



—
Верховний
Суд

ОГЛЯД
судової практики палат
і об'єднаної палати
Касаційного кримінального суду
у складі Верховного Суду

Рішення, внесені до ЄДРСР,
за 2021 рік

ЗМІСТ

Розділ І. Застосування норм кримінального права України	12
1.1. Призначення покарання	12
1.1.1. Якщо в діях особи має місце повторність тотожних кримінальних правопорушень, з яких одне або кілька правопорушень було вчинено до ухвалення попереднього вироку, а інше (інші) – після його ухвалення, то спеціальні правила ч. 4 ст. 70 КК не застосовуються. У такому випадку суд кваліфікує кримінальні правопорушення за однією статтею або частиною статті Особливої частини КК та призначає покарання, передбачене її санкцією, а остаточне покарання визначає за правилами ст. 71 КК за сукупністю вироків	12
1.1.2. Якщо за попереднім вироком особу звільнено від відбування покарання з випробуванням (ст. 75 КК), однак встановлено, що до його ухвалення вона вчинила інші кримінальні правопорушення, то вирішення питання про призначення покарання за сукупністю злочинів залежить від того, чи було змінено попередній вирок на момент ухвалення нового, а також від того, яке рішення щодо призначення покарання особі приймає суд у новому вироку. Якщо попередній вирок залишився без змін, а за новим вироком особі призначається покарання, яке вона має відбувати реально, то положення ч. 4 ст. 70 КК щодо призначення остаточного покарання особі з урахуванням попереднього вироку не застосовуються. При цьому кожен вирок (попередній та новий) виконується самостійно. Якщо кримінальні правопорушення за новим вироком було вчинено особою до ухвалення декількох попередніх вироків, за які вона засуджена до покарань, що належить відбувати реально, то остаточне покарання призначається на підставі ч. 4 ст. 70 КК за правилами, передбаченими частинами 1–3 цієї статті (шляхом поглинення менш суворого покарання більш суворим або шляхом повного чи часткового складання призначених особі покарань за новим та попередніми вирокami)	15
1.1.3. Якщо особа вчинила кримінальне правопорушення, за яке їй призначається покарання у виді позбавлення волі, до постановлення в інших провадженнях двох вироків, кожен із яких виконується самостійно, зокрема, за одним із яких призначено покарання у виді позбавлення волі, що належить відбувати реально, а інший вирок виконується самостійно у зв'язку з призначенням покарання у виді позбавлення волі, але зі звільненням від відбування	15

покарання з випробуванням на підставі ст. 75 КК, то під час призначення покарання вимоги ч. 4 ст. 70 КК застосовуються тільки до вироку, яким особу засуджено до позбавлення волі, що належить відбувати реально. 18

Якщо особа вчинила принаймні одне кримінальне правопорушення після постановлення двох попередніх вироків, які виконуються самостійно, і останнім (третім) вироком особі призначається покарання, яке належить відбувати реально, то припиняється окреме виконання обох попередніх вироків. Правовою підставою такого припинення щодо першого вироку є положення ч. 3 ст. 78 та ст. 71 КК, а правовою підставою припинення виконання другого вироку – положення ст. 71 КК. Остаточне покарання в такому випадку особі призначається на підставі ст. 71 цього Кодексу за сукупністю вироків з урахуванням покарань, призначених за всіма (трьома) вирокими 18

1.1.4. Призначаючи покарання за сукупністю злочинів за правилами, передбаченими ч. 1 ст. 71 КК, суд повинен установити сукупність двох умов, а саме момент вчинення кримінального правопорушення засудженим («після постановлення вироку, але до повного відбуття покарання» за попереднім вироком») та наявність невідбутої частини покарання (основного та/або додаткового) за попереднім вироком на момент призначення судом покарання за новим вироком. Відсутність хоча б однієї з цих умов виключає можливість застосування ч. 1 ст. 71 КК під час вирішення питання про призначення покарання за новим вироком. 21

Якщо на момент вчинення особою нового кримінального правопорушення невідбутою частиною покарання за попереднім вироком було основне покарання у виді штрафу (ст. 53 КК), яке на час ухвалення нового вироку вже відбуло, порядок та правила призначення остаточного покарання за сукупністю вироків, визначені положеннями ч. 1 ст. 71, ч. 3 ст. 72 КК, не застосовуються 21

1.2. Звільнення від кримінальної відповідальності 24

1.2.1. Вчинення особою умисних дій, спрямованих на ухилення від досудового розслідування або суду, зупиняє диференційовані строки давності, передбачені у ч. 1 ст. 49 КК. У такому випадку притягнення особи до кримінальної відповідальності можливе у межах загальних строків давності, визначених у ч. 2 ст. 49 КК, а саме 15 років з часу вчинення злочину або 5 років – з часу вчинення кримінального проступку. Час, який минув із дня вчинення кримінального правопорушення до дня, коли особа почала ухилятися від досудового розслідування або суду, зберігається і зараховується до загального

строку давності, що продовжує спливати. До загального строку також зараховується період такого ухилення, а також проміжок часу, що пройшов із дня з'явлення особи із зізнанням або затримання до дня набрання вироком законної сили

24

1.2.2. Особа, яка добровільно звернулася до лікувального закладу і розпочала лікування від наркоманії, звільняється від кримінальної відповідальності за дії, передбачені ч. 1 ст. 309 КК. Підставою для звільнення від кримінальної відповідальності у такому випадку є добровільне звернення до лікувального закладу особи, яка хворіє на наркоманію, та розпочате нею лікування від наркоманії.

29

Добровільним у контексті ч. 4 ст. 309 КК слід вважати таке звернення особи до лікувального закладу, яке здійснюється за її особистою згодою, або згодою законного представника, що мало місце до моменту виходу суду першої інстанції до нарадчої кімнати для ухвалення рішення у кримінальному провадженні. Для застосування цієї норми попередній факт перебування особи на обліку осіб, які незаконно вживають наркотичні засоби або психотропні речовини, не є визначальним, оскільки факт захворювання на наркоманію у такої особи може бути встановлено вперше

29

1.2.3. Суди першої та апеляційної інстанцій зобов'язані роз'яснити особі, яка притягається до кримінальної відповідальності те, що у разі, якщо на момент судового розгляду чи апеляційного перегляду закінчилися строки давності притягнення цієї особи до кримінальної відповідальності, то це є правовою підставою для звільнення особи від кримінальної відповідальності у порядку, передбаченому КПК, і таке звільнення є підставою для закриття кримінального провадження на підставі п. 1 ч. 2 ст. 284 КПК, а також право заперечувати проти закриття кримінального провадження з цієї підстави та наслідки такого заперечення. Нероз'яснення судом першої чи апеляційної інстанцій зазначених обставин є порушенням вимог кримінального процесуального закону.

33

Особа підлягає звільненню від кримінальної відповідальності на підставі ст. 49 КК у суді касаційної інстанції в порядку ст. 440 КПК за таких умов: 1) на день перегляду кримінального провадження судом апеляційної інстанції закінчилися строки давності притягнення такої особи до кримінальної відповідальності за вчинене кримінальне правопорушення; 2) ця особа не подавала до апеляційного суду відповідне клопотання про звільнення від кримінальної відповідальності, і суд апеляційної інстанції не роз'яснив особі явність зазначених підстав для звільнення від кримінальної відповідальності та не з'ясував її думку щодо згоди чи незгоди з таким звільненням;

3) така особа висловила згоду в касаційному суді на звільнення її від кримінальної відповідальності на підставі ст. 49 КК	33
1.3. Кваліфікація кримінальних правопорушень проти виборчих, трудових та інших особистих трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина	35
1.3.1. ККС відступив від правової позиції, сформульованої у постанові від 13.11.2018 у справі № 449/613/15-к (провадження № 51-1531км18), щодо встановлення матеріальної шкоди як ознаки складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 176 КК, яка може визначатися на підставі як прямої дійсної шкоди, завданої інкримінованими діями винуватої особи, так і неотриманого прибутку	35
1.4. Кваліфікація кримінальних правопорушень проти власності	37
1.4.1. Якщо під час вчинення розбою винний вилучає майно з житла, іншого приміщення чи сховища, до якого немає вільного доступу, і при цьому застосовує погрозу насильством, небезпечним для життя чи здоров'я до особи, яка відповідно має такий доступ, тобто винний таким чином використовує вказану особу, що діє під психічним примусом (ч. 2 ст. 40 КК), то його дії слід кваліфікувати як розбій, вчинений з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище (ч. 3 ст. 187 КК), оскільки за вказаних обставин винний здійснює опосередковане проникнення до житла, іншого приміщення чи сховища, до якого немає вільного доступу	37
1.5. Кваліфікація кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг	40
1.5.1. Декларація про готовність до експлуатації об'єкта, що належить до I-III категорії складності, яка складена, видана чи посвідчена відповідною особою в межах її компетенції за визначеною законом формою та з належними реквізитами, є офіційним документом. Наведення недостовірних даних у декларації про готовність об'єкта до експлуатації утворює склад адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 13 ст. 96 КУпАП (у редакції Закону України від 09.04.2015 № 320-VIII), однак не містить ознак складу злочину, передбаченого ст. 366 КК	40
1.5.2. Суб'єктом злочину, передбаченого ст. 369-2 КК, може бути будь-яка особа, яка, на думку того, хто надає неправомірну вигоду,	40

здатна реально вплинути на особу, уповноважену на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Дефініція поняття «особа, уповноважена на виконання функцій держави», що містилася у примітці ст. 369-2 КК з вказівкою на Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції», який втратив чинність, має тлумачитися з урахуванням того, що особа, яка надає неправомірну вигоду особі повинна безсумнівно усвідомлювати належність її до осіб, уповноважених на виконання функцій держави, з огляду на її правовий статус і повноваження. Слідчий безсумнівно належить до осіб, уповноважених на виконання функцій держави, зважаючи на його правовий статус

44

Розділ 2. Застосування норм кримінального процесуального права України

48

2.1. Сторона обвинувачення

48

2.1.1. Рішення про призначення прокурора (групи прокурорів) для здійснення процесуального керівництва у конкретному кримінальному провадженні повинно прийматися у формі постанови та відповідати вимогам ст. 110 КПК, тобто така постанова має міститись у матеріалах досудового розслідування та бути підписаною службовою особою, яка її прийняла.

48

Відсутність зазначеної постанови в матеріалах досудового розслідування або її непідписання керівником відповідного органу прокуратури обумовлює недопустимість доказів, зібраних під час досудового розслідування, як таких, що зібрані під наглядом і процесуальним керівництвом прокурора (групи прокурорів), який не мав на те законних повноважень

48

2.1.2. Якщо Генеральним прокурором, керівником обласної прокуратури, їх першими заступниками та заступниками здійснення досудового розслідування кримінального правопорушення доручено іншому органу досудового розслідування без встановлення неефективності його здійснення органом досудового розслідування, визначеним ст. 216 КПК, має місце недотримання належної правової процедури застосування ч. 5 ст. 36 КПК та порушення вимог статей 214, 216 цього Кодексу. Наслідком недотримання цієї процедури як складового елемента принципу верховенства права є визнання доказів, одержаних у ході досудового розслідування, недопустимими на підставі ст. 86, п. 2 ч. 3 ст. 87 КПК як таких, що зібрані (отримані) неуповноваженими особами (органом) у конкретному кримінальному провадженні, з порушенням встановленого законом порядку

51

2.2. Досудове розслідування	54
2.2.1. Виконання ухвали слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи покладається особисто на слідчого чи прокурора і не може бути доручене відповідним оперативним підрозділам	54
2.2.2. Обвинувальний акт повинен бути складений, затверджений, вручений та безпосередньо направлений до суду в межах строку досудового розслідування. Кінцевим моментом досудового розслідування є безпосереднє направлення обвинувального акта до суду. Направлення прокурором обвинувального акта після закінчення досудового розслідування до суду поза межами строків досудового розслідування у кримінальних провадженнях щодо злочинів, які не є тяжкими чи особливо тяжкими проти життя та здоров'я, виключає набуття особою процесуального статусу обвинуваченого (підсудного), а отже, унеможлиблює розгляд у суді кримінального провадження по суті та тягне за собою його закриття на підставі п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК.	57
У разі встановлення обставин, передбачених п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК, суд апеляційної чи касаційної інстанції зобов'язаний скасувати судові рішення нижчих інстанцій і закрити кримінальне провадження	57
2.2.3. Термінологічні звороти «призначати слідчого» та «визначати слідчого» синонімічні, а тому їх зміст у тексті КПК є тотожним. Процесуальне рішення про призначення (визначення) групи слідчих, які здійснюватимуть досудове розслідування у конкретному кримінальному провадженні, про визначення старшого цієї групи, який керуватиме діями інших слідчих, повинно бути прийнято у формі постанови. Таке процесуальне рішення необхідно долучати до матеріалів досудового розслідування для підтвердження наявності повноважень слідчих, які здійснюють досудове розслідування	60
2.3. Особливості досудового розслідування кримінальних проступків	62
2.3.1. Кримінальні процесуальні акти (механізми) повернення обвинувального акта прокурору в порядку, передбаченому КПК, та повернення обвинувального акта прокурору для внесення з урахуванням вимог глави 25 «Особливості досудового розслідування кримінальних проступків» КПК відповідно до пп. 5 п. 4 Розділу II «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних	

правопорушень», не є тотожними.	62
Ухвала місцевого суду про повернення обвинувального акта прокурору, згідно з яким особа обвинувачується у вчиненні кримінального проступку, для його внесення до суду з урахуванням вимог глави 25 КПК, оскарженню в апеляційному порядку не підлягає	62
2.4. Оскарження ухвал слідчого судді під час досудового розслідування	65
2.4.1. Ухвали слідчих суддів за результатами розгляду скарг на бездіяльність слідчого, прокурора, яка полягає у невнесенні відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР, що постановлені після 17.06.2020 (дата ухвалення Конституційним Судом України рішення про визнання такими, що не відповідають Конституції (є неконституційними), положень ч. 3 ст. 307 КПК (Рішення Конституційного Суду України від 17.06.2020 № 4-р(II)/2020), підлягають оскарженню в апеляційному порядку.	65
Якщо така ухвала слідчого судді постановлена до 17.06.2020 і на час ухвалення Рішення Конституційного Суду України від 17.06.2020 № 4-р(II)/2020 ще не закінчився строк апеляційного оскарження особою ухвали слідчого судді за результатами розгляду скарги на бездіяльність слідчого, прокурора, яка полягає у невнесенні відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР, встановлений у п. 3 ч. 2 та ч. 3 ст. 395 КПК, то така особа має право оскаржити вказану ухвалу слідчого судді в апеляційному порядку	65
2.4.2. Серед рішень слідчого судді, можливість ухвалення яких прямо не передбачена КПК, виокремлюються рішення, ухвалені поза межами процедури, передбаченої КПК, та ухвалені в межах установленої КПК процедури із застосуванням положень ч. 6 ст. 9 КПК і загальних засад кримінального провадження, визначених ч. 1 ст. 7 цього Кодексу.	67
Під час вирішення питання щодо апеляційного оскарження останніх, слід виходити насамперед із сутнісного критерію, закладеного законодавцем у ході визначення кола ухвал слідчого судді, що підлягають оскарженню.	67
Оскільки постановлення слідчим суддею ухвали про повернення клопотання слідчого про арешт майна у зв'язку з недотриманням вимог ч. 2 ст. 132 КПК (якщо воно не підлягає розгляду в цьому суді) не призводить ні до обмежень конституційних прав особи, ні до неможливості оскарження вже встановлених правообмежень, ані перешкоджає здійсненню ефективного досудового розслідування чи кримінального провадження в цілому, така ухвала не підлягає оскарженню в апеляційному порядку під час досудового розслідування	67

2.4.3. Сторони кримінального провадження мають право оскаржувати в апеляційному порядку ухвалу слідчого судді про зміну підозрюваному обраного запобіжного заходу у випадку, якщо застосування такого запобіжного заходу або відмова в його застосуванні підлягають апеляційному оскарженню відповідно до ч. 1 ст. 309 КПК	70
2.5. Судові рішення	72
2.5.1. За наявності підстав суд апеляційної інстанції має процесуальні повноваження постановити ухвали, які не вирішують справи по суті, однак звертають увагу уповноважених органів на встановлені у кримінальному провадженні факти порушення закону, що потребують належного реагування	72
2.5.2. Враховуючи положення статей 420, 421 КПК, рішення про призначення особі покарання, у тому числі менш суворого, але яке підлягає реальному відбуванню, замість призначеного судом першої інстанції покарання, від відбування якого її було звільнено з випробуванням, суд апеляційної інстанції ухвалює у формі вироку	74
2.6. Провадження в суді апеляційної інстанції	75
2.6.1. Підозрюваний, обвинувачений, засуджений не мають права відмовитися від апеляційної чи касаційної скарги захисника, поданої в їхніх інтересах. У разі незгоди підозрюваного, обвинуваченого, засудженого із апеляційною чи касаційною скаргою захисника вони мають право заявити про це до або під час судового засідання, і суд має право врахувати їхню позицію при вирішенні скарги	75
2.6.2. Прокурор, враховуючи положення п. 3 ч. 3 ст. 394 КПК, а також зважаючи на те, що вирок суду на підставі угоди про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим повинен відповідати загальним вимогам до судових рішень щодо законності, наділений повноваженнями оскаржувати вказаний вирок лише у зв'язку з порушеннями вимог ч. 3 ст. 469 КПК під час укладення угоди та не може оскаржувати його на інших підставах, у тому числі через затвердження судом угоди, умови якої не відповідають нормам кримінального та процесуального закону	77
2.6.3. Судове рішення, постановлене стосовно юридичної особи, яка є учасником судового провадження, за скаргою (заявою)	

її представника, може бути оскаржене до суду вищої інстанції іншим представником цієї юридичної особи	78
2.6.4. Потерпілий або його законний представник чи представник не можуть оскаржити в апеляційному порядку ухвалу слідчого судді про скасування повідомлення про підозру, постановлену на стадії досудового розслідування	80
2.7. Касаційне оскарження	82
2.7.1. Потерпілий або його законний представник чи представник мають право на касаційне оскарження судових рішень з підстави невідповідності призначеного покарання тяжкості кримінального правопорушення та особі засудженого внаслідок суворості, але в межах вимог, заявлених ними в суді першої інстанції. У даному випадку оскарження потерпілим судових рішень з підстави невідповідності призначеного покарання тяжкості кримінального правопорушення та особі засудженого внаслідок суворості, враховуючи законодавчі обмеження, становлять приватний інтерес потерпілого у контексті права відстоювати свою позицію і намагатися встановленими законом засобами досягти зміни або скасування судового рішення	82
2.7.2. Касаційне провадження за касаційною скаргою про погіршення становища особи, щодо якої апеляційним судом скасовано вирок та закрито кримінальне провадження, у разі втрати юридичної сили норми Особливої частини КК відповідно до рішення КСУ, яка передбачала відповідальність за вчинення діяння, що інкримінувалося особі, підлягає закриттю	85
2.8. Закриття кримінального провадження	86
2.8.1. Визнання Конституційним Судом України неконституційною статті або частини статті Особливої частини КК, якою передбачається відповідальність за діяння, є підставою для скасування обвинувального вироку чи ухвали та закриття кримінального провадження на підставі п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК. Закриття кримінального провадження у вказаному випадку унеможливорює продовження кримінального провадження з метою реабілітації засудженого або з інших причин	86

Перелік скорочень

БЕБ	Бюро економічної безпеки
ВАКС	Вищий антикорупційний суд
ВП	Велика Палата Верховного Суду
ВРП	Вища рада правосуддя
ВС	Верховний Суд
ВСУ	Верховний Суд України
ДАБК	державний архітектурно-будівельний контроль
ДБР	Державне бюро розслідувань
ДКВС	Державна кримінально-виконавча служба
ДП	державне підприємство
ДПС	Державна податкова служба
ДФС	Державна фіскальна служба
ЖБТ	житлово-будівельне товариство
ЄРДР	Єдиний реєстр досудових розслідувань
Конвенція	Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
КК	Кримінальний кодекс України
ККС	Касаційний кримінальний суд
КУпАП	Кодекс України про адміністративні правопорушення
КПК	Кримінальний процесуальний кодекс України
КСУ	Конституційний Суд України
НАБУ	Національне антикорупційне бюро України
НП	Національна поліція
НСРД	негласна слідча (розшукова) дія
ОП	об'єднана палата Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду
САП	Спеціалізована антикорупційна прокуратура
СБУ	Служба безпеки України
СВ	слідчий відділ
СРД	слідча (розшукова) дія
ТОВ	товариство з обмеженою відповідальністю

Розділ I. Застосування норм кримінального права України

1.1. Призначення покарання

1.1.1. Якщо в діях особи має місце повторність тотожних кримінальних правопорушень, з яких одне або кілька правопорушень було вчинено до ухвалення попереднього вироку, а інше (інші) – після його ухвалення, то спеціальні правила ч. 4 ст. 70 КК не застосовуються. У такому випадку суд кваліфікує кримінальні правопорушення за однією статтею або частиною статті Особливої частини КК та призначає покарання, передбачене її санкцією, а остаточне покарання визначає за правилами ст. 71 КК за сукупністю вироків

Обставини справи: за вироком місцевого суду ОСОБА_1 засуджено за ч. 2 ст. 185 КК (за вчинення злочину 28.12.2018 до постановлення попереднього вироку від 17.01.2019) до покарання у виді позбавлення волі на строк 3 роки. На підставі ч. 4 ст. 70 КК за сукупністю злочинів ОСОБА_1 визначено покарання у виді позбавлення волі на строк 4 роки.

За вчинення злочину 28.01.2019 ОСОБА_1 засуджено за ч. 2 ст. 195 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк 3 роки. На підставі ч. 1 ст. 71 КК за сукупністю вироків ОСОБА_1 остаточно визначено покарання у виді позбавлення волі на строк 4 роки 3 місяці.

Вироком установлено, що 28.12.2018 ОСОБА_1, перебуваючи в автомобілі ОСОБА_2, з барсетки таємно викрав 500 грн потерпілого. Крім того, 28.01.2019, перебуваючи на території домоволодіння ОСОБА_2, із сараю таємно викрав належну потерпілому електродріль вартістю 433,33 грн.

Ухвалою апеляційного суду вирок щодо ОСОБА_1 в порядку ч. 2 ст. 404 КПК змінено. Постановлено обчислювати строк відбування покарання ОСОБА_1 з 04.02.2020, зарахувавши йому на підставі ст. 72 КК у строк покарання строк тримання під вартою з 25.11.2019 по 23.01.2020 включно з розрахунку один день тримання під вартою за один день позбавлення волі. У решті вирок щодо ОСОБА_1 залишено без зміни.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: необхідність відступити від висновку щодо застосування норми права в подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухвалених рішеннях ВС, а саме постановвах від 15.01.2020 (справа № 585/1603/17, провадження № 51-3290км19), від 29.07.2020 (справа № 541/715/17, провадження № 51-7898км18) та від 10.07.2019 (справа № 723/1538/16-к, провадження № 51-8625км18). Предметом перегляду цієї справи є питання призначення покарання за кримінальні правопорушення, відповідальність за які передбачена однією статтею (частиною статті) Особливої частини КК у випадку їх вчинення особою як до, так і після ухвалення попереднього вироку.

Позиція ОП: змінено вирок місцевого суду та ухвалу апеляційного суду. Виключено з вироку та ухвали рішення попередніх інстанцій про призначення

покарання ОСОБА_1 за ч. 2 ст. 185 КК окремо за кожен з епізодів крадіжок та призначення покарання на підставі ч. 4 ст. 70 КК, призначено ОСОБА_1 за ч. 2 ст. 185 КК покарання у виді позбавлення волі на строк 3 роки. На підставі ст. 71 КК за сукупністю вироків до призначеного покарання частково приєднано невідбуту частину покарання за попереднім вироком та остаточно визначено ОСОБА_1 покарання у виді позбавлення волі на строк 4 роки 3 місяці.

Обґрунтування позиції ОП: ОП, здійснивши аналіз норм КК, КПК, звертає увагу на те, що законодавство України про кримінальну відповідальність та кримінальне процесуальне законодавство не містить положень про те, що кримінальні правопорушення, які утворюють передбачену ч. 1 ст. 32 КК повторність тотожних кримінальних правопорушень, мають бути окремо кваліфіковані і за кожне правопорушення, кваліфіковане за однією статтею або частиною статті, має бути призначене окреме покарання.

Кваліфікація двох або більше тотожних кримінальних правопорушень та призначення за ними покарання здійснюється згідно з усталеною судовою практикою. Так, передбачені законом правила призначення покарання за сукупністю кримінальних правопорушень (ст. 70 КК) застосовуються у випадках самостійної кваліфікації вчиненого як за різними статтями, так і за різними частинами однієї статті кримінального закону, якими передбачено відповідальність за окремі склади кримінальних правопорушень і які мають самостійні санкції. За цими ж правилами призначається покарання і в разі вчинення особою діянь, частина яких кваліфікується як закінчене кримінальне правопорушення, а решта як готування до кримінального правопорушення чи замах на нього. За окремими епізодами злочинної діяльності або за окремими пунктами статті (частини статті) КК, які не мають самостійної санкції, покарання не призначається.

Якщо вчинені кримінальні правопорушення, крім повторності, утворюють ще й сукупність, вони відповідно до ч. 2 ст. 33 КК повинні отримувати окрему кваліфікацію (наприклад, крадіжка без кваліфікуючих ознак і крадіжка, вчинена повторно, або крадіжка, поєднана з проникненням у житло). Якщо кримінальні правопорушення, які утворюють повторність, відповідають одному і тому самому складу кримінального правопорушення (наприклад, три крадіжки, поєднані з проникненням у житло, п'ять розбоїв, вчинених організованою групою, тощо), їх кваліфікація здійснюється за однією статтею або частиною статті Особливої частини КК. У таких випадках повторність кримінальних правопорушень повинна зазначатися у процесуальних документах, які стосуються обвинувачення особи, як кваліфікуюча ознака відповідних кримінальних правопорушень.

Призначення покарання на підставі ч. 4 ст. 70 КК при повторності тотожних кримінальних правопорушень призведе до застосування кримінального закону за аналогією, що прямо заборонено ч. 4 ст. 3 КК, та порушення вимог визначеності кримінального закону. Правила призначення покарання за сукупністю кримінальних правопорушень більш жорсткі, ніж у разі повторності, оскільки в останньому випадку суд не має права вийти за межі максимуму санкції статті

Особливої частини КК, що передбачає відповідальність за вчинені кримінальні правопорушення, а у разі застосування ст. 70 КК така можливість передбачена (якщо хоча б одне із кримінальних правопорушень, що входить у сукупність, є умисним тяжким або особливо тяжким злочином).

Таким чином, якщо в діях особи має місце повторність кримінальних правопорушень, передбачена ч. 1 ст. 32 КК, і ця особа засуджується за вчинення кількох тотожних кримінальних правопорушень, які кваліфікуються за однією статтею або частиною статті Особливої частини КК, і при цьому одне або кілька з них були вчинені до ухвалення попереднього вироку, а ще одне або декілька – після його ухвалення, то спеціальні правила ч. 4 ст. 70 КК не застосовуються. У такому випадку суд кваліфікує зазначені кримінальні правопорушення за однією статтею або частиною статті Особливої частини КК та призначає покарання, передбачене її санкцією, а остаточне покарання визначає за правилами ст. 71 КК за сукупністю вироків.

У цьому кримінальному провадженні судом першої інстанції визнано встановленим, що ОСОБА_1 вчинив крадіжки, які містять кваліфікуючу ознаку «повторність», тому кожне із злочинних діянь містить склад злочину, передбаченого ч. 2 ст. 185 КК. Проте, як було з'ясовано під час розслідування та судового розгляду кримінального провадження, обвинувачений ОСОБА_1 за вироком місцевого суду був засуджений за ч. 3 ст. 185 КК із застосуванням ч. 4 ст. 70 КК до позбавлення волі на строк 4 роки та на підставі ст. 75 КК звільнений від відбування покарання з випробуванням на строк 3 роки. Таким чином, одну з крадіжок ОСОБА_1 вчинив до, а другу після ухвалення попереднього вироку. Суд першої інстанції прийняв рішення призначити за кожен із злочинів, кваліфікованих за однією частиною статті Особливої частини КК, що має одну санкцію, окремі покарання та застосувати як вимоги ч. 4 ст. 70, так і вимоги ч. 1 ст. 71 КК.

Проте рішення місцевого суду (з висновками якого безпідставно погодився й суд апеляційної інстанції) про призначення засудженому покарання за ч. 2 ст. 185 КК за окремі епізоди крадіжки та застосування ч. 4 ст. 70 КК є неправильним застосуванням закону України про кримінальну відповідальність. Тому з вироку місцевого суду та ухвали апеляційного суду підлягає виключенню рішення судових інстанцій про призначення покарання ОСОБА_1 за ч. 2 ст. 185 КК окремо за кожен з епізодів крадіжок та призначення покарання на підставі ч. 4 ст. 70 КК.

Разом із тим з матеріалів справи вбачається, що ОСОБА_1 за попереднім вироком було засуджено за ч. 3 ст. 185 КК, ч. 4 ст. 70 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк 4 роки зі звільненням на підставі ст. 75 КК від його відбування з випробуванням на строк 3 роки. Новий злочин вчинено ним після постановлення попереднього вироку протягом іспитового строку, а тому з огляду на положення ч. 3 ст. 78 КК остаточне покарання йому має визначатись за правилами, передбаченими ст. 71 КК, а саме за сукупністю вироків.

Висновок: якщо в діях особи має місце повторність кримінальних правопорушень, передбачена ч. 1 ст. 32 КК, і ця особа засуджується за вчинення

кількох тотожних кримінальних правопорушень, які кваліфікуються за однією статтею або частиною статті Особливої частини КК, і при цьому одне або кілька з них були вчинені до ухвалення попереднього вироку, а ще одне або декілька – після його ухвалення, то спеціальні правила ч. 4 ст. 70 КК не застосовуються. У такому випадку суд кваліфікує зазначені кримінальні правопорушення за однією статтею або частиною статті Особливої частини КК та призначає покарання, передбачене її санкцією, а остаточне покарання визначає за правилами ст. 71 КК за сукупністю вироків.

У справі було висловлено окрему думку.

Детальніше з текстом постанови ОП від 08.02.2021 у справі № 390/235/19 (провадження № 51-2177кмо20) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94974219>

Окрема думка <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94999836>

1.1.2. Якщо за попереднім вироком особу звільнено від відбування покарання з випробуванням (ст. 75 КК), однак встановлено, що до його ухвалення вона вчинила інші кримінальні правопорушення, то вирішення питання про призначення покарання за сукупністю злочинів залежить від того, чи було змінено попередній вирок на момент ухвалення нового, а також від того, яке рішення щодо призначення покарання особі приймає суд у новому вироку.

Якщо попередній вирок залишився без змін, а за новим вироком особі призначається покарання, яке вона має відбувати реально, то положення ч. 4 ст. 70 КК щодо призначення остаточного покарання особі з урахуванням попереднього вироку не застосовуються. При цьому кожен вирок (попередній та новий) виконується самостійно.

Якщо кримінальні правопорушення за новим вироком було вчинено особою до ухвалення декількох попередніх вироків, за які вона засуджена до покарань, що належить відбувати реально, то остаточне покарання призначається на підставі ч. 4 ст. 70 КК за правилами, передбаченими частинами 1–3 цієї статті (шляхом поглинення менш суворого покарання більш суворим або шляхом повного чи часткового складання призначених особі покарань за новим та попередніми вироками)

Обставини справи: ОСОБА_1, будучи раніше засудженим вироком від 14.06.2018 за ч. 2 ст. 185 КК до покарання у виді обмеження волі на строк 1 рік; вироком від 18.02.2019 за ч. 2 ст. 185 КК до покарання у виді арешту на строк 6 місяців; вироком від 01.04.2019 за ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 185 КК до покарання у виді обмеження волі на строк 2 роки, на підставі ст. 75 КК його звільнено від відбування покарання з випробуванням з іспитивим строком тривалістю 1 рік та покладено обов'язки, передбачені ст. 76 КК, засуджено вироком місцевого суду від 21.12.2019 за ч. 2 ст. 185 КК до покарання у виді обмеження волі на строк 2 роки; за ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 185 КК до покарання у виді обмеження волі на строк 1 рік. На підставі ч. 1 ст. 70 КК шляхом поглинення менш суворого покарання більш суворим

ОСОБА_1 визначено остаточне покарання у виді обмеження волі на строк 2 роки. Вирок від 01.04.2019 ухвалено виконувати самостійно.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: необхідність відступити від висновку щодо застосування положень ч. 4 ст. 70 КК, викладеного в постанові ККС від 05.11.2020 (справа № 185/7034/19, провадження № 51-2405км20), згідно з яким встановлення тієї обставини, що засуджений винен ще й в іншому злочині, вчиненому до постановлення попереднього вироку, стає підставою для призначення покарання за сукупністю злочинів відповідно до положень ч. 1 та ч. 4 ст. 70 КК, які не визначають відмінних варіантів призначення покарання залежно від того, чи застосовано при призначенні покарання звільнення від його відбування з випробуванням.

Позиція ОП: змінено вирок місцевого суду, на підставі положень ч. 4 ст. 70 КК за сукупністю злочинів шляхом поглинення менш суворих покарань, призначених вироками місцевих судів від 14.06.2018 та від 18.02.2019, більш суворим, призначеним вироком місцевого суду від 21.12.2019, призначено ОСОБА_1 остаточне покарання у виді обмеження волі на строк 2 роки. На підставі ст. 72 КК зараховано у строк остаточного покарання покарання, відбуте ОСОБА_1 за вироками від 14.06.2018 та від 18.02.2019, а вирок від 01.04.2019, яким ОСОБА_1 звільнено від відбування покарання з випробуванням на підставі ст. 75 КК, постановлено виконувати самостійно.

Обґрунтування позиції ОП: особливістю цього кримінального провадження є те, що злочини, передбачені ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 185 КК та ч. 2 ст. 185 КК, за вчинення яких ОСОБА_1 засуджено вироком місцевого суду від 21.12.2019, що оскаржувався, були скоєні ним до ухвалення судами ще трьох попередніх вироків щодо нього (від 14.06.2018, від 18.02.2019 та від 01.04.2019).

Проте місцевий суд в ухваленому стосовно ОСОБА_1 вироку неправильно застосував закон України про кримінальну відповідальність, не застосувавши ч. 4 ст. 70 КК та не призначивши ОСОБА_1 остаточне покарання за правилами, передбаченими частинами 1–3 цієї статті, а саме шляхом поглинення менш суворого покарання більш суворим або шляхом повного чи часткового складання призначених йому покарань за цим вироком і попередніми вироками місцевого суду від 14.06.2018 за ч. 2 ст. 185 КК у виді обмеження волі на строк 1 рік та вироком місцевого суду від 18.02.2019 за ч. 2 ст. 185 КК у виді арешту на строк 6 місяців.

При цьому, суд надав оцінку лише можливості застосування вказаної норми кримінального закону з урахування покарання, призначеного ОСОБА_1 попереднім вироком від 01.04.2019, зазначивши про його самостійне виконання, оскільки за попереднім вироком ОСОБА_1 засуджено за ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 185 КК до покарання у виді обмеження волі на строк 2 роки, на підставі ст. 75 КК звільнено від його відбування з випробуванням з іспитовим строком, тривалістю 1 рік, та покладено обов'язки, передбачені ст. 76 КК, що узгоджується з вимогами закону про кримінальну відповідальність та з чим погодився й суд апеляційної інстанції.

Так, якщо особа, щодо якої було застосоване звільнення від відбування покарання з випробуванням, 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.

Проте, переглядаючи вирок місцевого суду від 21.12.2019, апеляційний суд не виправив помилки, допущеної судом першої інстанції, також не застосував передбачений законом порядок призначення покарання, обґрунтовуючи своє рішення тим, що за матеріалами кримінального провадження на час ухвалення вироку місцевого суду від 21.12.2019 ОСОБА_1 вже відбув покарання, призначені йому за вироками від 14.06.2018 та від 18.02.2019.

Однак для призначення остаточного покарання на підставі ч. 4 ст. 70 КК за сукупністю злочинів мають значення саме призначені попередніми вироками засудженому покарання, а не їх відбуття, натомість відбуття покарання є визначальним при застосуванні судом положень ст. 71 КК та призначенні остаточного покарання за сукупністю вироків.

Висновок: якщо до особи, котра вчинила кримінальне правопорушення, вироком суду було застосоване звільнення від відбування покарання з випробуванням, а потім було встановлено, що вона винна ще й в інших злочинах, вчинених до постановлення цього вироку, в таких випадках питання про відповідальність особи за сукупністю вчинених нею кримінальних правопорушень має вирішуватись залежно від того, чи залишається незмінним попередній вирок, за яким особа звільнена від відбування покарання з випробуванням, на момент постановлення нового вироку і яке рішення приймає суд у новому вироку щодо покарання за злочини, вчинені до постановлення попереднього вироку.

У випадку, коли попередній вирок залишився незмінним і прийняте в ньому рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням зберігає свою законну силу, а новим вироком особі призначається покарання, яке вона має відбувати реально, положення ч. 4 ст. 70 КК щодо призначення остаточного покарання особі з урахуванням попереднього вироку не застосовуються, а кожний вирок – попередній, за яким особа звільнена від відбування покарання з випробуванням, та новий, за яким їй призначено покарання, що належить відбувати реально, – виконується самостійно.

У разі встановлення судом, що кримінальні правопорушення за новим вироком були вчинені особою до постановлення декількох попередніх вироків, за які особа засуджена до покарань, що належить відбувати реально, остаточне покарання призначається на підставі ч. 4 ст. 70 КК за правилами, передбаченими частинами 1–3 цієї статті, тобто шляхом поглинення менш суворого покарання більш суворим або шляхом повного чи часткового складання призначених особі покарань за новим вироком та попередніми вироками.

У справі було висловлено окрему думку.

Детальніше з текстом постанови ОП від 15.02.2021 у справі № 760/26543/17 (провадження № 51-3600кмо20) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95042469>

Окрема думка <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95042552>

1.1.3. Якщо особа вчинила кримінальне правопорушення, за яке їй призначається покарання у виді позбавлення волі, до постановлення в інших провадженнях двох вироків, кожен із яких виконується самостійно, зокрема, за одним із яких призначено покарання у виді позбавлення волі, що належить відбувати реально, а інший вирок виконується самостійно у зв'язку з призначенням покарання у виді позбавлення волі, але зі звільненням від відбування покарання з випробуванням на підставі ст. 75 КК, то під час призначення покарання вимоги ч. 4 ст. 70 КК застосовуються тільки до вироку, яким особу засуджено до позбавлення волі, що належить відбувати реально.

Якщо особа вчинила принаймні одне кримінальне правопорушення після постановлення двох попередніх вироків, які виконуються самостійно, і останнім (третім) вирокі особі призначається покарання, яке належить відбувати реально, то припиняється окреме виконання обох попередніх вироків. Правовою підставою такого припинення щодо першого вироку є положення ч. 3 ст. 78 та ст. 71 КК, а правовою підставою припинення виконання другого вироку – положення ст. 71 КК. Остаточне покарання в такому випадку особі призначається на підставі ст. 71 цього Кодексу за сукупністю вироків з урахуванням покарань, призначених за всіма (трьома) вирокіми

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за вирокімі місцевого суду від 02.06.2020 ОСОБА_1 визнано винуватим і засуджено до покарання у виді позбавлення волі за ч. 3 ст. 297 КК на строк 4 роки. На підставі ч. 4 ст. 70 КК шляхом часткового складання призначеного покарання за цим вирокімі і за вирокімі місцевого суду від 20.08.2019, зміненим ухвалою апеляційного суду від 29.10.2019, остаточно призначено ОСОБА_1 покарання у виді позбавлення волі на строк 4 роки 1 місяць.

Цим же вирокімі ОСОБА_1 визнано винуватим і засуджено до покарання у виді позбавлення волі: за ч. 2 ст. 185 КК – на строк 3 роки; за ч. 2 ст. 186 КК – на 4 роки 2 місяці. На підставі ч. 1 ст. 70 КК шляхом поглинення менш суворого покарання більш суворим визначено остаточно покарання у виді позбавлення волі на строк 4 роки 2 місяці. Відповідно до ст. 71 КК за сукупністю вироків частково приєднано покарання, призначене із застосуванням ч. 4 ст. 70 КК за вирокімі місцевого суду від 20.08.2019, й остаточно призначено ОСОБА_1 покарання у виді позбавлення волі на строк 4 роки 3 місяці. Строк відбування покарання ОСОБА_1 вирішено обчислювати з часу фактичного затримання, враховуючи вирок місцевого суду від 20.08.2019, тобто з 10.12.2019.

Апеляційний суд ухвалою від 05.10.2020 вирок місцевого суду залишив без зміни, а апеляційну скаргу прокурора – без задоволення.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: забезпечення єдності судової практики щодо застосування норм кримінального закону, зокрема щодо правил призначення покарання за сукупністю вироків (ст. 71 КК) у кримінально-правовій ситуації, коли наявні невідбуті частини покарання за двома і більше попередніми вирокими, які виконувалися самостійно.

Позиція ОП: скасовано ухвалу апеляційного суду та призначено новий розгляд у суді апеляційної інстанції.

Обґрунтування позиції ОП: як вбачається з матеріалів кримінального провадження, ОСОБА_1 був засуджений вирокком місцевого суду від 04.07.2019 за ч. 3 ст. 185 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк 3 роки, зі звільненням на підставі ст. 75 КК від відбування покарання з випробуванням з іспитовим строком тривалістю 2 роки, а також вирокком місцевого суду від 20.08.2019. За ухвалою апеляційного суду від 29.10.2019 останній змінено та постановлено вважати ОСОБА_1 засудженим за ч. 3 ст. 185 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк 3 роки 1 місяць позбавлення волі, а вирок місцевого суду від 04.07.2019 ухвалено виконувати самостійно.

У цьому кримінальному провадженні судом першої інстанції визнано встановленим, що ОСОБА_1 вчинив злочини, передбачені ч. 3 ст. 297 КК (23.04.2019), ч. 2 ст. 185 КК (23.04.2019, 28.11.2019 (два злочини), 29.11.2019, 03.12.2019, 04.12.2019), ч. 2 ст. 186 КК (15.10.2019).

Тобто 23.04.2019 було вчинено два злочини, кваліфіковані відповідно за ч. 3 ст. 297 та ч. 2 ст. 185 КК, та які були вчинені до постановлення вироку місцевого суду від 20.08.2019, зміненого ухвалою апеляційного суду від 29.10.2019. Разом із тим, злочин, передбачений ч. 3 ст. 297 КК, кваліфікується окремо.

Відповідно до висновку ОП від 08.02.2021 (справа № 390/235/19), якщо в діях особи має місце повторність кримінальних правопорушень, передбачена ч. 1 ст. 32 КК, і ця особа засуджується за вчинення кількох тотожних кримінальних правопорушень, які кваліфікуються за однією статтею або частиною статті Особливої частини КК, і при цьому одне або кілька з них були вчинені до ухвалення попереднього вироку, а ще одне або декілька – після його ухвалення, то спеціальні правила ч. 4 ст. 70 КК не застосовуються. У такому випадку суд кваліфікує зазначені кримінальні правопорушення за однією статтею або частиною статті Особливої частини КК та призначає покарання, передбачене її санкцією, а остаточне покарання визначає за правилами ст. 71 КК за сукупністю вироків.

Тобто злочини, вчинені ОСОБА_1 23.04.2019, 28.11.2019, 29.11.2019, 03.12.2019, 04.12.2019, містять кваліфікуючу ознаку «повторність», тому кожне із злочинних діянь відповідає складу злочину, передбаченому ч. 2 ст. 185 КК, а остаточно кваліфікується в сукупності з іншими крадіжками, які були вчинені після постановлення попередніх вироків, оскільки в діях ОСОБА_1 має місце «розірвана» повторність кримінальних правопорушень, які у доктрині кримінального права отримали назву тотожних.

Як встановлено судом першої інстанції, злочин за ч. 3 ст. 297 КК вчинено до постановлення інших двох вироків, які виконуються самостійно, одним з яких

особі призначено покарання, що належить відбувати реально, а за іншим – призначено покарання у виді позбавлення волі зі звільненням від відбування покарання з випробуванням, і за новий злочин останнім вироком призначається покарання у виді позбавлення волі, що належить відбувати реально.

Тому при призначенні ОСОБА_1 покарання за ч. 3 ст. 297 КК слід застосувати положення ч. 4 ст. 70 КК до вироку місцевого суду від 20.08.2019, яким особі призначено покарання у виді позбавлення волі, яке слід відбувати реально, і не застосовувати ці положення до вироку, яким особу звільнено від відбування покарання з випробуванням на підставі ст. 75 КК (вирок місцевого суду від 04.07.2019).

Як встановлено вироком місцевого суду від 02.06.2020, ОСОБА_1 вчинив злочини 15.10.2019, 28.11.2019, 29.11.2019, 03.12.2019 та 04.12.2019, тобто в період іспитового строку за вироком місцевого суду від 04.07.2019. Однак судом при призначенні ОСОБА_1 покарання за останнім вироком ці обставини враховані не були, і таким чином було неправильно застосовано Закон про кримінальну відповідальність (ст. 71, ч. 3 ст. 78 КК), але суд апеляційної інстанції, маючи процесуальні можливості виправити зазначені помилки, цього не зробив. Тому прийняте апеляційним судом рішення підлягає скасуванню з направленням провадження на новий апеляційний розгляд, а касаційна скарга прокурора – частковому задоволенню.

Під час нового апеляційного розгляду слід належним чином перевірити доводи апеляційної скарги прокурора та надати їм належну оцінку. У випадку скасування вироку в частині призначеного покарання та призначення нового, на думку ОП, алгоритм призначення покарання повинен бути таким.

Спочатку належить призначити ОСОБА_1 покарання за ч. 3 ст. 297 КК. Далі призначити покарання на підставі ч. 4 ст. 70 КК за цим вироком і за вироком місцевого суду від 20.08.2019, зміненим ухвалою апеляційного суду від 29.10.2019, зарахувавши в строк покарання, остаточно призначеного за сукупністю злочинів, відбуту частину покарання за попереднім вироком, за правилами, передбаченими в ст. 72 цього Кодексу. Потім призначити покарання за ч. 2 ст. 185 та ч. 2 ст. 186 КК; далі визначити покарання за правилами ч. 1 ст. 70 КК за сукупністю злочинів (за ч. 2 ст. 185, ч. 2 ст. 186 КК). Після цього за правилами статей 71, 78 КК за сукупністю вироків до покарання, призначеного вироком місцевого суду від 02.06.2020, повністю або частково приєднати невідбуту частину покарання за попередніми вироками, а саме вироком місцевого суду від 04.07.2019 та покарання, призначеного із застосуванням ч. 4 ст. 70 КК за вироком місцевого суду від 20.08.2019.

Висновок: «попереднім вироком» відповідно до вимог ч. 1 ст. 71 КК є вирок або вирок, покарання за якими повністю не відбуте особою на час вчинення одного чи декількох нових кримінальних правопорушень.

У випадку, якщо особа вчинила кримінальне правопорушення, за яке їй призначається покарання у виді позбавлення волі, до постановлення двох вироків у інших справах, кожен із яких виконується самостійно, зокрема, за одним

із яких призначено покарання у виді позбавлення волі, що належить відбувати реально, а інший вирок виконується самостійно у зв'язку з призначенням покарання у виді позбавлення волі, але зі звільненням від відбування покарання з випробуванням на підставі ст. 75 КК, то при призначенні покарання вимоги ч. 4 ст. 70 КК застосовуються тільки до вироку, яким особу засуджено до позбавлення волі, що належить відбувати реально.

Якщо особа вчинила принаймні одне кримінальне правопорушення після постановлення двох попередніх вироків, які виконуються самостійно, і останнім (третім) вирокі особі призначається покарання, яке належить відбувати реально, припиняється окреме виконання обох попередніх вироків. Правовою підставою такого припинення щодо першого вироку є положення ч. 3 ст. 78 та ст. 71 КК, а правовою підставою припинення виконання другого вироку – положення ст. 71 КК. Остаточне покарання в такому випадку особі призначається на підставі ст. 71 цього Кодексу за сукупністю вироків, з урахуванням покарань, призначених за всіма (трьома) вирокі.

Детальніше з текстом постанови ОП від 14.06.2021 у справі № 443/806/19 (провадження № 51-5994кмо20) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97771999>

1.1.4. Призначаючи покарання за сукупністю злочинів за правилами, передбаченими ч. 1 ст. 71 КК, суд повинен установити сукупність двох умов, а саме момент вчинення кримінального правопорушення засудженим («після постановлення вироку, але до повного відбуття покарання» за попереднім вирокі») та наявність невідбутої частини покарання (основного та/або додаткового) за попереднім вирокі на момент призначення судом покарання за новим вирокі. Відсутність хоча б однієї з цих умов виключає можливість застосування ч. 1 ст. 71 КК під час вирішення питання про призначення покарання за новим вирокі.

Якщо на момент вчинення особою нового кримінального правопорушення невідбутою частиною покарання за попереднім вирокі було основне покарання у виді штрафу (ст. 53 КК), яке на час ухвалення нового вироку вже відбуте, порядок та правила призначення остаточного покарання за сукупністю вироків, визначені положеннями ч. 1 ст. 71, ч. 3 ст. 72 КК, не застосовуються

Обставини справи: за вирокі місцевого суду від 19.12.2018 ОСОБА_1 засуджено за ч. 1 ст. 309 КК до покарання у виді штрафу в розмірі 1 700 грн і на момент вчинення нового злочину (початок серпня 2020 р.), за який його засуджено в цьому кримінальному провадженні, та ухвалення нового вироку штраф сплачено не було.

Суд першої інстанції вирокі від 17.09.2020 призначив ОСОБА_1 за ч. 3 ст. 185 КК покарання у виді позбавлення волі на строк 3 роки, визначивши покарання у виді штрафу в розмірі 1 700 грн за вирокі місцевого суду від 19.12.2018 виконувати самостійно на підставі ч. 3 ст. 72 КК.

Апеляційний суд залишив цей вирок без зміни.

У касаційній скарзі прокурор вказував на те, що апеляційний суд належно не перевірів доводи його апеляційної скарги про незастосування судом першої інстанції закону, який, на його думку, підлягав застосуванню, а саме положень ст. 71 КК, що призвело до невідповідності призначеного покарання тяжкості кримінального правопорушення та особі засудженого через м'якість.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: вирішення питання про необхідність відступити від висновку щодо застосування норми права в подібних правовідносинах та забезпечити єдність судової практики щодо застосування положень ст. 71 КК при призначенні покарання у випадках, коли покарання за попереднім вироком на час ухвалення нового вироку або його перегляду судами вищих інстанцій вже відбуте.

Позиція ОП: рішення судів першої та апеляційної інстанцій залишено без зміни.

Обґрунтування позиції ОП: виходячи з аналізу конструкції ч. 1 ст. 71 КК, ОП дійшла висновку, що для застосування закріплених у ній правил призначення покарання за сукупністю вироків законодавець визначив і відповідні спеціальні умови, що мають бути встановлені судом в їх нерозривній єдності:

1) момент вчинення кримінального правопорушення засудженим – «після постановлення вироку, але до повного відбуття покарання» за попереднім вироком;

2) наявності невідбутої частини покарання (основного та/або додаткового) за попереднім вироком на момент, визначений у ч. 1 ст. 71 КК, – момент призначення судом покарання за новим вироком (з огляду на те, що правило про приєднання невідбутої частини покарання адресоване саме суду, який постановлятиме новий вирок).

Відсутність хоча б однієї з указаних умов виключає можливість застосування положень ч. 1 ст. 71 КК під час вирішення питання про призначення покарання за новим вироком.

При цьому на необхідність точного визначення виду та розміру невідбутої частини основного та/або додаткового покарання за попереднім вироком при призначенні засудженому покарання за правилами ст. 71 КК указують і вимоги ч. 4 цієї статті, згідно з якою остаточне покарання за сукупністю вироків, крім випадків, коли воно визначається шляхом поглинення одного покарання іншим, призначеним у максимальному розмірі, має бути більшим від покарання, призначеного за нове кримінальне правопорушення, а також від невідбутої частини покарання за попереднім вироком.

Водночас за умови, що невідбута частина покарання за попереднім вироком є основним покаранням у виді штрафу, кримінально-правова норма, передбачена ч. 1 ст. 71 КК, конкретизується у ч. 3 цієї статті. Відповідно до ч. 3 ст. 72 КК основне покарання у виді штрафу при призначенні його за сукупністю вироків складанню з іншими видами покарань не підлягає і виконується самостійно.

Разом з тим, якщо за вироком суду першої інстанції на підставі ч. 1 ст. 71, ч. 3 ст. 72 КК обвинуваченому було призначено до самостійного виконання штраф

як невідбуту ним частину покарання за попереднім вироком, то та обставина, що на момент апеляційного розгляду обвинувачений сплатив цей штраф, не вказує на наявність підстав для зміни порядку призначення йому покарання за сукупністю вироків.

Апеляційний суд залишив апеляційну скаргу прокурора без задоволення, пославшись на те, що під час апеляційного розгляду покарання за попереднім вироком було виконано – відповідно до квитанції, наданої обвинуваченим апеляційному суду, 06.102020 ОСОБА_1 сплатив штраф в розмірі 1 700 грн.

Враховуючи викладене, апеляційний суд дійшов висновку, що хоча на час ухвалення оскарженого вироку судом було неправильно застосовано закон про кримінальну відповідальність у зв'язку з тим, що обвинувачений не виконав покарання у виді штрафу в розмірі 1 700 грн, призначеного вироком місцевого суду від 19.12.2018, а тому суд мав застосувати вимоги ст.71 КК та вказати на самостійне виконання попереднього вироку. Проте наразі дане порушення втратило свою актуальність, а його виправлення апеляційним судом зумовить аналогічне порушення, оскільки на теперішній час жодне невідбуте обвинуваченим покарання, що підлягало б приєднанню до нового покарання за сукупністю вироків, відсутнє.

ОП погоджується з висновком апеляційного суду та вважає, що у цьому випадку скасування вироку суду першої інстанції та ухвалення апеляційним судом нового вироку з призначенням ОСОБА_1 остаточного покарання за сукупністю вироків з приєднанням до покарання за новим вироком штрафу, призначеного засудженому за попереднім вироком, про що просив прокурор в апеляційній скарзі, може фактично призвести до повторного призначення штрафу, який вже був сплачений під час апеляційного розгляду.

Іншими словами, сплатою у повному розмірі штрафу, призначеного за попереднім вироком, до постановлення нового вироку вже повністю вичерпується виконання цього кримінального покарання як відповідна стадія реалізації кримінальної відповідальності. А тому повторне його призначення за правилами ст. 71 КК суперечитиме не лише загальним засадам призначення покарання (ст. 65 КК), але й положенням ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції та ст. 19 КПК, якими гарантовано право особи не бути покараним двічі за одне і те саме правопорушення.

Висновок: для застосування закріплених у ч. 1 ст. 71 КК правил призначення покарання за сукупністю вироків законодавець визначає сукупність двох обов'язкових умов, що мають бути встановлені в їх нерозривній єдності:

1) момент вчинення кримінального правопорушення засудженим – «після постановлення вироку, але до повного відбуття покарання» за попереднім вироком;

2) наявності невідбутої частини покарання (основного та/або додаткового) за попереднім вироком на момент, визначений у ч.1 ст.71 КК, – момент призначення судом покарання за новим вироком (з огляду на те, що правило про

приєднання невідбутої частини покарання адресоване саме суду, який постановлятиме новий вирок).

Відсутність хоча б однієї з указаних умов виключає можливість застосування положень ч. 1 ст. 71 КК під час вирішення питання про призначення покарання за новим вироком.

Якщо на момент вчинення особою нового кримінального правопорушення невідбутою частиною покарання за попереднім вироком було основне покарання у виді штрафу (ст. 53 КК), яке на час ухвалення нового вироку вже відбуте, порядок та правила призначення остаточного покарання за сукупністю вироків, визначені положеннями ч. 1 ст. 71, ч. 3 ст. 72 КК, не застосовуються.

У справі було висловлено окрему думку.

Детальніше з текстом постанови ОП від 06.12.2021 у справі № 243/7758/20 (провадження № 51-113кмо21) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/10180909>

Окрема думка <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101935427>

1.2. Звільнення від кримінальної відповідальності

1.2.1. Вчинення особою умисних дій, спрямованих на ухилення від досудового розслідування або суду, зупиняє диференційовані строки давності, передбачені у ч. 1 ст. 49 КК. У такому випадку притягнення особи до кримінальної відповідальності можливе у межах загальних строків давності, визначених у ч. 2 ст. 49 КК, а саме 15 років з часу вчинення злочину або 5 років – з часу вчинення кримінального проступку. Час, який минув із дня вчинення кримінального правопорушення до дня, коли особа почала ухилятися від досудового розслідування або суду, зберігається і зараховується до загального строку давності, що продовжує спливати. До загального строку також зараховується період такого ухилення, а також проміжок часу, що пройшов із дня з'явлення особи із зізнанням або затримання до дня набрання вироком законної сили

Обставини справи: органом досудового розслідування ОСОБА_2 обвинувачувався у тому, що він в ході конфлікту умисно наніс ОСОБА_1 один удар долонею у ділянку лівої скроні та 2 удари рукою по обличчю, заподіявши потерпілій легких тілесних ушкоджень, що спричинили короточасний розлад здоров'я.

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за ухвалою місцевого суду ОСОБА_2 звільнено від кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 125 КК на підставі ст. 49 КК у зв'язку із закінченням строків давності, а кримінальне провадження закрито. За ухвалою апеляційного суду ухвалу місцевого суду залишено без зміни.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: необхідність відступити від висновку щодо застосування норми права в подібних правовідносинах та забезпечення єдності судової практики щодо застосування положень ст. 49 КК

і порядку визначення строків давності притягнення до кримінальної відповідальності у разі ухилення особи від досудового розслідування та суду.

Позиція ОП: залишено без зміни рішення судів попередньої інстанції.

Обґрунтування позиції ОП: ОП встановлено, що органом досудового розслідування ОСОБА_2 обвинувачувався у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 125 КК, яке було скоєне ним 19.06.2015. Під час розгляду кримінального провадження судом першої інстанції захисник у судовому засіданні звернувся до суду з клопотанням про звільнення ОСОБА_2 від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності, оскільки з моменту вчинення останнім кримінального правопорушення сплило понад 4 роки. Обвинувачений вказане клопотання підтримав та просив його задовольнити. Суд першої інстанції 05.05.2020 року постановив ухвалу, якою звільнив ОСОБА_2 від кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 125 КК на підставі ст. 49 КК у зв'язку із закінченням строків давності та закриття кримінальне провадження щодо нього.

Не погодившись з таким рішенням місцевого суду, потерпіла ОСОБА_1 звернулася з апеляційною скаргою до апеляційного суду, який ухвалою від 01.09.2020 ухвалу суду першої інстанції щодо ОСОБА_2 залишив без зміни. На час вчинення ОСОБА_2 кримінального правопорушення та постановлення місцевим судом ухвали, положення ст. 12 КК та ст. 49 КК діяли в редакції Законів України від 15.11. № 4025-VI та від 08.04.2014 № 1183-VII відповідно. На час перегляду 01.09.2020 в апеляційному порядку ухвали суду першої інстанції, положення вказаних статей зазнали змін та діяли в редакції Закону України від 22.11.2018 № 2617-VIII.

Кримінальне правопорушення, у скоєнні якого обвинувачувався ОСОБА_2, згідно з нормами ст. 12 КК (в редакції Закону України від 22.11.2018 № 2617-VIII) є кримінальним проступком.

У випадку, що досліджується, після внесення змін до вказаних статей мало місце поліпшення становища особи ОСОБА_2 порівняно із попередніми редакціями ст. 12 КК та ст. 49 КК, що були чинними на час скоєння ним кримінального правопорушення. У зв'язку з цим у кримінальному провадженні відносно ОСОБА_2 є підстави для застосування положень ч. 1 ст. 5 КК щодо зворотної дії закону про кримінальну відповідальність у часі.

Тому, за умови відсутності факту ухилення ОСОБА_2 від слідства або суду, строк давності для звільнення його від кримінальної відповідальності згідно з приписами ч. 1 ст. 49 КК (Закону України від 22.11.2018 № 2617-VIII) становить 3 роки з дня вчинення ним кримінального проступку, передбаченого ч. 2 ст. 125 КК, і до дня набрання вироком законної сили. Проте у разі підтвердження факту умисного вчинення ОСОБА_2 будь-яких дій, спрямованих на ухилення від слідства або суду, відповідно до вимог ч. 2 ст. 49 КК (у редакції Закону України від 22.11.2018 № 2617-VIII) такий строк для нього становить 5 років з часу вчинення інкримінованого кримінального проступку.

Для застосування зазначеної норми обов'язково має бути підтверджено факт ухилення особи від досудового слідства або суду, що є обставиною, яка виключає благополучне закінчення строків давності, і зупиняє диференційований строк, передбачений ч. 1 ст. 49 КК (Закону України від 22.11.2018 № 2617-VIII). При цьому час, який минув із дня вчинення кримінального правопорушення до дня, коли особа почала ухилятися від слідства або суду, не втрачає свого значення, а зберігається і зараховується до загального строку давності, що продовжує спливати. Тобто, у цьому випадку закон передбачає загальний строк давності притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які ухиляються від слідства чи суду оскільки факт свідомого ухилення особи від відповідальності свідчить про те, що вона все ще є суспільно небезпечною, тож це зумовлює необхідність більш суворого підходу до неї при вирішенні питання про давність притягнення до кримінальної відповідальності.

Разом з цим, положення ч. 2 ст. 49 КК (Закону України від 22.11.2018 № 2617-VIII) можуть розумітися неоднозначно. Недостатньо конкретний нормативний зміст цих положень обумовлений перш за все тим, що на початку другого речення вказаної норми вжите словосполучення «У цих випадках», а на початку третього - «У цьому разі». Не викликає сумніву, що вживання словосполучення «У цих випадках» у другому реченні поєднує між собою ситуації, передбачені першим і другим реченнями (положеннями) ч. 2 ст. 49 КК (у редакції Закону України від 22.11.2018 № 2617-VIII). Таке поєднання означає: ухилення особи від досудового розслідування або суду має своїм наслідком зупинення перебігу давності; перебіг давності відновлюється з дня з'явлення особи із зізнанням або її затримання. Водночас нормативний зміст другого речення (положення) зазначеної норми не містить конкретної вказівки щодо строків давності, на які необхідно орієнтуватись після відновлення її перебігу. Вживання словосполучення «У цьому разі» у третьому реченні (положенні) ч. 2 ст. 49 КК (у редакції Закону України від 22.11.2018 № 2617-VIII) в свою чергу поєднує між собою ситуації, передбачені усіма трьома її реченнями (положеннями). При цьому таке поєднання не несе в собі елементу невизначеності оскільки встановлені у третьому реченні строки давності не можуть розглядатись як диференційовані.

Проаналізувавши вказані норми КК, ОП виходить з такого кримінально-правового змісту ч. 2 ст. 49 КК (у редакції Закону України від 22.11.2018 № 2617-VIII): ухилення особи від досудового розслідування або суду має своїм наслідком зупинення перебігу давності; перебіг давності відновлюється з дня з'явлення особи із зізнанням або її затримання; у разі ухилення особи від досудового розслідування або суду і наступного її з'явлення із зізнанням чи затримання – встановлені ч.1 ст. 49 КК (у редакції Закону України від 22.11.2018 № 2617-VIII) диференційовані строки давності до уваги не беруться; щодо такої особи застосовуються визначені ч.2 ст. 49 КК (у редакції Закону України від 22.11.2018 № 2617-VIII) загальні строки давності – 5 років у разі вчинення нею кримінального проступку і 15 років – у разі вчинення нею злочину будь-якого ступеня тяжкості.

За матеріалами справи 27.05.2017 слідчим було складено повідомлення про підозру ОСОБА_2 у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 125 КК, яке останній отримав 05.01.2018. 11.07.2017 постановою старшого слідчого було зупинено досудове розслідування у зв'язку з тим, що підозрюваний переховувався від органів досудового слідства з метою ухилення від кримінальної відповідальності, його місцезнаходження не було відоме і його було оголошено в розшук. 05.01.2018 ОСОБА_2 самостійно прибув до відділу поліції, тому постановою слідчого було відновлено досудове розслідування. Однак вказаний проміжок часу з 11.07.2017 року по 05.01.2018 не може свідчити про ухилення ОСОБА_2 від слідства, оскільки в цей період останній не був належним чином повідомлений про підозру.

Разом з цим, 06.06.2018 досудове розслідування було знову зупинено у зв'язку з тим, що підозрюваний переховувався від органів досудового слідства з метою ухилення від кримінальної відповідальності, його місцезнаходження не було відоме і його було оголошено в розшук, яке потім постановою слідчого від 17.04.2019 було відновлено, оскільки встановлено місцезнаходження підозрюваного. Ураховуючи ту обставину, що 05.01.2018 ОСОБА_2 був належним чином повідомлений про підозру, то йому було відомо про свій процесуальний статус, його обов'язок з'являтися до правозастосовних органів за викликом, перебувати в межах їх досяжності. Однак, незважаючи на це, він залишив територію України, а тому вказані дії свідчать про умисне ухилення ОСОБА_2 від слідства у період з 06.06.2018 по 17.04.2019, тобто перебіг диференційованого строку давності зупинився, при цьому продовжив спливати загальний строк.

Проте, вирішуючи питання про закриття кримінального провадження щодо ОСОБА_2 у зв'язку із закінченням строків давності, суд першої інстанції, перевіряючи передбачені ст. 49 КК підстави для звільнення особи від кримінальної відповідальності, встановивши факт умисного вчинення ОСОБА_2 дій, спрямованих на ухилення від слідства, дійшов висновку про необхідність звільнення останнього від кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 125 КК на підставі п. 2 ч. 1 ст. 49 КК (у редакції Закону України від 08.04.2014 № 1183-VII) оскільки з дня вчинення обвинуваченим кримінального правопорушення минуло понад 3 роки. Вказане призвело до неправильного застосування судом закону України про кримінальну відповідальність, а саме незастосування ч. 2 ст. 49 КК.

Переглядаючи ухвалу місцевого суду від 05.05.2020 за апеляційною скаргою потерпілої ОСОБА_1, апеляційний суд не дав належної оцінки доводам потерпілої, не виправив помилки, допущеної судом першої інстанції, та необґрунтовано залишив рішення місцевого суду без зміни. При цьому суд апеляційної інстанції також не застосував відносно ОСОБА_2 положення ч. 1 ст. 5 КК щодо зворотної дії закону про кримінальну відповідальність у часі дії, а саме ст. 12 КК та ст. 49 КК.

Оскільки судом першої інстанції встановлено факт умисного ухилення ОСОБА_2 від слідства у період з 06.06.2018 по 17.04.2019, тому строк давності для звільнення його від кримінальної відповідальності за ч. 2 ст. 125 КК згідно з вимогами ч. 2 ст. 49 КК (у редакції Закону України від 22.11.2018 № 2617-VIII)

становить 5 років з часу вчинення інкримінованого кримінального проступку. При цьому суд обґрунтовано дійшов висновку про відсутність в матеріалах кримінального провадження даних на підтвердження факту умисного вчинення обвинуваченим дій, спрямованих на ухилення від суду та зупинення перебігу давності, на що потерпіла ОСОБА_1 посилалася у своїй касаційній скарзі.

Через те, що у цьому кримінальному провадженні обвинувальний вирок щодо ОСОБА_2 не був ухвалений, такий строк минув 20.06.2020. У зв'язку з чим на час постановлення ухвали апеляційним судом від 01.09.2020 ОСОБА_2 підлягав звільненню від кримінальної відповідальності за вчинення кримінального проступку, передбаченого ч. 2 ст. 125 КК, із застосуванням положень ч. 1 ст. 5 КК на підставі ч. 2 ст. 49 КК (у редакції Закону України від 22.11.2018 № 2617-VIII) у зв'язку із закінчення строків давності, а кримінальне провадження щодо останнього мало бути закрито.

Проте у даному випадку неправильне застосування Закону України про кримінальну відповідальність, а саме застосування ч. 1 ст. 49 КК замість ч. 2 ст. 49 КК (у редакції Закону України від 22.11.2018 № 2617-VIII) не є достатньою підставою для скасування ухвал місцевого та апеляційного судів з призначенням нового розгляду у суді першої інстанції оскільки п'ятирічний строк давності для звільнення ОСОБА_2 від кримінальної відповідальності за інкримінований йому кримінальний проступок вже сплинув, а «процес заради процесу» не відповідає вимогам статей 6, 13 Конвенції.

Висновок: особа звільняється від кримінальної відповідальності, якщо з дня вчинення нею кримінального правопорушення і до дня набрання вирокком законної сили минули зазначені у ч. 1 ст. 49 КК диференційовані строки давності за умови, що протягом вказаних строків особа не вчинила нового злочину, за винятком нетяжкого злочину, за який передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк не більше двох років (перебіг давності не перерваний); особа не ухилялася від досудового слідства або суду (перебіг давності не зупинявся); законом не встановлено заборону щодо застосування давності до вчиненого особою злочину.

Перебіг строків давності зупиняється, якщо особа, котра вчинила кримінальне правопорушення, ухилилася від досудового розслідування або суду. У цьому разі перебіг давності відновлюється з дня з'явлення особи із зізнанням або її затримання. Одночасно факт умисного вчинення особою будь-яких дій, спрямованих на ухилення від слідства або суду є обставиною, яка виключає благополучне закінчення строків давності, і зупиняє диференційовані строки, визначені в ч. 1 ст. 49 КК. В цьому випадку закон передбачає загальний строк давності притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які ухиляються від слідства чи суду: 15 з часу вчинення злочину, 5 років - з часу вчинення кримінального проступку. За таких обставин час, який минув із дня вчинення кримінального правопорушення до дня, коли особа почала ухилятися від слідства або суду, не втрачає свого значення, а зберігається і зараховується до загального строку давності, що продовжує спливати. Крім того, до загального строку також

зараховується період такого ухилення, а також проміжок часу, що пройшов із дня з'явлення особи із зізнанням або затримання до дня набрання вироком законної сили.

У справі було висловлено окрему думку.

Детальніше з текстом постанови ОП від 05.04.2021 у справі № 328/1109/19 (провадження № 51-5464кмо20) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96179766>

Окрема думка <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96243804>

1.2.2. Особа, яка добровільно звернулася до лікувального закладу і розпочала лікування від наркоманії, звільняється від кримінальної відповідальності за дії, передбачені ч.1 ст.309 КК. Підставою для звільнення від кримінальної відповідальності у такому випадку є добровільне звернення до лікувального закладу особи, яка хворіє на наркоманію, та розпочате нею лікування від наркоманії.

Добровільним у контексті ч. 4 ст. 309 КК слід вважати таке звернення особи до лікувального закладу, яке здійснюється за її особистою згодою, або згодою законного представника, що мало місце до моменту виходу суду першої інстанції до нарадчої кімнати для ухвалення рішення у кримінальному провадженні. Для застосування цієї норми попередній факт перебування особи на обліку осіб, які незаконно вживають наркотичні засоби або психотропні речовини, не є визначальним, оскільки факт захворювання на наркоманію у такої особи може бути встановлено вперше

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за вироком місцевого суду ОСОБА_1 визнано винуватою та призначено покарання за ч. 1 ст. 309 КК.

Апеляційний суд скасував вирок місцевого суду та на підставі ч. 4 ст. 309 КК звільнив ОСОБА_1 від кримінальної відповідальності за вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 309 КК, а кримінальне провадження щодо неї закрито на підставі п. 1 ч. 2 ст. 284 КПК.

У касаційній скарзі прокурор указує на те, що звільняючи ОСОБА_1 від кримінальної відповідальності на підставі ч.4 ст.309 КК за вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 309 КК, апеляційний суд не з'ясував чи добровільно обвинувачена звернулася до лікувального закладу та розпочала лікування, чи дійсно вона ставить собі за мету вилікуватись, а не уникнути у такий спосіб притягнення до кримінальної відповідальності. Крім цього, зазначає, що ОСОБА_1 не перебувала на обліку у лікаря-нарколога, у матеріалах провадження відсутні дані про те, що їй було встановлено діагноз наркоманія. Наголошує, що апеляційний суд не з'ясував, коли востаннє обвинувачена вживала наркотичні засоби та не звернув уваги на те, що остання звернулася за медичною допомогою майже через 3 місяці після вчинення кримінального проступку.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: у зв'язку з необхідністю відступити від висновків щодо застосування норми права у подібних правовідносинах та встановити зміст умов, необхідних для звільнення особи від кримінальної відповідальності на підставі ч. 4 ст. 309 КК, а саме, що слід вважати добровільним зверненням особи до лікувального закладу, що саме повинно підтверджувати факт захворювання особи на наркоманію (перебування особи на обліку осіб, які незаконно вживають наркотичні засоби або психотропні речовини, чи первинний діагноз про це захворювання).

Позиція ККС: скасовано ухвалу апеляційного суду та призначено новий розгляд у суді апеляційної інстанції.

Обґрунтування позиції ККС: для правильного застосування судом ч. 4 ст. 309 КК необхідно керуватися й положеннями Закону України «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними», які містить дефініції таких понять, як «добровільне лікування», «наркоманія», «зловживання наркотичними засобами або психотропними речовинами», «особа, хвора на наркоманію», «медичне обстеження».

Законодавець, формулюючи в заохочувальній нормі, передбаченій у ч. 4 ст. 309 КК, умови звільнення від кримінальної відповідальності, ставив за мету вилікувати особу від захворювання на наркоманію, яке є тяжчим порівняно, наприклад, із захворюванням на алкоголізм. Тому звернення особи до лікувального закладу навіть під час судового розгляду досягає тих цілей, для яких конструювалася ця норма.

Покарання особи, яка хворіє на наркоманію, незалежно від того, чи звернулася вона для такого лікування вперше чи вже проходила курс лікування, перебувала на відповідному обліку до внесення відомостей до ЄРДР у цьому провадженні чи ні, не повинно бути пріоритетним та превалювати над ціллю вилікувати особу. Крім того, законодавцем не обмежено застосування ч. 4 ст. 309 КК фактом перебування до вчинення цього кримінального правопорушення на обліку осіб, які незаконно вживають наркотичні засоби або психотропні речовини.

Положення кримінального закону не виключають можливість застосування ч. 4 ст. 309 КК навіть у тому випадку, якщо особа добровільно звернулася до лікувального закладу і розпочала лікування від наркоманії, усвідомлюючи можливість ухвалення обвинувального вироку щодо неї. Причини, які були визначальними для прийняття рішення про звернення до лікувального закладу з метою пройти лікування від наркоманії можуть бути різними. Однак ключовим є добровільне прийняття рішення особою, яка хворіє на наркоманію, щодо необхідності такого лікування.

Колегія суддів ОП вважає, що причини, які передували зверненню особи до лікувального закладу для лікування від наркоманії, не повинні перекреслювати сам факт такого звернення та ставити під сумнів добровільність як таку. Законодавець визначає поняття та підстави примусового лікування осіб, хворих

на наркоманію, у ст. 16 Закону України «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними». Будь-яке інше звернення для лікування від наркоманії є добровільним. Суд не може встановлювати додаткові умови для констатації факту добровільності.

Так само не має значення для застосування положень ч. 4 ст. 309 КК факт попереднього перебування особи на обліку. Той факт, що особа вперше звернулася для лікування може слугувати підставою для її звільнення від кримінальної відповідальності шляхом застосування вказаної правової норми, за наявності інших підстав для цього. Тобто захворювання на наркоманію може бути діагностовано вперше, і це не може бути перешкодою для використання положень ч. 4 ст. 309 КК.

Таким чином, колегія суддів ОП вважає за необхідне зазначити, що добровільним слід вважати таке звернення особи до лікувального закладу в контексті ч. 4 ст. 309 КК, яке здійснюється за її особистою згодою, або згодою законного представника, що мало місце до моменту виходу суду першої інстанції до нарадчої кімнати для ухвалення рішення у кримінальному провадженні. Для застосування цієї заохочувальної норми попередній факт перебування особи на обліку осіб, які незаконно вживають наркотичні засоби або психотропні речовини, не є визначальним, оскільки факт захворювання на наркоманію у такої особи може бути встановлено вперше. Такий первинний діагноз також констатує необхідність надання особі медичної допомоги у вигляді лікування від наркоманії.

Ураховуючи викладене, колегія суддів ОП вважає доводи у касаційній скарзі прокурора обґрунтованими.

У цьому кримінальному провадженні для правильного застосування положень ч. 4 ст. 309 КК апеляційному суду належало встановити, чи страждала ОСОБА_1 на психічний розлад, що характеризується психічною та (або) фізичною залежністю від наркотичного засобу або психотропної речовини, та чи за результатами медичного обстеження, проведеного відповідно до Закону України «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними» обвинуваченій було встановлено діагноз «наркоманія».

Проте, звільняючи ОСОБА_1 від кримінальної відповідальності на підставі ч. 4 ст. 309 КК, апеляційний суд належним чином не перевірив наявність вказаних умов.

Так, з матеріалів кримінального провадження вбачається, що не погоджуючись із вироком місцевого суду щодо ОСОБА_1, захисник подав апеляційну скаргу в якій просив вказаний вирок скасувати та звільнити обвинувачену від кримінальної відповідальності за ч. 1 ст. 309 КК на підставі ч. 4 ст. 309 КК, як таку, що добровільно пройшла курс лікування від наркотичної залежності, що підтверджується довідкою наркологічної лікарні. При цьому суд апеляційної інстанції погодився з доводами захисника, вказавши на добровільне звернення ОСОБА_1 до лікувального закладу, що підтверджується укладеним між нею та лікувальним закладом контрактом; наявність в обвинуваченій

захворювання, пов'язаного з наркоманією (психічні та поведінкові розлади внаслідок поєданого вживання наркотиків та інших психоактивних речовин, вживання зі шкідливими наслідками), яке було встановлено останній під час звернення до спеціалізованого медичного закладу, де вона протягом визначеного лікарем часу отримувала необхідне лікування в режимі денного стаціонару, з наданням подальшої рекомендації щодо підтримуючого лікування та необхідності подальшої соціально-психологічної реабілітації. Серед іншого в ухвалі апеляційного суду зазначено, що не має об'єктивних підстав сумніватися у тому, що обвинувачена звернулася до лікувального закладу з метоювилікуватися від наркоманії.

Разом з тим, апеляційний суд належним чином не з'ясував, чи дійсно ОСОБА_1 страждала на захворювання з діагнозом «наркоманія», який встановлюється за результатами проходження медичного обстеження відповідно до Закону України та Інструкції про порядок виявлення та постановки на облік осіб, які незаконно вживають наркотичні засоби або психотропні речовини, затвердженої спільним наказом Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства внутрішніх справ України, Генеральної прокуратури України, Міністерства юстиції України від 10.10.1997 № 306/680/21/66/5 та зареєстрованої в Міністерстві юстиції України 05.11.1997 за № 534/2338.

Суд апеляційної інстанції не звернув уваги на те, що в довідці, наданій наркологічною лікарнею, зазначено, що ОСОБА_1 пройшла курс лікування в режимі денного стаціонару з діагнозом: психічні та поведінкові розлади внаслідок поєданого вживання наркотиків та інших психоактивних речовин, вживання зі шкідливими наслідками, при цьому не вказано про встановлення їй діагнозу «наркоманія», наявність якого є обов'язковою умовою для звільнення особи від кримінальної відповідальності на підставі ч. 4 ст. 309 КК.

З огляду на це, апеляційний суд дійшов безпідставного висновку про необхідність звільнення обвинуваченої від кримінальної відповідальності на підставі положень ч. 4 ст. 309 КК, що свідчить про неправильне застосування Закону про кримінальну відповідальність, а саме застосування закону, який не підлягав застосуванню (п. 2 ч. 1 ст. 413 КПК), у зв'язку з чим касаційна скарга підлягає задоволенню.

Висновок: згідно з ч. 4 ст. 309 КК особа, яка добровільно звернулася до лікувального закладу і розпочала лікування від наркоманії, звільняється від кримінальної відповідальності за дії, передбачені ч. 1 ст. 309 КК. Підставою для звільнення від кримінальної відповідальності у такому випадку є добровільне звернення до лікувального закладу особи, яка хворіє на наркоманію, та розпочате нею лікування від наркоманії.

Добровільним в контексті ч. 4 ст. 309 КК слід вважати таке звернення особи до лікувального закладу, яке здійснюється за її особистою згодою, або згодою законного представника, що мало місце до моменту виходу суду першої інстанції до нарадчої кімнати для ухвалення рішення у кримінальному провадженні. Для застосування цієї норми попередній факт перебування особи на обліку осіб,

які незаконно вживають наркотичні засоби або психотропні речовини, не є визначальним, оскільки факт захворювання на наркоманію у такої особи може бути встановлено вперше.

Детальніше з текстом постанови ОП від 29.11.2021 у справі № 357/11205/19 (провадження № 51-2776кмо21) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101592405>

1.2.3. Суди першої та апеляційної інстанцій зобов'язані роз'яснити особі, яка притягається до кримінальної відповідальності те, що у разі, якщо на момент судового розгляду чи апеляційного перегляду закінчилися строки давності притягнення цієї особи до кримінальної відповідальності, то це є правовою підставою для звільнення особи від кримінальної відповідальності у порядку, передбаченому КПК, і таке звільнення є підставою для закриття кримінального провадження на підставі п. 1 ч. 2 ст. 284 КПК, а також право заперечувати проти закриття кримінального провадження з цієї підстави та наслідки такого заперечення. Нероз'яснення судом першої чи апеляційної інстанцій зазначених обставин є порушенням вимог кримінального процесуального закону.

Особа підлягає звільненню від кримінальної відповідальності на підставі ст. 49 КК у суді касаційної інстанції в порядку ст. 440 КПК за таких умов: 1) на день перегляду кримінального провадження судом апеляційної інстанції закінчилися строки давності притягнення такої особи до кримінальної відповідальності за вчинене кримінальне правопорушення; 2) ця особа не подавала до апеляційного суду відповідне клопотання про звільнення від кримінальної відповідальності, і суд апеляційної інстанції не роз'яснив особі явність зазначених підстав для звільнення від кримінальної відповідальності та не з'ясував її думку щодо згоди чи незгоди з таким звільненням; 3) така особа висловила згоду в касаційному суді на звільнення її від кримінальної відповідальності на підставі ст. 49 КК

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за вироком місцевого суду від 10.01.2020 ОСОБА_1 засуджено за ч. 1 ст. 286 КК.

Апеляційний суд ухвалою від 29.10.2020 вирок місцевого від 10.01.2020 залишив без зміни.

Під час касаційного розгляду від засудженого надійшло клопотання про звільнення його від кримінальної відповідальності за ч. 1 ст. 286 КК у зв'язку із закінченням строків давності притягнення до кримінальної відповідальності та закриття кримінального провадження. Клопотання мотивовано тим, що на час апеляційного розгляду та постановлення ухвали від 29.10.2020 з моменту вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 286 КК, минув передбачений п. 2 ч. 1 ст. 49 КК 3-річний строк, однак апеляційний суд не повідомив ОСОБА_1 належним чином про час та місце розгляду його апеляційної скарги, у зв'язку з чим він був позбавлений можливості заявити відповідне клопотання про звільнення від кримінальної відповідальності.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: вирішення питання про необхідність відступити від висновку щодо застосування норми права в подібних

правовідносинах та забезпечити єдність судової практики щодо обов'язку суду роз'яснити особі, яка притягується до кримінальної відповідальності можливості звільнення від кримінальної відповідальності на підставі ст. 49 КК та закриття кримінального провадження, якщо на момент судового розгляду чи апеляційного перегляду закінчились строки давності притягнення цієї особи до кримінальної відповідальності, а також права заперечувати проти закриття кримінального провадження з цієї підстави та наслідки такого заперечення.

Щодо умов звільнення від кримінальної відповідальності на підставі ст. 49 КК у суді касаційної інстанції в порядку ст. 440 КПК.

Позиція ОП: рішення судів першої та апеляційної інстанцій скасовано, звільнено ОСОБА_1 від кримінальної відповідальності за вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 286 КК, на підставі п. 2 ч. 1 ст. 49 КК у зв'язку із закінченням строків давності, а кримінальне провадження закрито на підставі п. 1 ч. 2 ст. 284 КПК.

Обґрунтування позиції ОП: з матеріалів кримінального провадження вбачається, що кримінальне правопорушення, передбачене ч. 1 ст. 286 КК, ОСОБА_1 вчинив 02.09.2017.

На час розгляду кримінального провадження апеляційним судом (29.10.2020) строки давності притягнення ОСОБА_1 до відповідальності за вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 286 КК, а саме 3 роки, минули.

Проте, розглянувши кримінальне провадження за апеляційною скаргою обвинуваченого ОСОБА_1 без належного повідомлення про дату, час і місце апеляційного розгляду та без участі останнього, суд апеляційної інстанції у порушення вимог ст. 285 КПК не роз'яснив ОСОБА_1 про закінчення на момент апеляційного перегляду строків давності притягнення його до кримінальної відповідальності за ч. 1 ст. 286 КК, що є правовою підставою для його звільнення від кримінальної відповідальності відповідно до ст. 49 КК у порядку, передбаченому КПК. Таке звільнення є підставою для закриття кримінального провадження на підставі п. 1 ч. 2 ст. 284 КПК, а також право заперечувати проти закриття кримінального провадження з цієї підстави та наслідки такого заперечення.

Отже, приймаючи рішення, суд апеляційної інстанції допустив порушення вимог кримінального процесуального закону, що потягло неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність, не застосувавши закон, який підлягав застосуванню.

Разом з тим, враховуючи специфіку касаційного перегляду, наявність передбачених ст. 440 КПК повноважень у касаційного суду на закриття кримінального провадження при встановленні обставин, передбачених ст. 284 КПК, висловлену ОСОБА_1 у клопотанні згоду на звільнення його від кримінальної відповідальності за ч. 1 ст. 286 КК у зв'язку із закінченням строків давності та закриття кримінального провадження на підставі п. 1 ч. 2 ст. 284 КПК, суд

касаційної інстанції у цьому конкретному кримінальному провадженні має процесуальну можливість ухвалити остаточне рішення.

Висновок: за змістом п. 1 ч. 2 ст. 284, ч. 3 ст. 285, частинами 1, 4 ст. 286, ч. 3 ст. 288 КПК суди першої та апеляційної інстанцій мають обов'язок відповідно роз'яснити особі, яка притягується до кримінальної відповідальності те, що на момент судового розгляду чи апеляційного перегляду закінчилися строки давності притягнення цієї особи до кримінальної відповідальності, що є правовою підставою, передбаченою ст. 49 КК, для звільнення особи від кримінальної відповідальності у порядку, передбаченому КПК, і таке звільнення є підставою для закриття кримінального провадження на підставі п. 1 ч. 2 ст. 284 КПК, а також право заперечувати проти закриття кримінального провадження з цієї підстави та наслідки такого заперечення.

Нероз'яснення судом першої чи апеляційної інстанцій відповідно до вимог ст. 285 КПК зазначених обставин є порушенням вимог кримінального процесуального закону, що потягнуло неправильне застосування Закону про кримінальну відповідальність, а саме незастосування закону, який підлягав застосуванню.

Особа підлягає звільненню від кримінальної відповідальності на підставі ст. 49 КК у суді касаційної інстанції в порядку ст. 440 КПК за умов:

- на день перегляду кримінального провадження судом апеляційної інстанції, тобто до набрання вироком суду першої інстанції законної сили, закінчилися строки давності притягнення такої особи до кримінальної відповідальності за вчинене кримінальне правопорушення;

- ця особа не подавала до апеляційного суду відповідне клопотання про звільнення від кримінальної відповідальності, і суд апеляційної інстанції не роз'яснив відповідно до положень ст. 285 КПК особі наявність зазначених підстав для звільнення від кримінальної відповідальності та не з'ясував її думку щодо згоди чи незгоди з таким звільненням;

- така особа за вказаних обставин висловила згоду в касаційному суді на звільнення її від кримінальної відповідальності на підставі ст. 49 КК у зв'язку із закінченням строків давності.

У справі було висловлено окрему думку.

Детальніше з текстом постанови ОП від 06.12.2021 у справі № 521/8873/18 (провадження № 51-413кмо21) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101829954>

Окрема думка <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99926698>

1.3. Кваліфікація кримінальних правопорушень проти виборчих, трудових та інших особистих трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина

1.3.1. ККС відступив від правової позиції, сформульованої у постанові від 13.11.2018 у справі № 449/613/15-к (провадження № 51-1531км18), щодо встановлення матеріальної шкоди як ознаки складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 176 КК, яка може визначатися на підставі

як прямої дійсної шкоди, завданої інкримінованими діями винуватої особи, так і неотриманого прибутку

Обставини справи: ОСОБА_1 незаконно відтворив на жорсткий диск комп'ютера, що належить ОСОБА_2, програмне забезпечення, майнові авторські права на яке належить ДП, завдавши правовласнику шкоду на суму 36 480 грн. Згодом вчинив аналогічні дії ОСОБА_3. Крім того, ОСОБА_1, не маючи відповідного дозволу від правоволодільця (ДП), маючи дистрибутив програмного продукту «1С:Предприятие» (далі – програмний продукт), використовуючи спеціальні знання, за допомогою шкідливих програм втрутився в роботу автоматизованої системи та нейтралізував її засіб інтелектуального захисту, що призвело до незаконного копіювання комп'ютерної інформації, програмного продукту, насамперед до незаконного копіювання програмного продукту; незаконного запуску та використання програмного продукту на платформі, насамперед до незаконного запуску та використання програмного продукту; отримання несанкціонованого доступу до інформації, яка обробляється в середовищі автоматизованої системи на платформі, з можливістю її модифікації, спотворення або знищення.

Також ОСОБА_1, маючи дистрибутив програмного продукту, використовуючи спеціальні знання та шкідливі програми, втрутився в роботу автоматизованої системи «1С:Предприятие» та нейтралізував її засіб інтелектуального захисту, в результаті чого було порушено порядок маршрутизації інформації в ній. Після проведених дій шкідливі програми почали автоматично відтворюватися в автоматизованій системі «1С:Предприятие».

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за вироком ОСОБА_1 засуджено за ч. 1 ст. 176 КК, ч. 2 ст. 176 КК, ч. 1 ст. 361 КК; за ч. 1 ст. 361-1 КК.

Апеляційний суд залишив без зміни вирок місцевого суду.

У касаційній скарзі засуджений зазначає, що його діями не було завдано жодної шкоди ДП, оскільки на момент інкримінованих йому дій комп'ютерна програма в продажу не перебувала і ціна на неї не була сформована. Розмір завданих збитків було встановлено на підставі висновку експертизи об'єктів інтелектуальної власності, при складанні якого експерт послався на приватні концепції науковців, які суперечать чинному законодавству та судовій практиці в цивільному судочинстві, де категорія упущеної вигоди застосовується в договірних відносинах.

Підстава для розгляду судовою палатою: на розгляд Першої судової палати ККС ухвалою від 28.01.2020 було передано кримінальне провадження у зв'язку з необхідністю вирішення питання щодо визначення матеріальної шкоди як ознаки об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 176 КК.

Позиція Першої судової палати ККС: рішення судів першої та апеляційної інстанцій щодо ОСОБА_1 в частині засудження за ч. 1 ст. 361 КК скасовано, а кримінальне провадження в цій частині закрито на підставі п. 2 ч. 1 ст. 284 КПК.

Обґрунтування позиції Першої судової палати ККС: у постанові від 13.11.2018 у справі № 449/613/15-к (провадження № 51-1531км18) Суд висловив позицію,

що матеріальна шкода або матеріальні збитки, які визначають наявність складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 176 КК, не можуть визначатися на підставі розрахунку неотриманого прибутку, а мають встановлюватися на підставі прямої дійсної шкоди, завданої інкримінованими діями винної особи.

Суд зазначає, що з урахуванням особливості об'єкта посягання у ст. 176 КК шкода, заподіяна володільцю виключного права порушенням його права, може виражатися у втраті або зменшенні сукупності тих благ, що володільцю надає виключне володіння. Такі вигоди можуть включати в себе певний дохід або прибуток, заради якого, власне, і створюється більшість об'єктів виключного права.

Ураховуючи викладене, колегія суддів вважає, що необхідно відступити від позиції, сформульованої у постанові від 13.11.2018 у справі № 449/613/15-к (провадження № 51-1531км18), про те, що матеріальна шкода або матеріальні збитки, які визначають наявність складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 176 КК, не можуть визначатися на підставі розрахунку неотриманого прибутку, оскільки ця позиція не враховує особливостей об'єкта посягання, передбаченого в цій статті.

У справі було висловлено окрему думку.

Детальніше з текстом постанови Першої судової палати ККС від 27.09.2021 у справі № 570/2835/16-к (провадження № 51-1936км18) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100109379>

Окрема думка <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100109399>

1.4. Кваліфікація кримінальних правопорушень проти власності

1.4.1. Якщо під час вчинення розбою винний вилучає майно з житла, іншого приміщення чи сховища, до якого немає вільного доступу, і при цьому застосовує погрозу насильством, небезпечним для життя чи здоров'я до особи, яка відповідно має такий доступ, тобто винний таким чином використовує вказану особу, що діє під психічним примусом (ч. 2 ст. 40 КК), то його дії слід кваліфікувати як розбій, вчинений з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище (ч. 3 ст. 187 КК), оскільки за вказаних обставин винний здійснює опосередковане проникнення до житла, іншого приміщення чи сховища, до якого немає вільного доступу

Обставини справи: ОСОБА_1 проник до приміщення фінансової установи та вчинив напад на керівника відділення ОСОБА_2, погрожуючи застосуванням предмета, схожого на пістолет, при цьому наказав ОСОБА_2 віддати йому всі грошові кошти. Усвідомлюючи реальність погроз, ОСОБА_2 не стала чинити опору та передала ОСОБА_1 грошові кошти в сумі 23 485,98 грн, що належать ТОВ. Надалі ОСОБА_1 залишив місце вчинення кримінального правопорушення, викраденими грошовими коштами розпорядився на власний розсуд.

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за вироком місцевого суду ОСОБА_1 засуджено за ч. 3 ст. 187 КК.

Апеляційний суд указаний вирок залишив без зміни.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: необхідність відступити від висновку щодо застосування норми права в подібних правовідносинах та забезпечити єдність судової практики щодо необхідності інкримінування обвинуваченому ч. 3 ст. 187 КК (розбій, поєднаний з проникненням у житло, інше приміщення або сховище), якщо, перебуваючи у приміщенні на законних підставах, ця особа заволоділа майном, що зберігалось у місці з обмеженим доступом.

Позиція ОП: залишено без зміни рішення судів попередніх інстанцій.

Обґрунтування позиції ОП: надаючи оцінку доводам касаційної скарги захисника щодо перекваліфікації дій засудженого ОСОБА_1 з ч. 3 на ч. 2 ст. 187 КК з виключенням із обвинувачення кваліфікуючої ознаки «проникнення у інше приміщення», оскільки засуджений безперешкодно увійшов до приміщення кредитної установи, яка у денний (робочий) час мала режим вільного доступу для всіх відвідувачів, ОП виходить з такого.

Наявність режиму вільного доступу до приміщення свідчить про законність входження (потрапляння) особи у відповідне приміщення та правомірне її перебування там, а отже, виключається інкримінування кваліфікуючої ознаки «проникнення», навіть якщо особа потрапила в приміщення з умислом заволодіти чужим майном.

Разом з тим, інша кримінально-правова кваліфікація має бути надана діям особи, яка шляхом вільного доступу до певного приміщення вчиняє дії, спрямовані на заволодіння чужим майном, що зберігається в місці з обмеженим доступом (наприклад, службові приміщення, відокремлені секції магазину з обмеженим доступом, касові апарати, сейфи тощо). Такі дії мають бути кваліфіковані як поєднані з проникненням у інше приміщення чи сховище.

При інкримінуванні «проникнення» важливим є також факт усвідомлення особою незаконності входження (потрапляння) у відповідне приміщення та перебування в ньому під час вчинення розбою. Вчиняючи розбій, поєднаний з проникненням, особа повинна усвідомлювати протиправність входження (потрапляння) у приміщення та перебування в ньому під час вчинення розбою, передбачати суспільно небезпечні наслідки такого протиправного входження (потрапляння) у приміщення й бажати їх настання.

Вирішуючи питання про наявність чи відсутність ознаки «проникнення» у складі розбою, суд після встановлення фактичних ознак складу вчиненого кримінального правопорушення повинен перевірити, як ці ознаки співвідносяться з ознаками складу злочину кримінально-правової норми, передбаченої ч. 3 ст. 187 КК.

При здійсненні такої правової оцінки необхідно виділяти фізичний та юридичний критерії розуміння поняття «проникнення». Зокрема, для визначення фізичного критерію підлягає встановленню: 1) факт входження (потрапляння) до приміщення (житла, іншого приміщення чи сховища); 2) час, спосіб, місце та обставини входження (потрапляння) до приміщення (житла, іншого приміщення

чи сховища) з урахуванням режиму доступу до нього та до майна, яким бажає заволодіти особа.

Для з'ясування юридичного критерію слід встановлювати: 1) незаконність входження (потрапляння) в приміщення (житло, інше приміщення чи сховище) та перебування в ньому, що обумовлюється відсутністю в особи права на перебування там, де знаходиться майно, яким вона бажає незаконно заволодіти; 2) мету, яку досягає особа, вчиняючи обрані дії, усвідомлення нею характеру вчиненого суспільно небезпечного діяння, зокрема й факту незаконного входження (потрапляння) до приміщення (житла, іншого приміщення чи сховища) та перебування в ньому.

Разом з тим, коли особа у фізичному розумінні не проникає до житла, іншого приміщення або сховища, до яких у неї немає вільного доступу, однак шляхом психічного примусу іншої особи змусила передати їй грошові кошти чи майно, які зберігалися у житлі, іншому приміщенні чи сховищі із погрозою застосування насильства, що є небезпечним для життя чи здоров'я особи, яка має вільний доступ, то таке проникнення слід вважати опосередкованим. Зокрема, особа використовує для проникнення до житла, іншого приміщення чи сховища іншу особу, що діє за наявності обставин, які виключають кримінальну протиправність діяння, а саме під впливом психічного примусу (ч. 2 ст. 40 КК із подальшим застосуванням правил ст. 39 КК), який полягає у погрозі застосування насильства, яке є небезпечним для життя чи здоров'я в розумінні ст. 187 КК.

Тобто особа, яка знаходиться під впливом психічного примусу і, перебуваючи у зв'язку з цим у стані крайньої необхідності, використовується винним як своєрідне «знаряддя, засіб, інструмент» для безпосереднього (фізичного) проникнення у житло, інше приміщення чи сховище, що надає йому можливість незаконно заволодіти чужим майном чи грошовими коштами.

Чинний КК не містить визначення поняття опосередкованого вчинення кримінального правопорушення, проте воно згадується в контексті інституту співучасті. Відповідно до ч. 2 ст. 27 КК виконавцем (співвиконавцем) є особа, яка у співучасті з іншими суб'єктами кримінального правопорушення безпосередньо чи шляхом використання інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне, вчинила кримінальне правопорушення, передбачене цим Кодексом.

Водночас, з іншого боку, судова практика ніколи не заперечувала можливості опосередкованого вчинення кримінального правопорушення й поза рамками зазначеного інституту. Так, вчинення кримінального правопорушення особою із залученням осіб, які внаслідок віку (ст. 22 КК) чи неосудності (ст. 19 КК) не є його суб'єктами, не утворює співучасті та відповідно до ч. 2 ст. 27 КК особа розглядається як виконавець злочину і її дії кваліфікуються за статтями КК, якими передбачено відповідальність за цей злочин, а також за втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність, за наявності для того підстав, передбачених ст. 304 КК.

Таким чином, у випадках, коли при вчиненні розбою винний спрямовує свої дії на заволодіння чужим майном з житла, іншого приміщення чи сховища, до якого

немає вільного доступу, використовуючи погрозу застосування насильства небезпечного для життя чи здоров'я особи, яка відповідно має такий доступ, поведінку винного слід кваліфікувати як розбій, поєднаний з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище (ч. 3 ст. 187 КК), оскільки за вказаних обставин винний здійснює опосередковане проникнення до житла, іншого приміщення чи сховища, до якого немає вільного доступу, використовуючи особу, що діє за наявності обставин, які виключають протиправність діяння, а саме за наявності психічного примусу (ч. 2 ст. 40 КК), який виключає кримінальну відповідальність вказаної особи за вчинене.

При перевірці матеріалів кримінального провадження касаційним судом встановлено, що свої висновки про доведеність винуватості ОСОБА_1 у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 187 КК, та правильність кваліфікації його дій за вказаною нормою кримінального закону суд першої інстанції зробив на підставі доказів, досліджених та оцінених у сукупності, з дотриманням вимог кримінального процесуального закону.

Доводи апеляційних скарг захисника та обвинуваченого ОСОБА_1 щодо невідповідності висновків суду, викладених у вирoku, фактичним обставинам кримінального провадження, недоведеності винуватості останнього у вчиненні інкримінованого кримінального правопорушення, та, зокрема, щодо виключення із обвинувачення кваліфікуючої ознаки «проникнення у інше приміщення», було повною мірою перевірено апеляційним судом і спростовано з наведенням достатніх мотивів прийнятого рішення.

Висновок: у випадках, коли при вчиненні розбою винний вилучає майно з житла, іншого приміщення чи сховища, до якого немає вільного доступу, застосовуючи при цьому погрозу насильством, небезпечним для життя чи здоров'я до особи, яка відповідно має такий доступ, використовуючи таким чином вказану особу, що діє під психічним примусом (ч. 2 ст. 40 КК), його дії слід кваліфікувати як розбій, вчинений із проникненням у житло, інше приміщення чи сховище (ч. 3 ст. 187 КК), оскільки за вказаних обставин винний здійснює опосередковане проникнення до житла, іншого приміщення чи сховища, до якого немає вільного доступу.

Детальніше з текстом постанови ОП від 07.06.2021 у справі № 755/7958/17 (провадження № 51-1372кмо20) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97628502>

1.5. Кваліфікація кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг

1.5.1. Декларація про готовність до експлуатації об'єкта, що належить до I-III категорії складності, яка складена, видана чи посвідчена відповідною особою в межах її компетенції за визначеною законом формою та з належними реквізитами, є офіційним документом.

Наведення недостовірних даних у декларації про готовність об'єкта до експлуатації утворює склад адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 13 ст. 96 КУпАП (у редакції Закону України від 09.04.2015 № 320-VIII), однак не містить ознак складу злочину, передбаченого ст. 366 КК

Обставини справи: ОСОБА_1 обвинувачувався в тому, що він, будучи службовою особою юридичної особи приватного права (голова обслуговуючого кооперативу ЖБТ, заздалегідь усвідомлюючи те, що ЖБТ не має фінансової спроможності сплатити кошти пайової участі у розвитку інфраструктури міста, та водночас розуміючи, що без сплати вказаних коштів об'єкт будівництва, замовником якого є ЖБТ (багатоквартирний житловий будинок із підземним паркінгом), не може бути прийнятим в експлуатацію, уклав з міською радою договір про пайову участь у розвитку інфраструктури міста, відповідно до якого ЖБТ зобов'язано було сплатити кошти пайового внеску на розвиток інженерно-транспортної та соціальної інфраструктури міста в сумі 1 415 817,12 грн. Того ж дня ОСОБА_1 з метою отримання формального номера платіжного доручення, який надалі можна було б зазначити в декларації, сплатив від імені ЖБТ на виконання договору кошти в сумі 1000 грн. Згодом ОСОБА_1 з метою одержання неправомірної вигоди у вигляді уникнення витрат на пайову участь у розвитку інфраструктури міста та якнайшвидшої здачі в експлуатацію багатоквартирного житлового будинку використав підроблений ним офіційний документ, а саме подав до Центру надання адміністративних послуг) для подальшої реєстрації в Інспекції ДАБК підписану ним особисто та завірену печаткою ЖБТ декларацію, в п. 22 якої зазначено, що кошти пайової участі у розвитку інженерно-транспортної та соціальної інфраструктури населеного пункту відповідно до договору з міською радою сплачено в повному обсязі, на підтвердження чого було вказано номер платіжного доручення.

Декларацію було зареєстровано в Інспекції ДАБК і тим самим прийнято в експлуатацію зазначений багатоквартирний житловий будинок з підземним паркінгом.

Такі дії ОСОБА_1 орган досудового розслідування кваліфікував за ч. 1 ст. 366, ч. 2 ст. 364-1 КК, а саме як службове підроблення (видача службовою особою завідомо неправдивого офіційного документа, внесення до офіційного документа завідомо неправдивих відомостей), а також умисне, з метою одержання неправомірної вигоди для себе та інших осіб використання всупереч інтересам юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми службовою особою такої юридичної особи своїх повноважень, що завдало істотної шкоди громадським інтересам та спричинило тяжкі наслідки.

За вироком місцевого суду ОСОБА_1 визнано невинуватим у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 1 ст. 366 та ч. 1 ст. 364-1 КК, та на підставі п. 1 ч. 1 ст. 373 КПК виправдано за недоведеністю, що вчинено кримінальні правопорушення, в яких він обвинувачується.

За ухвалою апеляційного суду вирок суду першої інстанції залишено без зміни.

За постановою ВС від 12.11.2019 ухвалу апеляційного суду щодо ОСОБА_1 скасовано з призначенням нового розгляду в суді апеляційної інстанції у зв'язку з неправильним застосуванням закону України про кримінальну відповідальність у частині необґрунтованості висновку суду щодо невідповідності ознак офіційного документа-декларації, а також через порушення вимог ст. 419 КПК при розгляді провадження судом апеляційної інстанції.

За результатами нового апеляційного розгляду за ухвалою апеляційного суду виправдальний вирок щодо ОСОБА_1 залишено без зміни.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: необхідність відступити від висновку ВС від 12.11.2019 у цьому кримінальному провадженні. Предмет перегляду цієї справи: питання про наявність ознак офіційного документа в декларації про готовність об'єкта до експлуатації в розумінні статей 358, 366 КК.

Обґрунтування позиції ОП: предметом кримінального правопорушення, передбаченого ст. 366 КК, є офіційний документ, визначення якого передбачається у примітці до ст. 358 КК. Якщо документ не відповідає хоча б одній ознаці, передбаченій у вказаній примітці, то це унеможлиблює його віднесення до офіційних документів.

Офіційний документ як предмет злочину має відповідати такими ознакам: 1) документ має бути складено, видано чи посвідчено відповідною особою в межах її компетенції за визначеною законом формою та з належними реквізитами; 2) зафіксована в такому документі інформація повинна мати юридично значущий характер, а саме підтверджені чи засвідчені нею конкретні події, явища або факти мають спричиняти чи бути здатними спричинити наслідки правового характеру у вигляді виникнення (реалізації), зміни або припинення певних прав та/або обов'язків чи може бути використана як документи - докази у правозастосовчій діяльності.

З матеріалів провадження вбачається, що декларація, у підробленні та видачі якої обвинувачувався ОСОБА_1 як службова особа, відповідає ознакам офіційного документа, оскільки судом першої інстанції встановлено, що ОСОБА_1 станом на момент подачі ним декларації був службовою особою юридичної особи приватного права, мав повноваження представляти інтереси ЖБТ. ОСОБА_1 підписав і завірив печаткою ЖБТ декларацію, заповнену за формою, затвердженою Порядком. Цією декларацією було посвідчено готовність до експлуатації об'єкта будівництва, що належить до I-III категорії складності, - багатоквартирного житлового будинку із підземним паркінгом, у тому числі факт повної сплати ЖБТ як замовником коштів пайової участі в розвитку інфраструктури.

Відповідно до п. 3 Порядку (в редакції постанови Кабінету Міністрів України № 880 від 21.10.2015) прийняття в експлуатацію об'єктів, що належать до I-III категорії складності, та об'єктів, будівництво яких здійснювалося на підставі будівельного паспорта, здійснюється шляхом реєстрації органами державно-

будівельного контролю поданої замовником декларації про готовність об'єкта до експлуатації.

Тобто цей документ (декларація) був доказом готовності до експлуатації об'єкта будівництва. Подання цього документа стало приводом для реалізації Інспекцією ДАБК однієї із своїх функцій, а також підставою для вирішення питання про прийняття юридично значущого рішення – реєстрації декларації, тобто засвідчення прийняття в експлуатацію закінченого будівництвом об'єкта, що усвою чергу є необхідною умовою для оформлення права власності на новозбудований об'єкт будівництва та вчинення інших дій, направлених на його функціонування. Одночасно недотримання вимог законодавства щодо повноти та достовірності наведених у декларації даних зумовлює наслідки правового характеру, у тому числі притягнення особи до юридичної відповідальності.

З огляду на викладене складена в установленому порядку декларація мала юридичне значення для того органу, якому вона подавалася (Інспекція ДАБК), породила права та обов'язки для цього органу і замовника (ЖБТ).

За таких обставин декларація є офіційним документом, а протилежний висновок судів першої та апеляційної інстанцій є помилковим.

Разом з тим апеляційний суд правильно погодився з твердженням місцевого суду про те, що наведення недостовірних відомостей у декларації є адміністративним правопорушенням у зв'язку з наступним. Відповідно до ч. 10 ст. 39 Закону України від 17.02.2011 № 3038-VI «Про регулювання містобудівної діяльності» замовник відповідно до закону несе відповідальність за повноту та достовірність даних, зазначених у поданій ним декларації про готовність об'єкта до експлуатації, та за експлуатацію об'єкта без зареєстрованої декларації або сертифіката.

Одночасно Законом України від 14.10.1994 № 208/94-ВР «Про відповідальність за правопорушення у сфері містобудівної діяльності» передбачено, що вчинення суб'єктами містобудування правопорушень у сфері містобудівної діяльності тягне за собою відповідальність, передбачену цим та іншими законами. Цим Законом також визначено, що суб'єкти містобудування, які є замовниками будівництва об'єктів (у разі провадження містобудівної діяльності), або ті, що виконують функції замовника і підрядника одночасно, несуть відповідальність у вигляді штрафу за правопорушення, зокрема і за наведення недостовірних даних у декларації про готовність об'єкта до експлуатації чи в акті готовності об'єкта до експлуатації.

Окрім того, ст. 96 КУпАП передбачено адміністративну відповідальність за порушення вимог законодавства, будівельних норм, стандартів і правил під час будівництва, у тому числі за наведення недостовірних даних у декларації про готовність об'єкта до експлуатації, вчинені щодо певних видів об'єктів будівництва.

За таких обставин при вирішенні питання про кваліфікацію відповідного протиправного діяння з огляду на ознаки предмета правопорушення з урахуванням принципу правової визначеності слід дійти висновку, що наведення

недостовірних даних у декларації про готовність об'єкта до експлуатації за наведених у вироку обставин свідчить про відсутність у діях ОСОБА_1 складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 366 КК, і наявність у його діях складу адміністративного правопорушення, передбаченого ч.13 ст. 96 КУпАП (у редакції Закону України від 09.04.2015 №320- VIII).

Висновок: декларація про готовність до експлуатації об'єкта, який належить до I–III категорії складності, яка складена, видана чи посвідчена відповідною особою в межах її компетенції за визначеною законом формою та з належними реквізитами, є офіційним документом.

Наведення недостовірних даних у декларації про готовність об'єкта до експлуатації містить склад адміністративного правопорушення за умови, якщо в діянні особи є всі елементи його складу, передбачені ч. 13 ст. 96 КУпАП (у редакції Закону України від 09.04.2015 № 320-VIII).

Детальніше з текстом постанови ОП від 15.02.2021 у справі №727/5768/18 (провадження № 51-1328кмо19) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95042465>

1.5.2. Суб'єктом злочину, передбаченого ст. 369-2 КК, може бути будь-яка особа, яка, на думку того, хто надає неправомірну вигоду, здатна реально вплинути на особу, уповноважену на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Дефініція поняття «особа, уповноважена на виконання функцій держави», що містилася у примітці ст. 369-2 КК з вказівкою на Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції», який втратив чинність, має тлумачитися з урахуванням того, що особа, яка надає неправомірну вигоду особі повинна безсумнівно усвідомлювати належність її до осіб, уповноважених на виконання функцій держави, з огляду на її правовий статус і повноваження. Слідчий безсумнівно належить до осіб, уповноважених на виконання функцій держави, зважаючи на його правовий статус

Обставини справи: за вироком місцевого суду ОСОБА_1 визнано винуватим у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, за таких обставин. ОСОБА_1, будучи співробітником поліції, з метою одержання неправомірної вигоди, діючи умисно, вимагав у ОСОБА_2 неправомірну вигоду в сумі 400 дол. США для себе за вплив на прийняття рішення слідчим ОСОБА_10 щодо активізації розслідування кримінального провадження, проведення допиту особи, на яку вказував ОСОБА_2, та проведення інших необхідних слідчих і процесуальних дій. Апеляційний суд залишив вказаний вирок без зміни.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: колегія суддів, передавши провадження на розгляд ОП, вважала за необхідне відійти від правової позиції, викладеної в постанові колегії суддів Третьої судової палати ККС від 03.06.2020 (справа № 722/28/17, провадження № 51-302км20), згідно з якою особа може бути визнана винуватою та її дії кваліфіковано за ч. 2 ст. 369-2 КК, якщо на час вчинення інкримінованого діяння примітка цієї статті відсилала до положень Закону України

«Про засади запобігання і протидії корупції», які на той час втратили чинність. На переконання колегії суддів, така правова позиція суперечить принципу правової визначеності та ґрунтується на помилковому висновку про те, що примітка має підпорядковану роль у ході з'ясування змісту понять, які вживаються в диспозиції. Натомість вважала, що примітка містить у собі невід'ємну частину кримінально-правової норми, передбаченої ч. 2 ст. 369-2 КК, є її невіддільною складовою, що в сукупності з диспозицією визначає обсяг і зміст єдиної і неподільної кримінально-правової норми, передбаченої цією частиною, а визначений у примітці перелік осіб не підлягає довільному тлумаченню.

Обґрунтування позиції ОП: безпосередньо у тексті ст. 369-2 КК відсутні приписи, що визначають ознаки суб'єкта цього злочину. Отже, висновок про те, чи є суб'єкт зазначеного злочину загальним або спеціальним, обумовлений системними зв'язками кримінально-правових норм, передбачених як ст. 369-2 КК, так й іншими статтями КК, де законодавець визначає зміст ознак відповідних злочинів. У ч. 2 ст. 369-2 КК у тому ж значенні, що і в примітці ст. 354 КК, застосовуються поняття «пропозиція і обіцянка неправомірної вигоди» як форм зовнішнього виявлення суспільно небезпечного діяння. Водночас щодо визначення ознак суб'єкта злочину і кінцевого адресата протиправного впливу норма, викладена в ч. 2 ст. 369-2 КК, є спеціальною стосовно норм, викладених у статтях 354, 368, 368-3, 368-4 КК (включаючи примітки до них) зазначеного Кодексу. Ознаки цього злочину визначаються виключно з огляду на сутність та системні зв'язки зазначеної кримінально-правової норми з іншими наведеними нормами.

Джерелом протиправного впливу, що визначений ч. 2 ст. 369-2 КК, є особа, яка приймає пропозицію, обіцянку або одержує неправомірну вигоду для себе чи третьої особи за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, або пропонує чи обіцяє (погоджується) здійснити вплив за надання такої вигоди. Оскільки диспозиція ч. 2 ст. 369-2 КК текстуально не конкретизує характеру впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави, ОП виходить із того, що поняттям впливу охоплюється, в тому числі використання дружніх, родинних, особистих стосунків з особою, уповноваженою на виконання функцій держави, тощо.

У контексті визначення ознак, передбаченого цією нормою складу злочину, зміст поняття «вплив» законодавець жодним чином не обмежує лише «впливом з використанням влади або службового становища», який є лише одним із способів вчинення цього злочину. Такий вплив полягає в тому, що службова особа завдяки своєму становищу вживає заходів до вчинення дій іншими особами (непідпорядкованими їй і які не перебувають від неї в службовій залежності), де використовує службовий авторитет, свої зв'язки зі службовими особами, інші можливості, обумовлені займаною посадою. Отже, суб'єктом злочину, передбаченого ст. 369-2 КК, може бути будь-яка особа, яка в уяві того, хто здійснює підкуп, здатна здійснити реальний вплив на особу, уповноважену

на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування. Щодо значення для кваліфікації за ч. 2 ст. 369-2 КК редакції Закону про кримінальну відповідальність, де пункти 1–3 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції», до яких відсилає примітка ст. 369-2 КК у редакції Закону України № 770-VIII від 10.11.2015, втратили чинність у зв'язку з набранням чинності та введенням у дію Закону України «Про запобігання корупції».

Примітка ст. 369-2 КК є її невіддільною частиною, яка визначає обсяг і зміст понять у кримінально-правових нормах, передбачених цією статтею, і за умови, що її зміст відсилає до чинного Закону, визначений там перелік осіб не підлягає довільному тлумаченню, відмінному від його приписів. Сама наявність у чинній редакції ст. 369-2 КК примітки унеможливорює відмінне від застосованого в ній законодавчого визначення з'ясування кола осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Лише за відсутності змістовної складової примітки ст. 369-2 КК через посилання на нечинний на момент вчинення злочину Закон правозастосовник має підстави вважати оціночним поняття «особа, уповноважена на виконання функцій держави» і встановлювати його зміст за правилами тлумачення. У примітці ст. 369-2 КК з 26.04.2015 по 20.03.2020 стосовно визначення осіб, уповноважених на виконання функцій держави, містилось посилання на пункти 1–3 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції», який втратив чинність з 26.04.2015 року. Водночас наявне у цій примітці посилання на Закон, що втратив чинність, не дає підстав для тверджень про втрату чинності в цей період у цілому ст. 369-2 КК.

Формування законодавства є сферою діяльності виключно законодавця, який своє ставлення до змісту кримінально-правової заборони та ознак злочинів, передбачених ст. 369-2 КК, недвозначно виявив, унісши до неї зміни Законом України від 04.03.2020 № 524-IX, згідно з яким розширив коло кінцевих адресатів зловживання впливом та посилив покарання за нього. Зміст ані закону України про кримінальну відповідальність, ані законів, до яких він відсилає для встановлення змісту та обсягу окремих понять, що визначають ознаки складу злочину в ч. 2 ст. 369-2 КК, не містять вказівок на наміри законодавчого органу пом'якшити закон через декриміналізацію (хоча б часткову) передбачених там діянь або через встановлення менш суворого виду чи розміру покарання. ОП враховує, що втрата чинності Законом України «Про засади запобігання і протидії корупції» була обумовлена саме ухваленням нового спеціального закону – Закону України «Про запобігання корупції», який так само, як і попередній, відносить слідчих до осіб, уповноважених на виконання функцій держави. ОП у цьому кримінальному провадженні не вбачає підстав для відступу від правової позиції щодо застосування ч. 2 ст. 369-2 КК, викладеної в постанові колегії суддів Третьої судової палати ККС від 03.06.2020. Отже, з урахуванням того, що зміст указанного поняття в контексті цієї статті може бути визначений і без звернення до тексту примітки, з'ясування обсягу і змісту поняття, переданого в диспозиції ч. 2 ст. 369-2 КК терміном «особою, уповноваженою на виконання функцій держави», ОП здійснює шляхом застосування вузького підходу до тлумачення.

Належність слідчих до осіб, уповноважених на виконання функцій держави, з огляду на їх правовий статус і повноваження не може викликати сумнівів не тільки у фахових юристів, але й будь-якої іншої особи. ОП доходить висновку, що в цьому кримінальному провадженні застосування ч. 2 ст. 369-2 КК не вийшло за межі вузького тлумачення поняття «особи, уповноваженої на виконання функцій держави», не ґрунтувалося на застосуванні аналогії закону, оскільки зміст диспозиції ч. 2 ст. 369-2 КК був достатньо ясним і передбачуваним для ОСОБА_1, який як працівник правоохоронного органу не міг не усвідомлювати, що одержання неправомірної вигоди за вплив на прийняття рішення слідчим є суспільно небезпечним кримінально караним діянням.

Висновок щодо застосування ст. 369-2 КК: Суб'єктом кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК, є будь-яка фізична осудна особа, що досягла віку кримінальної відповідальності на момент його вчинення, яка, за усвідомленням того, хто пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду, здатна здійснити реальний вплив на особу, уповноважену на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування. ²¹ За відсутності змістовної складової примітки ст. 369-2 КК через посилання в ній на пункти 1–3 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції», що втратив чинність на момент вчинення злочину, правозастосовник має підстави вважати поняття «особа, уповноважена на виконання функцій держави» оціночним і встановлювати його зміст за правилами вузького підходу до тлумачення, де належність слідчих до осіб, уповноважених на виконання функцій держави, з огляду на їх правовий статус і повноваження не викликає сумнівів.

Детальніше з текстом постанови ОП від 29.03.2021 у справі № 554/5090/16-к (провадження № 51-1878кмо20) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96074938>

Розділ 2. Застосування норм кримінального процесуального права України

2.1. Сторона обвинувачення

2.1.1. Рішення про призначення прокурора (групи прокурорів) для здійснення процесуального керівництва у конкретному кримінальному провадженні повинно прийматися у формі постанови та відповідати вимогам ст. 110 КПК, тобто така постанова має міститись у матеріалах досудового розслідування та бути підписаною службовою особою, яка її прийняла.

Відсутність зазначеної постанови в матеріалах досудового розслідування або її непідписання керівником відповідного органу прокуратури обумовлює недопустимість доказів, зібраних під час досудового розслідування, як таких, що зібрані під наглядом і процесуальним керівництвом прокурора (групи прокурорів), який не мав на те законних повноважень

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: у постанові від 19.05.2020 (справа № 490/10025/17) ККС вказано, що КПК не вимагає, щоб кожне рішення, яке приймається у зв'язку з розслідуванням кримінальної справи, викладалося у формі постанови, визначення слідчого чи прокурора не є тим випадком, для якого КПК вимагає винесення постанови, а тому відсутність постанови про визначення певного слідчого або прокурора сама собою не означає, що цей слідчий або прокурор не мав відповідних повноважень. ККС дійшов висновку про необов'язковість постанови для визначення конкретного слідчого або прокурора, яким доручається виконання відповідних повноважень у певній справі.

Однак у постанові від 19.04.2018 (справа № 754/7062/15-к) ККС дійшов протилежного висновку про те, що постанова про призначення прокурора, якою надаються конкретному прокурору (групі прокурорів) передбачені ст. 36 КПК повноваження в кримінальному провадженні, є обов'язковою, як і підписання відповідною особою, що її винесла. При цьому ККС зауважив, що витяг з ЄРДР за відсутності процесуального рішення керівника органу прокуратури не наділяє прокурора повноваженнями здійснювати нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва. Аналогічна правова позиція висловлена ККС у постановах від 19.09.2018 (справа № 761/20108/15-к) та від 17.12.2019 (справа № 235/6337/18).

Таким чином, з метою забезпечення єдності судової практики та формування висновку про застосування статей 36, 37 КПК, зокрема, в питанні наділення повноваженнями прокурора (групи прокурорів) у конкретному кримінальному провадженні, та у зв'язку з необхідністю відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах кримінальне провадження було передано на розгляд ОП.

Обґрунтування позиції ОП: щодо належної процедури визначення прокурора або групи прокурорів, які здійснюватимуть повноваження прокурорів у конкретному кримінальному провадженні, ККС вказав, що керівник органу

прокуратури визначає прокурора (групу прокурорів), який здійснюватиме повноваження прокурора у конкретному кримінальному провадженні, кримінальним процесуальним рішенням, яке утворює, змінює чи припиняє права і обов'язки, тобто має правові наслідки, в конкретному кримінальному провадженні з його початку до завершення та за процесуальною формою має бути передбачено (встановлено) КПК. Надання прав, покладення обов'язків та визначення обсягу відповідальності за своєю юридичною природою потребує письмової форми заради уникнення суб'єктивізму та забезпечення правової визначеності. Хоча ст. 37 КПК і не передбачає для керівника органу прокуратури специфічної форми рішення про визначення прокурора (групи прокурорів), який здійснюватиме повноваження прокурора у конкретному кримінальному провадженні, така процесуальна форма вбачається із тлумачення положень ст. 110 КПК у взаємозв'язку із положеннями ч. 5 ст. 36 КПК. Відповідно до останньої норми Генеральний прокурор, керівник обласної прокуратури, їх перші заступники та заступники своєю вмотивованою постановою мають право доручити здійснення досудового розслідування будь-якого кримінального правопорушення іншому органу досудового розслідування.

У свою чергу постанова керівника відповідного органу прокуратури про призначення (визначення) прокурора або групи прокурорів, які здійснюватимуть повноваження прокурорів у конкретному кримінальному провадженні, має відповідати вимогам ст. 110 КПК, якими, у тому числі, визначено, що постанова слідчого, дізнавача, прокурора виготовляється на офіційному бланку та підписується службовою особою, яка прийняла відповідне процесуальне рішення.

Аналіз Положення про ЄРДР, порядок його формування та ведення, затвердженого наказом Генерального прокурора від 30.06.2020 № 298, та ч. 5 ст. 214 КПК вказує на те, що витяг з ЄРДР не може замінити постанову керівника відповідного органу прокуратури про призначення (визначення) прокурора або групи прокурорів, які здійснюватимуть повноваження прокурорів у конкретному кримінальному провадженні, оскільки він не є кримінально-процесуальним рішенням, яке породжує зазначені правові наслідки в конкретному кримінальному провадженні.

Таким чином, за змістом статей 36, 37, 110 КПК рішення про призначення (визначення) прокурора, який здійснюватиме повноваження прокурора у конкретному кримінальному провадженні, та у разі необхідності групи прокурорів, які здійснюватимуть повноваження прокурорів у конкретному кримінальному провадженні, обов'язково повинно прийматись у формі постанови, яка має міститися у матеріалах досудового розслідування для підтвердження факту наявності повноважень. Така постанова має відповідати передбаченим КПК вимогам до процесуального рішення в формі постанови, у тому числі бути підписаною службовою особою, яка її прийняла.

З приводу наслідків недотримання належної процедури визначення прокурора або групи прокурорів, які здійснюватимуть повноваження прокурорів

у конкретному кримінальному провадженні, ОП вказала, що у випадку здійснення прокурором, який не визначений керівником органу прокуратури як такий, що здійснюватиме процесуальне керівництво у конкретному кримінальному провадженні, дій, передбачених ст. 36 КПК, вони здійснюються неналежним суб'єктом. Тому відсутність постанови про призначення (визначення) прокурора, який здійснюватиме повноваження прокурора у конкретному кримінальному провадженні, та у разі необхідності групи прокурорів, які здійснюватимуть повноваження прокурорів у конкретному кримінальному провадженні, у матеріалах досудового розслідування або її непідписання керівником відповідного органу прокуратури обумовлює недопустимість доказів, зібраних під час досудового розслідування, як таких, що зібрані під наглядом і процесуальним керівництвом прокурора (прокурорів), який не мав на те законних повноважень.

Апеляційний суд, розглядаючи кримінальне провадження за апеляційною скаргою захисника ОСОБА_1, дійшов висновку, що докази обвинувачення є недостатніми для визнання ОСОБА_1 винуватою у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 4 ст. 358 КК, та наявні підстави, передбачені п. 3 ч. 1 ст. 284 КПК, для закриття кримінального провадження, а саме: ОСОБА_1 висунуто обвинувачення без повідомлення про підозру, тобто без дотримання встановленої кримінальним процесуальним законом процедури та за відсутності належних даних про повноваження прокурора ОСОБА_5, яка затвердила обвинувальний акт, а тому докази у кримінальному провадженні визнано недопустимими. Ухвала апеляційного суду відповідає вимогам статей 370, 419 КПК.

Висновок: за змістом статей 36, 37, 110 КПК рішення про призначення (визначення) прокурора, який здійснюватиме повноваження прокурора у конкретному кримінальному провадженні, та у разі необхідності групи прокурорів, які здійснюватимуть повноваження прокурорів у конкретному кримінальному провадженні, обов'язково повинно прийматись у формі постанови, яка має міститись у матеріалах досудового розслідування для підтвердження факту наявності повноважень. Така постанова має відповідати передбаченим КПК вимогам до процесуального рішення в формі постанови, у том числі бути підписаною службовою особою, яка її прийняла. Відсутність зазначеної постанови в матеріалах досудового розслідування або її непідписання керівником відповідного органу прокуратури обумовлює недопустимість доказів, зібраних під час досудового розслідування, як таких, що зібрані під наглядом і процесуальним керівництвом прокурора (прокурорів), який не мав на те законних повноважень.

Детальніше з текстом постанови ОП від 22.02.2021 у справі № 754/7061/15 (провадження № 51-4584кмо18) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95139651>

2.1.2. Якщо Генеральним прокурором, керівником обласної прокуратури, їх першими заступниками та заступниками здійснення досудового розслідування кримінального правопорушення доручено іншому органу досудового розслідування без встановлення неефективності його здійснення органом досудового розслідування, визначеним ст. 216 КПК, має місце недотримання належної правової процедури застосування ч. 5 ст. 36 КПК та порушення вимог статей 214, 216 цього Кодексу. Наслідком недотримання цієї процедури як складового елементу принципу верховенства права є визнання доказів, одержаних у ході досудового розслідування, недопустимими на підставі ст. 86, п. 2 ч. 3 ст. 87 КПК як таких, що зібрані (отримані) неуповноваженими особами (органом) у конкретному кримінальному провадженні, з порушенням установленого законом порядку

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за вироком місцевого суду ОСОБА_1 засуджено за ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 146 КК, ч. 1 ст. 14, ч. 2 ст. 189 КК, ч. 1 ст. 263 КК.

Апеляційний суд залишив указаний вирок без зміни.

В апеляційній скарзі захисники в інтересах обвинуваченого ОСОБА_1, з-поміж іншого, вказували на необґрунтоване визнання судом допустимими доказами дані, отримані у результаті проведення з порушенням правил підслідності СРД та НСРД, які було покладено в основу обвинувачення ОСОБА_1, оскільки кримінальне провадження, розпочате за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ст. 332 КК, а потім за статтями 146, 189, 263 КК, не передавалося з дотриманням правил ст. 216 КПК слідчим органам НП для здійснення досудового розслідування, а розслідувалось СБУ, а тому підстав для реалізації прокурором повноважень, передбачених ч. 5 ст. 36 КПК, передумовою яких є встановлення неефективного розслідування, не було, таким чином орган досудового розслідування та прокуратура діяли поза межами визначених КПК повноважень.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: необхідність відступити від висновку щодо подібних правовідносин та забезпечення єдності судової практики про застосування ч. 5 ст. 36, ст. 87 КПК щодо визначення належної правової процедури реалізації Генеральним прокурором, керівником обласної прокуратури, їх першими заступниками та заступниками повноважень, передбачених ч. 5 ст. 36 КПК, та наслідків недотримання такої процедури в конкретному кримінальному провадженні у вигляді визнання доказів, одержаних у ході досудового розслідування, недопустимими.

Позиція ОП: скасовано ухвалу апеляційного суду та призначено новий розгляд у суді апеляційної інстанції.

Обґрунтування позиції ОП: щодо належної правової процедури реалізації Генеральним прокурором, керівником обласної прокуратури, їх першими заступниками та заступниками повноважень, передбачених ч. 5 ст. 36 КПК, ОП звертає увагу на таке.

У теоретичному аспекті «належна правова процедура» – це форма здійснення правосуддя, яку утворюють сукупність гарантій прав людини процесуального характеру, спрямовані на досягнення процедурної справедливості правосуддя.

Застосування належної правової процедури у кримінальному провадженні – це встановлені кримінальним процесуальним законодавством способи реалізації норм кримінального процесуального права, що забезпечують досягнення цілей правового регулювання кримінальних процесуальних відносин у сфері порядку досудового розслідування та судового розгляду. Воно означає не лише те, що всі дії процесуальних суб'єктів мають відповідати вимогам закону, адже в такому випадку це завдання розчиняється в приписах засади законності. Такі дії мають виникати із наявних повноважень і перебувати в адекватному співвідношенні з конкретним процесуальним завданням, яке виникає в певний момент досудового розслідування і судового розгляду кримінального провадження. Таке адекватне співвідношення приводить до принципу пропорційності.

Належна правова процедура має застосування як під час судового розгляду, так і на стадії досудового розслідування. Недотримання належної правової процедури тягне за собою порушення гарантованого кожному ст. 6 Конвенції права особи на справедливий суд.

У ч. 5 ст. 36 КПК зазначено наступну систему елементів процедури: а) належний суб'єкт (Генеральний прокурор, керівник обласної прокуратури, їх перші заступники та заступники); б) оцінка досудового розслідування як неефективного; в) відображення такої оцінки у відповідному процесуальному рішенні – постанові; г) вмотивованість такої постанови.

Слід зауважити, що КПК не передбачає вимоги дотримання правил підслідності при внесенні відомостей до ЄРДР. Стаття 214 КПК не містить вимоги про дотримання при внесенні відомостей до ЄРДР правил підслідності і вказівки на можливість не вносити відомості, якщо кримінальне правопорушення не підслідне органу.

Законодавець, розподіливши кримінальні правопорушення в межах підслідності різних органів досудового розслідування, виходив із презумпції, що саме цей орган здатний здійснити належне досудове розслідування кримінальних проваджень щодо зазначеного переліку кримінальних правопорушень: у силу характеристик кримінального правопорушення, організаційних можливостей органу, звичаїв, потреб у спеціалізації тощо. Законом резюмується, що досудове розслідування має здійснюватися із дотриманням правил підслідності. Адже стратегічна мета інституту підслідності полягає в забезпеченні права особи на об'єктивне й неупереджене розслідування, і як результат – гарантування передбаченого Конвенцією права особи на справедливий суд.

При оцінці ефективності досудового розслідування слід виходити з того, що ефективність досудового розслідування є співвідношенням процесуальних дій, процесуальних рішень, реалізованих учасниками кримінального провадження, а також їх результатів із положеннями КПК, що визначають підстави, умови

і порядок їх проведення чи прийняття, з урахуванням оптимальних затрат часу та зусиль на це.

Для констатації неефективності досудового розслідування його оцінка необхідна для того, щоб прийняти рішення про доручення здійснення досудового розслідування будь-якого кримінального правопорушення іншому органу досудового розслідування, у тому числі слідчому підрозділу вищого рівня в межах одного органу.

Наявність відповідних відомостей, які стосуються конкретного кримінального провадження, щодо його неефективності відповідним прокурором може бути встановлена на будь-якій стадії досудового розслідування, в тому числі і на його початку, та бути підставами для прийняття рішення в порядку та відповідно до вимог ч. 5 ст. 36 КПК.

Надання прав, покладення обов'язків та визначення обсягу відповідальності за своєю юридичною природою потребує письмової форми заради уникнення суб'єктивізму та забезпечення правової визначеності. У кожному конкретному випадку наявність таких підстав має бути обґрунтована у відповідній постанові прокурора, адже зміна передбаченої законом підслідності, як видається, має розглядатися як екстраординарна процедура порівняно із загальним порядком визначення підслідності, за яким вирішення цього питання є предметом законодавчого регулювання, а не предметом дискреції.

Відповідна постанова Генерального прокурора, керівника обласної прокуратури, їх перших заступників та заступників про доручення здійснення досудового розслідування кримінального правопорушення іншому органу досудового розслідування має відповідати вимогам ст. 110 КПК, у тому числі бути вмотивованою, надавати обґрунтоване пояснення щодо фактичних та юридичних підстав прийнятого рішення.

У даному кримінальному провадженні постанова про визначення підслідності в матеріалах відсутня та не була предметом дослідження судів першої та апеляційної інстанцій. Апеляційний суд не перевіряв дотримання належної правової процедури реалізації прокурором повноважень, передбачених ч. 5 ст. 36 КПК.

Висновок: за змістом ч. 5 ст. 36, статей 86, 87, 110, 214, 216 КПК визначається належна правова процедура реалізації Генеральним прокурором, керівником обласної прокуратури, їх першими заступниками та заступниками повноважень, передбачених ч. 5 ст. 36 КПК, яка містить такі елементи: а) належний суб'єкт (Генеральний прокурор, керівник обласної прокуратури, їх перші заступники та заступники); б) оцінка досудового розслідування як неефективного; в) відображення такої оцінки у відповідному процесуальному рішенні – постанові; г) вмотивованість такої постанови.

Обов'язковою передумовою реалізації Генеральним прокурором, керівником обласної прокуратури, їх першими заступниками та заступниками повноважень, передбачених ч. 5 ст. 36 КПК, є оцінка досудового розслідування органом досудового розслідування, встановленим ст. 216 КПК, як неефективного та відображення такої оцінки у постанові з наведенням відповідного мотивування.

Наявність відповідних відомостей, які стосуються конкретного кримінального провадження, щодо його неефективності відповідним прокурором може бути встановлено на будь-якому етапі досудового розслідування, в тому числі і на його початку, та бути підставами для прийняття рішення в порядку і відповідно до вимог ч. 5 ст. 36 КПК.

У кожному конкретному випадку наявність таких підстав має бути обґрунтована у відповідному процесуальному рішенні – постанові Генерального прокурора, керівника обласної прокуратури, їх перших заступників та заступників про доручення здійснення досудового розслідування кримінального правопорушення іншому органу досудового розслідування, яка має відповідати вимогам ст. 110 КПК, у тому числі бути вмотивованою, надавати обґрунтоване пояснення щодо фактичних та юридичних підстав прийнятого рішення.

Постанова про доручення досудового розслідування іншому органу досудового розслідування, її обґрунтування та вмотивування має бути предметом дослідження суду в кожному кримінальному провадженні, яка здійснюється з урахуванням його конкретних обставин. Результати такого дослідження утворюють підстави для подальшої оцінки отриманих у результаті проведеного досудового розслідування доказів з точки зору допустимості.

У разі доручення Генеральним прокурором, керівником обласної прокуратури, їх першими заступниками та заступниками здійснення досудового розслідування кримінального правопорушення іншому органу досудового розслідування без встановлення неефективності досудового розслідування органом досудового розслідування, визначеним ст. 216 КПК, зазначені уповноважені особи діятимуть поза межами своєї повноважень. У такому випадку матиме місце недотримання належної правової процедури застосування ч. 5 ст. 36 КПК та порушення вимог статей 214, 216 КПК.

Наслідком недотримання належної правової процедури як складового елементу принципу верховенства права є визнання доказів, одержаних у ході досудового розслідування недопустимими на підставі ст. 86, п. 2 ч. 3 ст. 87 КПК як таких, що зібрані (отримані) неуповноваженими особами (органом) у конкретному кримінальному провадженні, з порушенням встановленого законом порядку.

Детальніше з текстом постанови ОП від 24.05.2021 у справі № 640/5023/19 (провадження № 51-2917кмо20) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97286253>

2.2. Досудове розслідування

2.2.1. Виконання ухвали слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи покладається особисто на слідчого чи прокурора і не може бути доручене відповідним оперативним підрозділам

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: відповідно до обвинувального акта дії ОСОБА_1 кваліфіковано за ч. 2 ст. 307 КК.

За вироком місцевого суду ОСОБА_1 виправдано за недоведеністю його винуватості у вчиненні вказаного кримінального правопорушення. Зокрема, місцевим судом було визнано недопустимим доказом протокол обшуку житла ОСОБА_1. Суд мотивував це тим, що під час проведення обшуку було порушено вимоги ст. 236 КПК, оскільки обшук проводився неуповноваженою особою на те особою, а саме старшим оперуповноваженим без участі слідчого. У той час як в ухвалі слідчого судді місцевого суду було зазначено, що одноразовий дозвіл на проведення обшуку житла ОСОБА_1 було надано слідчому.

Апеляційний суд залишив без зміни цей вирок.

У касаційній скарзі прокурор, стверджував, що апеляційний суд належним чином не спростував доводів апеляційної скарги прокурора, які стосувалися помилкових висновків суду першої інстанції, зокрема щодо недопустимості протоколу обшуку житла.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: необхідність відступити від висновку щодо застосування норми права в подібних правовідносинах та забезпечити єдність судової практики щодо суб'єктів, які уповноважені виконувати ухвалу про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи (ст. 236 КПК).

Позиція ОП: залишено без зміни ухвалу апеляційного суду.

Обґрунтування позиції ОП: ОП зазначає, що порядок проведення обшуку детально регламентований КПК (статті 234, 235). Попри загальну норму про те, що оперативні підрозділи органів НП, органів СБУ, НАБУ, органів ДБР, органів БЕБ, органів ДПС, органів, установ виконання покарань та слідчих ізоляторів ДКВС здійснюють СРД та НСРД у кримінальному провадженні за письмовим дорученням слідчого, дізнавача, прокурора, а підрозділ детективів, оперативно-технічний підрозділ та підрозділ внутрішнього контролю НАБУ – за письмовим дорученням детектива або прокурора САП (ч. 1 ст. 41 КПК), ч. 1 ст. 236 КПК передбачає, що ухвала про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи може бути виконана слідчим чи прокурором. Винятків для оперативних підрозділів у ній не передбачено. У жодній іншій статті КПК, яка стосується порядку проведення СРД, аналогічної норми немає.

Отже, системний аналіз п. 3 ч. 2 ст. 40, статей 235, 236 КПК дозволяє зробити висновок про те, що виконання ухвали слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи покладається особисто на слідчого чи прокурора і не може бути доручене відповідним оперативним підрозділам.

Що стосується доводів колегії суддів Першої судової палати, яка передала на розгляд ОП вказане кримінальне провадження, про можливість прокурора, слідчого, дізнавача доручати проведення СРД та НСРД відповідним оперативним підрозділам або оперативним працівникам таких підрозділів у порядку, передбаченому законом для проведення відповідних дій, включаючи в передбачених КПК випадках отримання дозволу слідчого судді, під час виконання яких співробітник оперативного підрозділу користується повноваженнями слідчого, ОП зазначає наступне.

У п. 5 ст. 36, п. 3 ч. 2 ст. 40, п. 3 ч. 2 ст. 40-1 КПК передбачено повноваження прокурора, слідчого та дізнавача доручати проведення СРД та НСРД відповідним оперативним підрозділам.

ОП зазначає, що у багатьох статтях чинного КПК, зокрема, тих, які регламентують проведення СРД, законодавець справді не зазначає поряд із слідчим, прокурором - ні дізнавача, ні детектива, ні оперативний підрозділ. Такий підхід можна пояснити міркуваннями необхідності уникнення переобтяження тексту КПК. Однак, висновок про те, що жодна СРД не може бути проведена оперативним підрозділом чи його співробітником, оскільки він не згаданий у ст. 223 КПК чи статті, яка регламентує порядок проведення конкретної слідчої дії, є помилковим. Крім того, судова практика також ніколи не тлумачила відсутність згадки у ст. 223 КПК оперативного підрозділу чи його співробітника як заборону діяти йому на підставі доручення слідчого або прокурора.

Проте, зазначене не стосується ч. 1 ст. 236 КПК. Адже в жодній іншій статті КПК, яка передбачає порядок проведення СРД, аналогічної норми немає.

Таким чином, загальні положення ст. 223 КПК не вказують на можливість передоручення виконання ухвали слідчого судді. Стаття 235 КПК позбавляє слідчого суддю можливості дати доручення оперативному підрозділу чи його співробітнику на виконання ухвали про обшук. Спеціальна норма у ст. 236 КПК чітко визначає суб'єктів виконання ухвали, де не вказані співробітники оперативних підрозділів.

По-іншому у КПК регламентується порядок проведення НСРД. У ч. 6 ст. 246 КПК передбачено, що проводити НСРД має право слідчий, який здійснює досудове розслідування кримінального правопорушення, або за його дорученням - уповноважені оперативні підрозділи НП, органів СБУ, НАБУ, органів ДБР, органів БЕБ, органів, установ виконання покарань та слідчих ізоляторів ДКВС, органів ДПС. За рішенням слідчого чи прокурора до проведення НСРД можуть залучатися також інші особи. Вказана норма обумовлена тим, що для проведення більшості НСРД слідчий, дізнавач, прокурор не може провести їх без спеціальних ресурсів та вмінь співробітників оперативних підрозділів.

Ураховуючи викладене, НСРД за ухвалою слідчого судді можуть проводитися оперативними підрозділами. Більше того, в силу потреби захистити відомості про факт проведення НСРД у клопотанні слідчого, прокурора, ухвалі слідчого судді не зазначається уповноважений оперативний підрозділ, який має виконувати НСРД (п. 2.2. Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні).

Висновок: системне тлумачення процесуальних норм, передбачених п. 3 ч. 2 ст. 40, ст. 236 КПК дає підстави для висновку про те, що виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи покладається на слідчого чи прокурора і не може бути доручене відповідним оперативним підрозділам.

У справі було висловлено окрему думку.

Детальніше з текстом постанови ОП від 06.12.2021 у справі № 663/820/15-к (провадження № 51-2075кмо20) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101829915>

Окрема думка <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101829965>

2.2.2. Обвинувальний акт повинен бути складений, затверджений, вручений та безпосередньо направлений до суду в межах строку досудового розслідування. Кінцевим моментом досудового розслідування є безпосереднє направлення обвинувального акта до суду. Направлення прокурором обвинувального акта після закінчення досудового розслідування до суду поза межами строків досудового розслідування у кримінальних провадженнях щодо злочинів, які не є тяжкими чи особливо тяжкими проти життя та здоров'я, виключає набуття особою процесуального статусу обвинуваченого (підсудного), а отже, унеможливорює розгляд у суді кримінального провадження по суті та тягне за собою його закриття на підставі п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК.

У разі встановлення обставин, передбачених п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК, суд апеляційної чи касаційної інстанції зобов'язаний скасувати судові рішення нижчих інстанцій і закрити кримінальне провадження

Обставини справи: ОСОБА_1 обвинувачувався в тому, що він одержав неправомірну вигоду для себе за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави та за вироком ВАКС визнаний винуватим у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 369-2 КК.

Апеляційна палата ВАКС залишила цей вирок без зміни.

У касаційній скарзі захисник стверджує, що обвинувальний акт у цьому кримінальному провадженні було направлено до місцевого суду з порушенням строку досудового розслідування. Це, на його думку, свідчить про порушення вимог ст. 219 КПК та є підставою для закриття кримінального провадження (п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК).

Позиція ККС: скасовано вирок ВАКС та ухвалу Апеляційної палати ВАКС. Закрито кримінальне провадження на підставі п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК.

Обґрунтування позиції ККС: за своєю юридичною природою процесуальні строки виступають темпоральними умовами реалізації суб'єктивних прав і юридичних обов'язків учасниками кримінальних процесуальних правовідносин.

Ураховуючи формулювання п. 10 ч. 1 ст. 284 КК, строк досудового розслідування необхідно відрховувати з дня притягнення особи до кримінальної відповідальності як стадії кримінального провадження, яка згідно з п. 14 ч. 1 ст. 3 КПК починається з моменту повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення.

Як неодноразово зазначав ВС, кінцевим моментом строку досудового розслідування є його закінчення, яке як етап кримінального провадження законодавець пов'язує у часі зі зверненням з обвинувальним актом до суду (його фактичним направленням). А тому в рамках строку досудового розслідування обвинувальний акт має бути не лише складено, затверджено та вручено,

а й безпосередньо направлено на адресу суду (постанови ВС від 26.05.2020 у справі №556/1381/18, від 01.07.2021 у справі № 752/3218/20, ухвали ВС від 26.05.2020 у справі №712/6375/18, від 15.03.2021 у справі № 676/6116/18, від 05.04.2021 у справі № 676/804/20, від 21.04.2021 у справі № 991/6516/20).

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, 16.08.2018 детективом НАБУ до ЄРДР було внесено відомості про вчинення кримінального правопорушення на підставі письмової заяви ОСОБА_2. 29.08.2018 ОСОБА_1 було повідомлено про підозру у вчиненні цього кримінального правопорушення, а 21.02.2019 повідомлено про зміну підозри у вчиненні злочину з ч. 3 на ч. 2 ст. 369-2 КК.

Строк досудового розслідування у кримінальному провадженні, яке перебуває на розгляді Суду, востаннє було продовжено ухвалою слідчого судді місцевого суду від 24.01.2019 до 27.02.2019 включно. 21.02.2019 прокурором САП повідомлено про завершення досудового розслідування та надано стороні захисту доступ до матеріалів справи. 27.03.2019 сторона захисту підтвердила факт ознайомлення з матеріалами кримінального провадження, про що свідчить протокол про надання доступу до матеріалів досудового розслідування, підписаний підозрюваним та трьома його захисниками без будь-яких зауважень та застережень, що у свою чергу спростовує позицію прокурора про те, що сторона захисту станом на цей день не ознайомилася з матеріалами провадження.

Таким чином, часовий проміжок з 21.02 по 27.03.2019 згідно з приписами ч. 5 ст. 219 КПК не включається у строк досудового розслідування.

Ураховуючи те, що стороні захисту було відкрито матеріали справи для ознайомлення з ними 21.02.2019, тобто за 6 днів до спливу строку досудового розслідування, відлік якого продовжується з моменту виконання приписів ч. 9 ст. 290 КПК, днем закінчення строку досудового розслідування у вказаному кримінальному провадженні є 02.04.2019. Разом з тим обвинувальний акт стосовно ОСОБА_1 хоча складений та підписаний 02.04.2019, однак направлений до місцевого суду лише 05.04.2019 згідно зі штемпелем на поштовому конверті та отриманий місцевим судом 09.04.2019, що свідчить про очевидне порушення прокурором вимог кримінального процесуального законодавства України.

За викладених обставин, ураховуючи, що злочин, який інкримінувався засудженому, не належить до категорій тяжких чи особливо тяжких злочинів проти життя та здоров'я особи, підлягає застосуванню п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК.

Стосовно позиції прокурора в судовому засіданні про те, що зі змісту абз. 2 ч. 7 ст. 284 та п. 2 ч. 3 ст. 314 КПК випливає, що закриття кримінального провадження судом з підстави, передбаченої п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК, можливе лише у підготовчому провадженні, колегія суддів зазначає наступне.

Підготовче провадження є своєрідним процесуальним фільтром між досудовим провадженням і судовим розглядом, одним із завдань якого є перевірка відповідності вимогам закону процесуальних рішень, що надійшли від прокурора. На переконання колегії суддів, судам першої інстанції слід ретельно

перевіряти не тільки дотримання прокурором вимог, передбачених статтями 291–293 КПК, а й виконання ним приписів ст. 219 КПК, про які йшлося раніше.

Здійснення судового провадження при наявності підстав для закриття кримінального провадження відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 412 КПК становить істотне порушення вимог кримінального процесуального закону, яке тягне за собою безумовне скасування судового рішення, ухваленого за результатами такого судового розгляду.

При цьому, виходячи із завдань апеляційного та касаційного проваджень, а саме виправлення помилок у застосуванні норм матеріального чи процесуального права та недопущення виконання незаконних і необґрунтованих судових рішень з метою дотримання прав і законних інтересів учасників провадження, а також з огляду на положення ст. 415 КПК, яка визначає підстави для призначення нового розгляду в суді першої інстанції, ст. 417 КПК, яка уповноважує суд апеляційної інстанції закрити кримінальне провадження у разі встановлення всіх без виключення підстав, передбачених ст. 284 та ст. 440 КПК, яка надає такі ж повноваження суду касаційної інстанції, колегія суддів вважає, що не існує жодних процесуальних перепон для скасування судом відповідної інстанції судових рішень нижчих інстанцій і закриття кримінального провадження.

Висновок щодо застосування норм права у подібних правовідносинах.

Кінцевим моментом строку досудового розслідування є його закінчення, яке як етап кримінального провадження законодавець пов'язує у часі зі зверненням з обвинувальним актом до суду (його фактичним направленням). А тому в межах строку досудового розслідування обвинувальний акт має бути не лише складено, затверджено та вручено, а й безпосередньо направлено на адресу суду.

Перевірка судом першої інстанції у підготовчому провадженні дотримання прокурором вимог, передбачених статтями 291, 293 КПК, а також виконання ним приписів ст. 219 КПК у частині направлення обвинувального акта у строки досудового розслідування є передумовою набуття підозрюваним у вчиненні злочинів, які не є тяжкими чи особливо тяжкими проти життя та здоров'я особи, процесуального статусу обвинуваченого, стосовно якого відповідно до ч. 1 ст. 337 КПК має здійснюватися судовий розгляд.

Направлення прокурором обвинувального акта після закінчення досудового розслідування до суду поза межами строків досудового розслідування у кримінальних провадженнях щодо злочинів, які не є тяжкими чи особливо тяжкими проти життя та здоров'я, виключає набуття особою процесуального статусу обвинуваченого (підсудного), а отже, унеможлиблює розгляд у суді кримінального провадження по суті та тягне за собою закриття кримінального провадження на підставі п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК.

З огляду на положення п. 1 ч. 2 ст. 412 КПК, яка передбачає у будь-якому разі скасування судового рішення, якщо за наявності підстав для закриття судом провадження у кримінальній справі його не було закрито, ст. 415 КПК,

яка визначає підстави для призначення нового розгляду в суді першої інстанції, ст. 417 КПК, яка уповноважує суд апеляційної інстанції закрити кримінальне провадження у разі встановлення усіх без виключення підстав, передбачених ст. 284 та ст. 440 КПК, яка надає такі ж повноваження суду касаційної інстанції, у разі встановлення обставини, передбаченої п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК, суд апеляційної чи касаційної інстанції зобов'язаний скасувати судові рішення нижчих інстанцій і закрити кримінальне провадження.

Детальніше з текстом постанови ВС від 15.09.2021 у справі № 711/3111/19 (провадження № 51-2890км19) можна ознайомитися за посиланням <https://reestr.court.gov.ua/Review/99687323>

2.2.3. Термінологічні звороти «призначати слідчого» та «визначати слідчого» синонімічні, а тому їх зміст у тексті КПК є тотожним.

Процесуальне рішення про призначення (визначення) групи слідчих, які здійснюватимуть досудове розслідування у конкретному кримінальному провадженні, про визначення старшого цієї групи, який керуватиме діями інших слідчих, повинно бути прийнято у формі постанови. Таке процесуальне рішення необхідно долучати до матеріалів досудового розслідування для підтвердження наявності повноважень слідчих, які здійснюють досудове розслідування

Обставини справи: з матеріалів кримінального провадження, яке є предметом касаційного перегляду, а саме згідно з даними із ЄРДР вбачається, що попри надане доручення на проведення досудового розслідування заступнику начальника СВ як слідчому, у ЄРДР зазначені відомості про слідчого ОСОБА_2 (старший слідчий групи) та слідчого ОСОБА_3 у складі групи слідчих. При цьому в матеріалах кримінального провадження відсутні дані про створення групи слідчих або слідчо-оперативної групи, а також відповідні доручення слідчого. Вказані слідчі здійснювали досудове розслідування у цьому кримінальному провадженні. Зокрема, слідчий ОСОБА_2 прийняв заяву від ОСОБА_4 про залучення її до провадження як потерпілої. Цим же слідчим було ухвалено ряд постанов про призначення імунологічних, судово-медичних та цитологічних експертиз, складено протоколи про відібрання біологічних зразків.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: необхідність відступити від висновку щодо застосування норми права в подібних правовідносинах та забезпечення єдності судової практики стосовно допустимості зібраних під час досудового розслідування доказів у випадку відсутності в матеріалах досудового розслідування постанови про призначення/визначення уповноважених осіб, які здійснюватимуть повноваження слідчих у конкретному кримінальному провадженні, за умови ознайомлення учасників кримінального провадження з такою постановою під час досудового розслідування.

Позиція ОП: скасовано вирок апеляційного суду і призначено новий розгляд у суді апеляційної інстанції.

Обґрунтування позиції ОП: системне тлумачення ст. 2, ч. 1 ст. 3, п. 1 ч. 2 ст. 39, ч. 1 ст. 214, п. 2 ч. 2 ст. 39 КПК свідчить про те, що законодавець застосовує словосполучення «визначати слідчого» та «призначати слідчого» як терміни з синонімічним змістом, що мають тотожне семантичне значення стосовно визначення обсягу, форми та змісту дій, які вони характеризують.

ОП в контексті застосування приписів ст. 110 КПК виходить з того, що процесуальне рішення керівника відповідного органу досудового розслідування про визначення групи слідчих, які здійснюватимуть досудове розслідування, старшого слідчої групи, який керуватиме діями інших слідчих, має відповідати вимогам ст. 110 КПК. При цьому, враховуючи вимоги ч. 6 вказаної статті, таке рішення повинно бути виготовлене на офіційному бланку та підписане службовою особою, яка його прийняла.

Витяг з ЄРДР не може замінити процесуального рішення про визначення групи слідчих у кримінальному провадженні. Оскільки витяг з ЄРДР не є процесуальним рішенням, а отже, не породжує правових наслідків щодо визначення групи слідчих, які здійснюватимуть досудове розслідування.

На підставі викладеного вище, ОП доходить висновку, що процесуальне рішення про визначення групи слідчих, які здійснюватимуть досудове розслідування, визначення старшого слідчої групи, який керуватиме діями інших слідчих, має прийматися у формі, яка повинна відповідати визначеним кримінальним процесуальним законом вимогам до процесуального рішення у формі постанови. При цьому таке процесуальне рішення необхідно долучати до матеріалів досудового розслідування для підтвердження наявності повноважень слідчих, які здійснюють досудове розслідування.

У касаційній скарзі сторона захисту стверджує, що суд дав неналежну оцінку доказам в аспекті ст. 94 КПК на предмет належності та допустимості доказів, що були отримані в кримінальному провадженні за відсутності постанови про призначення групи слідчих, а отже, і їх достатності для доведення винуватості засудженого в інкримінованих злочинах.

Апеляційний суд, розглядаючи кримінальне провадження за апеляційними скаргами прокурора та захисника, посилаючись на витяг з ЄРДР, дійшов висновку, що відсутність у матеріалах кримінального провадження постанови про визначення слідчих в кримінальному провадженні не свідчить про відсутність у них процесуальних повноважень для здійснення досудового розслідування, оскільки відомості про цих слідчих у кримінальному провадженні внесені до ЄРДР. Тобто суд апеляційної інстанції необґрунтовано виходив з того, що процесуальне рішення про створення групи слідчих у кримінальному провадженні не обов'язково має бути долучене до матеріалів досудового розслідування для підтвердження наявності повноважень слідчих, які здійснюють досудове розслідування, а його відсутність не впливає на вирішення питання про допустимість доказів, зібраних слідчими, відомості про яких внесені до ЄРДР за відсутності такого процесуального рішення в матеріалах кримінального провадження.

Отже, суд апеляційної інстанції не дав належної оцінки доводам апеляційної скарги сторони захисту, внаслідок чого дійшов дочасного висновку про допустимість указаних вище доказів, зібраних слідчими, і, відповідно, про дотримання місцевим судом приписів статей 86, 94, 370, 374 КПК, що вплинуло на законність і обґрунтованість оскарженого судового рішення.

Висновок: за приписами статей 39, 110, ч. 1 ст. 214 КПК рішення про призначення (визначення) групи слідчих, які здійснюватимуть досудове розслідування, визначення старшого слідчої групи, який керуватиме діями інших слідчих, обов'язково приймається у формі, яка повинна відповідати визначеним кримінальним процесуальним законом вимогам до процесуального рішення у формі постанови.

Відсутність такого процесуального рішення в матеріалах кримінального провадження обумовлює недопустимість доказів, зібраних під час досудового розслідування, як таких, що зібрані неуповноваженою на те особою.

Детальніше з текстом постанови ОП від 04.10.2021 у справі № 724/86/20 (провадження № 51-1353кмо21) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100214751>

2.3. Особливості досудового розслідування кримінальних проступків

2.3.1. Кримінальні процесуальні акти (механізми) повернення обвинувального акта прокурору в порядку, передбаченому КПК, та повернення обвинувального акта прокурору для внесення з урахуванням вимог глави 25 «Особливості досудового розслідування кримінальних проступків» КПК відповідно до пп. 5 п. 4 Розділу II «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень», не є тотожними.

Ухвала місцевого суду про повернення обвинувального акта прокурору, згідно з яким особа обвинувачується у вчиненні кримінального проступку, для його внесення до суду з урахуванням вимог глави 25 КПК, оскарженню в апеляційному порядку не підлягає

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за ухвалою місцевого суду обвинувальний акт з реєстром матеріалів досудового розслідування кримінального провадження щодо ОСОБА_1, обвинуваченого у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 2 ст. 185, ч. 3 ст. 185, ч. 1 ст. 309, ч. 2 ст. 309 КК, повернуто керівнику прокуратури для внесення з урахуванням вимог глави 25 КПК.

Апеляційний суд відмовив прокурору у відкритті провадження на підставі ч. 4 ст. 399 КПК у зв'язку з тим, що апеляційну скаргу подано на судове рішення, яке не підлягає оскарженню в апеляційному порядку.

У касаційній скарзі прокурор вказує, що апеляційний суд залишив поза увагою те, що ухвалу про повернення обвинувального акта постановлено судом

під час підготовчого судового засідання, і вона підлягає апеляційному оскарженню на підставі ч. 4 ст. 314, п. 2 ч. 2 ст. 395 КПК.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: необхідність відступити від висновку щодо застосування норми права в подібних правовідносинах та з метою забезпечення єдності судової практики щодо апеляційного оскарження ухвали місцевого суду, якою прокурору повернуто обвинувальний акт у кримінальному провадженні за обвинуваченням особи у вчиненні кримінального правопорушення та кримінального проступку.

Позиція ОП: залишено без зміни ухвалу апеляційного суду.

Обґрунтування позиції ОП: ОП не знайшла підстав відступити від висновку щодо застосування норм права в подібних правовідносинах, викладеного в раніше прийнятій ухвалі ККС від 07.12.2020 у справі № 161/8011/20 (провадження № 51-5737ск20).

КПК не містить вичерпного переліку порушень при складанні обвинувального акта, що обумовлює його повернення. При цьому п. 3 ч. 3 ст. 314 КПК відсилає до ст. 291 цього Кодексу, що надає можливість визначити перелік порушень, які є похідними від закріплених у цій статті вимог до підсумкового документа досудового розслідування: порушення, які стосуються змісту та форми самого обвинувального акта, змісту та наявності додатків до обвинувального акта. Метою повернення обвинувального акта у кримінальних провадженнях про злочини, що визначені як кримінальні проступки відповідно до положень Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень», є лише внесення обвинувального акта з урахуванням процедури, визначеної главою 25 КПК. Таким чином, підставою повернення обвинувального акта згідно з пп. 5 п. 4 Прикінцевих та перехідних положень вказаного Закону є невідповідність закону процедури внесення цього обвинувального акта, на відміну від положень п. 3 ч. 3 ст. 314 КПК, де йдеться про недоліки обвинувального акта як підсумкового документа досудового розслідування.

До того ж, приписи пп. 5 п. 4 Прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» про повернення обвинувального акта, на відміну від положень п. 3 ч. 3 ст. 314 КПК, викладено як імперативну та безумовну вимогу до суду, що вказує і на відсутність предмету апеляційної перевірки згідно з п. 3 ч. 3 ст. 314 КПК, а саме «відповідності чи невідповідності обвинувального акта вимогам цього Кодексу».

Разом із тим, ч. 4 ст. 314 КПК прямо передбачає можливість оскарження в апеляційному порядку ухвали про повернення обвинувального акта, прийнятої згідно з приписами саме ст. 314 КПК, проте спеціальних норм стосовно можливості оскарження повернення обвинувального акта на підставі пп. 5 п. 4 Прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про внесення змін

до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» чинний КПК не містить.

З огляду на наведене, повернення обвинувального акта за пп. 5 п. 4 Прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» становить кримінально-процесуальний акт *suī generis*, тобто його конструкція є своєрідною, єдиною у своєму роді.

Отже, кримінально-процесуальні акти (механізми) повернення обвинувального акта прокурору в порядку, передбаченому ст. 314 КПК, та повернення обвинувального акта прокурору для внесення з урахуванням вимог глави 25 КПК, закріплений в пп. 5 п. 4 Прикінцевих та перехідних положень Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень», не є тотожними.

Виходячи з закріпленого в п. 3 ч. 1 та абз. 1 ч. 2 ст. 392 КПК загального правила про недопустимість окремого оскарження ухвал, постановлених під час судового провадження в суді першої інстанції до ухвалення судових рішень, передбачених ч. 1 цієї статті, крім випадків, визначених цим Кодексом, та відсутності в нормах КПК відповідної вказівки щодо можливості оскарження, ухвала місцевого суду про повернення обвинувального акта прокурору для внесення з урахуванням вимог глави 25 КПК оскарженню в апеляційному порядку не підлягає.

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, до місцевого суду надійшов обвинувальний акт щодо ОСОБА_1, обвинуваченого у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 2 ст. 185, ч. 3 ст. 185, ч. 1 ст. 309, ч. 2 ст. 309 КК.

Зважаючи на те, що кримінальне правопорушення, передбачене ч. 1 ст. 309 КК, відповідно до ст. 12 КК належить до кримінальних проступків, і це кримінальне провадження не було призначено до судового розгляду, місцевий суд у підготовчому судовому засіданні ухвалою повернув обвинувальний акт з реєстром матеріалів досудового розслідування кримінального провадження прокурору для внесення з урахуванням вимог глави 25 КПК.

Апеляційний суд відмовив у відкритті провадження за апеляційною скаргою прокурора на ухвалу місцевого суду щодо ОСОБА_1 на підставі п. 4 ст. 399 КПК. При цьому апеляційний суд послався на положення пп. 5 п. 4 Прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень», зазначивши, що прокурор подав апеляційну скаргу на ухвалу суду першої інстанції, оскарження якої з огляду на наведені положення Закону не передбачено, тому вказана ухвала суду не може бути предметом розгляду апеляційним судом.

Оскільки повернення обвинувального акта прокурору за пп. 5 п. 4 Прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про внесення змін до деяких

законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» має іншу процесуальну підставу, на відміну від приписів п. 3 ч. 3 ст. 314 КПК та, виходячи зі змісту ст. 392 цього Кодексу щодо судових рішень, які можуть бути оскаржені в апеляційному порядку, ОП вважає правильним рішення апеляційного суду про відмову у відкритті провадження за апеляційною скаргою прокурора на ухвалу місцевого суду щодо ОСОБА_1.

Висновок: кримінально-процесуальні акти (механізми) повернення обвинувального акта прокурору в порядку, передбаченому КПК, та повернення обвинувального акта прокурору для внесення з урахуванням вимог глави 25 КПК відповідно до підпункту 5 п. 4 Прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» не є тотожними.

Виходячи із закріпленого в п. 3 ч. 1 та абз. 1 ч. 2 ст. 392 КПК загального правила про недопустимість окремого оскарження ухвал, постановлених під час судового провадження в суді першої інстанції до ухвалення судових рішень, передбачених ч. 1 цієї статті, крім випадків, визначених цим Кодексом, та відсутності в нормах КПК відповідної вказівки щодо можливості оскарження, ухвала місцевого суду про повернення обвинувального акта прокурору для внесення з урахуванням вимог глави 25 КПК оскарженню в апеляційному порядку не підлягає.

Детальніше з текстом постанови ОП від 01.11.2021 у справі №161/7092/20 (провадження № 51-5946кмо20) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100919039>

2.4. Оскарження ухвал слідчого судді під час досудового розслідування

2.4.1. Ухвали слідчих суддів за результатами розгляду скарг на бездіяльність слідчого, прокурора, яка полягає у невнесенні відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР, що постановлені після 17.06.2020 (дата ухвалення Конституційним Судом України рішення про визнання такими, що не відповідають Конституції (є неконституційними), положень ч. 3 ст. 307 КПК (Рішення Конституційного Суду України від 17.06.2020 № 4-р(II)/2020), підлягають оскарженню в апеляційному порядку.

Якщо така ухвала слідчого судді постановлена до 17.06.2020 і на час ухвалення Рішення Конституційного Суду України від 17.06.2020 № 4-р(II)/2020 ще не закінчився строк апеляційного оскарження особою ухвали слідчого судді за результатами розгляду скарги на бездіяльність слідчого, прокурора, яка полягає у невнесенні відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР, встановлений у п. 3 ч. 2 та ч. 3 ст. 395 КПК, то така особа має право оскаржити вказану ухвалу слідчого судді в апеляційному порядку

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: необхідність відступити від висновків про застосування норм кримінального процесуального закону в подібних правовідносинах, викладених відповідно в постановках ВС від 28.10.2020 (справа № 133/136/20, провадження № 51-3975км20) та від 01.10.2020 (справа № 454/2083/13-к, провадження № 51-6914 ск18).

Предмет перегляду: питання оскарження в апеляційному порядку ухвал слідчого судді за результатами розгляду скарги на бездіяльність слідчого, прокурора, яка полягає у невнесенні відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР, відповідно до рішення КСУ № 4-р(II)/2020 у справі за конституційною скаргою ОСОБА_2 щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень ч. 3 ст. 307, ч. 3 ст. 309 КПК, ухвалене 17.06.2020.

Обґрунтування позиції ОП: враховуючи положення частин 1, 3 ст. 9 КПК і ст. 151-2, 152 Конституції України, ухвалення рішення КСУ, яким закони, інші акти або їх окремі положення визнаються неконституційними, є юридичним фактом, який слугує підставою для виникнення, зміни або припинення кримінально-процесуального правовідношення.

17.06.2020 КСУ ухвалив Рішення № 4-р(II)/2020, відповідно до якого визнано такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними), положення ч. 3 ст. 307 КПК щодо заборони оскарження ухвали слідчого судді за результатами розгляду скарги на бездіяльність слідчого, прокурора, яка полягає у невнесенні відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР після отримання заяви, повідомлення про кримінальне правопорушення. Тобто вказане положення ч. 3 ст. 307 КПК втратило чинність з дня ухвалення КСУ цього Рішення.

Із матеріалів провадження за касаційною скаргою ОСОБА_1 вбачається, що ухвалою слідчого судді місцевого суду відмовлено в задоволенні його скарги на бездіяльність слідчого та начальника СВ відділу поліції щодо невнесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР, зобов'язання внести відомості про кримінальне правопорушення до ЄРДР. Не погоджуючись із ухвалою слідчого судді, ОСОБА_1 подав апеляційну скаргу, в якій просив її скасувати та постановити нову ухвалу про задоволення вимог скарги.

Тобто перед апеляційним судом ставилося питання про перевірку ухвали слідчого судді, яка була постановлена до ухвалення КСУ зазначеного вище Рішення і відповідно до редакції ч. 3 ст. 307 КПК, що діяла на момент постановлення відповідної ухвали, не підлягала оскарженню в апеляційному порядку.

На думку ОП, для вирішення питання про наявність у певної особи в кожному конкретному випадку права апеляційного оскарження ухвали слідчого судді за результатами розгляду скарги на бездіяльність слідчого, прокурора, яка полягає у невнесенні відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР після отримання заяви, повідомлення про кримінальне правопорушення, на підставі Рішення КСУ № 4-р(II)/2020 визначальними є межі строку апеляційного оскарження такої ухвали. Тобто у цьому випадку слід з'ясувати, чи припадають межі строку апеляційного оскарження такої ухвали на час ухвалення та набрання

чинності зазначеним Рішенням КСУ, чи строк апеляційного оскарження закінчується ще до дня ухвалення Рішення КСУ.

Як вбачається із матеріалів провадження, 02.07.2020, тобто поза межами строку апеляційного оскарження, особа, посилаючись на Рішення КСУ від 17.06.2020 № 4-р(II)/2020, подала апеляційну скаргу на ухвалу слідчого судді місцевого суду, в якій просила поновити строк на оскарження ухвали як такий, що пропущений з поважних причин, та скасувати ухвалу слідчого судді місцевого суду.

Враховуючи наведене вище, апеляційний суд дійшов правильного висновку, що у відкритті провадження за апеляційною скаргою ОСОБА_1 на ухвалу слідчого судді місцевого суду слід відмовити.

Висновок: оскарженню в апеляційному порядку підлягають ухвали слідчого судді за результатами розгляду скарги на бездіяльність слідчого, прокурора, яка полягає у невнесенні відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР, які постановлені після визнання неконституційними положень ч. 3 ст. 307 КПК, тобто з 17.06.2020.

Якщо така ухвала слідчого судді постановлена до 17.06.2020 і на час ухвалення Рішення Другого сенату КСУ від 17.06.2020 № 4-р(II)/2020 та набрання ним чинності ще не закінчився встановлений у п. 3 ч. 2 та ч. 3 ст. 395 КПК строк апеляційного оскарження певною особою ухвали слідчого судді за результатами розгляду скарги на бездіяльність слідчого, прокурора, яка полягає у невнесенні відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР, то в такій особі виникає право апеляційного оскарження вказаної ухвали слідчого судді.

Детальніше з текстом постанови ОП від 15.02.2021 у справі № 133/3337/19 (провадження № 51-453кмо20) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95042418>

2.4.2. Серед рішень слідчого судді, можливість ухвалення яких прямо не передбачена КПК, виокремлюються рішення, ухвалені поза межами процедури, передбаченої КПК, та ухвалені в межах установленої КПК процедури із застосуванням положень ч. 6 ст. 9 КПК і загальних засад кримінального провадження, визначених ч. 1 ст. 7 цього Кодексу.

Під час вирішення питання щодо апеляційного оскарження останніх, слід виходити насамперед із сутнісного критерію, закладеного законодавцем у ході визначення кола ухвал слідчого судді, що підлягають оскарженню.

Оскільки постановлення слідчим суддею ухвали про повернення клопотання слідчого про арешт майна у зв'язку з недотриманням вимог ч. 2 ст. 132 КПК (якщо воно не підлягає розгляду в цьому суді) не призводить ні до обмежень конституційних прав особи, ні до неможливості оскарження вже встановлених правообмежень, ані перешкоджає здійсненню ефективного досудового розслідування чи кримінального провадження в цілому, така ухвала не підлягає оскарженню в апеляційному порядку під час досудового розслідування

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за ухвалою слідчого судді місцевого суду повернуто клопотання слідчого ДФС про арешт майна

у кримінальному провадженні за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 212 КК, у зв'язку з тим, що клопотання подано з порушенням правил територіальної підсудності й підлягає поверненню.

Не погоджуючись із вказаним рішенням слідчого судді, прокурор оскаржив його в апеляційному порядку. Суддя апеляційного суду на підставі ч. 4 ст. 399 КПК відмовив у відкритті апеляційного провадження з мотивів того, що оскаржувана ухвала слідчого судді не входить до переліку ухвал слідчих суддів, які можуть бути оскаржені в апеляційному порядку під час досудового розслідування.

Позиція ОП: залишено без зміни рішення судів попередніх інстанцій.

Обґрунтування позиції ОП: щодо можливості оскарження в апеляційному порядку ухвал слідчого судді про повернення клопотань про арешт майна, поданих у межах відповідної передбаченої ст. 172 КПК процедури їх розгляду, але на підставах, не передбачених ч. 3 вказаної статті, ОП зазначає таке.

У частині 3 ст. 172 КПК закріплено процесуальний механізм повернення клопотання про арешт майна, яке подано без додержання вимог ст. 171 цього Кодексу, для усунення недоліків. Водночас у ч. 2 ст. 132 КПК визначено підсудність (розмежовано повноваження місцевих судів) щодо розгляду клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження.

Проте нормами КПК, якими регламентовано питання про накладення арешту на майно та загальні правила застосування заходів забезпечення кримінального провадження, прямо не закріплено алгоритму дій слідчого судді у випадку, якщо подане клопотання про арешт майна не підлягає розгляду в цьому суді. Однак це питання може бути вирішено через застосування ч. 6 ст. 9 КПК та положень засади диспозитивності, зокрема ч. 3 ст. 26 КПК, згідно з якою слідчий суддя, суд у кримінальному провадженні вирішують лише ті питання, що не тільки винесені на їх розгляд сторонами, але й віднесені до їх повноважень цим Кодексом.

Постановляючи ухвалу про повернення клопотання про арешт майна у випадку, якщо таке клопотання не підлягає розгляду в цьому суді згідно з правилами ч. 2 ст. 132 КПК, слідчий суддя діє в межах механізму, передбаченого ч. 6 ст. 9 КПК, та не виходить за межі своїх процесуальних повноважень, передбачених нормами КПК. Більш того, своїм рішенням про повернення такого клопотання слідчий суддя не допускає можливості прийняття рішення поза межами своїх повноважень, передбачених кримінальними процесуальними нормами.

З огляду на наведене ОП вважає, що серед усіх рішень слідчого судді, можливість ухвалення яких прямо не передбачена КПК у межах відповідних регламентованих цим Кодексом процедур, слід виокремити дві групи рішень:

- ухвалені поза межами процедури, передбаченої КПК (з питань, процедура вирішення яких слідчим суддею не передбачена КПК);
- ухвалені в межах передбаченої КПК процедури із застосуванням положень ч. 6 ст. 9 КПК та загальних засад кримінального провадження, визначених ч. 1 ст. 7 цього Кодексу.

Якщо питання неправомірності відмови судом апеляційної інстанції у перевірці законності рішень слідчого судді, які належать до першої групи, отримала своє вирішення на рівні висновків вищої судової інстанції щодо застосування норм права (в постанові ВСУ від 12.10.2017 у справі № 5-142к(15)17, у постановках ВП ВС від 23.05.2018 у справах № 237/1459/17 та № 243/6674/17), то питання щодо апеляційного оскарження другої групи рішень потребує диференційованого підходу з огляду на зміст ухваленого слідчим суддею рішення у кожному конкретному випадку.

Аналіз ст. 309 КПК, якою на рівні загальних норм закріплено перелік ухвал слідчого судді, які підлягають оскарженню в апеляційному порядку під час досудового розслідування, надає підстави стверджувати, що законодавцем віднесені до предмета оскарження рішення слідчого судді, які або вирішують питання щодо обмеження конституційних прав особи (застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою; застосування запобіжного заходу у вигляді домашнього арешту; застосування запобіжного заходу у вигляді застави; відсторонення від посади і т.д.), або якими вирішується питання, які мають істотне значення для здійснення ефективного досудового розслідування (відмова у наданні дозволу на затримання; відмову у здійсненні спеціального досудового розслідування; відмова у застосуванні запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, домашнього арешту та застави), або якими вирішується доля досудового розслідування чи кримінального провадження в цілому (закриття кримінального провадження на підставі ч. 9 ст. 284 КПК і т.д.).

З наведеного вбачається, що перевірці в апеляційній інстанції підлягають лише ухвали слідчого судді, які пов'язані з можливістю істотного обмеження прав, свобод та інтересів особи або мають вирішальне значення для руху досудового розслідування чи кримінального провадження в цілому. У зв'язку з цим обмеження права на апеляційне оскарження є виправданим і воно може бути пов'язане, зокрема, із забороною оскарження рішень слідчого судді, які не призводять ні до встановлення обмежень конституційних прав особи, ні до неможливості оскарження вже встановлених правообмежень та які не перешкоджатимуть здійсненню ефективного досудового розслідування чи кримінального провадження в цілому.

Натомість постановлення слідчим суддею ухвали про повернення клопотання слідчого про арешт майна у зв'язку з недотриманням при поданні такого клопотання вимог ч. 2 ст. 132 КПК (якщо воно не підлягає розгляду в цьому суді), враховуючи те, що арешт на майно особи не накладався, не призводить ні до встановлення обмежень конституційних прав особи, ані до перешкоджання здійсненню ефективного досудового розслідування чи кримінального провадження в цілому, зокрема, з огляду й на те, що вказане рішення слідчого судді не створює жодних перепон щодо повторного звернення слідчого з відповідним клопотанням до повноважного місцевого суду. А тому рішення слідчого судді про повернення клопотання про арешт майна, ухвалене слідчим суддею в межах механізму, передбаченого ч. 6 ст. 9 КПК, у зв'язку

з недотриманням при подачі такого клопотання вимог ч. 2 ст. 132 КПК, не підлягає оскарженню в апеляційному порядку під час досудового розслідування.

Ураховуючи зазначене, ухвала слідчого судді місцевого суду про повернення клопотання слідчого ДФС про арешт майна у кримінальному провадженні за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 212 КК, яка не була переглянута апеляційним судом по суті, в силу положень ст. 424 КПК не може бути предметом касаційного перегляду.

Висновок: серед усіх рішень слідчого судді, можливість ухвалення яких прямо не передбачена КПК у межах відповідних регламентованих цим Кодексом процедур, слід виокремлювати дві групи рішень:

- ухвалені поза межами процедури, передбаченої КПК (з питань, процедура вирішення яких слідчим суддею не передбачена КПК);

- ухвалені в межах передбаченої КПК процедури із застосуванням положень ч. 6 ст. 9 КПК та загальних засад кримінального провадження, визначених ч. 1 ст. 7 цього Кодексу.

При вирішенні питання щодо апеляційного оскарження рішень слідчого судді, ухвалених у межах передбаченої КПК процедури із застосуванням положень ч. 6 ст. 9 КПК та загальних засад кримінального провадження, визначених ч. 1 ст. 7 цього Кодексу, слід виходити насамперед із сутнісного критерію, визначально закладеного законодавцем при визначенні кола ухвал слідчого судді, що підлягають оскарженню.

З огляду на те, що постановлення слідчим суддею ухвали про повернення клопотання слідчого про арешт майна у зв'язку з недотриманням при поданні такого клопотання вимог ч. 2 ст. 132 КПК (якщо воно не підлягає розгляду в цьому суді) не призводить ні до встановлення обмежень конституційних прав особи, ні до неможливості оскарження вже встановлених правообмежень, ані до перешкоджання здійсненню ефективного досудового розслідування чи кримінального провадження в цілому, така ухвала не підлягає оскарженню в апеляційному порядку під час досудового розслідування.

Детальніше з текстом постанови ОП від 31.05.2021 у справі № 646/3986/19 (провадження № 51-3335кмо20) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97429838>

2.4.3. Сторони кримінального провадження мають право оскаржувати в апеляційному порядку ухвалу слідчого судді про зміну підозрюваному обраного запобіжного заходу у випадку, якщо застосування такого запобіжного заходу або відмова в його застосуванні підлягають апеляційному оскарженню відповідно до ч. 1 ст. 309 КПК

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за ухвалою слідчого судді місцевого суду задоволено клопотання захисника та змінено підозрюваному ОСОБА_1 запобіжний захід з тримання під вартою на цілодобовий домашній арешт.

На зазначену ухвалу прокурор подав апеляційну скаргу, в якій просив скасувати рішення слідчого судді та постановити нову ухвалу, якою відмовити у задоволенні клопотання.

Апеляційний суд відмовив у відкритті апеляційного провадження, а апеляційну скаргу повернув прокурору.

Підстави розгляду кримінального провадження Першою судовою палатою ККС: необхідність відступити від висновку щодо подібних правовідносин та забезпечення єдності судової практики щодо можливості апеляційного оскарження ухвали слідчого судді про зміну запобіжного заходу.

Позиція Першої судової палати ККС: скасовано ухвалу апеляційного суду про відмову у відкритті апеляційного провадження за апеляційною скаргою прокурора на ухвалу слідчого судді місцевого суду про зміну підозрюваному запобіжного заходу з тримання під вартою на цілодобовий домашній арешт та призначено новий розгляд у суді апеляційної інстанції.

Обґрунтування позиції Першої судової палати ККС: вивчивши матеріали провадження та обговоривши доводи касаційної скарги прокурора, Перша судова палата ККС дійшла думки про правильність висновку колегії суддів ККС, викладеного у постанові від 28.03.2019 (справа № 286/1695/18, провадження № 51-7345км18), про те, що поняття «застосування запобіжного заходу» охоплює не тільки його обрання, але й випадки зміни запобіжного заходу на більш м'який або навпаки, що фактично являє собою обрання іншого запобіжного заходу, а тому ухвала слідчого судді про зміну запобіжного заходу може бути предметом оскарження і перегляду в суді апеляційної інстанції.

У цій справі апеляційний суд, відмовляючи у відкритті провадження за апеляційною скаргою прокурора, неправильно витлумачив положення норми ст. 309 КПК, звузивши її зміст, що призвело до помилкового висновку про відсутність у сторони кримінального провадження права на оскарження зазначеної ухвали суду.

Враховуючи наведене, Судова палата вважає за необхідне відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного раніше колегією суддів ККС в ухвалі від 28.05.2020 року (справа № 554/2023/20, провадження № 51-2524ск20) про неможливість оскарження ухвали слідчого судді про зміну запобіжного заходу.

Висновок: сторони кримінального провадження мають право оскаржувати в апеляційному порядку ухвалу слідчого судді про зміну підозрюваному обраного запобіжного заходу у випадку, якщо застосування такого запобіжного заходу або відмова в його застосуванні підлягають апеляційному оскарженню відповідно до ч. 1 ст. 309 КПК.

У справі була висловлена окрема думка.

Детальніше з текстом постанови ОП від 17.05.2021 у справі № 335/9520/19 (провадження № 51-2755км20) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97243024>

Окрема думка <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97243035>

2.5. Судові рішення

2.5.1. За наявності підстав суд апеляційної інстанції має процесуальні повноваження постановити ухвали, які не вирішують справи по суті, однак звертають увагу уповноважених органів на встановлені у кримінальному провадженні факти порушення закону, що потребують належного реагування

Позиція суду апеляційної інстанції: за ухвалою апеляційного суду доведено до відома голови та керівника апарату місцевого суду про порушення вимог закону суддею ОСОБА_1 і працівниками апарату вказаного суду під час розгляду кримінального провадження за обвинуваченням ОСОБА_2 у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 121 КК, з метою недопущення таких порушень у майбутньому та вжиття з цього приводу відповідних заходів. Крім цього, доведено до відома ВРП про вказані порушення вимог закону суддею ОСОБА_1 з метою вирішення питання про притягнення її до встановленої законом відповідальності.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: необхідність відступити від висновку щодо застосування норми права в подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухвалених рішеннях ВС щодо можливості постановлення судами ухвал, подібних до окремих ухвал, що були передбачені ст. 23-2 КПК 1960 р., які не вирішують справи по суті, однак звертають увагу уповноважених органів на встановлені у справі факти порушення закону і вимагають вжиття відповідних заходів.

Позиція ОП: ухвалу апеляційного суду залишено без зміни.

Обґрунтування позиції ОП: при розгляді колегією суддів апеляційного суду даного кримінального провадження було встановлено, що обвинуваченому ОСОБА_2 вручено два вирокі місцевого суду від 05.04.19 та 08.04.2019, які прошиті, скріплені мокрою печаткою місцевого суду та підписом судді ОСОБА_1. При цьому вони стосуються одних і тих же фактичних обставин кримінального провадження, однак є протилежними за змістом та правовими наслідками.

Зокрема, за вирокком місцевого суду від 05.04.2019 ОСОБА_2 визнаний винуватим у спричиненні потерпілому ОСОБА_4 при перевищенні меж необхідної оборони тілесних ушкоджень, що потягнули смерть останнього, та засуджений за ст. 124 КК до покарання у виді обмеження волі зі звільненням на підставі ст. 75 КК від відбування покарання з випробуванням, із встановленням іспитового строку тривалістю 2 роки та ряду вимог до його поведінки. Вказаний вирок від 05.04.2019 вручений обвинуваченому ОСОБА_2 та знаходиться в матеріалах його особової справи.

У той же час у матеріалах кримінального провадження наявний вирок місцевого суду від 08.08.2019, яким ОСОБА_2 визнано винуватим у спричиненні потерпілому ОСОБА_4 тілесних ушкоджень, що потягнули смерть останнього,

та засуджено за ч. 2 ст. 121 КК із застосуванням ст. 69 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк 1 рік 6 місяців.

Також судом апеляційної інстанції встановлено, що з матеріалів кримінального провадження, зокрема журналів судового засідання та технічних засобів фіксування кримінального провадження, частина яких (13 судових засідань) відсутні, неможливо зробити жодного висновку, які ж фактичні обставини справи були встановлені.

Більше того, як встановлено в процесі апеляційного розгляду, з березня 2019 р. участь у цьому кримінальному провадженні як секретаря судового засідання брала ОСОБА_5, вона ж зазначена секретарем судового засідання у вирокі місцевого суду від 08.04.2019.

Однак у журналі судового засідання від 05.04.2019 як секретар судового засідання записана ОСОБА_6, яка участі у вказаному судовому засіданні не брала, але зазначена у вирокі місцевого суду від 05.04.2019.

З урахуванням викладеного апеляційний суд дійшов висновку, що при розгляді кримінального провадження в порядку апеляційної процедури були встановлені численні порушення вимог кримінального процесуального законодавства головною у провадженні – суддею ОСОБА_1 та вкрай низькопрофесійні дії працівників апарату місцевого суду, пряме ігнорування останніми своїх посадових обов'язків і вимог закону, які потребують відповідного реагування.

Згідно з приписами ст. 106 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» умисне або внаслідок грубої недбалості допущення суддею, який брав участь в ухваленні судового рішення, порушення прав людини і основоположних свобод або інше грубе порушення закону, що призвело до істотних негативних наслідків, може бути підставою дисциплінарної відповідальності судді.

Колегія суддів ОП вважає, що суд апеляційної інстанції мав процесуальні повноваження для постановлення оскаржуваної ухвали, та обґрунтовано повідомив ВРП про встановлені ним обставини, які можуть слугувати підставою для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності.

Відповідне рішення апеляційного суду достатньо вмотивоване й ґрунтується на даних, які були предметом перевірки суду апеляційної інстанції.

Перевірка викладених в ухвалі апеляційного суду фактів порушення вимог кримінального процесуального законодавства та вирішення питання про відкриття або відмову у відкритті дисциплінарної справи стосовно судді відповідно до вимог ст. 108 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» належить до повноважень ВРП, тому посилання судді ОСОБА_1 на Акт службового розслідування від 14.11.2019 є безпідставним.

Висновки: згідно з приписами статей 369, 418 КПК суд апеляційної інстанції за наявності відповідних підстав має процесуальні повноваження для постановлення ухвал, які не вирішують справи по суті, однак звертають увагу уповноважених органів на встановлені у кримінальному провадженні факти порушення закону, які потребують вжиття належних заходів реагування.

Детальніше з текстом постанови ОП від 14.06.2021 у справі № 686/9636/18 (провадження № 51-6276кмо19) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97771973>

2.5.2. Враховуючи положення статей 420, 421 КПК, рішення про призначення особі покарання, у тому числі менш суворого, але яке підлягає реальному відбуванню, замість призначеного судом першої інстанції покарання, від відбування якого її було звільнено з випробуванням, суд апеляційної інстанції ухвалює у формі вироку

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за вироком місцевого суду ОСОБА_1 засуджено за ч. 1 ст. 185 КК до покарання у виді позбавлення волі, звільнено від відбування покарання з випробуванням з іспитовим строком на підставі ст. 75 КК.

Апеляційний суд ухвалою змінив вирок місцевого суду, призначивши засудженій покарання за ч. 1 ст. 185 КК у виді штрафу.

Підстави розгляду кримінального провадження судовою палатою ККС: колегія суддів вважала за необхідне відступити від висновку щодо застосування норми права в подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленій постанові колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 02.06.2020 у справі № 303/5271/17 (провадження № 51-8830км18).

Позиція судової палати ККС: ухвалу апеляційного суду скасовано та призначено новий розгляд у суді апеляційної інстанції.

Обґрунтування позиції судової палати ККС: замість призначеного судом першої інстанції покарання у виді позбавлення волі, від відбування якого ОСОБА_1 була звільнена з випробуванням, суд апеляційної інстанції призначив покарання у виді штрафу, який хоч і є менш суворим видом покарання, але оскільки засуджена не може бути звільнена від його відбування на підставі ст. 75 КК, то її становище фактично було погіршено.

Така позиція в повній мірі узгоджується з правовим висновком, викладеним у постанові ОП від 03.02.2020 (справа № 309/2466/18, провадження № 51-2770кмо19), відповідно до якого з огляду на положення статей 420, 421 КПК рішення про призначення особі покарання, у тому числі менш суворого, але яке підлягає реальному відбуванню, замість призначеного судом першої інстанції покарання, від відбування якого її було звільнено з випробуванням, ухвалюється судом апеляційної інстанції у формі вироку.

На підставі наведеного судова палата не вбачає підстав для відступу від висновку щодо застосування норми права в подібних правовідносинах, викладеного в постанові колегії суддів Першої судової палати ККС від 02.06.2020 у справі № 303/5271/17 (провадження № 51-8830км18).

Детальніше з текстом постанови Першої судової палати ККС від 31.05.2021 у справі № 756/12511/17 (провадження № 51-880км20) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97598615>

2.6. Провадження в суді апеляційної інстанції

2.6.1. Підозрюваний, обвинувачений, засуджений не мають права відмовитися від апеляційної чи касаційної скарги захисника, поданої в їхніх інтересах.

У разі незгоди підозрюваного, обвинуваченого, засудженого із апеляційною чи касаційною скаргою захисника вони мають право заявити про це до або під час судового засідання, і суд має право врахувати їхню позицію при вирішенні скарги

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: у постанові від 10.05.2018 (справа № 462/4125/16-к, провадження № 51-357км17) ККС дійшов висновку, що в силу вимог ч. 1 ст. 403, ст. 432 КПК клопотання засудженого про відмову від касаційної скарги захисника не може бути розглянуто в суді касаційної інстанції, оскільки до Суду звернулася інша особа, а не та, яка подала скаргу.

Водночас у постанові від 03.07.2018 (справа № 448/208/15-к, провадження № 51-3132км18) ККС дійшов протилежного висновку, зокрема, що підозрюваний, обвинувачений чи засуджений має право здійснити процесуальні дії та відмовитися від скарги, поданої в його інтересах, окрім випадків, коли участь захисника є обов'язковою або особа знаходиться у настільки вразливому становищі, що це дає підстави поставити під сумнів добровільність таких дій. При цьому, вирішуючи питання про можливість закриття касаційного провадження за скаргою захисника, від якої відмовився засуджений, ККС виходив із необхідності врівноважити інтереси правосуддя, які мають наслідком, серед іншого, правило про обов'язкове юридичне представництво та повагу до волевиявлення особи, засудження якої навіть за найбільш тяжкий злочин не позбавляє правосуб'єктності. Окрім цього, ККС послався на положення п. 3 ч. 2 ст. 21 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», якими адвокату заборонено займати у справі позицію всупереч волі клієнта. Також колегія суддів зазначила, що виходячи з права на вільний вибір захисника неможливо заперечити право будь-кого з учасників процесу відмовитися від здійснення процесуальних дій, спрямованих на відстоювання власних інтересів. Аналогічні правові позиції висловлено ККС у постановках від 25.09.2018 та від 27.08.2020 (справа № 263/13569/13-к, провадження № 51-3780км18 та справа № 752/16038/15-к, провадження № 51-9202км18 відповідно).

Таким чином, з метою забезпечення єдності судової практики та формування висновку щодо можливості відмови, зміни чи доповнення апеляційної/касаційної скарги засудженим, якщо цю скаргу було подано його захисником, та у зв'язку з необхідністю відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах кримінальне провадження було передано на розгляд ОП.

Позиція ОП: залишено без зміни вирок апеляційного суду.

Обґрунтування позиції ОП: здійснивши аналіз статей 36, 403, 432 чинного КПК та статей 355, 390 КПК 1960 р. ОП дійшла висновку, що чинний КПК позбавив підозрюваного, обвинуваченого, засудженого можливості відмовитися

від апеляційної чи касаційної скарги свого захисника. Таке правове регулювання зумовлено кількома чинниками.

Захисник є самостійним учасником у кримінальному провадженні, який надає професійну правничу допомогу, відповідно до свого переконання та наданих йому законом прав. Сприяти виявленню та виправленню судової помилки, допущеної не на користь свого підзахисного, його прямий професійний обов'язок.

Відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 21 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та ст. 8 Правил адвокатської етики адвокату забороняється використовувати свої права всупереч правам, свободам та законним інтересам клієнта, він зобов'язаний виходити з переваги інтересів клієнта. З огляду на це захисник повинен подавати апеляційну чи касаційну скаргу лише на користь підозрюваного, обвинуваченого, засудженого. У ч.1 ст.403 КПК вказано, що захисник підозрюваного, обвинуваченого може відмовитися від апеляційної скарги тільки за згодою підозрюваного, обвинуваченого.

З урахуванням положень ч. 4 ст. 46, п. 2 ч. 4 ст. 47 КПК у взаємозв'язку з невід'ємним правом обвинуваченого чи засудженого самостійно у передбачених законом випадках реалізувати свою правову позицію та спосіб її обстоювання, відсутність в обвинуваченого, засудженого права на відмову від апеляційної чи касаційної скарги свого захисника не спричиняє для них негативних правових наслідків, а буквальне тлумачення ст. 403 КПК ніяк не суперечить вищенаведеному, адже вони мають право і можливість заявити про те, що не підтримують скаргу захисника, а також подати власну скаргу.

Таким чином, засуджений ОСОБА_1 не має права відмовитися від касаційної скарги захисника, яка подана в його інтересах.

Висновок: відповідно до приписів п. 1 ч. 1 ст. 393 та п. 1 ч. 1 ст. 425 КПК апеляційну та касаційну скаргу на судові рішення має право подати, зокрема, захисник у частині, що стосується інтересів обвинуваченого, засудженого. Згідно з положеннями статей 403, 432 КПК особа, яка подала апеляційну чи касаційну скаргу, має право відмовитися від неї до закінчення апеляційного чи касаційного розгляду.

Таким чином, право відмовитися від апеляційної чи касаційної скарги захисника, поданої в інтересах підозрюваного, обвинуваченого чи засудженого, належить виключно тій особі, яка її подала, тобто захиснику. Підозрюваний, обвинувачений, засуджений не мають права відмовитися від апеляційної чи касаційної скарги захисника. У разі незгоди підозрюваного, обвинуваченого чи засудженого із апеляційною чи касаційною скаргою захисника (обґрунтуванням, мотивами, вимогами скарги тощо) вони мають право заявити про це до або під час судового засідання, і суд має право врахувати їхню позицію при вирішенні скарги.

Детальніше з текстом постанови ОП від 22.02.2021 у справі № 481/1754/18 (провадження № 51-1579кмо20) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95139631>

2.6.2. Прокурор, ураховуючи положення п. 3 ч. 3 ст. 394 КПК, а також зважаючи на те, що вирок суду на підставі угоди про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим повинен відповідати загальним вимогам до судових рішень щодо законності, наділений повноваженнями оскаржувати вказаний вирок лише у зв'язку з порушеннями вимог ч. 3 ст. 469 КПК під час укладення угоди та не може оскаржувати його на інших підставах, у тому числі через затвердження судом угоди, умови якої не відповідають нормам кримінального та процесуального закону

Підстави розгляду кримінального провадження палатою ККС: необхідність відступити від висновку щодо застосування норми права про наявність у прокурора повноважень на оскарження вироку на підставі угоди про примирення у випадку, якщо суд не перевіряв її на відповідність як спеціальним нормам, що стосуються укладання угод, так і іншим нормам КПК та КК, викладеного в постанові ККС від 13.11.2018 у справі № 367/3872/17 (провадження № 51-3205км18).

Окрім того, на вирішення палати поставлені такі питання:

1) чи має вирок суду на підставі угоди про примирення відповідати не тільки спеціальним вимогам до таких вироків, але й загальним вимогам до судових рішень щодо законності?

2) чи зобов'язаний суд, який затверджує угоду, перевіряти її на відповідність вимогам закону?

3) чи має прокурор право на апеляційне оскарження такого вироку в разі затвердження судом угоди, умови якої не відповідають нормам КПК та КК, на підставі загальних засад кримінального провадження, як це передбачено ч. 6 ст. 9 КПК?

Позиція палати ККС: залишено без зміни ухвалу апеляційного суду про відмову у відкритті апеляційного провадження за апеляційною скаргою прокурора.

Обґрунтування позиції палати ККС: палатою не встановлено підстав для відступу від висновку, викладеного в постанові ККС від 13.11.2018 у справі № 367/3872/17 (провадження № 51-3205км18).

Палата ККС погоджується з висновком апеляційного суду про неможливість оскарження прокурором в апеляційному порядку вироку про затвердження угоди про примирення не з тих підстав, що угоду затверджено судом у кримінальному провадженні, в якому згідно з ч. 3 ст. 469 цього Кодексу вона не може бути укладена, оскільки враховуючи вимоги засади диспозитивності (ст. 26 КПК) і те, що п. 3 ч. 3 ст. 394 КПК та ч. 4 ст. 399 КПК чітко регламентують питання спеціальних підстав для оскарження прокурором вироку за угодою про примирення, а також підстав та порядку відмови у відкритті провадження апеляційним судом (у тому числі й у випадках оскарження вироків за угодами), застосування положень ч. 6 ст. 9 КПК для розширення можливостей оскарження прокурором вироку на підставі угоди про примирення виключається.

З наведеного випливає, що суд має перевіряти відповідність укладеної сторонами угоди про примирення вимогам КК та КПК з метою постановлення вироку, який відповідав би загальним засадам судочинства, однак це не розширює повноважень прокурора при оскарженні такого вироку за межі, які чітко визначені законом.

Висновок: зважаючи на положення ст. 370, ч. 2 ст. 475 КПК, вирок на підставі угоди про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим повинен відповідати загальним вимогам до судових рішень щодо законності. Обов'язок перевіряти угоду на відповідність їй не тільки спеціальним нормам, що стосуються укладання угод, а й іншим нормам КПК та КК покладається на суд, який вирішує питання щодо затвердження такої угоди.

Повноваження прокурора при оскарженні вироку суду першої інстанції на підставі угоди про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим обмежені приписами п. 3 ч. 3 ст. 394 КПК, згідно з якими такі вироки можуть бути оскаржені прокурором лише у зв'язку з порушеннями вимог ч. 3 ст. 469 КПК під час укладення угоди, і не підлягають розширенню, в тому числі через затвердження судом угоди, умови якої не відповідають нормам кримінального та процесуального закону.

У справі було висловлено окрему думку.

Детальніше з текстом постанови Першої судової палати ККС від 15.02.2021 у справі № 395/773/18 (провадження № 51-1829км20) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95139607>

Окрема думка <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95177431>

2.6.3. Судове рішення, постановлене стосовно юридичної особи, яка є учасником судового провадження, за скаргою (заявою) її представника, може бути оскаржене до суду вищої інстанції іншим представником цієї юридичної особи

Обставини справи: за ухвалою слідчого судді місцевого суду від 01.02.2018 скасовано арешт на грошові кошти, які розміщено на рахунку ТОВ, відкритому в акціонерному банку, що був накладений ухвалою слідчого судді місцевого суду від 21.12.2016. За ухвалою слідчого судді місцевого суду від 02.02.2018 задоволено заяву адвоката про роз'яснення вказаної вище ухвали та роз'яснено, що ухвалою слідчого судді місцевого суду від 01.02.2018 частково задоволено клопотання адвоката в інтересах ТОВ про скасування арешту на грошові кошти, розміщені на рахунку ТОВ, що був накладений ухвалою слідчого судді місцевого суду від 21.12.2016.

За ухвалою апеляційного суду від 18.02.2019 повернуто апеляційну скаргу директора ТОВ ОСОБА_1 на ухвалу слідчого судді місцевого суду від 02.02.2018 про роз'яснення судового рішення на підставі п. 2 ч. 3 ст. 399 КПК.

Позиція палати ККС: скасовано ухвалу апеляційного суду та призначено новий розгляд у суді апеляційної інстанції.

Обґрунтування позиції палати ККС: колегія суддів погодилася з твердженнями захисника про те, що суд апеляційної інстанції, повернувши апеляційну скаргу на ухвалу слідчого судді місцевого суду від 02.02.2018, порушив право ТОВ на доступ до правосуддя.

Встановлено, що ухвалюючи рішення про накладення арешту на майно ТОВ, слідчий суддя визнав його речовим доказом і вказав, що воно може бути предметом спеціальної конфіскації згідно зі ст. 96-2 КК.

Відповідно до положень ч. 4 ст. 380, і пунктів 9-2, 10 ч. 1 ст. 393 КПК представник юридичної особи, щодо майна якої вирішується питання про накладення арешту на майно, яке може бути предметом спеціальної конфіскації, як сторона кримінального провадження та учасник судового провадження має право на апеляційне оскарження судових рішень, які стосуються його інтересів.

З матеріалів провадження вбачається, що заяву про роз'яснення в порядку ст. 380 КПК ухвали слідчого судді про скасування арешту на грошові кошти, які розміщені на банківському рахунку ТОВ, подав до суду адвокат, ОСОБА_2, представник цього підприємства, а ухвалу про роз'яснення вказаного рішення оскаржила до суду апеляційної інстанції інший представник ТОВ, – директор ОСОБА_1, надавши на підтвердження своїх повноважень відповідні документи та заяву про поновлення строку апеляційного оскарження, вважаючи, що цей строк вона порушила з поважних причин.

Проте апеляційний суд, посилаючись на те, що з заявою про роз'яснення ухвали слідчого судді звертався адвокат ОСОБА_2, а не директор підприємства ОСОБА_1, незважаючи на те, що постановлені слідчим суддею судові рішення стосувалися інтересів саме ТОВ, який є учасником цього провадження, а не його представників, дійшов безпідставного висновку, що представник товариства ОСОБА_1 не є учасником судового провадження, та повернув її апеляційну скаргу і заяву про поновлення строку апеляційного оскарження.

Враховуючи зазначене вище, Перша судова палата ККС дійшла висновку, що ухвалу апеляційного суду від 18.02.2019 постановлено з порушеннями вимог ч. 2 ст. 24, ч. 4 ст. 380, п. 10 ч. 1 ст. 393 КПК.

З огляду на те, що в раніше ухваленому рішенні колегії суддів з цієї палати від 18.01.2019 (провадження № 51-149ск19 у цій же справі № 760/120/18) висловлено іншу правову позицію, а саме відмовлено у відкритті касаційного провадження за касаційною скаргою адвоката на ухвалу апеляційного суду від 03.12.2018 року, якою апеляційний суд повернув апеляційну скаргу заступника директора ТОВ на ту саму ухвалу слідчого судді місцевого суду від 02.02.2018 про роз'яснення судового рішення, з тих підстав, що згідно зі ст. 380 КПК заступник директора ОСОБА_2 не є особою, яка має право оскаржити це рішення в апеляційному порядку, Перша судова палата ККС вважає за необхідне відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного у вищевказаній ухвалі.

Виконуючи приписи ч. 4 ст. 442 КПК, Перша судова палата ККС робить висновок про те, як саме повинна застосовуватися норма права, із застосуванням якої не погодилася колегія суддів, що передала справу на розгляд палати.

Висновок щодо застосування норми права (ч. 1 ст. 393 КПК): якщо учасником судового провадження є юридична особа і за скаргою (заявою) її представника постановлено судове рішення стосовно юридичної особи, таке рішення до суду вищої інстанції вправі оскаржити інший представник цієї ж юридичної особи.

Детальніше з текстом постанови Першої судової палати ККС від 22.03.2021 у справі № 760/120/18 (провадження № 51-1578кмп19) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95905193>

2.6.4. Потерпілий або його законний представник чи представник не можуть оскаржити в апеляційному порядку ухвалу слідчого судді про скасування повідомлення про підозру, постановлену на стадії досудового розслідування

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за ухвалою слідчого судді місцевого суду скасовано повідомлення про підозру ОСОБА_2 у вчиненні нею кримінального правопорушення, передбаченого ст. 126-1 КК.

За ухвалою апеляційного суду залишено без зміни ухвалу слідчого судді.

За ухвалою апеляційного суду повернуто апеляційну скаргу на ухвалу слідчого судді місцевого суду представнику потерпілого ОСОБА_1 на підставі п. 2 ч. 3 ст. 399 КПК, як особі, яка не має права подавати апеляційну скаргу.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: необхідність відступити від висновку щодо застосування норми права в подібних правовідносинах та забезпечення єдності судової практики щодо кола суб'єктів апеляційного оскарження ухвал слідчого судді, постановлених в порядку, передбаченому статтями 306, 307 КПК.

Позиція ОП: залишено без зміни ухвалу апеляційного суду.

Обґрунтування позиції ОП: аналіз положень ч. 3 ст. 306 КПК, яка регламентує порядок розгляду скарг на рішення, дії чи бездіяльність слідчого, дізнавача чи прокурора під час досудового розслідування, дозволяє зробити висновок щодо кола суб'єктів такого провадження, а отже, й кола суб'єктів, які можуть оскаржити рішення слідчого судді в апеляційному порядку у випадках, передбачених ч. 3 ст. 307 КПК та частинами 1, 2 ст. 309 КПК.

Так, розгляд скарг на рішення, дії чи бездіяльність під час досудового розслідування здійснюється за обов'язкової участі особи, яка подала скаргу, чи її захисника, представника та слідчого, дізнавача чи прокурора, рішення, дії чи бездіяльність яких оскаржується.

На слідчого суддю не покладається обов'язок повідомляти про час та місце розгляду такої скарги усім іншим учасникам кримінального провадження, крім тих, що прямо зазначені в ч. 3 ст. 306 КПК та направляти їм копію ухвали, постановлену

за результатами такого розгляду, з роз'ясненням права на її оскарження у випадках, передбачених законом.

Таким чином, суб'єктний склад забезпечувальних проваджень не є тотожним суб'єктному складу основного кримінального провадження. Саме такий підхід, на думку колегії суддів, відображає логіку законодавця стосовно нормативної регламентації забезпечувальних проваджень. Інше б свідчило про недотримання законності як загальної засади кримінального провадження, відповідно до якої, згідно з доктринальним тлумаченням, особа має бути своєчасно допущена до провадження, їй повинні бути роз'яснені її права та обов'язки та надана реальна можливість реалізувати права.

З огляду на положення ст. 55 КПК потерпілий є учасником кримінального та судового провадження, однак не належить до жодної зі сторін кримінального провадження. Лише у випадку, коли прокурор відмовився від підтримання державного обвинувачення в суді, а потерпілий погодився підтримувати обвинувачення в суді, потерпілий користується усіма правами сторони обвинувачення під час судового розгляду (частини 2 та 4 ст. 340 КПК). Потерпілий на стадії досудового розслідування правами сторони обвинувачення не наділений та, відповідно, не користується, а перелік його прав та обов'язків передбачено у статтях 56–57 КПК.

Так, порядок оскарження ухвал слідчого судді, які постановлені під час досудового розслідування, та їх перелік передбачені частинами 1, 2 ст. 309 КПК. Серед таких ухвал передбачено ухвалу слідчого судді про скасування повідомлення про підозру, яка в силу положень ч. 2 зазначеної норми КПК може оскаржуватися під час досудового розслідування в апеляційному порядку. Коло осіб, які мають право подати апеляційну скаргу визначено ст. 393 КПК. Водночас, відповідно до положення п. 7 ч. 1 ст. 393 КПК, апеляційну скаргу мають право подати потерпілий або його законний представник чи представник – у частині, що стосується інтересів потерпілого, але в межах вимог, заявлених ними в суді першої інстанції.

Таким чином, з огляду на положення наведених правових норм, законодавчо не визначено право потерпілого, його законного представника чи представника оскаржити в апеляційному порядку постановлене слідчим суддею судове рішення про скасування повідомлення про підозру.

Крім того, про відсутність у потерпілого або його законного представника чи представника права на апеляційне оскарження ухвали слідчого судді постановленої за результатом розгляду скарги про скасування повідомлення про підозру, свідчать і положення п. 10 ч. 1 ст. 303 КПК.

Беручи до уваги вищевикладене, потерпілий або його законний представник чи представник не є особами, які мають право оскаржити в апеляційному порядку постановлену на стадії досудового розслідування ухвалу слідчого судді про скасування повідомлення про підозру, в розумінні п. 7 ч. 1 ст. 393, ч. 2 ст. 309, п. 10 ч. 1 ст. 303 КПК.

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, після надходження апеляційної скарги представника потерпілого ОСОБА_1 після надходження та вивчення матеріалів провадження було встановлено, що апеляційну скаргу подано особою, яка не наділена таким правом її подавати. Суддя повернув апеляційну скаргу представника потерпілого ОСОБА_1 на підставі п. 2 ч. 3 ст. 399 КПК. Вказане, на думку ВС, є порушенням норм КПК, оскільки ухвалу про повернення апеляційної скарги суддя апеляційного суду може постановити лише на стадії відкриття апеляційного провадження (призначення апеляційного розгляду). Однак у цьому конкретному випадку повернення апеляційної скарги без постановлення рішення про його закриття не є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону.

Висновок: відповідно до положень п. 7 ч. 1 ст. 393, ч. 2 ст. 309, п. 10 ч. 1 ст. 303 КПК потерпілий або його законний представник чи представник не є особами, які мають право оскаржити в апеляційному порядку постановлену на стадії досудового розслідування ухвалу слідчого судді про скасування повідомлення про підозру.

У справі було висловлено окрему думку.

Детальніше з текстом постанови ОП від 04.10.2021 у справі № 756/10189/20 (провадження № 51-517кмо21) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100214761>

Окрема думка <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100352399>

2.7. Касаційне оскарження

2.7.1. Потерпілий або його законний представник чи представник мають право на касаційне оскарження судових рішень з підстави невідповідності призначеного покарання тяжкості кримінального правопорушення та особі засудженого внаслідок суворості, але в межах вимог, заявлених ними в суді першої інстанції.

У даному випадку оскарження потерпілим судових рішень з підстави невідповідності призначеного покарання тяжкості кримінального правопорушення та особі засудженого внаслідок суворості, враховуючи законодавчі обмеження, становлять приватний інтерес потерпілого у контексті права відстоювати свою позицію і намагатися встановленими законом засобами досягти зміни або скасування судового рішення

Обставини справи: ОСОБА_1 відкрито викрав у ОСОБА_2 полімерний пакет, тим самим спричинивши потерпілому матеріальну шкоду на загальну суму 35 426 грн.

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за вироком місцевого суду від 29.10.2019 ОСОБА_1 засуджено за ч. 2 ст. 186 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк 4 роки.

За ухвалою апеляційного суду від 21.01.2020 апеляційну скаргу прокурора у залишено без задоволення, вирок суду першої інстанції щодо ОСОБА_1

за апеляційними скаргами захисників в інтересах обвинуваченого ОСОБА_1 та потерпілого ОСОБА_2 в частині призначення покарання змінено, на підставі ст. 69 КК ОСОБА_1 пом'якшено призначене за ч. 2 ст. 186 КК покарання до 3 років 6 місяців позбавлення волі. У решті вирок суду першої інстанції залишено без зміни.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: необхідність відступити від висновку щодо застосування норми права в подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухвалених рішеннях ВС 25.01.2018 (справа № 766/4296/16-к) та забезпечення єдності судової практики про право потерпілого подати касаційну скаргу з підстав невідповідності призначеного покарання тяжкості вчиненого кримінального правопорушення та особі засудженого внаслідок суворості.

Позиція ОП: змінено вирок місцевого суду та ухвалу апеляційного суду, пом'якшено призначене ОСОБА_1 покарання за ч. 2 ст. 186 КК із застосуванням ст. 69 КК до 2 років 6 місяців позбавлення волі.

Обґрунтування позиції ОП: аналіз п. 7 ч. 1 ст. 425 КПК вказує на те, що потерпілий як суб'єкт касаційного оскарження є носієм приватного інтересу. Приватний інтерес у кримінальному процесі – це інтерес не наділених державно-владними функціями учасників кримінального провадження, а також інтерес суб'єктів, які здійснюють кримінальне провадження, зумовлений їх соціальним статусом приватної особи, а не кримінальним процесуальним статусом. Норма, передбачена п. 7 ч. 1 ст. 425 КПК, наділяє правом потерпілого на касаційне оскарження у частині, що стосується його інтересів, та містить обмеження – в межах вимог, заявлених у суді першої інстанції.

У даному випадку оскарження потерпілим судових рішень з підстави невідповідності призначеного покарання тяжкості кримінального правопорушення та особі засудженого внаслідок суворості, враховуючи законодавчі обмеження, становлять приватний інтерес потерпілого у контексті права відстоювати свою позицію і намагатися встановленими законом засобами досягти зміни або скасування судового рішення.

У даному кримінальному провадженні щодо ОСОБА_1 у ході судових дебатів у судовому засіданні від 29.10.2019 потерпілий ОСОБА_2 повідомив, що заподіяну матеріальну та моральну шкоду йому відшкодовано, він до ОСОБА_1 претензій не має, останній вибачився і вони примирилися, а тому просив не позбавляти ОСОБА_1 волі і призначити йому покарання умовно.

Подальше як апеляційне, так і касаційне оскарження потерпілий ОСОБА_2 здійснював в межах свого приватного інтересу щодо відстоювання своєї позиції, заявленої під час кримінального провадження в суді першої інстанції, тобто з дотриманням вимог п. 7 ч. 1 ст. 425 КПК.

ОП дійшла висновку, що за змістом п. 7 ч. 1 ст. 425 КПК потерпілий або його законний представник чи представник мають право на касаційне оскарження судових рішень з підстави невідповідності призначеного покарання тяжкості кримінального правопорушення та особі засудженого внаслідок суворості, але в межах вимог, заявлених ними в суді першої інстанції.

Разом з тим, ОП визнала доводи касаційних скарг захисника та потерпілого ОСОБА_2 про невідповідність призначеного покарання тяжкості кримінального правопорушення та особі засудженого внаслідок суворості частково обґрунтованими.

Так, суди першої та апеляційної інстанцій дійшли обґрунтованих висновків про неможливість виправлення ОСОБА_1 без ізоляції від суспільства. Апеляційний суд за наявності відповідних підстав обґрунтовано застосував до ОСОБА_1 положення ст. 69 КК. Переконливих доводів, які б свідчили про можливість звільнення ОСОБА_1 на підставі ст. 75 КК від відбування покарання з випробуванням захисник ОСОБА_7 та потерпілий ОСОБА_2 у касаційних скаргах не навели і таких даних за матеріалами кримінального провадження не встановлено.

Проте апеляційний суд, призначаючи ОСОБА_1 покарання за ч. 2 ст. 186 КК із застосуванням ст. 69 КК у виді позбавлення волі саме у розмірі 3 роки 6 місяців, своє рішення належним чином не вмотивував та при цьому не врахував всі обставини кримінального провадження у їх сукупності, у тому числі думку потерпілого ОСОБА_2, якому відшкодовано матеріальну та моральну шкоду в повному обсязі і який просив не позбавляти волі ОСОБА_1, та дані про особу ОСОБА_1, який раніше не судимий, офіційно працевлаштований і має за місцем роботи виключно позитивні характеристики.

За таких обставин у даному конкретному випадку судом апеляційної інстанції допущено диспропорцію, яка свідчить про невідповідність призначеного покарання тяжкості кримінального правопорушення, з огляду на характер дій ОСОБА_1 і компенсацію останнім наслідків таких дій, та особі засудженого, враховуючи всі встановлені судами дані про особу ОСОБА_1, внаслідок суворості.

Отже, наведене дає підстави для пом'якшення призначеного засудженому ОСОБА_1 покарання у виді позбавлення волі на строк до 2 років 6 місяців. При цьому враховуються всі обставини даного конкретного кримінального провадження, дані про особу ОСОБА_1 та думка потерпілого ОСОБА_2 щодо виду і розміру покарання у їх сукупності. Саме таке покарання ОП вважає за своїм видом і розміром є необхідним та достатнім для виправлення ОСОБА_1 і попередження нових кримінальних правопорушень, воно відповідає вимогам статей 50, 65 КК.

Висновок: за змістом п. 7 ч. 1 ст. 425 КПК потерпілий або його законний представник чи представник мають право на касаційне оскарження судових рішень з підстави невідповідності призначеного покарання тяжкості кримінального правопорушення та особі засудженого внаслідок суворості, але в межах вимог, заявлених ними в суді першої інстанції.

Детальніше з текстом постанови ОП від 19.04.2021 у справі № 641/5714/19 (провадження № 51-536кмо20) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96503072>

2.7.2. Касаційне провадження за касаційною скаргою про погіршення становища особи, щодо якої апеляційним судом скасовано вирок та закрито кримінальне провадження, у разі втрати юридичної сили норми Особливої частини КК відповідно до рішення КСУ, яка передбачала відповідальність за вчинення діяння, що інкримінувалося особі, підлягає закриттю

Обставини справи: ОСОБА_1, начальник відділу державного архітектурно-будівельного контролю виконавчого комітету міської ради, маючи 10 ранг посадової особи органу місцевого самоврядування, достовірно знаючи про спеціальні обмеження, а саме протягом одного року подавати за своїм останнім місцем роботи декларацію про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру, умисно таку декларацію за 2016 рік не подав, маючи всі необхідні технічні умови для вчинення таких дій.

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за вирокom місцевого суду ОСОБА_1 визнано винуватим у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ст. 366-1 КК.

Апеляційним судом скасовано вирок місцевого суду, а кримінальне провадження закрито на підставі п. 2 ч. 1 ст. 284 КПК у зв'язку із відсутністю в його діях складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 366-1 КК.

Рішенням КСУ від 27.10.2020 № 13-р/2020 у справі № 1-24/2020 (393/20) ст. 366-1 КК визнано неконституційною.

Підстави розгляду кримінального провадження палатою ККС: кримінальне провадження передано на розгляд Третьої судової палати ККС з метою формування висновку щодо рішення ККС у випадку перебування на розгляді касаційної скарги на судові рішення, постановлені у кримінальному провадженні за обвинуваченням особи за ст. 366-1 КК, яка на момент касаційного провадження визнана неконституційною.

Зокрема, у постанові колегії суддів Третьої судової палати ККС від 11.11.2020 (справа №310/2328/19, провадження №51-2334км20) суд залишив касаційну скаргу прокурора без задоволення, а судові рішення без зміни, дійшовши висновку про відсутність підстав для задоволення поданої скарги. Предметом касаційного оскарження у наведеній справі були вирок місцевого суду, яким особу виправдано у зв'язку із відсутністю в її діях складу злочину, передбаченого ст. 366-1 КК, та ухвала апеляційного суду, якою вищезазначене судове рішення залишено без змін.

Колегія суддів Третьої судової палати ККС ухвалою від 25.11.2020 (справа №712/10247/18, провадження № 51-4615км20) касаційне провадження за касаційною скаргою прокурора на ухвалу апеляційного суду закрила, оскільки дійшла висновку про неможливість подальшого розгляду поданої скарги. У цій справі предметом касаційного оскарження була ухвала апеляційного суду, якою скасовано обвинувальний вирок та закрито кримінальне провадження на підставі п. 2 ч. 1 ст. 284 КПК у зв'язку з встановленням відсутності в діянні складу кримінального правопорушення.

Обґрунтування позиції палати ККС: палата дійшла висновку про безпредметність подальшого касаційного розгляду, оскільки скасування судових рішень не призведе до прийняття якісно іншого рішення по суті судами першої чи апеляційної інстанції, адже втрата юридичної сили норми КК виключає кримінальну відповідальність, а відтак і можливість засудження особи за статтею КК, яка визнана неконституційною.

Судова палата, проаналізувавши практику ВС встановила, що касаційне провадження у тих випадках, коли воно було відкрито за відсутності передбачених законом підстав, або коли ці підстави відпали внаслідок відмови особи від поданої нею касаційної скарги закривалися ВС.

Окрім того, ухвалою ОП ККС від 16.01.2019 у справі № 761/33482/16-к (провадження № 51-4744кмо18) касаційне провадження, відкрите за скаргою засудженого, в якій не ставилося питання про реабілітацію, було закрито у зв'язку з його смертю. Це рішення ОП обґрунтовувала тим, що смерть засудженого у більшості випадків робить касаційне провадження безпредметним, оскільки застосування до особи, яка померла, кримінально-правових наслідків діяння є неможливим.

Судова палата дійшла висновку про те, що аналогічне рішення (про закриття касаційного провадження) слід постановити і в справі, в якій касаційне провадження відкрито за касаційною скаргою, в якій ставляться питання про погіршення становища особи, на виправдувальний вирок суду першої інстанції та/або ухвалу апеляційного суду, постановлену за наслідками апеляційного перегляду такого вироку, або ухвалу апеляційного суду, якою скасовано обвинувальний вирок і закрито кримінальне провадження, але на час касаційного розгляду норма Особливої частини КК, яка передбачала відповідальність за вчинення діяння, яке інкримінувалося особі, втратила юридичну силу.

Висновок щодо застосування норм права: касаційне провадження, яке відкрито за касаційною скаргою, в якій ставляться питання про погіршення становища особи, на виправдувальний вирок суду першої інстанції та/або ухвалу апеляційного суду, постановлену щодо такого вироку, або ухвалу апеляційного суду, якою скасовано обвинувальний вирок і закрито кримінальне провадження, у разі втрати юридичної сили норми Особливої частини КК, яка передбачала відповідальність за вчинення діяння, що інкримінувалося особі, підлягає закриттю.

Детальніше з текстом ухвали Третьої судової палати ККС від 01.03.2021 у справі № 703/2432/17 (провадження № 51-1025кмп20) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95315762>

2.8. Закриття кримінального провадження

2.8.1. Визнання Конституційним Судом України неконституційною статті або частини статті Особливої частини КК, якою передбачається відповідальність за діяння, є підставою для скасування обвинувального вироку чи ухвали та закриття кримінального провадження на підставі п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК.

Закриття кримінального провадження у вказаному випадку унеможливорює продовження кримінального провадження з метою реабілітації засудженого або з інших причин

Обставини справи: ОСОБА_1, старший механік судновий – змінний помічник кранмейстера плавкрану портового флоту ДП «Морський торговельний порт» (далі – старший механік), обвинувачувався у тому, що, будучи суб'єктом декларування відповідно до Закону України «Про запобігання корупції», у період часу з 01.01.2017 до 01.05.2017 та з 01.01.2018 до 01.04.2018 не подав декларацій особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, за 2016 та 2017 роки відповідно.

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за вироком місцевого суду ОСОБА_1 визнано невинуватим у пред'явленому обвинуваченні за ст. 366-1 КК та виправдано у зв'язку з недоведеністю, що в його діянні є склад кримінального правопорушення. За ухвалою апеляційного суду залишено без зміни вказаний вирок.

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

За вироком апеляційного суду скасовано виправдувальний вирок місцевого суду. ОСОБА_1 визнано винуватим і засуджено за ст. 366-1 КК.

Під час касаційного перегляду ст. 366-1 було визнано неконституційної на підставі рішення КСУ від 27.10.2020№ 13-р/2020, у зв'язку з яким ОСОБА_1 у клопотанні (заяві) до суду касаційної інстанції повідомив, що він заперечує проти закриття кримінального провадження щодо нього касаційним судом, однак просить розглянути його касаційну скаргу по суті, надавши відповіді на його доводи, та прийняти рішення відповідно до КПК, а також наполягає на його реабілітації.

Підстави розгляду кримінального провадження судовою палатою ККС: кримінальне провадження передано на розгляд Третньої судової палати ККС у зв'язку з необхідністю відступити від висновку, викладеного в раніше ухваленому рішенні Верховного Суду у цьому кримінальному провадженні, щодо належності посади, яку обіймав засуджений, до посадових осіб юридичних осіб публічного права як суб'єктів декларування в розумінні ст. 366-1 КК та Закону України «Про запобігання корупції», а також з метою забезпечення єдності судової практики у кримінальних провадженнях за обвинуваченням у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ст. 366-1 КК, з урахуванням Рішення КСУ від 27.10.2020 № 13-р/2020.

Позиція судової палати ККС: вирок апеляційного суду скасовано, а кримінальне провадження закрито.

Обґрунтування позиції судової палати ККС: судова палата, здійснивши системне та телеологічне тлумачення статей 58, 152 Конституції України, ст. 91 Закону України «Про Конституційний Суд України», статей 2, 4, 5, 11 КК, дійшла висновку, що діяння може вважатися кримінальним правопорушенням лише за

умови, якщо воно визнається таким чинною нормою Особливої частини КК. Втрата такою нормою чинності тягне неможливість її застосування до діянь, які раніше визнавалися злочином. При цьому в разі ухвалення в подальшому нового закону, який знову визнає відповідне діяння кримінально каранним, такий закон не матиме зворотної дії з огляду на положення ст. 58 Конституції України та ст. 5 КК.

Ураховуючи також правовий висновок, що міститься у постанові ВП від 13.01.2021 (справа № 0306/7567/12, провадження № 13-73кс19), в якому вирішується питання про ретроспективну дію рішень КСУ, якими констатовано невідповідність Основному Закону положень КК щодо криміналізації певних дій або бездіяльності, а також положення п. 1 ч. 3 ст. 459 КПК, судова палата ККС звертає увагу на те, що за змістом п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК кримінальне провадження закривається в разі, якщо набрав чинності закон, яким скасована кримінальна відповідальність за діяння, вчинене особою, що передбачає й закриття кримінального провадження внаслідок визнання неконституційним закону, який встановлював кримінальну караність діяння.

Оскільки ст. 366-1 КК втратила чинність у зв'язку з визнанням її такою, що не відповідає Конституції України, на підставі Рішення КСУ від 27.10.2021 № 13-р/2020, вирок апеляційного суду щодо ОСОБА_1, засудженого за ст. 366-1 КК, підлягає скасуванню, а кримінальне провадження – закриттю з підстав, передбачених п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК.

Наявність такої безумовної підстави для закриття кримінального провадження унеможлиблює розгляд доводів у касаційній скарзі ОСОБА_1 щодо відсутності в його діях складу злочину передбаченого ст. 366-1 КК та позбавляє ВС можливості прийняття рішення по суті скарги. Зокрема, ВС виходить із того, що, на відміну від п. 5 ч. 1 ст. 284 КПК, положення п. 4 цієї статті не передбачають можливості продовження кримінального провадження з метою реабілітації засудженого або з інших причин. Це пов'язано із тим, що втрата чинності законом, який раніше визнавав те чи інше діяння кримінальним правопорушенням, унаслідок його скасування чи визнання неконституційним робить подальше кримінальне провадження безпредметним – особу в будь-якому разі не може бути притягнуто до кримінальної відповідальності, якщо відповідне діяння не є злочином згідно з чинним КК, а отже сторона обвинувачення не може доводити його винуватості.

Висновок щодо застосування норми права: у разі втрати чинності в цілому статтею або частиною статті Особливої частини КК, яка встановлювала кримінальну відповідальність за певне діяння, внаслідок визнання її неконституційною КСУ суд касаційної інстанції відповідно до положень ст. 440 та п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК скасовує обвинувальний вирок чи ухвалу і закриває кримінальне провадження.

Детальніше з текстом постанови Третьої судової палати ККС від 01.03.2021 у справі № 266/3090/18 (провадження № 51-3281кмп19) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95278127>

Огляд судової практики палат і об'єднаної палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду. Рішення, внесені до ЄДРСР, за 2021 рік / упоряд. заступник голови Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду, канд. юрид. наук В. В. Щепоткіна, правове управління (ІІІ) департаменту аналітичної та правової роботи апарату Верховного Суду. Київ, 2022. 88 с.

Застереження: видання містить короткий огляд судових рішень палат та об'єднаної палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду. У кожному з рішень викладено лише основний висновок щодо 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

 @supremecourt_ua