідання від 08 квітня 2019 року та на технічному носії інформації зі звукозаписом судового засідання у вказаному суді. Так, на виконання вимог ч. 5 ст. 364 КПК після долучення до матеріалів кримінального провадження квитанції та копії трудової книжки суд знову відкрив судові дебати з приводу додатково досліджених обставин.

З огляду на наведене ухвала апеляційного суду не відповідає вимогам статей 419, 439 КПК, внаслідок чого вона відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 438 КПК підлягає скасуванню з призначенням нового розгляду у суді апеляційної інстанції.

4.6. Апеляційне оскарження

4.6.1. Строк на апеляційне оскарження

Постанова від 07.08.2019

Справа № 180/2533/18

Провадження № 51-3272км19

Колегія суддів Третьої судової палати

Прокурор просить скасувати ухвалу судді апеляційного суду та призначити новий розгляд у суді апеляційної інстанції. Вважає, що суддя при прийнятті рішення дійшов необґрунтованого висновку, що апеляційну скаргу подано після закінчення строку апеляційного оскарження вироку місцевого суду. Оскільки вирок ухвалено 12 квітня 2019 року, тридцятиденний строк на апеляційне оскарження цього вироку закінчується 12 травня 2019 року – у вихідний день, тому апеляційну скаргу подано наступного дня 13 травня 2019 року, отже, відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 395 КПК.

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

Повертаючи апеляційну скаргу прокурора, суддя апеляційного суду зазначив, що апеляційну скаргу подано 16 травня 2019 року, тобто з пропуском встановленого законом строку та без порушення питання про поновлення цього строку.

При цьому такий висновок не ґрунтується на матеріалах провадження, оскільки суддя вирішив, що цю скаргу подано поза межами строку на апеляційне оскарження, не з'ясувавши дати здачі цієї скарги на пошту.

Так, вирок місцевого суду ухвалено 12 квітня 2019 року. Отже, днем закінчення тридцятиденного строку на апеляційне оскарження цього вироку є 12 травня 2019 року.

12 травня 2019 року є неділя – вихідний день, тому прокурор подав апеляційну скаргу наступного за ним робочого дня – 13 травня 2019 року, що підтверджується фіскальним чеком ПАТ «Укрпошта» та реєстром, тобто в межах строку на апеляційне оскарження вироку місцевого суду.

Отже, прокурор, подаючи апеляційну скаргу, не порушив встановленого у п. 1 ч. 2 ст. 395 КПК строку на оскарження судового рішення.

Усупереч вимогам статей 370, 419 КПК суд апеляційної інстанції не перевірів зазначених доводів щодо дотримання строку на апеляційне оскарження вироку місцевого суду, відповідних мотивів та висновків щодо цього не навів, тому його висновок про подачу апеляційної скарги поза межами строку апеляційного оскарження є передчасним.

Отже, під час розгляду справи апеляційний суд допустив порушення вимог кримінального процесуального закону, яке є істотним, оскільки ставить під сумнів законність і обґрунтованість судового рішення, що відповідно до вимог п. 1 ч. 1 ст. 438 КПК є підставою для скасування такого рішення.

За таких обставин ухвала апеляційного суду підлягає скасуванню, кримінальне провадження призначенню на новий розгляд у суді апеляційної інстанції.

Постанова від 08.08.2019

Справа № 761/6635/18

Провадження № 51-5670км18

Колегія суддів Першої судової палати

У касаційній скарзі ОСОБА_1 просить скасувати ухвалу апеляційного суду та призначити новий розгляд у суді апеляційної інстанції. Вважає необґрунтованим рішення про повернення його апеляційної скарги, оскільки строк апеляційного оскарження він пропустив з поважних причин. Крім того, вказує на те, що апеляційним судом він був позбавлений доступу до правосуддя, оскільки розгляд в апеляційному суді відбувся за його відсутності, що позбавило його можливості надати суду свої пояснення.

Верховний Суд ухвалу апеляційного суду скасував та призначив новий розгляд у суді апеляційної інстанції.

Як видно з матеріалів кримінального провадження, ОСОБА_1 оскаржив в апеляційному порядку ухвалу слідчого судді від 26 лютого 2018 року і в апеляційній скарзі, яку було зареєстровано в апеляційному суді 26 березня 2018 року, він заявив клопотання про поновлення строку апеляційного оскарження, посилаючись на те, що копію оскарженої ухвали він отримав лише 20 березня 2018 року.

Суд апеляційної інстанції повернув апеляційну скаргу ОСОБА_1 на підставі п. 4 ч. 3 ст. 399 КПК. На переконання колегії суддів, це рішення апеляційного суду не відповідає вимогам закону з огляду на таке.

Постановляючи ухвалу, апеляційний суд вказав, що згідно з матеріалами провадження копію оскарженого рішення було направлено ОСОБА_1 28 лютого 2018 року, і останній не надав суду доказів на підтвердження доводів про її отримання лише 20 березня 2018 року. Тому суд дійшов висновку про необхідність повернення апеляційної скарги у зв'язку з тим, що її подано після закінчення строку на апеляційне оскарження та відсутні підстави для його поновлення.

Апеляційний суд не звернув уваги, що ОСОБА_1 оскаржив в апеляційному порядку ухвалу слідчого судді, яку було постановлено без його виклику, а отже початок строку на апеляційне оскарження відповідно до ч. 3 ст. 395 КПК в цьому випадку обчислюється з дня отримання копії судового рішення.

Суд апеляційної інстанції залишив поза увагою, що у провадженні відсутні відомості про отримання ОСОБА_1 копії ухвали слідчого судді раніше від зазначеної ним дати, не з'ясував, коли саме він отримав копію судового рішення, та не визначив дати початку перебігу строку його оскарження.

Таким чином, суд апеляційної інстанції допустив порушення вимог кримінального процесуального закону, яке є істотним, адже це перешкодило ухвалити законне та обґрунтоване судове рішення, що відповідно до вимог п. 1 ч. 1 ст. 438 КПК є підставою для його скасування та призначення нового розгляду в суді апеляційної інстанції.

Постанова від 06.08.2019

Справа № 140/2864/18

Провадження № 51-10586км18

Колегія суддів Першої судової палати

ОСОБА_1 просить скасувати ухвалу апеляційного суду, вважаючи, що апеляційний суд перешкоджає йому у доступі до правосуддя, помилково стверджуючи про пропуск ним строку на подачу апеляційної скарги.

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

Приймаючи рішення про повернення апеляційної скарги ОСОБА_1, суд апеляційної інстанції виходив з вимог п. 3 ч. 2 ст. 395, п. 4 ч. 3 ст. 399 КПК. Зокрема, вказано на те, що вона подана 02 грудня 2018 року згідно штемпеля поштового конверта, тобто після закінчення строку на апеляційне оскарження ухвали слідчого судді від 13 листопада 2018 року та ним не порушується питання про поновлення пропущеного строку.

Натомість із матеріалів кримінального провадження вбачається, що ухвалу слідчого судді постановлено 13 листопада 2018 року без виклику ОСОБА_1. Дані про вручення такої ухвали слідчого судді про повернення скарги у матеріалах відсутні, оскільки наявний лише супровідний лист від 21 листопада 2018 року. Тоді як апеляційна скарга, як вказується апеляційним судом, подано 02 грудня 2018 року.

Перевіряючи доводи касаційної скарги ОСОБА_1, судом касаційної інстанції на інформаційний запит до Дирекції «Укрпошта» встановлено, що ОСОБА_1 30 листопада 2018 року отримав поштове відправлення районного суду.

Наведене вказує, що ОСОБА_1 подав апеляційну скаргу в межах п'ятиденного строку на апеляційне оскарження ухвали слідчого судді після отримання ухвали слідчого судді.

Таким чином, висновки суду апеляційної інстанції про пропуск ОСОБА_1 строку на апеляційне оскарження колегія суддів визнає безпідставними.

Водночас за правилами ч. 4 ст. 31 КПК кримінальне провадження в апеляційному порядку здійснюється колегіально судом у складі не менше трьох професійних суддів.

У той час, як питання про поновлення строку на апеляційне оскарження ухвали слідчого судді вирішено не судом апеляційної інстанції, а суддею одноособово.

За таких обставин оскаржена ОСОБА_1 ухвала суду апеляційної інстанції не може визнатися колегією суддів законною, у зв'язку з чим підлягає скасуванню з призначенням нового розгляду в апеляційному суді.

Що стосується вимог ОСОБА_1 про призначення нового розгляду у суді першої інстанції, то вони не підлягають задоволенню. Адже суд касаційної інстанції встановив невідповідність вимог кримінального процесуального закону в суді апеляційної інстанції.

Постанова від 06.08.2019

Справа № 344/11372/18

Провадження № 51-2007км18

Колегія суддів Першої судової палати

Потерпілий порушує питання про скасування ухвали апеляційного суду від 21 січня 2019 року як незаконної та необґрунтованої. На обґрунтування своїх вимог потерпілий

зазначає, що ним не пропущено строку на апеляційне оскарження ухвали місцевого суду. Стверджує, що йому не було повідомлено про день та час судового засідання, що позбавило його можливості бути присутнім на ньому в день оголошення ухвали місцевого суду від 07 грудня 2018 року. Вважає, що строк на апеляційне оскарження зазначеного рішення місцевого суду має обчислюватися з дня отримання його копії (з 29 грудня 2018 року). Крім того у касаційній скарзі потерпілий порушує питання про скасування ухвали місцевого суду від 07 грудня 2018 року та наводить доводи на обґрунтування своєї позиції щодо незгоди з цим судовим рішенням, вважаючи його незаконним.

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

Як видно з ухвали від 21 січня 2019 року, апеляційний суд повернув заяву (апеляційну скаргу) потерпілого на ухвалу місцевого суду про закриття кримінального провадження щодо засудженого за ч. 2 ст. 286 КК, оскільки її подано після закінчення строку на апеляційне оскарження і потерпілий не порушує питання про поновлення цього строку (п. 4 ч. 3 ст. 399 КПК).

Як убачається з матеріалів кримінального провадження щодо засудженого, після отримання обвинувального акта місцевий суд призначив підготовче судове засідання на 29 серпня 2018 року. В подальшому розгляд кримінального провадження відкладався на 20 листопада та 07 грудня 2018 року.

З відповідних викликів та повідомлень видно, що потерпілий викликався в судові засідання і знав про день та час розгляду кримінальної справи щодо засудженого – 29 серпня 2018 року та 20 листопада 2018 року.

Разом із тим, матеріали кримінального провадження не містять даних про те, що потерпілий викликався в судові засідання та знав про день та час розгляду справи 07 грудня 2018 року (день постановлення та оголошення ухвали місцевого суду про закриття кримінального провадження щодо засудженого). Із журналу та технічного запису від 07 грудня 2018 року видно, що в судовому засіданні потерпілий присутній не був.

Таким чином, ураховуючи те, що ухвалу міського суду від 07 грудня 2018 року про закриття кримінального провадження щодо засудженого на підставі п. 5 ч. 1 ст. 284 КПК у зв'язку з його смертю було постановлено без виклику потерпілого, строк на апеляційне оскарження для нього обчислюється з дня отримання останнім копії зазначеного судового рішення.

З заяви потерпілого, яка за змістом є апеляційною скаргою та доданих до неї документів вбачається, що він отримав копію зазначеної ухвали місцевого суду 29 грудня 2018 року, яку 02 січня 2019 року згідно поштового штемпелю на конвертіоскаржив в апеляційному порядку.

Отже, ураховуючи передбачений законодавцем семиденний строк на оскарження судового рішення (ст. 395 КПК), немає підстав вважати, що потерпілий пропустив строк на апеляційне оскарження ухвали місцевого суду від 07 грудня 2018 року.

Наведені обставини залишилися поза увагою апеляційного суду, який, повертаючи заяву (скаргу) потерпілого на зазначене рішення місцевого суду, порушив права потерпілого на оскарження судового рішення.

Також колегія суддів звертає увагу на те, що недотримання потерпілим процесуальної форми звернення до апеляційного суду, а також незазначення ним, які саме дії апеляційний суд повинен вчинити при розгляді справи (як зазначив в ухвалі апеляційний суд), виходячи з вимог ст. 399 КПК, може бути підставою для залишення (заяви) скарги без руху з наданням строку для усунення відповідних недоліків.

Підсумовуючи наведене, колегія суддів констатує, що ухвалу апеляційного суду від 21 січня 2019 року не можна вважати такою, що відповідає вимогам ст. 370 КПК.

Допущені апеляційним судом порушення в контексті ст. 412 КПК є істотними, а тому ухвала апеляційного суду підлягає скасуванню із призначенням нового розгляду в суді апеляційної інстанції.

Що стосується доводів у касаційній скарзі про незаконність, на думку потерпілого, самої ухвали місцевого суду від 07 грудня 2018 року, то касаційна скарга у цій частині є неприйнятною, оскільки зазначене судове рішення не переглядалося по суті в апеляційному порядку а тому відповідно до ст. 424 КПК не може бути предметом перегляду суду касаційної інстанції.

4.6.2. Порушення прав потерпілих (позбавлення можливості надати пояснення щодо поданих апеляційних скарг)

Постанова від 07.08.2019

Справа № 523/9071/16-к

Провадження № 51-6141км18

Колегія суддів Першої судової палати

Прокурор просить змінити вирокі місцевого та апеляційного судів щодо ОСОБА_2 (ч. 2 ст. 187, ст. 395 КК, ч. 1 ст. 70 КК) та ОСОБА_1 (ч. 2 ст. 187 КК, ч. 5 ст. 72 КК) та виключити обставини, що обтяжують покарання, – вчинення злочину особою повторно та групою осіб за попередньою змовою.

Засуджений ОСОБА_1 та його захисник Старостін С.О. ставлять вимоги про скасування вироків районного та апеляційного, і просять призначити новий розгляд у суді першої інстанції. Зазначають, що потерпілі не були належним чином повідомлені про дату, час і місце судового засідання в суді апеляційної інстанції. Вважають, що висновки судів про те, що ОСОБА_1 і ОСОБА_2 мали попередню змову про вчинення розбійного нападу на потерпілих не відповідають фактичним обставинам кримінального провадження, згідно з якими потерпілі з самого початку були ініціаторами конфлікту і спровокували їх на бійку. ОСОБА_1 стверджує, що не було задоволено його клопотання про допит потерпілих у суді апеляційної інстанції у зв'язку з протиріччями в їх показаннях. Вважають, що суди необґрунтовано посилаються на корисливий мотив злочину, який не підтверджується доказами, а також що суд зобов'язаний був проаналізувати обставини конфлікту, який розпочався в барі між потерпілими і свідками. Зазначають, що потерпілий ОСОБА_4 страждає на епілепсію, у зв'язку з чим він не зміг згадати про обставини вчиненого, однак суди не дали оцінки цій обставині. Стверджують, що судами не встановлено, ким із засуджених було заподіяно тілесні ушкодження кожному із потерпілих, на досудовому слідстві не було проведено слідчих експериментів з потерпілими, з ним та ОСОБА_2.

Зазначають, що при огляді особистих речей ОСОБА_3, які було відкрито викрадено у нього, слідів злочину не виявлено. Стверджують про відсутність у потерпілих документів, які підтверджують наявність у них викрадених речей та їх оціночну вартість. Просять на підставі ч. 5 ст. 72 КК (в редакції Закону № 838-VIII) зарахувати ОСОБА_1 у строк покарання строк його попереднього ув'язнення з 14 квітня 2016 року по 19 лютого 2018 року включно з розрахунку один день попереднього ув'язнення за два дні позбавлення волі.

Захисник Ільченко Н.С. в інтересах ОСОБА_2 просить скасувати вироки районного та апеляційного судів у зв'язку з істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону і призначити новий розгляд у суді першої інстанції. Вважає, що у вирокі суду першої інстанції відсутні докази попередньої змови ОСОБА_2 та ОСОБА_1 на вчинення розбійного нападу на потерпілих. Стверджує, що суд не усунув протиріччя у показаннях потерпілих. Зазначає, що суд першої інстанції не встановив мотиву кримінального правопорушення. Посилається на те, що суд апеляційної інстанції не перевіряв доводів в апеляційних скаргах її та ОСОБА_2, не дав на них мотивованих відповідей, не викликав на розгляд потерпілих. Вважає, що суд першої інстанції неправильно застосував закон про кримінальну відповідальність, а саме не застосував ч. 2 ст. 296 КК. Просить на підставі ч. 5 ст. 72 КК зарахувати ОСОБА_2 у строк покарання строк його попереднього ув'язнення з 14 квітня 2016 року по 19 лютого 2018 року включно з розрахунку один день попереднього ув'язнення за два дні позбавлення волі.

Верховний Суд вирок апеляційного суду скасував і призначив новий розгляд у суді апеляційної інстанції.

Як видно з мотивувальної частини вироку апеляційного суду, у своїх апеляційних скаргах засуджений ОСОБА_1, захисники стверджували, що в ОСОБА_1 та ОСОБА_2 не було умислу та попередньої домовленості про вчинення розбійного нападу на потерпілих, які з самого початку були ініціаторами конфлікту і спровокували їх на бійку. Апелянти зазначали, що судом не було встановлено обставин конфлікту в барі між ОСОБА_8 і ОСОБА_7, з однієї сторони, та потерпілими, - з іншої, що мало суттєве значення для з'ясування мотиву злочину. Засуджений ОСОБА_1 в апеляційній скарзі зазначав про відсутність у нього особистих речей потерпілих при його затриманні та будь-яких слідів злочину на його одязі. Крім того, захисник Ільченко Н.С. в апеляційній скарзі просила перекваліфікувати дії ОСОБА_2 з ч. 2 ст. 187 на ч. 2 ст. 296 КК.

Вказані доводи в апеляційних скаргах обґрунтовувалися посиланням на конкретні докази та потребували належної перевірки з боку апеляційного суду, у тому числі шляхом дослідження їх та оцінки у сукупності з іншими доказами.

Захисник Старостін С.О. заявив клопотання про повторне дослідження обставин, встановлених під час кримінального провадження, на підставі ч. 3 ст. 404 КПК, однак суд апеляційної інстанції відмовив у задоволенні клопотання без належного мотивування.

Апеляційний суд за результатами перевірки наведених вище доводів в апеляційних скаргах засудженого ОСОБА_1, захисників не зазначив висновків на їх спростування. При цьому фактично продублював вирок суду першої інстанції, не надав відповідей на доводи в апеляційних скаргах сторони захисту, але дійшов висновку, що судом правильно встановлено обставини кримінального правопорушення та що винуватість ОСОБА_2 і

ОСОБА_1 у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 187 КК, підтверджується зібраними у кримінальному провадженні доказами.

Суд апеляційної інстанції, виключаючи з мотивувальної частини вироку місцевого суду кваліфікуючу ознаку «повторність» при кваліфікації дій ОСОБА_2 та ОСОБА_1 за ч. 2 ст. 187 КК.

Як видно з обвинувального акта, органами досудового розслідування дії ОСОБА_2 було кваліфіковано, зокрема, за ч. 2 ст. 187 КК як напад з метою заволодіння чужим майном, поєднаний з насильством, небезпечним для життя та здоров'я особи, яка зазнала нападу (розбій), вчинений повторно, за попередньою змовою групою осіб; дії ОСОБА_1 – за ч. 2 ст. 187 КК як напад з метою заволодіння чужим майном, поєднаний з насильством, небезпечним для життя та здоров'я особи, яка зазнала нападу (розбій), вчинений за попередньою змовою групою осіб.

Апеляційний суд, правильно виключивши кваліфікуючу ознаку «повторність», всупереч вимогам ст. 337 КПК вийшов за межі обвинувачення щодо ОСОБА_2 і безпідставно вказав на наявність такої кваліфікуючої ознаки, як вчинення злочину особою, яка раніше вчинила розбій.

Крім того, мотивованими є доводи засудженого ОСОБА_1 та захисників про неналежне повідомлення потерпілих про день, час і місце апеляційного розгляду.

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, ухвалою судді-доповідача апеляційного суду від 7 серпня 2017 року закінчено підготовку та призначено справу до апеляційного розгляду на 5 вересня 2017 року.

Листом апеляційного суду від 14 серпня 2017 року учасників судового розгляду, зокрема і потерпілих, повідомлено про те, що розгляд кримінального провадження за апеляційними скаргами заступника прокурора, захисників, обвинувачених відбудеться 05 вересня 2017 року. Однак у вказаний день апеляційний розгляд не відбувся, його було відкладено на 9 жовтня 2017 року, без повідомлення потерпілих. Наразі апеляційний розгляд відкладався п'ять разів. У матеріалах кримінального провадження відсутні будь-які дані про повідомлення потерпілих, що розгляд провадження переносився на інші дати.

Зазначене свідчить про те, що апеляційний суд порушив норми кримінального процесуального закону, внаслідок чого потерпілі були позбавлені можливості надати свої пояснення щодо поданих апеляційних скарг.

Відповідно до п. 5 ч. 2 ст. 412 КПК судові рішення у будь-якому разі підлягає скасуванню, якщо судові провадження здійснено за відсутності потерпілого, належним чином не повідомленого про дату, час і місце судового засідання.

Зазначені порушення вимог кримінального процесуального закону є істотними, і, на думку колегії суддів, перешкодили суду ухвалити законне та обґрунтоване судові рішення, а тому вирок апеляційного суду підлягає скасуванню з призначенням нового розгляду в суді апеляційної інстанції.

У зв'язку з направленням кримінального провадження на повторний апеляційний розгляд з урахуванням даних про особу ОСОБА_1, всіх обставин справи і тривалості його перебування під вартою колегія суддів вважає можливим звільнити його з-під варти в залі суду.

4.6.3. Оскарження ухвали слідчого судді про зміну запобіжного заходу на домашній арешт

Постанова від 07.08.2019

Справа № 761/17641/19

Провадження № 51-2833км19

Колегія суддів Третьої судової палати

Захисник обвинуваченого, порушує питання про скасування ухвали апеляційного суду та призначення нового розгляду в суді апеляційної інстанції. На обґрунтування своїх вимог захисник, посилаючись на норми Конституції України та КПК й практику Європейського суду з прав людини, зазначає, що апеляційний суд незаконно відмовив у відкритті провадження за його апеляційною скаргою на ухвалу слідчого судді, порушивши право на оскарження судового рішення про зміну запобіжного заходу.

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

Відмовляючи у відкритті провадження за апеляційною скаргою захисника на ухвалу слідчого судді про зміну підозрюваному запобіжного заходу, апеляційний суд послався на те, що зазначена ухвала відповідно до ст. 309 КПК оскарженню в апеляційному порядку не підлягає.

Статтею 309 КПК передбачено вичерпний перелік ухвал слідчого судді, які можуть бути оскаржені під час досудового розслідування. До цього переліку, зокрема, віднесено відповідні ухвали слідчого судді про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, у тому числі про застосування запобіжного заходу у виді домашнього арешту (п. 4 ч. 1 ст. 309 КПК).

У провадженні, що розглядається, слідчий суддя відповідно до положень статей 181, 200 КПК за клопотанням старшого слідчого змінив запобіжний захід підозрюваному, застосувавши в такий спосіб до підозрюваного замість тримання під вартою домашній арешт. При цьому в резолютивній частині судового рішення правильно роз'яснив порядок та строк його оскарження.

Виходячи з системного аналізу норм ч. 1 ст. 309 КПК та враховуючи положення ст. 181 КПК, суд касаційної інстанції вважає, що термін «застосування запобіжного заходу» у цьому випадку охоплює не тільки його обрання, але й зміну на інший запобіжний захід.

Апеляційний суд, відмовляючи у відкритті провадження за апеляційною скаргою на ухвалу слідчого судді про зміну запобіжного заходу на домашній арешт, неправильно витлумачив положення норми п. 4 ч. 1 ст. 309 КПК, звузивши її зміст, що призвело до помилкового висновку про відсутність у захисника права на оскарження зазначеної ухвали слідчого судді.

Таким чином, указані порушення вимог кримінального процесуального закону є істотними і такими, що перешкодили суду ухвалити законне та обґрунтоване рішення.

А тому касаційна скарга захисника підлягає задоволенню, а рішення суду апеляційної інстанції – скасуванню на підставі п. 1 ч. 1 ст. 438 КПК з призначенням нового розгляду у суді апеляційної інстанції.

4.6.4. Невідповідність ухвали апеляційного суду вимогам ст. 419 КК

Постанова від 07.08.2019

Справа № 585/3641/16-к

Провадження № 51-2698км19

Колегія суддів Третьої судової палати

Засуджений (ч.2 ст.191 КК), просить скасувати ухвалу апеляційного суду щодо нього і призначити новий розгляд у суді апеляційної інстанції. Вважає, що всупереч вимогам статей 370, 419 КПК апеляційний суд належно не перевінив доводів, викладених в апеляційній скарзі його захисника – адвоката, не навів переконливих мотивів прийнятого рішення про безпідставність доводів апеляційної скарги захисника і належним чином свого рішення не обґрунтував.

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

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, з апеляційною скаргою на вирок районного суду звернувся, крім прокурора, також захисник.

На обґрунтування своїх апеляційних вимог захисник навів конкретні доводи, які мали бути ретельно перевірені апеляційним судом.

Як убачається з апеляційної скарги захисника, основними його доводами є відсутність у матеріалах кримінального провадження доказів про те, що засудженому було ввірено майно (144 дерева) і останній міг ними розпоряджатись у визначеному законом порядку, а також те, що не доведено наявності реальних збитків, які б носили характер нестачі, та прямого умислу, корисливого мотиву і мети обернення чужого майна на користь третіх осіб.

У результаті перевірки матеріалів кримінального провадження щодо засудженого встановлено, що суд апеляційної інстанції при розгляді апеляційної скарги сторони захисту не навів в ухвалі суті всіх зазначених апелянтом доводів, а саме щодо безпідставності задоволення цивільного позову Комунального закладу обласної ради «Перша обласна спеціалізована лікарня м. Ромни», ретельно їх не перевінив, не надав відповідей на всі викладені в апеляційній скарзі доводи і не мотивував належним чином свого рішення про залишення останньої без задоволення.

Зокрема, в оскаржуваній ухвалі не зазначено підстав визнання необґрунтованими доводів захисника про відсутність у комісії з інвентаризації правових підстав визначати за результатами проведення інвентаризації активів і зобов'язань як нестачу відсутність деревини, яка утворилася внаслідок видалення аварійно-небезпечних дерев, що до інвентаризаційного опису за відповідними характеристиками та їх балансовою вартістю внесені не були.

Крім того, в ухвалі апеляційний суд не виклав належного мотивування власних висновків про необґрунтованість доводу захисника щодо відсутності прямого умислу у засудженого на розтрату майна та корисливого мотиву і мети обернення деревини на користь Державного підприємства «Підприємство Роменської виправної колонії». У зв'язку з цим Суд зазначає, що формальне твердження апеляційного суду про наявність у засудженого корисливого мотиву, без докладної аргументації у чому ж конкретно в

даному випадку полягав корисливий інтерес засудженого, є явно недостатнім для переконливості такого висновку як підстави визнання апеляційного доводу необґрунтованим.

Також поза увагою апеляційного суду залишилися доводи захисника про безпідставне задоволення цивільного позову Комунального закладу обласної ради «Перша обласна спеціалізована лікарня м. Ромни» про стягнення з засудженого на відшкодування шкоди 150 046,28 грн.

Наведене є істотним порушенням кримінального процесуального закону, яке перешкодило апеляційному суду ухвалити законне й обґрунтоване судове рішення.

З урахуванням зазначеного ухвала апеляційного суду підлягає скасуванню у зв'язку з її невідповідністю вимогам ст. 419 КПК з призначенням нового розгляду в суді апеляційної інстанції.

Постанова від 08.08.2019

Справа № 288/1417/17

Провадження № 51-10152км18

Колегія суддів Першої судової палати

Засуджений (ч. 2 ст. 296 КК) просить скасувати судові рішення та закрити кримінальне провадження за відсутністю в його діях складу кримінального правопорушення. На обґрунтування своїх доводів засуджений зазначає, що: відсутні подія та склад злочину, передбаченого ст. 296 КК, що підтверджується висновком Верховного Суду України, сформульованим у провадженні № 5-17к12; засуджений був раніше знайомий із потерпілим та перебував із ним в особистих неприязних стосунках - у вересні 2016 року, тобто ще до цієї події, між ними відбувся словесний конфлікт, що підтвердив свідок; конфлікт розпочав потерпілий, застосувавши фізичну силу; у засудженого не було мотиву на вчинення хуліганських дій; як у потерпілого, так і в нього після нападу останнього було бажання завдати шкоди саме здоров'ю, а не порушувати громадський порядок; обвинувачення ґрунтується на недопустимих доказах; показання свідка ОСОБА_4, які суд поклав в основу вироку, не відповідають фактичним обставинам провадження та суперечать навіть показанням потерпілого; слідчий та експерт при призначенні та проведенні експертиз допустили істотні порушення вимог кримінального процесуального закону; експерт об'єднав усі наявні у потерпілого тілесні ушкодження, у тому числі садна, в категорію «легкі тілесні ушкодження з короточасним розладом здоров'я», хоча до них відносились лише перелом носової кістки та струс головного мозку; у висновку експерта від 12 липня 2017 року, дослідницькі дані якого перенесено до наступного висновку, неправильно вказано паспортні дані потерпілого, що дає підстави стверджувати, що висновок проведено щодо невідомої особи; у висновках використано рентгенограму черепа потерпілого, зроблену за місяць до події; у матеріалах провадження відсутні дані про те, яким чином попередні висновки експертиз потрапили до експерта, який провів останню експертизу від 6 листопада 2017 року № 178; медична карта хворого слідчим не витребувалась; медичні дані, на підставі яких проведено експертизи, речовими доказами у цьому провадженні не визнавалися, стороні захисту не відкривались і в матеріалах провадження відсутні; судово-медичний експерт у суді дав показання, що не

ознайомлювався з матеріалами кримінального провадження, тобто не був ознайомлений із показаннями підозрюваного та свідків сторони захисту, також його не було попереджено про кримінальну відповідальність за завідомо неправдивий висновок; суд безпідставно відмовив у проведенні додаткової судово-медичної експертизи; суд апеляційної інстанції усупереч вимогам ст.ст. 404, 419 КПК ретельно не перевіряв усіх доводів, зазначених в його апеляційній скарзі, безпідставно відмовив у повторному дослідженні обставин та доказів (висновків експерта) і не мотивував свого рішення про залишення без зміни вироку суду першої інстанції.

Прокурор просить скасувати судові рішення і призначити новий розгляд у суді першої інстанції. На обґрунтування своїх доводів прокурор зазначає, що суд, призначаючи покарання: не взяв до уваги суспільної небезпечності хуліганства, вчиненого групою осіб; не врахував повною мірою конкретних обставин провадження, зокрема того, що засуджений вчинив злочин щодо особи похилого віку, бив лежачого потерпілого ногами в обличчя, у вчиненому не розкаявся, збитків не відшкодував; дійшов помилкового висновку, що призначене засудженому покарання зі звільненням від його відбування з випробуванням є достатнім для виправлення засудженого та попередження вчинення нових злочинів. Вказує на те, що суд апеляційної інстанції формально підійшов до перевірки доводів прокурора в апеляційній скарзі та безпідставно погодився із висновками суду першої інстанції щодо можливості виправлення засудженого без ізоляції від суспільства, не мотивував свого рішення про залишення вироку без зміни, чим порушив вимоги ст.ст. 412, 419 КПК.

Верховний Суд судові рішення скасував та призначив новий розгляд у суді першої інстанції.

Зі змісту вироку щодо засудженого вбачається, що суд всупереч положенням КПК не навів доказів на підтвердження встановлених судом фактичних обставин, які не в повній мірі відповідають показанням обвинуваченого, потерпілого та свідка, при тому, що з'ясування цих обставин має істотне значення для висновків суду.

Крім цього, в порушення норм КПК суд першої інстанції не навів належних мотивів щодо неврахування доводів сторони захисту стосовно кваліфікації дій обвинуваченого.

Таким чином, суд першої інстанції не дотримався положень, передбачених п. 2 ч. 3 ст. 374 КПК, що є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону (ч. 1 ст. 412 КПК), оскільки зазначене перешкодило ухвалити законне та обґрунтоване судові рішення.

Не погоджуючись із постановленим вироком, обвинувачений та прокурор на різних підставах звернулися до суду апеляційної інстанції з апеляційними скаргами.

Апеляційний суд, погодившись із висновками суду першої інстанції, обмежився загальними фразами, наявних у провадженні суперечностей не усунув, зазначених у скаргах доводів належним чином не перевіряв і всупереч указаним положенням не дав на них в ухвалі чітких та аргументованих відповідей щодо всіх доводів в апеляційних скаргах, не навів конкретних мотивів, з яких виходив при постановленні ухвали, та підстав, на яких апеляційні скарги обвинуваченого та прокурора визнав необґрунтованими, чим порушив вимоги ст. 419 КПК.

Таким чином, судами першої та апеляційної інстанцій допущено істотні порушення вимог кримінального процесуального закону, які перешкодили судам ухвалити законні та обґрунтовані судові рішення, що відповідно до ч. 1 ст. 412, п. 1 ч. 1 ст. 438 КПК є підставою для їх скасування.

Крім того, відповідно до вимог ч. 3 ст. 404 КПК суд апеляційної інстанції зобов'язаний повторно дослідити обставини, встановлені під час кримінального провадження, за умови, що вони досліджені судом першої інстанції не повністю або з порушеннями, саме за клопотанням учасників судового провадження. Проте сторона захисту клопотання щодо повторного дослідження доказів для перевірки саме вищезазначених обставин не висловлювала, у зв'язку з чим зазначені істотні порушення вимог кримінального процесуального закону може бути усунуто лише під час нового розгляду судом першої інстанції.

За наявності істотних порушень вимог кримінального процесуального закону Суд не вбачає підстав для надання оцінки всім доводам, наведеним у касаційних скаргах, у тому числі доводам, викладеним у скарзі прокурора, щодо безпідставного звільнення обвинуваченого від відбування покарання з випробуванням, оскільки оцінку таким доводам може бути надано після усунення зазначених істотних порушень вимог кримінального процесуального закону.

4.6.5. Процесуальні рішення апеляційного суду за наслідками розгляду справи.

Постанова від 06.08.2019

Справа № 180/1297/17

Провадження № 51-6884км18

Колегія суддів Першої судової палати

Прокурор просить скасувати вирок апеляційного суду та призначити новий розгляд кримінального провадження щодо засуджених в суді апеляційної інстанції. Обґрунтовуючи свої вимоги тим, що суд апеляційної інстанції розглядаючи апеляційну скаргу прокурора задовольнив її частково, скасувавши вирок відносно ОСОБА_2 в частині призначеного покарання та залишив без зміни вирок місцевого суду в частині призначеного покарання ОСОБА_1, однак усупереч вимогам закону постановив новий вирок щодо обох засуджених, хоча стосовно ОСОБА_1 повинен був постановити судові рішення у формі ухвали. Прокурор зазначає, що всупереч вимогам ч. 2 ст. 420, ч. 4 ст. 374 КПК, суд апеляційної інстанції замість призначення ОСОБА_2 покарання у резолютивній частині свого рішення ухвалив вважати його засудженим за ч. 3 ст. 185 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк 3 роки, а на підставі ч. 4 ст. 70 КК, за сукупністю злочинів шляхом поглинення більш суворого покарання менш суворим, остаточно призначив покарання у виді позбавлення волі на строк 4 роки. Тобто, на думку прокурора, апеляційний суд не призначив покарання за ч. 3 ст. 185 КК, що є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону та не відповідає загальним засадам кримінального провадження. При цьому посилається на п.92 рішення Великої палати Верховного Суду від 29 серпня 2018 року (справа 663/537/17, провадження 13-31 кс 18) щодо дотримання судами вимог статей 374, 420 КПК.

Верховний Суд вирок апеляційного суду скасував і призначив новий розгляд у суді апеляційної інстанції.

У своєму клопотанні прокурор, посилаючись на ч.ч. 1, 2 ст. 434-1 КПК просить передати кримінальне провадження стосовно засуджених на розгляд об'єднаної палати Верховного Суду з метою формування єдиної судової практики застосування статей 374 та 420 КПК, обґрунтовуючи таку необхідність рядом судових рішень, які, на думку прокурора, суперечать одне одному, щодо правильності формування резолютивної частини рішення при призначенні покарання судом апеляційної інстанції в порядку ст. 420 КПК.

При цьому прокурор ставить питання: чи є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону, яке тягне за собою скасування рішення, використання у резолютивній частині вироку апеляційного суду при визнанні особи винною та призначенні покарання використання юридичного терміну «вважати засудженим» замість терміну «призначити покарання»?

Необхідність передати кримінальне провадження на розгляд об'єднаної палати Верховного Суду прокурор обґрунтовує наявністю рішень Першої та Другої судових палат, в яких колегії суддів дійшли протилежного висновку щодо застосування вказаних норм кримінального процесуального закону. З постанови колегії суддів Другої судової палати убачається, що апеляційний суд усупереч вимогам ст. 420 КПК неправильно ухвалив вважати особу засудженим до покарання у виді обмеження волі на строк 2 роки за ч. 1 ст. 122 КК, (справа № 389/2235/16, провадження № 51-107км17), а в постанові Першої судової палати (справа № 146/50916, провадження № 51-2855км18) вказівка суду апеляційної інстанції при призначенні покарання «вважати засудженим» не є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону та не тягне за собою скасування судового рішення.

Однак прокурор не зважив на те, що такі судові рішення різняться за суттю щодо підстав скасування вироку суду першої інстанції в частині призначеного покарання. Крім того, прокурор, обґрунтовуючи необхідність передачі кримінального провадження на розгляд об'єднаної палати, посилається на вже існуючу практику Верховного Суду та пункт 92 рішення Великої палати Верховного Суду від 29 серпня 2018 року (справа № 663/537/17, провадження № 13-31кс18) щодо дотримання судами вимог статей 374, 420 КПК. Зі змісту якого убачається, що скасувавши вирок суду першої інстанції у частині призначення покарання без наступного визначення покарання, призначеного за кожним з обвинувачень, та остаточної міри покарання, суд апеляційної інстанції допустив істотне порушення вимог кримінального процесуального закону. Суперечності, на які вказує прокурор у своєму клопотанні про висновки зазначені у рішеннях Першої та Другої судових палат Касаційного кримінального суду слід розглядати лише в контексті конкретного кримінального провадження та порядку призначеного покарання судом апеляційної інстанції, оскільки чинне на час касаційного розгляду законодавство України регулює питання застосування норм процесуального права, використаних апеляційним судом у вказаному провадженні, у зв'язку із чим колегія суддів дійшла висновку про відсутність підстав для передачі цього кримінального провадження на розгляд об'єднаної палати Верховного Суду.

Доводи прокурора про порушення судом апеляційної інстанції вимог кримінального процесуального закону в частині постановлення одного процесуального рішення, а саме вироку щодо обох засуджених, є слушними.

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, прокурор на вирок суду першої інстанції подав апеляційну скаргу, в якій він ставив питання про скасування цього рішення у зв'язку з погіршенням становища засуджених шляхом постановлення апеляційним судом свого вироку, про що наводив відповідні мотиви.

Скасовуючи вирок місцевого суду в частині призначення покарання щодо ОСОБА_2 апеляційний суд постановив лише один процесуальний документ у формі вироку, в якому одночасно зазначив про залишення без зміни вироку місцевого суду в іншій частині.

Однак у мотивувальній частині вироку суд апеляційної інстанції надав відповіді на доводи в апеляційній скарзі прокурора щодо призначеного покарання засудженому ОСОБА_1, визнав такі доводи неспроможними та залишив без зміни вирок місцевого суду вказавши це у новому вироку, хоча повинен був постановити рішення про залишення без зміни вироку місцевого суду щодо призначеного покарання у формі ухвали.

Таку позицію підтримала Велика Палата Верховного Суду.

Зокрема, з постанови Великої Палати Верховного Суду від 20 травня 2019 року (провадження 13-25кх19) убачається, що судова практика як Верховного суду України так і Касаційного кримінального суду діє протягом тривалого часу є єдиною, і у випадках щодо осіб, яким погіршено становище в суді апеляційної інстанції постановляється рішення форми вироку, а щодо іншої особи у цьому ж кримінальному провадженні, вирок щодо якого залишається без зміни, ухвалюється рішення у формі ухвали.

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, заступник прокурора Дніпропетровської області, не погоджуючись із рішенням суду першої інстанції, звернувся до апеляційного суду зі скаргою, в якій із наведенням відповідних мотивів, просив скасувати вирок та постановити новий у зв'язку, саме з неправильним застосуванням ст. 71 КК при призначенні засудженим покарання.

За результатами такого апеляційного розгляду суд частково задовольнив скаргу прокурора та постановив свій вирок.

При цьому суд апеляційної інстанції не змінював обсягу обвинувачення, не застосував закон про більш тяжке кримінальне правопорушення, тобто по суті не призначав нового покарання, а визнав вважати засудженим ОСОБА_2 за ч. 3 ст. 185 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк 3 роки, по суті не змінюючи його виду та строку, призначеного покарання судом першої інстанції. Надалі в резолютивній частині задовольнивши вимоги прокурора щодо неправильного застосування ст. 71 КК, при призначенні покарання, апеляційний суд призначив йому остаточне покарання шляхом часткового приєднання невідбутої частини покарання за попереднім вироком.

Тобто суд апеляційної інстанції діяв у межах своїх повноважень, правильно застосував закон України про кримінальну відповідальність і не допустив у цій частині істотного порушення вимог кримінального процесуального закону, оскільки правильним буде у цьому кримінальному провадженні застосування терміну «вважати засудженим», як зазначив у резолютивній частині вироку суд апеляційної інстанції при призначенні

остаточного покарання ОСОБА_2, а посилання прокурора на порушення вимог Закону є недоречними.

За наведених обставин касаційна скарга прокурора з доповненнями підлягає частковому задоволенню, а вирок суду апеляційної інстанції – скасуванню в частині постановлення судового рішення щодо ОСОБА_1, на підставі ст. 438 КПК з призначенням нового розгляду в суді апеляційної інстанції. Вирок суду апеляційної інстанції щодо ОСОБА_2 слід залишити без зміни.

4.7. Перегляд кримінального провадження за нововиявленими обставинами

Ухвала від 06.08.2019

Справа № 712/9997/17

Провадження № 51-4190зно18

Колегія суддів Першої судової палати

У першій заяві засуджений порушує питання про скасування постанови судді Верховного Суду України від 24 червня 2002 року та ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 16 липня 2002 року щодо нього за нововиявленими обставинами. Як на підставу для перегляду судових рішень вказує на те, що Верховний Суд України на стадії розгляду справи в касаційному порядку допустив до участі у кримінальному провадженні як захисника засудженого юриста ОСОБА_3, оскільки останній у цій же справі захищав іншого засудженого ОСОБА_2, а також надавав юридичні консультації потерпілій, а отже, не міг здійснювати належний і добросовісний захист його інтересів. Стверджує, що зазначені обставини, які виключали участь ОСОБА_3 як захисника засудженого у касаційному провадженні, не були відомі Верховному Суду України на час судового розгляду при ухваленні судового рішення, втім, вони самі по собі доводять неправильність постанови та ухвали суду касаційної інстанції, які слід переглянути. Оскільки питання допуску захисника до участі у справі є складовою частиною інституту забезпечення права підозрюваного, обвинуваченого і засудженого на захист, вважає, що Верховний Суд України виніс обидва рішення у справі з порушенням його права на захист, що доводить їхню незаконність. Просить скасувати зазначені судові рішення та ухвалити нові, які б відповідали вимогам закону, в тому числі про визнання судової помилки в частині допуску ОСОБА_3 до участі у справі як захисника засудженого. У доповненні до зазначеної заяви засуджений стверджує, що під час досудового слідства його не було належним чином забезпечено захистом, оскільки адвокат ОСОБА_4 лише формально значився його захисником, проте не брав участі у слідчих діях.

У другій заяві засуджений порушує питання про скасування ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 16 липня 2002 року щодо нього за нововиявленими обставинами, які убачає в ухваленні вироку незаконним складом суду, про що не було відомо Верховному Суду України, який переглядав справу в касаційному порядку. Стверджує, що розгляд справи та ухвалення вироку щодо нього від 25 грудня 2001 року апеляційним судом відбувся за участю народного засідателя ОСОБА_5, 1924 року народження, який на той час за віком вже не міг здійснювати повноваження народного засідателя. На думку заявника, з урахуванням системного

тлумачення норм, які містяться в Законах України від 5 червня 1981 року «Про судоустрій» № 2022-X та від 15 грудня 1992 року «Про статус суддів» № 2863-XII, та які визначали рівність прав народних засідателів і суддів при здійсненні правосуддя, а одночасно передбачали припинення повноважень судді після досягнення суддею 65-річного віку, повноваження народного засідателя також мали припинятись 65 років. Крім того, звертає увагу на те, що Законом України від 7 лютого 2002 року «Про судоустрій» № 3018-III серед вимог до народних засідателів встановлено й максимальну вікову межу, досягнення якої вимагає звільнення особи від виконання обов'язків народного засідателя. Вважає, що апеляційний суд розглянув справу незаконним складом суду, а суд касаційної інстанції внаслідок поверхового вивчення матеріалів справи та незазначення засудженими захисниками в касаційних скаргах про таке порушення вимог кримінального процесуального закону залишив незаконний вирок без змін. Тому засуджений просить скасувати ухвалу Верховного Суду України від 16 липня 2002 року, а також вирок апеляційного суду від 25 грудня 2001 року щодо нього і направити справу на новий судовий розгляд.

Верховний Суд заяви засудженого про перегляд постанови судді Верховного Суду України від 24 червня 2002 року та ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 16 липня 2002 року за нововиявленими обставинами залишив без задоволення.

По-перше, як на підставу для перегляду постанови судді Верховного Суду України від 24 червня 2002 року про допуск ОСОБА_3 як захисника засудженого до участі у справі на стадії касаційного провадження та ухвали Верховного Суду України від 16 липня 2002 року заявник посилається на те, що його захист у суді касаційної інстанції забезпечувався особою, котра не мала на те законних підстав, оскільки брала участь у цьому ж кримінальному провадженні як захисник іншого засудженого та надавала консультативні послуги потерпілій, про що не було відомо Верховному Суду України.

Разом із тим, у матеріалах справи – і на цьому наголошує сам заявник – містяться такі документи: заява засудженого ОСОБА_2 про допуск до участі у справі його захисником ОСОБА_3, заява ОСОБА_3 про згоду на забезпечення захисту ОСОБА_2, ліцензія на здійснення юридичної практики, видана ОСОБА_3 Міністерством юстиції України, свідоцтво про державну реєстрацію суб'єкта підприємницької діяльності – фізичної особи у, видане на ім'я ОСОБА_3, угода ОСОБА_6 з приватним юристом ОСОБА_3 про забезпечення захисту її сина ОСОБА_2 у кримінальному процесі, заява про взаємну домовленість засудженого ОСОБА_2 та його захисника ОСОБА_3, заява потерпілої до Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України про усунення ОСОБА_3 від участі у кримінальній справі як захисника засудженого ОСОБА_1, оскільки той раніше надавав їй юридичну допомогу у вигляді неодноразових консультацій у цій же справі, після чого він не вправі захищати засудженого, інтереси якого суперечать її інтересам.

З огляду на наведене вказані засудженим ОСОБА_1 у заяві обставини були відомі Верховному Суду України під час розгляду кримінального провадження у касаційному порядку та постановлення судових рішень, а тому не можуть визнаватися нововиявленими у розумінні ст. 459 КПК.

По-друге, підставою для перегляду ухвали Верховного Суду України від 16 липня 2002 року за нововиявленими обставинами засуджений називає розгляд справи судом першої інстанції в незаконному складі, а саме те, що розгляд справи здійснювався за участю народного засідателя після досягнення ним віку, з якого закон забороняє здійснювати повноваження народного засідателя.

Як убачається з вироку апеляційного суду від 25 грудня 2001 року, у розгляді справи щодо засудженого брав участь народний засідатель ОСОБА_5.

За даними архівної довідки, наданої державним архівом Черкаської області, рішенням Черкаської обласної ради від 4 липня 2000 року за поданням обласного суду народним засідателем Черкаського обласного суду обрано ОСОБА_5, 1924 року народження.

Відповідно до вимог Закону України від 5 червня 1981 року «Про судоустрій» № 2022-Х, що діяв на час розгляду справи судом та ухвалення вироку і втратив чинність 1 червня 2002 року, народним засідателем могла бути особа, яка на день обрання досягла 30-річного віку, не має судимості, не є особою з обмеженою дієздатністю або яку за рішенням суду визнано недієздатною (ст. 55). Жодних вимог щодо максимальних вікових меж для здійснення повноважень народного засідателя вказаний закон не передбачав.

За таких обставин суд дійшов висновку, що засуджений ОСОБА_1 не навів таких обставин, які могли бивплинути на судові рішення, але не були відомі суду під час касаційного розгляду при ухваленні судового рішення і які самі по собі або разом із раніше виявленими обставинами доводять неправильність постанови судді Верховного Суду України від 24 червня 2002 року та ухвали Верховного Суду України від 16 липня 2002 року.

Що стосується доводів засудженого про порушення його права на захист під час досудового слідства у зв'язку з неналежним виконанням обов'язків адвокатом ОСОБА_4, а також при розгляді справи Верховним Судом України за участю захисника, який не мав на те права, то це питання не може бути вирішено Судом у порядку, визначеному главою 34 КПК, на підставі, передбаченій ч. 2 ст. 459 КПК.

Тижневий огляд судової практики Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду. Рішення, внесені до ЄДРСР за період з 05.08.2019 по 09.08.2019. Київ, 2019. 54 с.

Застереження: видання містить короткий огляд судових рішень Касаційного кримінального суду. У кожному з них викладено лише висновок щодо певного правового питання, яке виникло у справі. Для правильного розуміння висловленої в судовому рішенні правової позиції необхідно ознайомитися з його повним текстом, розміщеним у Єдиному державному реєстрі судових рішень.

Стежте за нами онлайн
fb.com/supremecourt.ua
t.me/supremecourtua