



Верховний
Суд

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

Рішення, внесені до ЄДРСР,
за 2022 рік

ЗМІСТ

Розділ I. Застосування норм кримінального права України	5
Кримінальні правопорушення у сфері господарської діяльності	5
Незаконна діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей (ст. 203-2 КК)	5
Кримінальні правопорушення проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян	9
Підроблення документів, печаток, штампів та бланків, збут чи використання підроблених документів, печаток, штампів (ст. 358 КК)	9
Кримінальні правопорушення проти встановленого порядку несення військової служби (військові кримінальні правопорушення)	13
Бездіяльність військової влади (ст. 426 КК)	13
Розділ II. Застосування норм кримінального процесуального права України	22
Засади кримінального провадження	22
Мова, якою здійснюється кримінальне провадження	22
Суд, сторони та інші учасники кримінального провадження	28
Сторона обвинувачення	28
Відводи	31
Процесуальні витрати	34
Процесуальні витрати під час закриття кримінального провадження у зв'язку зі звільненням особи від кримінальної відповідальності на підставі ст. 49 КК	34
Загальні положення досудового розслідування	38
Початок досудового розслідування	38

Строки досудового розслідування	41
Продовження строку досудового розслідування	47
Оскарження рішень, дій чи бездіяльності під час досудового розслідування	53
Оскарження ухвал слідчого судді під час досудового розслідування Судовий розгляд	53
Проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції під час судового провадження	56
Провадження в суді апеляційної інстанції	56
Оскарження судових рішень в апеляційному порядку	59
Судові рішення суду апеляційної інстанції	61
Провадження в суді касаційної інстанції	63
Право на касаційне оскарження	63

ПЕРЕЛІК СКОРОЧЕНЬ

АП ВАКС	Апеляційна палата Вищого антикорупційного суду
ВАКС	Вищий антикорупційний суд
ВП	Велика Палата Верховного Суду
ЄРДР	Єдиний реєстр досудових розслідувань
ЄСПЛ	Європейський суд з прав людини
ЗСУ	Збройні Сили України
ДЗЕ НП	Департамент захисту економіки Національної поліції
Конвенція	Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
КК	Кримінальний кодекс України
ККС	Касаційний кримінальний суд у складі Верховного Суду
КМУ	Кабінет Міністрів України
КПК	Кримінальний процесуальний кодекс України
КСУ	Конституційний Суд України
КУпАП	Кодекс України про адміністративні правопорушення
МКС	Міжнародний кримінальний суд
МЮУ	Міністерство юстиції України
НАБУ	Національне антикорупційне бюро України
НСРД	негласні слідчі (розшукові) дії
ОДА	обласна державна адміністрація
ОП	об'єднана палата Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду
ПАТ	публічне акціонерне товариство
РДА	районна державна адміністрація
САП	Спеціалізована антикорупційна прокуратура
СБУ	Служба безпеки України
США	Сполучені Штати Америки
ТОВ	товариство з обмеженою відповідальністю
ЦПК	Цивільний процесуальний кодекс України

Розділ I. Застосування норм кримінального права України

Кримінальні правопорушення у сфері господарської діяльності

Незаконна діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей (ст. 203-2 КК)

Кримінально-правові приписи ст. 203-2 КК у редакції, яка діяла до 13.08.2020 (набрання чинності Законом України від 14.07.2020 № 768-IX «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор»), стосувалися заборони на здійснення грального бізнесу як виду господарської діяльності. Після набрання чинності вказаним Законом відбулося обмеження цієї заборони шляхом конкретизації в бік звуження форми вчинення кримінального правопорушення, а не декриміналізація, оскільки приписи зміненої редакції ст. 203-2 КК стосуються законодавчої заборони на незаконну діяльність з організації або проведення азартних ігор без отримання відповідної ліцензії, випуск та проведення лотерей особою, яка не має статусу оператора лотерей, організації та функціонування закладів з метою надання доступу до азартних ігор чи лотерей у мережі «Інтернет».

У кожному конкретному кримінальному провадженні за обвинуваченням особи у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ст. 203-2 КК, до 13.08.2020 суду необхідно оцінювати пред'явлене особі органом досудового розслідування обвинувачення та встановлені обставини в судовому провадженні на наявність або відсутність у діях особи ознак кримінального правопорушення, передбаченого ст. 203-2 КК у редакції Закону № 768-IX, з урахуванням положень ст. 58 Конституції України та ст. 5 КК

Обставини справи: ОСОБА_1, обвинувачувався у тому, що він, діючи з корисливих мотивів, з метою зайняття гральним бізнесом, усвідомлюючи, що цей вид господарської діяльності заборонено Законом України від 15.05.2009 № 1334-VI «Про заборону грального бізнесу в Україні», з метою надання своїм діям вигляду законної діяльності та приховування отриманого неконтрольованого державою доходу в січні 2019 р. створив організовану злочинну групу, до складу якої увійшли ОСОБА_2, ОСОБА_3, ОСОБА_4 та ОСОБА_5, які мали навички гри в покер та досвід зайняття гральним бізнесом під виглядом організації проведення турнірів зі спортивного покеру.

У подальшому ОСОБА_1 через довірених осіб у ГО «Всеукраїнська федерація спортивного покеру» отримав дозволи на відкриття акредитованих клубів спортивного покеру.

ОСОБА_1 спільно із ОСОБА_2 був розроблений план злочинної діяльності, який був доведений до відома ОСОБА_3, ОСОБА_4 та ОСОБА_5, між усіма учасниками розподілені ролі, узгоджено частку винагороди кожного, заходи конспірації злочинної діяльності. Крім того, були винайняті приміщення в містах Полтаві та Кременчуку, залучені адміністратори і круп'є, узгоджені розміри ставок для гравців покерних

клубів, визначені розміри відрахувань до каси казино, придбано гральне обладнання: гральні покерні столи, колоди гральних карт та фішки різного номіналу, встановлені та підключені до мережі Інтернет системи відеоспостереження. З метою залучення учасників азартних ігор за допомогою мобільного додатку «Viber» створені групи, а також у приміщеннях покерних клубів організовувалися фуршети.

У подальшому в період часу з травня 2019 р. по січень 2020 р. в зазначених приміщеннях клубу спортивного покеру були організовані та проведені азартні ігри, під час яких учасникам надано платні послуги з організації та проведення карткової кеш-гри в покер, учасники купували за гроші гральні фішки, за допомогою яких робили ставки, в результаті гри вигравали або програвали гроші. Частина отриманих злочинним шляхом коштів використовувалась з метою розрахунку за оренду приміщень, закупівлю продуктів, алкогольних напоїв та інші витрати, пов'язані з діяльністю покерного клубу, а частина розподілялася між учасниками злочинної групи як прибуток від злочинної схеми та на виплату заробітної плати круп'є і барменам. 31.01.2020 працівниками поліції припинено незаконну діяльність зазначених гральних закладів.

Позиції судів першої та апеляційної інстанції: місцевий суд закрити кримінальне провадження за обвинуваченням ОСОБА_1 за ч. 3 ст. 27, ч. 3 ст. 28 – ч. 1 ст. 203-2 КК, ОСОБА_2, ОСОБА_3, ОСОБА_4 та ОСОБА_5 за ч. 3 ст. 28 – ч. 1 ст. 203-2 КК закрито на підставі п. 4 ч. 1 ст. 284 КПК у зв'язку з набранням чинності закону, яким скасована кримінальна відповідальність за інкриміновані обвинуваченням діяння.

Апеляційний суд залишив без зміни цю ухвалу.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: необхідність відступити від висновку щодо застосування ст. 203-2 КК у редакції Закону, яка діяла до 13.08.2020, а саме чи поширюється на осіб, обвинувачених у вчиненні ст. 203-2 КК, дія ч.1 ст.5 КК, оскільки діяння, передбачене в диспозиції цієї норми, декриміналізоване Законом України від 14.07.2020 № 768-IX «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор» (далі – Закон № 768-IX).

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

Обґрунтування позиції ОП: колегією суддів ВС встановлено, що під час розгляду справи суд апеляційної інстанції допустив порушення вимог кримінального процесуального закону, яке є істотним, оскільки ставить під сумнів законність і обґрунтованість судового рішення, у зв'язку з таким.

Щодо правозастосування положень ст. 203-2 КК.

Аналіз диспозиції ст. 203-2 КК у редакції Закону України від 18.02.2016 № 1019-VIII «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо виконання рекомендацій, які містяться у шостій доповіді Європейської комісії про стан виконання Україною Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України, стосовно удосконалення процедури арешту майна та інституту спеціальної конфіскації» (далі – Закон

№ 1019-VIII), яка діяла до 13.08.2020, та в редакції Закону № 768-IX, об'єктивна сторона яких виражається відповідно у зайнятті гральним бізнесом (діяльність, пов'язана з організацією, проведенням та наданням можливості доступу до азартних ігор у казино, на гральних автоматах, комп'ютерних симуляторах, у букмекерських конторах, в інтерактивних закладах, в електронному (віртуальному) казино незалежно від місця розташування сервера) та організації або проведенні азартних ігор без ліцензії на провадження відповідного виду діяльності з організації та проведення азартних ігор, що видається відповідно до закону або випуску чи проведенні лотерей особою, яка не має статусу оператора лотерей, або організації чи функціонуванні закладів з метою надання доступу до азартних ігор чи лотерей, які проводяться в мережі Інтернет, а також однакових за юридичною природою та змістом понять, у тому числі азартні ігри, до яких віднесено гру в покер, свідчить про наявність відповідних заборон у обох редакціях та не дає підстав для висновку щодо повної декриміналізації діянь осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, передбачене ст. 203-2 КК, до набрання чинності Законом № 768-IX.

Основним безпосереднім об'єктом кримінального правопорушення, передбаченого ст. 203-2 КК, був і є встановлений законодавством порядок зайняття дозволеними видами господарської діяльності. У редакції ст. 203-2 КК, яка діяла до 13.08.2020, він стосувався повної законодавчої заборони на здійснення грального бізнесу як виду господарської діяльності. У зміненій редакції ст. 203-2 КК Законом № 768-IX такий порядок стосується законодавчої заборони на незаконну діяльність з організації або проведення азартних ігор без отримання відповідної ліцензії, випуск та проведення лотерей не оператором лотерей, організації та функціонуванні закладів з метою надання доступу до азартних ігор чи лотерей в мережі Інтернет. У даному випадку має місце обмеження відповідальності особи шляхом конкретизації у бік звуження форми вчинення кримінального правопорушення.

У кожному конкретному кримінальному провадженні за обвинуваченням особи у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ст. 203-2 КК, до 13.08.2020, суду необхідно оцінювати пред'явлене особі обвинувачення органом досудового розслідування та встановлені обставини в судовому провадженні на наявність або відсутність в діях особи ознак кримінального правопорушення, передбаченого ст. 203-2 КК в редакції Закону № 768-IX.

При призначенні покарання особі за вчинене до 13.08.2020 кримінальне правопорушення і кваліфіковане за ст. 203-2 КК, суду слід керуватися положеннями ст. 58 Конституції України та ст. 5 КК, оскільки санкцією ст. 203-2 КК в редакції Закону № 768-IX передбачено додаткове покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, якого попередня редакція не містила.

Щодо доводів касаційної скарги прокурора про істотне порушення вимог кримінального процесуального закону та неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність

В апеляційній скарзі прокурор зазначав про неправильність висновків суду першої інстанції про скасування кримінальної відповідальності за діяння,

інкриміновані ОСОБА_1, ОСОБА_2, ОСОБА_3, ОСОБА_4 та ОСОБА_5. Указував на те, що ст. 203-2 КК у новій редакції Закону № 768-ІХ не свідчить про повну декриміналізацію діянь, пов'язаних із зайняттям гральним бізнесом, оскільки визнається кримінально протиправною діяльність з організації та проведення азартних ігор без ліцензії.

Із матеріалів кримінального провадження вбачається, що ОСОБА_1, ОСОБА_2, ОСОБА_3, ОСОБА_4 та ОСОБА_5 обвинувачувалися в організації та проведенні азартної гри в приміщенні клубу спортивного покеру, під час якої учасникам надано платні послуги з організації та проведення карткової кеш-гри в покер, учасники купували за гроші гральні фішки, за допомогою яких робили ставки, в результаті гри вигравали або програвали гроші, а обвинувачені відповідно отримали незаконний прибуток.

Дії обвинувачених органом досудового розслідування кваліфіковано за ч. 1 ст. 203-2 КК у редакції, яка діяла до 13.08.2020. Обвинувальний акт складено і затверджено 10.04.2020 та направлено до суду 13.04.2020.

У порушення вимог статей 418, 419 КПК суд апеляційної інстанції не перевірів належним чином доводи апеляційної скарги прокурора про неправильне застосування ст. 203-2 КК та незаконність висновків суду першої інстанції щодо скасування кримінальної відповідальності за діяння, інкриміновані ОСОБА_1, ОСОБА_2, ОСОБА_3, ОСОБА_4 та ОСОБА_5, не оцінив пред'явлене обвинувачення органом досудового розслідування та встановлені обставини у суді на наявність або відсутність в діях зазначених осіб ознак кримінального правопорушення, передбаченого ст. 203-2 КК в редакції Закону № 768-ІХ, у тому числі щодо відповідності організованих і проведених обвинуваченими азартних ігор критеріям статей 1, 2 Закону № 768-ІХ.

Висновок: кримінально-правові приписи ст. 203-2 КК у редакції, яка діяла до 13.08.2020, стосувалися повної законодавчої заборони на здійснення грального бізнесу як виду господарської діяльності. У зміненій редакції ст. 203-2 КК Законом № 768-ІХ такі приписи стосуються законодавчої заборони на незаконну діяльність з організації або проведення азартних ігор без отримання відповідної ліцензії, випуск та проведення лотерей не оператором лотерей, організації та функціонування закладів з метою надання доступу до азартних ігор чи лотерей в мережі Інтернет. У даному випадку має місце обмеження відповідальності особи шляхом конкретизації в бік звуження форми вчинення кримінального правопорушення, а не повна декриміналізація.

У кожному конкретному кримінальному провадженні за обвинуваченням особи у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ст. 203-2 КК, до 13.08.2020, суду необхідно оцінювати пред'явлене особі органом досудового розслідування обвинувачення та встановлені обставини в судовому провадженні на наявність або відсутність в діях особи ознак кримінального правопорушення, передбаченого ст. 203-2 КК у редакції Закону № 768-ІХ, з урахуванням положень ст. 58 Конституції України та ст. 5 КК.

Детальніше з текстом постанови ОП від 25.07.2022 у справі № 554/3311/20 (провадження № 51-2126кмо21) можна ознайомитися за посиланням – <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105482301>.

Кримінальні правопорушення проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян

Підроблення документів, печаток, штампів та бланків, збут чи використання підроблених документів, печаток, штампів (ст. 358 КК)

Декларація про доходи та майновий стан осіб, що звернулися по призначення усіх видів соціальної допомоги, яка складена окремим громадянином, котрий не займається професійною чи службовою діяльністю, що вимагало б складання (видання чи посвідчення) ним такого документа, та яка не видається чи посвідчується повноважними (компетентними) особами органів державної влади, місцевого самоврядування, об'єднань громадян, юридичних осіб незалежно від форми власності та організаційно-правової форми, не містить ознак офіційного документа.

Використання завідомо підробленого документа, який не містить ознак офіційного, не утворює складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 4 ст. 358 КК

Обставини справи: ОСОБА_1 визнана винуватою та засуджена за те, що вона звернулася до управління з метою оформлення державної соціальної допомоги малозабезпеченій сім'ї. Будучи офіційно попередженою про обов'язок надання повної та достовірної інформації, ОСОБА_1 шляхом обману внесла завідомо неправдиву інформацію до офіційних документів – декларацій про доходи та майновий стан осіб, які звернулися за призначенням усіх видів соціальної допомоги (форму декларації затверджено наказом Міністерства праці та соціальної політики України від 22.03.2007 № 204 (далі – декларація) про відсутність у власності її чоловіка двох транспортних засобів, та подала їх до управління, тобто таким чином підробила і використала документи, що вплинули на прийняття рішення про надання соціальної допомоги.

За вказаними зверненнями управління відповідно 12.12.2017, 29.05.2018 та 16.11.2018 призначило ОСОБА_1 державну соціальну допомогу малозабезпеченим сім'ям у вигляді щомісячної допомоги: з 01.11.2017 до 30.11.2017 включно в розмірі 2865,36 грн; з 01.12.2017 до 30.04.2018 включно в розмірі 3037,43 грн; з 01.05.2018 до 31.10.2018 включно в розмірі 2970,16 грн; з 01.11.2018 до 30.04.2019 включно в розмірі 3536,40 грн. Зазначені грошові кошти щомісячно перераховувались із банківського рахунку управління на особистий банківський рахунок ОСОБА_1.

Таким чином, за період часу з 01.11.2017 до 30.04.2019 ОСОБА_1 шляхом обману заволоділа державними грошовими коштами, призначеними для виплати державної соціальної допомоги малозабезпеченим сім'ям, на загальну суму 58 441,30 грн, якими розпорядилася на власний розсуд, чим спричинила матеріальний збиток державі Україна в особі управління на зазначену суму.

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: вироком місцевого суду ОСОБА_1 визнано винуватою та засуджено за ч. 1 ст. 190 КК (у ред. Закону України від 15.04.2008 № 270-VI), за ч. 1 ст. 358, ч. 4 ст. 358 КК.

Апеляційний суд залишив без зміни цей вирок.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: необхідність відступити від необхідності відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах щодо визнання декларації офіційним документом.

Позиція ККС: скасовано вирок місцевого суду та ухвалу апеляційного суду у частині засудження ОСОБА_1 за ч. 1 ст. 358, ч. 4 ст. 358 КК і на підставі п. 2 ч. 1 ст. 284 КПК закрито кримінальне провадження у зв'язку з відсутністю в діяннях складу кримінальних правопорушень, передбачених ч. 1 ст. 358, ч. 4 ст. 358 КК. Ухвалено вважати ОСОБА_1 засудженою за ч. 1 ст. 190 КК (у ред. Закону України від 15.04.2008 № 270-VI). У решті судові рішення залишено без зміни.

Обґрунтування позиції ОП: колегією суддів ОП встановлено, що у цьому провадженні неправильно застосовано закон України про кримінальну відповідальність.

ОП у своєму рішенні (справа № 727/5768/18, провадження № 51-1328кмо19) вже визначала, що для визнання документа офіційним він має відповідати таким ознакам: 1) його має бути складено, видано чи посвідчено відповідною особою в межах її компетенції; 2) він повинен мати визначену законом форму та містити належні реквізити; 3) зафіксована в такому документі інформація повинна мати юридично значущий характер (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.

Офіційним документом може бути лише той документ, який відповідає всім характеристикам (ознакам), передбаченим приміткою до ст. 358 КК.

Одна з обов'язкових характеристик офіційного документу стосується особи, яка може складати, видавати чи посвідчувати певний документ із указаною у примітці до ст. 358 КК інформацією. Такою особою може бути, зокрема, громадянин, в тому числі самозайнята особа, – однак лише у разі, якщо він (вона) має право складати, видавати чи посвідчувати документ у зв'язку з його (її) професійною чи службовою діяльністю.

Тобто за змістом примітки ст. 358 КК документ, який складається, видається чи посвідчується громадянином, в тому числі самозайнятою особою, може бути визнаним офіційним у разі, якщо він: а) містить певну інформацію, яка зафіксована на будь-якому матеріальному носії та яка підтверджує чи посвідчує певну подію, явище або факт, який спричинив чи здатний спричинити наслідки правового характеру, або може бути використана як документ-доказ у правозастосовчій діяльності; б) складається, видається чи посвідчується у зв'язку з професійною чи службовою діяльністю громадянина, у тому числі самозайнятої особи, якому (якій) законом надано право складати, видавати чи посвідчувати певний вид документу, що складений з дотриманням визначених законом форм та містить передбачені законом реквізити.

Зіставлення цих характеристик офіційного документа, передбачених у примітці ст. 358 КК, з ознаками (характеристиками), які притаманні декларації, дозволяє дійти висновку про те, що декларація, яка складається громадянином, у тому числі самозайнятою особою, не має зв'язку з його (її) професійною чи службовою діяльністю.

Відсутність такого зв'язку свідчить про те, що у декларації відсутня одна з характеристик (ознак) офіційного документа, передбачених у примітці ст. 358 КК як обов'язкова, а її відповідність іншим обов'язковим характеристикам (ознакам) офіційного документа, цього висновку не спростовує.

При цьому з матеріалів провадження вбачається, що ОСОБА_1 не займалася професійною чи службовою діяльністю, яка б вимагала у неї складання (видання чи посвідчення) декларації, на що не звернули уваги суди першої та апеляційної інстанцій.

Крім того, відповідно до обвинувального акта ОСОБА_1 обвинувачувалася у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 1 ст. 358 КК, а саме у підробленні офіційного документа, який видається чи посвідчується установою і надає права.

Проте відповідно до наказу Міністерства праці та соціальної політики України від 22.03.2007 № 204 «Про затвердження форми Декларації про доходи та майновий стан осіб, які звернулися за призначенням усіх видів соціальної допомоги, та довідки про склад сім'ї або зареєстрованих у житловому приміщенні/будинку осіб» (чинного на час звернення ОСОБА_1 до управління із заявами про призначення соціальної допомоги) декларації, до яких ОСОБА_1 вносила завідомо неправдиві відомості, не належать до документів, які видаються чи посвідчуються повноважними (компетентними) особами органів державної влади, місцевого самоврядування, об'єднань громадян, юридичних осіб незалежно від форми власності та організаційно-правової форми.

Оскільки складені ОСОБА_1 декларації, що містили завідомо неправдиву інформацію, не мають ознак офіційного документа, то в її діях відсутній склад кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 358 КК.

Також ОСОБА_1 обвинувачувалася органами досудового слідства і була визнана судом винуватою у використанні завідомо підробленого документа, а її дії було кваліфіковано за ч. 4 ст. 358 КК.

Однак відповідальність за вказаною частиною статті закону України про кримінальну відповідальність настає за використання не будь-якого підробленого документа, а лише того, який має ознаки офіційного. Такий висновок вбачається з примітки ст. 358 КК, яка існує не сама по собі, а є конструктивним елементом зазначеної кримінально-правової норми та розкриває одну з ознак диспозицій частин 1, 2, 4 зазначеної статті, що з позиції юридичної техніки не варто було робити у самих диспозиціях.

З огляду на викладене, оскільки використані ОСОБА_1 документи не є предметом кримінального правопорушення, передбаченого ч. 4 ст. 358 КК, то її дії не містять складу цього кримінального проступку.

Однак, відсутність у діях ОСОБА_1 складу указаних кримінальних правопорушень, передбачених ч. 1 ст. 358, ч. 4 ст. 358 КК, не виключає наявності складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 190 КК.

Перевіряючи матеріали кримінального провадження щодо засудженої ОСОБА_1 за доводами касаційної скарги захисника, які фактично є аналогічними доводам його апеляційної скарги, ОП установила, що свої висновки про доведеність винуватості ОСОБА_1 у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 190 КК, і правильність кваліфікації її дій за вказаною нормою закону України про кримінальну відповідальність суд першої інстанції, з яким погодився апеляційний суд, зробив на підставі доказів, досліджених та оцінених у сукупності, з дотриманням вимог кримінального процесуального закону.

Так, відповідальність за ч. 1 ст. 190 КК настає за заволодіння чужим майном або придбання права на майно шляхом обману чи зловживання довірою (шахрайство).

Апеляційний суд пересвідчився у правильності висновку місцевого суду про доведеність фактів внесення ОСОБА_1 до трьох декларацій завідомо неправдивої інформації про відсутність у власності її чоловіка ОСОБА_2 двох транспортних засобів. Ці та інші документи ОСОБА_1 подавала до управління, яке у свою чергу призначило та виплатило державну соціальну допомогу як малозабезпеченій сім'ї у вигляді щомісячної допомоги на загальну суму 58 441,30 грн, якими ОСОБА_1 за період з 01.11.2017 до 30.04.2019 заволоділа шляхом обману, повідомляючи завідомо недостовірні відомості про доходи та майновий стан під час встановлення за нею права на отримання державної соціальної допомоги.

Відповідно до позиції ОП неповідомлення (незазначення) відомостей про наявність нерухомого майна як спосіб отримання соціальних виплат (допомоги) є одним із різновидів обману, що характеризується документальною (письмовою) формою та проявляється через пасивну поведінку особи, котра не повідомляє обов'язкової за законом інформації (справа № 159/3357/18, провадження № 51-2570кмо19).

Твердження сторони захисту про добросовісність дій ОСОБА_1, яка нібито вносила до декларацій лише ту інформацію, якою володіла, мотивовано визнані судами першої та апеляційної інстанцій неспроможними, а в касаційній скарзі не наведено доводів, які б ставили це під сумнів.

Так, апеляційний суд всебічно, повно й неупереджено перевірів обґрунтованість висновку місцевого суду про те, що незважаючи на заперечення ОСОБА_1 своєї вини, вчинення засудженою шахрайства підтверджується, зокрема, її показаннями в судовому засіданні згідно з якими в ході оформлення декларацій вона вказала на наявність у чоловіка автомобіля «Джета», одночасно про купівлю 30.06.2017 її чоловіком автомобіля «Форд Транзит» дізналася після оформлення декларації, однак не повідомляла про це управління та повторно звернулася з новими заявами щодо призначення всіх видів соціальної допомоги, долучивши декларації, під час оформлення яких знову не зазначила про придбання та наявність другого автомобіля в сім'ї.

Крім цього, на винуватість ОСОБА_1 вказують узгоджені між собою показання свідків ОСОБА_6, ОСОБА_7, досліджені документи, яким суд надав належну оцінку і які в сукупності поза розумним сумнівом доводять винуватість ОСОБА_1 у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 190 КК.

Касаційна скарга захисника не містить тверджень, які б доводили протилежне.

До того ж суд апеляційної інстанції в межах апеляційної процедури, визначеної главою 31 КПК, перевірів, що ОСОБА_1 не мала права на призначення державної соціальної допомоги на іншій підставі.

Отже, ОП виходить із того, що встановлені судом обставини свідчать про вчинення ОСОБА_1 кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 190 КК, за що її законно та обґрунтовано засуджено з призначенням покарання, яке відповідно до вимог ст. 65 КК є необхідним і достатнім для виправлення засудженої та попередження вчинення нею нових кримінальних правопорушень.

Висновок: декларація про доходи та майновий стан осіб, які звернулися за призначенням усіх видів соціальної допомоги, складена окремим громадянином, котрий не займається професійною чи службовою діяльністю, щоб вимагало складання (видання чи посвідчення) ним такого документа, та яка не видається чи посвідчується повноважними (компетентними) особами органів державної влади, місцевого самоврядування, об'єднань громадян, юридичних осіб незалежно від форми власності та організаційно-правової форми, не містить ознак офіційного документа.

Використання завідомо підробленого документа, який не містить ознак офіційного, не утворює складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 4 ст. 358 КК.

У провадженні висловлено окрему думку.

Детальніше з текстом постанови ОП від 05.09.2022 у справі № 310/3772/20 (провадження № 51-1922кмо21) можна ознайомитися за посиланням – <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106204896>.

Окрема думка – <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106191198>.

Кримінальні правопорушення проти встановленого порядку несення військової служби (військові кримінальні правопорушення)

Бездіяльність військової влади (ст. 426 КК)

Бездіяльність військової влади (ст. 426 КК) з об'єктивної сторони полягає у вчиненні трьох альтернативних суспільно небезпечних діянь, які з огляду на правила граматичного тлумачення відрізняються моментом закінчення. Бездіяльність військової влади у формі умисного неприпинення злочину, що вчиняється підлеглим, є кримінальним правопорушенням із формальним складом, яке відрізняється від адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 172-16 КУпАП, у формі умисного невжиття заходів щодо припинення кримінального правопорушення, що вчиняється підлеглим. Обов'язковою ознакою бездіяльності військової влади у формах ненаправлення військовою службовою особою до органу досудового

розслідування повідомлення про підлеглого, який вчинив кримінальне правопорушення, та іншого умисного невиконання військовою службовою особою дій, які вона за своїми службовими обов'язками повинна була виконати, є суспільно небезпечні наслідки у виді істотної шкоди, що відповідно до примітки 2 ст. 425 КК може виявлятися в заподіянні як майнової, так і немайнової шкоди. Водночас вчинення останніх двох форм бездіяльності військової влади в умовах особливого періоду, що не призвели до заподіяння істотної шкоди або не спричинили тяжких наслідків, не передбачені в ч. 3 ст. 426 КК як кримінальні правопорушення.

У складі шахрайства (ст. 190 КК) заволодіння чужим майном або придбання права на майно є альтернативними формами суспільно небезпечного діяння, а обман чи зловживання довірою – самостійними альтернативними способами вчинення кримінального правопорушення. Шахрайство, вчинене шляхом обману чи зловживання довірою, є закінченим кримінальним правопорушенням із моменту протиправного заволодіння чужим майном або придбання права на чуже майно

Обставини справи: ОСОБА_2 обвинувачувався у тому, що він, обіймаючи посаду начальника відділу зберігання військової частини, із грудня 2015 р. по березень 2016 р. повторно вчинив шахрайські дії щодо підпорядкованого йому старшого солдата ОСОБА_3. Дізнавшись на початку грудня 2015 р. про те, що ОСОБА_3 вчинив крадіжку військового майна, запропонував останньому передати йому 3 000 дол. США в рахунок добровільного відшкодування шкоди за викрадене майно. ОСОБА_3 у зазначений вище період неодноразово передавав ОСОБА_2 кошти на загальну суму 27 940 грн, які останній привласнив.

Крім того, ОСОБА_2, всупереч вимогам ст. 19 Конституції України, статей 11, 16 Статуту внутрішньої служби ЗСУ, статей 4, 6 Дисциплінарного статуту ЗСУ, статей 58, 59 Статуту внутрішньої служби ЗСУ, порушуючи встановлений порядок здійснення військовими командирами своїх функцій, всупереч інтересам служби, отримавши в середині грудня 2015 р. інформацію щодо вчинення підлеглим йому військовослужбовцем старшим солдатом ОСОБА_3 кримінального правопорушення, не повідомив про виявлене кримінальне правопорушення в установленому порядку правоохоронним органам та командирі.

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: місцевий суд визнав винуватим та засудив ОСОБА_2 за ч. 2 ст. 190, ч. 1 ст. 426 КК.

Апеляційний суд скасував вирок суду першої інстанції та закрити кримінальне провадження щодо ОСОБА_2 на підставі п. 5 ч. 1 ст. 284 КПК у зв'язку зі смертю обвинуваченого.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: забезпечення єдиної правозастосовної практики, формування висновку щодо застосування положень ст. 426 КК та необхідність відійти від висновку, раніше викладеного в постанові іншої судової палати ККС щодо того, чи є заподіяння істотної шкоди обов'язковою ознакою складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 426 КК, вчиненого у будь-якій з форм, передбачених у диспозиції цієї статті.

Позиція ОП: змінено ухвалу апеляційного суду, кримінальне провадження за ч. 3 ст. 426 КК стосовно ОСОБА_2 закрито на підставі п. 2 ч. 1 ст. 284 КПК у зв'язку зі встановленням відсутності у діянні складу інкримінованого кримінального правопорушення.

Обґрунтування позиції ОП: ураховуючи правила граматичного тлумачення диспозиції ч. 1 ст. 426 КК, зокрема, формулювання відповідної диспозиції з використанням розділового сполучника «або» та сполучного – «також», Суд доходить висновку, що «умисне неприпинення злочину, що вчиняється підлеглим» є кримінальним правопорушенням із формальним складом, а «ненаправлення військовою службовою особою до органу досудового розслідування повідомлення про підлеглого, який вчинив кримінальне правопорушення» і «інше умисне невиконання військовою службовою особою дій, які вона за службовими обов'язками повинна була виконати» містять ознаки матеріальних складів кримінальних правопорушень і, в аспекті застосування положень ч. 1 ст. 13 КК, є закінченими з моменту заподіяння істотної шкоди.

Здійснюючи відмежування кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 426 КК, у формі умисного неприпинення кримінального правопорушення, що вчиняється підлеглим, та умисного невжиття заходів щодо припинення кримінального правопорушення, що вчиняється підлеглим (ч. 1 ст. 172-16 КУпАП), Суд констатує, що за ч. 1 ст. 426 КК кваліфікуються діяння, коли військова службова особа зобов'язана особисто або шляхом віддання наказу підпорядкованим особам вчинити дії, безпосередньо спрямовані на унеможливлення подальшого вчинення підлеглим розпочатого і незакінченого кримінального правопорушення (на стадії готування або замаху на нього), припинення суспільно небезпечного діяння, відвернення наслідків такого діяння, натомість не вчиняє таких дій. Умисне неприпинення кримінального правопорушення, що вчиняється підлеглим як альтернативна форма виявлення кримінально караній бездіяльності (ч. 1 ст. 426 КК) фактично є спеціальним видом причетності до кримінального правопорушення у виді потурання його вчиненню за відсутності ознак співучасті з підлеглим. Умисне неприпинення кримінального правопорушення, що вчиняється підлеглим, означає потурання вчиненню його особою, яка була зобов'язана його припинити.

На відміну від ч. 1 ст. 426 КК у ч. 1 ст. 172-16 КУпАП встановлений загальний обов'язок для будь-якої військової службової особи вживати доступних заходів для припинення кримінального правопорушення підлеглим. Невиконання обов'язку щодо залучення осіб і ресурсів непідпорядкованих і непідконтрольних військовій службовій особі, неповідомлення старшого командира, службових осіб інших органів влади і місцевого самоврядування тощо є підставою притягнення до адміністративної відповідальності за умисне невжиття заходів щодо припинення кримінального правопорушення, що вчиняється підлеглим (ч. 1 ст. 172-16 КУпАП), якщо не заподіяно істотну шкоду.

Умисне невжиття заходів щодо припинення кримінального правопорушення, що вчиняється підлеглим (ч. 1 ст. 172-16 КУпАП) також характеризується певним

часом його вчинення – під час розпочатого і незакінченого кримінального правопорушення. Водночас, на відміну від протиправної бездіяльності за ст. 426 КК, адміністративне правопорушення вчиняється в такій обстановці, коли військова службова особа, своєчасно виявивши факт вчинення підлеглим кримінального правопорушення, не має реальної можливості особисто або шляхом залучення підпорядкованих осіб безпосередньо втрутитись у протиправну поведінку підлеглого та припинити правопорушення, що вимагає від нього вживати інших доступних заходів, зокрема і негайно доповідати старшому командирі (начальнику).

Ненаправлення військовою службовою особою до органу досудового розслідування повідомлення про підлеглого, який вчинив кримінальне правопорушення як альтернативна форма виявлення протиправного діяння військової службової особи, про яку йдеться як у ч. 1 ст. 426 КК, так і в ч. 1 ст. 172-16 КУпАП, за юридичними ознаками, притаманними зовнішньому виявленню такої бездіяльності (ознаками діяння), є тотожними, водночас обов'язковою ознакою об'єктивної сторони кримінального правопорушення є заподіяння істотної шкоди внаслідок такого неповідомлення.

Обов'язковою ознакою як кримінального, так і адміністративного правопорушення є адресат, якому має бути направлено повідомлення – орган досудового розслідування, вичерпний перелік яких визначений у КПК.

Семантичне і граматичне тлумачення законодавчого визначення ознак кримінального (як і адміністративного) правопорушення свідчить про те, що повідомлення про підлеглого, який вчинив кримінальне правопорушення, має бути складено на носії інформації в будь-якій матеріальній формі (письмовій, друкованій, електронний документ тощо), крім усного повідомлення, після чого таке повідомлення має бути направлено адресату відповідним способом.

Обов'язок направити повідомлення впливає безпосередньо з положень ст. 426 КК і цієї законодавчої вказівки достатньо для застосування норм цієї статті.

Отже, безпідставними є посилання сторони захисту на положення статей 58, 59 Статуту внутрішньої служби ЗСУ щодо заперечення обґрунтованості висновку суду про наявність у ОСОБА_2 як військової службової особи обов'язку направити до органу досудового розслідування повідомлення про підлеглого, який вчинив кримінальне правопорушення.

Також безпідставними є обґрунтування позиції захисту твердженнями ОСОБА_1 та захисника про необхідність доведення стороною обвинувачення факту неповідомлення ОСОБА_2 старшого командира (начальника) про факт викрадення військового майна підлеглим ОСОБА_3, зокрема шляхом допиту безпосереднього командира обвинуваченого, оскільки таке повідомлення не впливає на притягнення обвинуваченого до кримінальної відповідальності і не виключає ознаки протиправності інкримінованого діяння.

Водночас обґрунтованими є доводи сторони захисту про відсутність у діянні ОСОБА_2 ознак кримінального правопорушення, інкримінованого за ч. 3 ст. 426 КК, а також про недотримання судом положень ст. 337 КПК, яких суд апеляційної інстанції не усунув за наслідками перегляду кримінального провадження.

Ураховуючи формулювання примітки 2 до ст. 425 КК, в якій визначено поняття істотної шкоди, якщо вона полягає у заподіянні матеріальних збитків, Суд доходить висновку, що наслідки цих злочинів не обмежуються спричиненням лише майнової шкоди, шкода може бути визнана істотною, якщо заподіюються і наслідки немайнового характеру (особиста недоторканість, свобода) або наслідки нематеріального характеру, які мають оціночний характер і встановлюються судом у кожному окремому випадку з урахуванням обставин конкретного провадження.

Характерною властивістю виключно кримінального правопорушення є заподіяння істотної шкоди або можливість заподіяння такої, безвідносно від того, з формальним чи матеріальним складом воно визначено в Особливій частині КК. Натомість наслідком реального прояву шкідливості адміністративного правопорушення є неможливість заподіяння істотної шкоди, через що воно не становить відповідної суспільної небезпечності. Отже, в аспекті застосування статей 91, 291 КПК суд має обґрунтувати, які саме обставини справи свідчать про спричинення таких наслідків, як «підрив авторитету органів військового управління», та в чому саме полягає істотна шкода в контексті приписів ч. 1 ст. 426 КК. Тяжкі наслідки мають однакову юридичну природу з істотною шкодою і відрізняються одне від іншого лише за ступенем тяжкості – змістом або обсягом заподіяної шкоди.

Отже підставою кримінальної відповідальності за діяння, передбачені ч. 2 ст. 426 КК, є вчинення принаймні однієї з альтернативно визначених у ч. 1 цієї статті форм бездіяльності, пов'язаної із заподіянням тяжких наслідків. Очевидним є те, що такі наслідки, незалежно від форми зовнішнього виявлення бездіяльності, суттєво підвищують суспільну небезпечність протиправних діянь. Об'єктивну сторону складу злочину утворюють передбачені в ч. 1 цієї статті діяння (зокрема, і «умисне неприпинення кримінального правопорушення, що вчиняється підлеглим»), які спричинили тяжкі наслідки.

Положення ч. 3 ст. 426 КК, у їх системному взаємозв'язку з ч. 2 ст. 172-16 КУпАП, дають підстави до твердження, що ненаправлення військовою службовою особою до органу досудового розслідування повідомлення про підлеглого, який вчинив кримінальне правопорушення, а також інше умисне невиконання військовою службовою особою дій, які вона за своїми службовими обов'язками повинна була виконати, вчинені в умовах особливого періоду, що не потягли за собою заподіяння істотної шкоди або не спричинили тяжких наслідків, не передбачені в ч. 3 ст. 426 КК як кримінальні правопорушення.

Наслідки немайнового і нематеріального характеру, що мають оціночний характер, повинні відобразитися в обвинувальному акті й виражатися у чітких формалізованих критеріях, на підставі чого вони встановлюються судом у кожному окремому випадку, в аспекті застосування статей 91, 291, 337 КПК, з урахуванням фактичних обставин конкретного провадження і положень ч. 2 ст. 11 КК.

Фабула і формулювання обвинувачення, викладені в обвинувальному акті, не містять як самого твердження про заподіяння інкримінованим за ч. 3 ст. 426 КК діянням у виді «ненаправлення військовою службовою особою до органу досудового розслідування повідомлення про підлеглого, який вчинив кримінальне

правопорушення», істотної шкоди, так і відображення її виду та розміру, вказівки на те, які саме обставини справи свідчать про спричинення таких наслідків та в чому саме полягає істотна шкода.

Висновок апеляційного суду про кваліфікацію дій ОСОБА_2 за ч. 3 ст. 426 КК та закриття кримінального провадження в цій частині на підставі п. 5 ч. 1 ст. 284 КПК ОП вважає необґрунтованим. Враховуючи викладене вище, кримінальне провадження за ч. 3 ст. 426 КК щодо ОСОБА_2 підлягає закриттю на підставі п. 2 ч. 1 ст. 284 КПК.

Сторона захисту, спираючись на те, що ОСОБА_2 за встановлених судом обставин безпосередньо від підлеглого ОСОБА_3 не отримував грошових коштів, заперечує обґрунтованість висновків суду про наявність у ОСОБА_2 можливості розпорядження ними. Захист стверджує, що кримінальне правопорушення, передбачене ст. 190 КК, вважається закінченим з моменту, коли особа заволоділа хоча б частиною майна і мала об'єктивну можливість розпорядитися ним на власний розсуд, а за відсутності такої можливості кваліфікацію дій ОСОБА_2 за ч. 2 ст. 190 КК вважає безпідставною.

ОП враховує, що у правозастосовній практиці ВС висловлено різні підходи до встановлення ознак об'єктивної сторони кримінального правопорушення, передбаченого ст. 190 КК, і моменту його закінчення (див. постанову ВС від 05.04.2018 у справі № 658/1658/16-к, провадження № 51-735км18, постанову ВС від 27.02.2018 в справі № 541/440/15-к, провадження № 51-805км18). ОП виходить із того, що вказівка у ст. 190 КК на вчинення дій стосовно чужого майна свідчить про те, що відповідальність за шахрайство пов'язана із встановленням усвідомлення винним факту заволодіння майном, яке належить іншій особі (чужим для нього), за відсутності законних підстав для того. При цьому усвідомлення винуватим, кому саме належить чуже для нього майно та на яких підставах, чи заволодіває він майном, увівши в оману власника або іншу особу, не є обов'язковим для встановлення ознак шахрайства.

Отже, шахрайство, вчинене шляхом обману, є закінченим кримінальним правопорушенням з моменту протиправного заволодіння чужим майном або придбання права на чуже майно.

ОП зауважує, що у правозастосовній практиці, викладеній у постановах ВС, відсутні приводи до відступу від правової позиції, висловленої колегією суддів Третьої судової палати ККС в постанові від 18.10.2021 (справа № 171/1521/14, провадження № 51-2947км20), яка виходила з того, що заволодіння чужим майном чи придбання права на чуже майно шляхом зловживання довірою (шахрайство) є самостійним способом вчинення цього злочину, який за своїми ознаками відрізняється від обману, зокрема і від обману в намірах (коли під час отримання майна з умовою виконання якого-небудь зобов'язання винна особа ще в момент заволодіння цим майном має на меті його привласнити, не виконуючи зобов'язання). Застосування обману чи зловживання довірою в кожному конкретному випадку зумовлено конкретними предметними умовами вчинення кримінального правопорушення.

Шахрайством, вчиненим шляхом зловживання довірою, є протиправне заволодіння (про що може свідчити намагання ухилитися від виконання вимоги власника про його повернення) чужим майном, переданим на підставі відносин довіри, з метою привласнення, витрачання (споживання), передачі іншим особам. Отже, у постанові Третьої судової палати ККС йдеться про правовідносини щодо вчинення діяння, зовні (за ознаками об'єктивної сторони) схожого із привласненням, розтратою чужого майна, кримінальна відповідальність за які передбачена у ст. 191 КК, де шахрайство шляхом зловживання довірою відрізняється від вказаного кримінального правопорушення (ч. 1 ст. 191 КК) за ознаками предмета і суб'єкта. На відміну від шахрайства (ст. 190 КК), винній у вчиненні привласнення, розтрати (ст. 191 КК) особі чуже майно має бути надане у володіння на підставах, що мають юридичне значення (договір, доручення, довіреність, накладна, у зв'язку з покладеними посадовими обов'язками тощо), і такі юридичні підстави визначають ознаки спеціального суб'єкта кримінального правопорушення – особи, яка має юридичний обов'язок діяти відповідним чином щодо майна, ввіреного (наданого) на юридичних підставах.

Натомість за ст. 190 КК кваліфікується протиправне заволодіння чужим майном, ввіреним (наданим) на підставі особистого знайомства, родинних відносин, почуття дружби, симпатії, співпраці, партнерства (тощо), а не на юридичних підставах.

Судами попередніх інстанцій встановлено, що обвинувачений ОСОБА_2 не був наділений повноваженнями отримувати відшкодування шкоди за нестачу майна. Наявним порядком передбачено, що при виявленні нестачі майна про це повинен бути виданий відповідний наказ, потім поданий рапорт про добровільне її погашення, після чого кошти вносяться в касу військової частини і видається ордер про їх внесення. Із відділу зберігання військової частини, яким керував майор ОСОБА_2, ніяких повідомлень, наказів, рапортів про нестачу майна та її погашення не надходило, кошти не вносились.

Стороною обвинувачення не надано суду будь-яких доказів, що визначають службову компетенцію ОСОБА_2 щодо повноважень отримувати відшкодування шкоди за нестачу майна, видавати відповідний наказ, приймати рішення про відшкодування шкоди на підставі рапорту про її добровільне погашення, після чого кошти вносяться в касу військової частини, або шляхом використання службового становища впливати на вирішення цих питань іншими службовими особами, вживати заходів для цього шляхом використання своїх повноважень.

Якщо службова особа заради досягнення бажаного для себе результату використовує не свою владу або службове становище, а особисті зв'язки, дружні чи родинні стосунки з іншими, у тому числі й службовими особами, склад кримінального правопорушення, передбаченого ст. 368 КК, відсутній.

Випадки, коли службова особа за відсутності відповідних повноважень одержує чуже майно немов для внесення коштів у рахунок відшкодування шкоди за нестачу майна, заподіяну підлеглою особою (на що підлеглий і розраховує), а насправді заздалегідь не має такого наміру, а прагне лише протиправно заволодіти

таким майном шляхом обману, мають отримувати кримінально-правову оцінку за ст. 190 КК.

Дії службової особи, яка одержала гроші чи інші матеріальні цінності начебто для передачі іншій особі (зокрема, службовій або уповноваженій), а насправді мала намір не передавати їх, а привласнити, належить кваліфікувати не за ст. 368 КК, а за відповідною частиною ст. 190 КК як шахрайство.

ОП вважає безпідставними доводи сторони захисту про фактичне висунення судом додаткового обвинувачення і перейняття судом функцій прокурора у кримінальному провадженні, а також про те, що перекваліфікація дій ОСОБА_2 з ч. 3 ст. 368 КК на ч. 2 ст. 190 цього Кодексу призвела до безпідставного незакриття провадження за пунктами 2, 3 ч. 1 ст. 284 КПК і порушення права на захист.

Доводи касаційних скарг не містять відповідного обґрунтування того, що: судом не дотримано вимог закону щодо викладу встановлених фактичних обставин та правової кваліфікації за ч. 2 ст. 190 КК; не вказано обставин, які відповідно до ч. 1 ст. 91 КПК підлягають доказуванню у кримінальному провадженні; наведені в обвинувальному вирокі фактичні дані у своїй сукупності не дають повного уявлення стосовно кожного з елементів складу кримінального правопорушення; викладені в обвинувальному акті обставини унеможливають зіставлення фактичної складової висунутого обвинувачення з його юридичною формулою, визначеною судом на виконання приписів ч. 3 ст. 337 КК.

У цьому провадженні викладена стороною обвинувачення в обвинувальному акті фабула обвинувачення за ч. 3 ст. 368 КК віддзеркалює обставини, які сторона обвинувачення вважала доведеними, і відповідне твердження про те, що майор ОСОБА_2 за неповідомлення органів досудового розслідування і вищестоящого командування про вчинення підлеглим ОСОБА_3 кримінального правопорушення, а також на відшкодування шкоди, похідної від викрадення цього майна недостатчі, висунув останньому вимогу про передачу ОСОБА_2 3000 доларів США, які в рахунок відшкодування шкоди спрямовувати не мав наміру.

Отже, твердження сторони обвинувачення своїм змістом охоплювали обвинувачення ОСОБА_2, який є військовою службовою особою, у вчиненні дій, спрямованих, зокрема, на введення підлеглого ОСОБА_3 в оману щодо намірів винного розпорядитися отриманими від підлеглого грошима на власний розсуд і не передавати їх на відшкодування шкоди, заподіяної ОСОБА_3, до військової частини. Інші обставини, про які стверджувала сторона обвинувачення, не знайшли свого підтвердження в судовому розгляді на підставі наданих нею доказів.

Висновок щодо застосування ст. 426 КК: диспозиція ч. 1 ст. 426 КК визначає три форми кримінально караної бездіяльності військової службової особи: (1) умисне неприпинення злочину, що вчиняється підлеглим, або (2) ненаправлення військовою службовою особою до органу досудового розслідування повідомлення про підлеглого, який вчинив кримінальне правопорушення, а також (3) інше умисне невиконання військовою службовою особою дій, які вона за своїми службовими обов'язками повинна була виконати, якщо це заподіяло істотну шкоду.

«Умисне неприпинення злочину, що вчиняється підлеглим» є кримінальним правопорушенням із формальним складом, яке за своїм змістом, характером і юридичними ознаками відрізняється від виявлення адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 172-16 КУпАП, у формі «умисного невжиття заходів щодо припинення кримінального правопорушення, що вчиняється підлеглим».

Для двох інших альтернативних форм, зазначених у ч. 1 ст. 426 КК, обов'язковою ознакою об'єктивної сторони є суспільно небезпечні наслідки у виді істотної шкоди, яка за приписами примітки 2 до ст. 425 КК може виявлятися у заподіянні як майнової, так і не майнової шкоди.

Наслідки немайнового і нематеріального характеру встановлюються судом у кожному окремому випадку з урахуванням обставин конкретного провадження в аспекті застосування приписів статей 91, 291, 337 КПК і положень ч. 2 ст. 11 КК.

Положення ч. 3 ст. 426 КК у їх взаємозв'язку з положеннями ч. 2 ст. 172-16 КУпАП дають підстави до твердження про те, що «ненаправлення військовою службовою особою до органу досудового розслідування повідомлення про підлеглого, який вчинив кримінальне правопорушення», а також «інше умисне невиконання військовою службовою особою дій, які вона за своїми службовими обов'язками повинна була виконати» вчинені в умовах особливого періоду, що не потягли за собою заподіяння істотної шкоди або не спричинили тяжких наслідків, не передбачені в ч. 3 ст. 426 КК як кримінальні правопорушення.

Висновок щодо застосування положень ст. 190 КК: у складі шахрайства заволодіння чужим майном або придбання права на майно є альтернативними формами виявлення його об'єктивної сторони, а обман чи зловживання довірою є самостійними (альтернативними) способами вчинення кримінального правопорушення.

Шахрайство, вчинене шляхом обману чи зловживання довірою, є закінченим кримінальним правопорушенням з моменту протиправного заволодіння чужим майном або придбання права на чуже майно.

Детальніше з текстом постанови ОП від 17.10.2022 у справі № 686/13801/16-к (провадження № 51-4160кмо20) можна ознайомитися за посиланням – <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106940469>.

Розділ II. Застосування норм кримінального процесуального права України

Засади кримінального провадження

Мова, якою здійснюється кримінальне провадження

Апеляційні та касаційні скарги осіб, які мають право на оскарження судових рішень, повинні бути викладені державною мовою.

Якщо апеляційну скаргу, подану в порядку статей 422, 422-1 КПК, складено іноземною мовою, положення ст. 398, частин 1, 2, п. 1 ч. 3 ст. 399 КПК до такої скарги не застосовуються. У цьому разі суд апеляційної інстанції повертає апеляційну скаргу, складену неукраїнською мовою, особі, яка її подала

Обставини справи: ОСОБА_1, громадянин Туреччини, подав до апеляційного суду апеляційну скаргу, в якій державною мовою назвав суд, до якого вона подається, вказав свою особу та зазначив, що оскаржуваним судовим рішенням є ухвала місцевого суду про продовження запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою (без зазначення дати її постановлення). Інший текст скарги викладений іноземною мовою.

Апеляційний суд повернув апеляційну скаргу особі, яка її подала. Постановляючи таке рішення, апеляційний суд вказав, що апеляційна скарга має бути викладена державною (українською) мовою, що дає суду змогу перевірити її відповідність пунктам 3, 4, 5, 6 ч. 2 ст. 396 КПК. Одночасно апеляційна скарга підлягає поверненню, оскільки нормами КПК не визначено можливості залишення без руху апеляційних скарг, поданих у порядку статей 422, 422-1 КПК без додержання вимог, передбачених ст. 396 КПК.

У касаційній скарзі захисник стверджує, що вирішуючи питання щодо прийняття апеляційної скарги, складеної іноземною мовою, суд має керуватися загальними засадами кримінального провадження, визначеними положеннями ст. 7 КПК і ч. 3 ст. 12 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», за змістом яких суди використовують державну мову в процесі судочинства та гарантують право громадян на використання ними в судовому процесі рідної мови або мови, якою вони володіють. Тому, оскільки рідною мовою ОСОБА_1 є турецька, то захисник вважає, що обвинувачений згідно з частинами 3, 4 ст. 29, п. 18 ч. 3 ст. 42 КПК правомірно подав апеляційну скаргу, виклавши її саме цією мовою, а суд мав можливість викликати залучених у провадженні перекладачів, перекласти подану скаргу та оцінити її зміст щодо відповідності вимогам ст. 396 КПК. Натомість, повернувши апеляційну скаргу ОСОБА_1, складену недержавною мовою, на думку захисника, суд порушив принцип доступу до правосуддя, що суперечить положенням ч. 1 ст. 55, п. 8 ст. 129 Конституції України, ст. 7, ч. 6 ст. 9, ст. 24 КПК і позиції, викладеній у постанові ККС від 10.11.2020 (справа № 487/2655/20, провадження № 51-3015км20).

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: необхідність відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах,

викладеного в раніше ухваленому рішенні ККС, щодо права особи звертатися з оскарженням судового рішення рідною або іншою мовою, якою володіє така особа, а також стосовно наявності обов'язку слідчого судді, суду самостійного залучення перекладача для перекладу скарги з метою розуміння її змісту при з'ясуванні питання про початок її розгляду.

Позиція ОП: залишено без зміни ухвалу апеляційного суду.

Обґрунтування позиції ОП: перевіряючи обґрунтованість доводів, наведених у касаційній скарзі, ОП враховує таке.

Згідно з Конституцією України, КПК і законами України органи досудового розслідування, прокуратура та суд як державні органи, а також їх посадові особи при здійсненні своїх повноважень і в інших публічних сферах суспільного життя, зобов'язані використовувати лише державну мову. Це також стосується і прийняття до розгляду документів, складених лише українською мовою.

Викладене узгоджується, зокрема, з Рішенням КСУ від 22.04.2008 № 8-рп/2008, відповідно до якого види судочинства (конституційне, адміністративне, господарське, кримінальне та цивільне) є процесуальними формами правосуддя та охоплюють порядок звернення до суду, процедуру розгляду судом справи та ухвалення судового рішення.

Однак, передбачена чинним законодавством України вимога щодо подання документів (у тому числі апеляційних і касаційних скарг) українською мовою не є перешкодою у доступі до правосуддя та не звужує права учасників провадження за мовною ознакою, оскільки процесуальним законодавством гарантовано право учасників провадження щодо користування ними в судовому процесі рідною мовою або мовою, якою вони володіють.

Так, процесуальним законодавством України, а саме п. 18 ч. 3 ст. 42 КПК, передбачено, що підозрюваний, обвинувачений має право користуватися рідною мовою, отримувати копії процесуальних документів рідною або іншою мовою, якою він володіє, та, в разі необхідності, користуватися послугами перекладача за рахунок держави. Засуджений має права обвинуваченого, передбачені ст. 42 КПК, в обсязі, необхідному для його захисту на відповідній стадії судового провадження (ч. 3 ст. 43 КПК).

Право користуватися рідною мовою або іншою мовою, якою особа володіє, та в разі необхідності користуватися послугами перекладача, зокрема і безоплатно, передбачено і для потерпілого; цивільного позивача; представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження; свідка; особи, стосовно якої розглядається питання про видачу (екстрадицію); особи, до якої застосовано тимчасовий чи екстрадиційний арешт; особи, стосовно якої застосовано запобіжний захід, не пов'язаний із триманням під вартою до прийняття рішення про її видачу (екстрадицію); особи, якої стосується прохання МКС чи надійшло прохання МКС про тимчасовий арешт або про арешт і передачу (п. 9 ч. 1 ст. 56, ч. 3 ст. 61; п. 11 ч. 3 ст. 64-1 п. 4 ч. 1 ст. 66, ч. 2 ст. 581, ч. 8 ст. 583, частини 5, 14 ст. 584, ч. 4 ст. 585, п. 2 ч. 2 ст. 627, пункти 1, 9 ч. 4 ст. 627 КПК).

Очевидно, що особа, яка неповною мірою розуміє мову судочинства і, відповідно, те, що саме відбувається у кримінальному процесі, неспроможна захистити свої права та інтереси законним шляхом.

Тому право осіб (які набули статусу певного учасника судового провадження) на користування в судовому процесі рідною мовою або мовою, якою вони володіють, є беззаперечним і воно кореспондує обов'язку слідчого судді та суду забезпечити реалізацію такого права, у тому числі за необхідності скористатися послугами перекладача в порядку, передбаченому КПК, що визначено у ч. 3 ст. 29 КПК.

Така реалізація відбувається шляхом залучення перекладача на стадії досудового слідства за рішенням слідчого, прокурора чи слідчого судді, а на стадії судового провадження – суду першої, апеляційної чи касаційної інстанції.

Залучений у провадженні перекладач має виконувати всі свої обов'язки, визначені ч. 2 ст. 68 КПК, зокрема і здійснювати повний і правильний переклад пояснень, показань або документів, які надаються підозрюваним, обвинуваченим, засудженим чи іншими учасниками провадження.

Відповідно, реалізуючи своє право на користування в судовому процесі рідною мовою або мовою, якою володіють, а також право на судовий контроль на стадії досудового слідства, чи на оскарження судових рішень в апеляційній (касаційній) інстанції підозрюваний, обвинувачений чи засуджений, які в установленому законом порядку були забезпечені послугами перекладача, вправі звертатися до нього по допомогу для перекладу документів, які готуються на розгляд слідчого судді або суду за результатами якого може бути розпочато розгляд скарги, у тому числі ухвалено рішення про відкриття апеляційного чи касаційного провадження.

Переклад таких документів надає можливість слідчому судді чи суду з'ясувати наявність в особи, яка звертається, прав на таке звернення, а також перевірити дотримання нею передбачених КПК вимог щодо змісту документа і його додатків, адже право на доступ до суду не є абсолютним, воно за своїм змістом може підлягати обмеженням, особливо щодо умов прийнятності скарги на рішення (п. 37 рішення ЄСПЛ від 18.11.2010 у справі «Мушта проти України» (заява № 8863/06)).

При цьому процесуальним законодавством не передбачено залучення перекладача для перекладу саме слідчому судді, суду процесуальних документів, переданих на їх розгляд, складених недержавною мовою.

До того ж до прийняття скарги до розгляду, слідчий суддя, суд позбавлені можливості постановляти процесуальні рішення, у тому числі щодо залучення перекладача.

За таких обставин, виходячи із системного аналізу положень Конституції України (ч. 5 ст. 10, п. 4 ч. 1 ст. 92), КПК, законів України «Про судоустрій і статус суддів» (ст. 12), «Про забезпечення функціонування української мови як державної» (ст. 1, ч. 6 ст. 13, частин 1, 2 ст. 14), документи, за результатами перевірки та/або розгляду яких розпочинається судовий контроль на стадії досудового розслідування, розгляд апеляційної скарги в порядку статей 422, 422-1 КПК, або вирішується

питання про відкриття апеляційного (касаційного) провадження мають бути викладені українською мовою (в перекладі на українську мову).

Щодо доводів касаційної скарги захисника про обов'язок суду самостійно залучити перекладача для перекладу документа, поданого обвинуваченим (цей процесуальний статус зазначено у касаційній скарзі), колегія суддів ККС зазначає таке.

Згідно з Рішенням КСУ від 25.12.1997 № 9-зп/1997 відмова суду у прийнятті позовних та інших заяв, скарг, оформлених відповідно до чинного законодавства, є порушенням права на судовий захист, яке згідно зі ст. 64 Конституції України не може бути обмежене.

Тобто обмеженням у доступі до правосуддя вважається відмова у прийнятті заяв, скарг, клопотань, оформлених згідно з чинним законодавством. Однак повернення скарг через їх невідповідність встановленим вимогам не є порушенням такого права.

Отримавши апеляційну скаргу на вирок чи ухвалу суду першої інстанції, суддя-доповідач протягом трьох днів перевіряє її на відповідність вимогам КПК і за відсутності перешкод постановляє ухвалу про відкриття апеляційного провадження (ст. 398 КПК). Одночасно хоча порядок дій та обмежені строки щодо розгляду апеляційної скарги на ухвалу слідчого судді не передбачає прийняття окремого рішення щодо відкриття апеляційного провадження, однак призначення судового засідання щодо розгляду скарги формально вказує на початок апеляційного розгляду, який можливий тільки у разі відповідності скарги вимогам КПК.

За таких обставин, при оскарженні судового рішення до апеляційного суду скарга має бути викладена українською мовою чи в перекладі на державну мову. Це надає суду можливість зрозуміти її зміст, перевірити дотримання особою, яка подає апеляційну скаргу, положень ст. 396 КПК і визначитися щодо прийняття скарги до провадження.

Натомість викладення скарги іноземною мовою є перешкодою у виконанні судом своїх обов'язків, визначених процесуальним законом.

Тому, отримавши апеляційну скаргу ОСОБА_1, складену недержавною мовою, апеляційний суд дійшов правильного висновку про її невідповідність вимогам ст. 396 КПК.

Водночас не є підставою для скасування оскаржуваного судового рішення посилання апеляційного суду на ухвалу ВС від 21.01.2019 (справа № 61-49091ск18), в якій також йшлося про те, що звертаючись до суду, особи мають подавати документи, складені українською мовою.

При цьому необґрунтованими також є доводи захисника про те, що апеляційний суд повинен був самостійно залучити собі перекладача для перекладу апеляційної скарги, яка надійшла на його розгляд і була викладена іноземною мовою.

Залучення судом перекладача у провадженні є одним з питань, які вирішуються при підготовці до апеляційного розгляду або в його процесі.

Натомість суд позбавлений процесуальної можливості розглянути питання про участь перекладача у провадженні до відкриття апеляційного провадження або до призначення судового засідання щодо розгляду скарги, яку належить розглядати у порядку статей 422, 422-1 КПК.

Втім учасники провадження, які потребують послуг перекладача, якщо він не був залучений, можуть порушити питання про таке залучення відповідно до Закону України «Про безоплатну правову допомогу» та постанови КМУ «Деякі питання залучення перекладачів (сурдоперекладачів) для забезпечення надання безоплатної вторинної правової допомоги» від 24.06.2016 № 401.

Разом з тим, якщо учаснику судового провадження, який не володіє мовою судочинства, у встановленому законом порядку вже було призначено захисника та перекладача, то він користується їхніми послугами до закінчення такого провадження чи до вирішення питання про їх заміну.

Тобто якщо особи не володіють мовою судочинства, вони можуть скористатися послугами перекладача для перекладу своїх скарг, клопотань, інших процесуальних документів, зокрема й з метою забезпечення можливості проведення з'ясування судом наявності в особи, яка звертається з апеляційною чи касаційною скаргою, прав і підстав для цього.

За таких обставин, якщо апеляційна скарга складена неукраїнською мовою, апеляційний суд, вирішуючи питання про відкриття апеляційного провадження чи призначення судового засідання щодо розгляду скарги, поданої у порядку статей 422, 422-1 КПК, не зобов'язаний самостійно залучати перекладача у провадженні для перекладу поданої на його розгляд скарги. За цих обставин забезпечення рівності прав осіб у судовому процесі за мовною ознакою і гарантування права на користування ними в судовому процесі рідною мовою або мовою, якою вони володіють, не означають абсолютного права сторони (учасника провадження) подавати відповідні процесуальні документи мовою, якою вона володіє, якому кореспондує безумовний обов'язок суду приймати такі документи до розгляду.

При цьому з касаційної скарги і пояснень захисника, наданих суду касаційної інстанції, вбачається, що кримінальне провадження щодо ОСОБА_1 розглядається судом першої інстанції, тобто він набув статусу обвинуваченого. ОСОБА_1 мав захисників і був забезпечений послугами перекладача. Ці обставини не позбавляли обвинуваченого можливості скласти апеляційну скаргу у перекладі на українську мову і він мав для цього передбачені законом можливості.

Однак обвинувачений усупереч зазначеним нормам законодавства склав апеляційну скаргу іноземною мовою, в якій українською було викладено лише вступну частину із зазначення того, що оскаржуваним є рішення суду про продовження запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою.

Отримавши таку апеляційну скаргу, суд правильно повернув її ОСОБА_1 з підстав невідповідності вимогам ст. 396 КПК.

Законність повернення апеляційної скарги, окрім вищезазначеного, визначена з урахуванням наступного.

Частинами 1–3 ст. 399 КПК регламентовано, що суддя-доповідач, встановивши, що апеляційну скаргу на вирок чи ухвалу суду першої інстанції подано без додержання вимог, передбачених ст. 396 КПК, постановляє ухвалу про залишення апеляційної скарги без руху, в якій зазначаються недоліки скарги і встановлюється достатній строк для їх усунення, який не може перевищувати п'ятнадцяти днів з дня отримання ухвали особою, яка подала апеляційну скаргу. Копія ухвали про залишення апеляційної скарги без руху невідкладно надсилається особі, яка подала апеляційну скаргу.

Проте положеннями ч. 2 ст. 422 та ст. 422-1 КПК передбачено особливий порядок апеляційної перевірки ухвал як слідчих суддів (у тому числі щодо застосування та продовження певних запобіжних заходів, обраних під час досудового розслідування), так і ухвал суду про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, про зміну іншого запобіжного заходу на запобіжний захід у виді тримання під вартою, а також про продовження строку тримання під вартою, постановлених під час судового провадження в суді першої інстанції до ухвалення судового рішення по суті. Так, особливість становлять: спрощений порядок подання апеляційної скарги безпосередньо до апеляційного суду; скорочений строк апеляційного оскарження; відсутність стадії відкриття апеляційного провадження; обмежені строки розгляду апеляційної скарги; невідкладність вирішення питання про відновлення порушених прав і свобод заінтересованих осіб.

Наведеними нормами не визначено можливості залишення без руху апеляційних скарг, поданих у порядку статей 422, 422-1 КПК без додержання вимог, передбачених ст. 396 КПК, а тому положення ст. 398 КПК, частин 1, 2, п. 1 ч. 3 ст. 399 КПК не можуть бути застосовані до таких апеляційних скарг.

Водночас викладене не виключає можливості повернення таких апеляційних скарг із підстав, передбачених пунктами 2, 3, 4 ч. 3 ст. 399 КПК, що узгоджується з позицією ОП, висловленою у справі № 686/24639/17 (провадження № 51-5496кмо18).

Отже, отримавши апеляційну скаргу, складену іноземною мовою, в якій українською було зазначено, що оскаржується судове рішення, яке стосується продовження запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, апеляційний суд правильно повернув таку скаргу особі, яка її подала, оскільки системний аналіз положень КПК дає підстави для висновку про неможливість залишення такої скарги без руху.

Висновок: апеляційні та касаційні скарги осіб, які мають право на оскарження судових рішень, повинні бути викладені державною мовою.

Якщо апеляційна скарга, подана в порядку статей 422, 422-1 КПК, складена іноземною мовою, положення ст. 398, частин 1, 2, п. 1 ч. 3 ст. 399 КПК до такої скарги не застосовуються. У цьому разі суд апеляційної інстанції повертає апеляційну скаргу, складену неукраїнською мовою, особі, яка її подала.

Детальніше з текстом постанови ОП від 19.09.2022 у справі № 521/12324/18 (провадження № 51-5817кмо21) можна ознайомитися за посиланням – <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106426687>.

Суд, сторони та інші учасники кримінального провадження

Сторона обвинувачення

Постанови керівника органу досудового розслідування про визначення слідчого або групи слідчих, старшого групи слідчих, які здійснювали досудове розслідування, можуть бути надані прокурором та оголошені під час судового розгляду, якщо під час дослідження доказів в учасників провадження виникне сумнів у їх достовірності з огляду на те, що ці докази було зібрано неуповноваженими особами.

Якщо це питання не ставилося в суді першої інстанції, а виникло під час апеляційного чи касаційного розгляду, такі процесуальні документи можуть бути надані суду апеляційної або касаційної інстанції в межах перевірки доводів, викладених в апеляційній чи касаційній скаргах

Обставини справи: місцевий суд визнав винуватою та засудив ОСОБА_1 за ч. 4 ст. 152, ч. 1 ст. 125 КК.

Апеляційний суд змінив вирок суду першої інстанції стосовно ОСОБА_1 у частині застосування вимог ч. 5 ст. 72 КК. У решті вирок залишено без зміни.

У касаційній скарзі захисник наголошує на тому, що досудове розслідування проведено неуповноваженими особами, оскільки постанови про визначення групи слідчих та старшого групи слідчих суду не надано.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: необхідність відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні ККС, щодо умов надання та оголошення під час судового розгляду постанови керівника органу досудового розслідування про визначення слідчого або групи слідчих, старшого групи слідчих, які здійснювали досудове розслідування.

Позиція ОП: скасовано вирок місцевого суду та ухвалу апеляційного суду в частині засудження ОСОБА_1 за вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 125 КК, та кримінальне провадження за ч. 1 ст. 125 КК щодо нього закрито на підставі п. 2 ч. 1 ст. 284 КПК за відсутності в діянні складу кримінального правопорушення. Виключено рішення про застосування ч. 1 ст. 70 КК при призначенні ОСОБА_1 покарання.

Обґрунтування позиції ОП: одним із доводів касаційної скарги захисника в інтересах засудженого ОСОБА_1 є її посилення на те, що досудове розслідування у цьому кримінальному провадженні здійснено неуповноваженими особами – слідчими, оскільки суду не надано постанови про визначення групи слідчих та старшого слідчої групи, внаслідок чого отримані в результаті проведених ними слідчих дій докази є недопустимими.

Як убачається із матеріалів кримінального провадження, суд першої інстанції, з яким погодився і апеляційний суд, відхиляючи доводи захисника, аналогічні доводам у її касаційній скарзі, щодо визнання недопустимими ряду доказів, які отримані неуповноваженими слідчими, оскільки відсутні постанови

уповноваженої особи, якими ці слідчі були визначені для здійснення досудового розслідування, послався на дані витягу з ЄРДР про те, що органом досудового розслідування є відділ поліції, визначені слідчі, якими і здійснені процесуальні дії в рамках даного кримінального провадження. Тобто фактично суди першої та апеляційної інстанцій дійшли висновку про те, що зазначені слідчі є тими особами, що мають законні повноваження здійснювати досудове розслідування, оскільки вони зазначені у витягу з ЄРДР.

ОП у кримінальному провадженні щодо ОСОБА_1 не погоджується із доводами колегії суддів ККС, яка вважає, що обов'язкова електронна форма фіксації в ЄРДР рішення про визначення слідчого або групи слідчих, старшого слідчої групи, які здійснюватимуть досудове розслідування, є достатньою для забезпечення правової визначеності приписів кримінального процесуального законодавства та гарантування прав і свобод людини у кримінальному провадженні. На переконання ОП, слід розмежовувати процес прийняття процесуальних рішень певними суб'єктами, набуття цими рішеннями визначеної КПК процесуальної форми від їх обліку в ЄРДР, що є різноплановою діяльністю, яка має відмінну мету та завдання. Способом оформлення рішення про визначення слідчого або групи слідчих, старшого слідчої групи, які здійснюватимуть досудове розслідування, який є допустимим за змістом норм, передбачених ст. 39, ч. 1 ст. 214 КПК, з огляду на їх юридичні конструкції, є постанова керівника органу досудового розслідування. Електронний документ у вигляді внесеного до ЄРДР запису, якщо що він зроблений уповноваженою особою на прийняття такого процесуального рішення – керівником органу досудового розслідування, не відповідає вимогам процесуальної форми фіксації прийнятих процесуальних рішень, оскільки внесення відомостей до ЄРДР не є способом прийняття процесуальних рішень. Питання можливості оформлення процесуальних рішень в електронній формі та їх подальшого використання потребує окремого законодавчого регулювання в рамках створення «Електронного суду».

Тому ОП не знаходить підстав для відступу від висновку, викладеного у постанові від 04.10.2021 (справа № 724/86/20, провадження № 51-1353кмо21), в якій наведені обґрунтовані доводи щодо обов'язковості прийняття рішення про призначення (визначення) групи слідчих, які здійснюватимуть досудове розслідування, визначення старшого слідчої групи, який керуватиме діями інших слідчих, у формі, яка повинна відповідати визначеним кримінальним процесуальним законом вимогам до процесуального рішення у формі постанови.

Враховуючи, що обставини кримінального провадження щодо ОСОБА_1 є дещо відмінними від обставин, які були досліджені в провадженні № 51-1353кмо21, ОП вважає за необхідне розширити раніше сформований висновок з цього питання, виходячи з наступного.

Процесуальне рішення про призначення групи слідчих, старшого слідчої групи, зміну групи слідчих чи об'єднання матеріалів досудових розслідувань не є самостійним доказом у кримінальному провадженні. Процесуальні документи, які стали підставою для здійснення досудового розслідування уповноваженими особами, не є документами у розумінні ч. 2 ст. 99 КПК, оскільки не містять

зафіксованих та зібраних відповідними суб'єктами фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб або групи осіб.

Виходячи з системного аналізу норм КПК, колегія суддів ОП вважає, що у випадку, якщо під час дослідження доказів в учасників провадження виникне питання щодо перевірки доказів з огляду на їх належність та допустимість, суд має перевірити ці обставини, в тому числі шляхом витребування та приєднання до справи відповідних процесуальних документів з подальшим наданням їм оцінки.

Як вбачається із матеріалів справи щодо ОСОБА_1, всі долучені прокурором письмові документи та матеріали були досліджені судом першої інстанції, в тому числі і постановою про призначення групи прокурорів. Сторона захисту не була позбавлена можливості заявити клопотання про витребування постанови про визначення слідчого або групи слідчих, старшого слідчої групи, а також будь-яких інших процесуальних документів, які вважала за необхідне дослідити під час судового розгляду. Свої заперечення з приводу відсутності відповідних постанов захисник висловила лише в судових дебатах.

До суду касаційної інстанції прокурор подала заперечення на касаційну скаргу захисника, в яких зазначає про те, що в матеріалах кримінального провадження були наявні такі процесуальні документи як постановою про призначення групи слідчих від 13.01.2017, постановою про зміну групи слідчих від 14.01.2017, постановою про призначення групи слідчих від 02.03.2017, а також постановою про об'єднання матеріалів досудових розслідувань від 07.03.2017.

Тому в силу ст. 433 КПК, суд касаційної інстанції, перевіривши касаційні доводи сторони захисту щодо проведення досудового розслідування не уповноваженими особами, вважає їх необґрунтованими, так як стороною обвинувачення спростовано такі доводи під час касаційного розгляду. Тому висновки судів попередніх інстанцій про проведення досудового розслідування уповноваженими особами є правильними.

Питання відповідності обвинувального акта вимогам КПК з огляду на положення ст. 314 КПК вирішує суд першої інстанції під час підготовчого судового засідання, який, як вбачається із матеріалів провадження, перевірів відповідність обвинувального акта вимогам ст. 291 КПК і не знайшов підстав для прийняття рішень, передбачених пунктами 1-4 ч. 3 ст. 314 КПК. Крім того, кримінальним процесуальним законом не передбачено скріплення прокурором обвинувального акта печаткою.

Судовий розгляд кримінального провадження проведено з дотриманням вимог кримінального процесуального закону. Сторони користувалися рівними правами та свободою у наданні доказів, дослідженні та доведенні їх переконливості перед судом. Клопотання всіх учасників процесу розглянуто відповідно до вимог КПК.

Висновок: постанови керівника органу досудового розслідування про визначення слідчого або групи слідчих, старшого групи слідчих, які здійснювали досудове розслідування, можуть бути надані прокурором та оголошені під час судового розгляду у випадку, якщо під час дослідження доказів в учасників провадження виникне сумнів у їх достовірності, з огляду на те, що ці докази було зібрано неуповноваженими особами.

Якщо в суді першої інстанції це питання не ставилося, а виникло під час апеляційного чи касаційного розгляду, такі процесуальні документи можуть бути надані суду апеляційної чи касаційної інстанції в межах перевірки доводів, викладених в апеляційній чи касаційній скаргах.

Детальніше з текстом постанови ОП від 14.02.2022 у справі № 477/426/17 (провадження № 51-4963кмо20) можна ознайомитися за посиланням – <https://reestr.court.gov.ua/Review/103525190>.

Відводи

Положення ст. 77 КПК передбачають підстави для відводу прокурора, слідчого, дізнавача й розширеному тлумаченню не підлягають.

Обмеження, передбачені ст. 77 КПК, не поширюються на оперативних працівників, які під час виконання доручень прокурора, слідчого, дізнавача користуються повноваженнями слідчого та проводять слідчі (розшукові) дії або негласні слідчі (розшукові) дії

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: місцевий суд вироком від 24.01.2017 виправдав ОСОБА_1 у зв'язку з недоведеністю вчинення ним кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 368 КК.

Апеляційний суд зазначений вирок скасував та призначив новий розгляд у суді першої інстанції.

Місцевий суд вироком від 16.10.2019 виправдав ОСОБА_1 у зв'язку з недоведеністю вчинення ним кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 368 КК.

Місцевий суд, ухвалюючи виправдувальний вирок щодо ОСОБА_1, визнав протоколи за результатами проведення НСРД щодо ОСОБА_1 недопустимими доказами, оскільки вони складені старшим оперуповноваженим СБУ, який згідно зі ст. 41 КПК фактично виконував функції слідчого в цьому кримінальному провадженні, однак під час досудового розслідування був допитаний як свідок, а тому не мав права брати участі в цьому провадженні як слідчий відповідно до вимог ст. 77 КПК.

Апеляційний суд ухвалою від 04.02.2020 залишив без зміни вказаний вирок місцевого суду щодо ОСОБА_1.

ВС постановою від 08.07.2020 ухвалу апеляційного суду від 04.02.2020 щодо ОСОБА_1 скасував і призначив новий розгляд у суді апеляційної інстанції у зв'язку з порушенням судом апеляційної інстанції вимог статей 370, 419 КПК, що потягло за собою передчасний висновок про правильність застосування закону про кримінальну відповідальність судом першої інстанції.

Апеляційний суд ухвалою від 03.06.2021 вирок місцевого суду від 16.10.2019 щодо ОСОБА_1 залишив без зміни.

У касаційній скаргі прокурор стверджує, що апеляційний суд необґрунтовано погодився з висновками місцевого суду щодо недопустимості протоколів за результатами проведення НСРД, оскільки оперуповноважений СБУ хоча і був

допитаний як свідок у цьому кримінальному провадженні, однак допитувався лише з обставин написання ОСОБА_2 заяви про вчинення злочину, та фактично його показання стосувалися лише фіксування і проведення деяких процесуальних дій. Крім того, вказує, що оперативний працівник проводить слідчі дії виключно за дорученням слідчого, прокурора, а тому самостійно не приймає процесуальних рішень і на нього не поширюються приписи ст. 77 КПК.

Підстава для розгляду судовою палатою: необхідність відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладених у раніше ухваленому рішенні ВС у цьому кримінальному провадженні, щодо того, чи підлягає відводу на підставі ст. 77 КПК працівник оперативного підрозділу, який був допитаний як свідок та який за дорученням слідчого провів у цьому кримінальному провадженні НСРД, а також чи є протоколи, складені оперативним працівником за результатами проведення цих дій недопустимим доказом.

Позиція ККС: скасовано ухвалу апеляційного суду від 03.06.2021 та призначено новий розгляд у суді апеляційної інстанції.

Обґрунтування позиції ККС: судова палата ККС погодилася із позицією, викладеною у постанові ККС від 08.07.2020 в цьому ж кримінальному провадженні, в якій зазначено, що суд першої інстанції, з висновками якого погодився апеляційний суд, дійшов неправильного висновку про визнання протоколів за результатами НСРД щодо ОСОБА_1 та інших доказів недопустимими на підставі ст. 77 КПК, оскільки співробітника оперативного підрозділу, який їх проводив, перед вчиненням цих процесуальних дій було допитано як свідка.

Згідно зі ст. 41 КПК співробітник оперативного підрозділу (крім підрозділу детективів, підрозділу внутрішнього контролю НАБУ) не є самостійним у своїй процесуальній діяльності, діє виключно за ініціативою та в межах письмового доручення слідчого, прокурора, у нього відсутні повноваження на прийняття рішень у кримінальному провадженні. Більше того, навіть під час виконання доручень слідчого, прокурора співробітник оперативного підрозділу не набуває статусу слідчого, він лише «користується повноваженнями» останнього (ч. 2 ст. 41 КПК). Повноваження – це комплексне поняття, яке об'єднує як права, так і обов'язки, маючи вигляд «право-обов'язок». Процесуальні повноваження закріплюються у законі у вигляді процесуальних можливостей (прав), але, коли виникає фактична ситуація, передбачена законом, це право трансформується в обов'язок та реалізується вже як обов'язок.

Поняття «процесуальний статус особи», є більш широким, ніж повноваження. У ракурсі процесуального статусу слідчого, крім повноважень, що регламентовані нормами процесуального законодавства, відповідна категорія містить у собі сукупність інших елементів, а саме: функції, які виконує слідчий під час здійснення покладених на нього повноважень; завдання кримінального провадження; компетенція (загальна й спеціальна), яка визначається правилами підслідності відповідного органу досудового розслідування, в якому здійснює діяльність слідчий; зв'язок з іншими суб'єктами кримінального провадження (процесуальна самостійність і незалежність слідчого); передбачена законом відповідальність

слідчого тощо. Таким чином, можливість «користування повноваженнями» слідчого під час проведення процесуальних дій співробітником оперативного підрозділу без наявності інших складових процесуального статусу слідчого не дозволяє поставити знак рівності в їх правовому положенні.

Відповідно, відсутність співробітника оперативного підрозділу, який діє в рамках досудового розслідування за письмовим дорученням прокурора, слідчого, в переліку суб'єктів, закріплених у п. 2 ч. 1 ст. 77 КПК, є цілком логічною.

Судова палата ККС зазначає, що відвід як окремий правовий інститут, регламентований КПК, є засобом усунення чи самоусунення слідчого судді, судді, присяжного або окремих учасників кримінального провадження від участі в досудовому розслідуванні та судовому провадженні за наявності передбачених обставин, що викликають сумнів у їх об'єктивності та неупередженості.

Інститут відводу крім підстав, які унеможливають участь відповідного суб'єкта у кримінальному провадженні, передбачає процедуру ініціювання та вирішення відводу (самовідводу).

Враховуючи особливості процесуального статусу співробітника оперативного підрозділу, які визначені ч. 2 ст. 41 КПК, він позбавлений процесуальної можливості звернутися до слідчого судді з заявою про самовідвід. КПК не передбачена і процесуальна можливість реалізувати право на відвід співробітника оперативного підрозділу з боку учасників кримінального провадження.

Судова палата ККС вважає за необхідне зазначити, що сумніви в необ'єктивності та упередженості співробітника оперативного підрозділу мають вирішуватися судами не в аспекті допустимості доказів (за критерієм неналежності суб'єкта, уповноваженого на збирання доказів), а виключно у площині їх достовірності, тобто відповідності зазначених у процесуальних документах, складених за результатами проведених за дорученням слідчого, прокурора слідчих (розшукових) дій та НСРД, відомостей обставинам об'єктивної дійсності.

Отже, судова палата ККС погоджується з тим, що обмеження, передбачені ст. 77 КПК, не поширюються на оперативних працівників, які під час виконання доручень слідчого, прокурора, дізнавача користуються повноваженнями слідчого, та проводять слідчі (розшукові) дії або НСРД, а тому вказані вище НСРД могли бути проведені співробітником оперативного підрозділу після його допиту як свідка в цьому ж кримінальному провадженні.

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

Колегія суддів ККС, скасовуючи ухвалу апеляційного суду та направляючи справу на новий апеляційний розгляд, у своїй постанові від 08.07.2020 звертала увагу, що суди першої та апеляційної інстанцій не врахували того, що ст. 77 КПК передбачено підстави для відводу прокурора та слідчого у кримінальному провадженні, а не працівників оперативного підрозділу.

За наведених обставин суд касаційної інстанції вже зробив висновок про те, що суд першої інстанції, з висновками якого погодився апеляційний суд, дійшов неправильного висновку про визнання вказаних протоколів за результатами НСРД щодо ОСОБА_1 та інших доказів недопустимими на підставі ст. 77 КПК.

Проте апеляційний суд під час повторного апеляційного розгляду не врахував положень, викладених у постанові ВС від 08.07.2020, і фактично продублював твердження з цього питання, викладені у вироку місцевого суду та ухвалі апеляційного суду, яку суд касаційної інстанції скасував, зокрема, стосовно неправильного застосування приписів ст. 77 КПК щодо співробітника оперативного підрозділу.

Таким чином, апеляційний суд, порушуючи ч. 2 ст. 439 КПК, не виконав вказівок суду касаційної інстанції, які для нього є обов'язковими.

Висновок: положення ст. 77 КПК визначають виключний перелік суб'єктів до яких можуть бути застосовані норми цього закону і розширеному тлумаченню не підлягають.

У провадженні висловлено окрему думку.

Детальніше з текстом постанови Третьої судової палати ККС ВС від 17.01.2022 у справі № 373/2562/15-к (провадження № 51-2218кмп20) можна ознайомитися за посиланням – <https://reyestr.court.gov.ua/Review/102634411>.

Окрема думка – <https://reyestr.court.gov.ua/Review/102634462>.

Процесуальні витрати

Процесуальні витрати під час закриття кримінального провадження у зв'язку зі звільненням особи від кримінальної відповідальності на підставі ст. 49 КК

Якщо особа звільняється від кримінальної відповідальності на підставі ст. 49 КК у зв'язку із закінченням строків давності, то процесуальні витрати, понесені органом досудового розслідування та пов'язані зі здійсненням кримінального провадження, у тому числі витрати на проведення експертизи, не стягуються з особи, кримінальне провадження щодо якої закрито на цій підставі, а відносяться на рахунок держави, окрім витрат, пов'язаних, зокрема, із залученням експерта стороною захисту

Обставини справи: місцевий суд звільнив ОСОБА_1 від кримінальної відповідальності за ч. 1 ст. 364 КК на підставі ст. 49 КК у зв'язку із закінченням строків давності, а кримінальне провадження щодо нього заклав. Стягнув з ОСОБА_1 на користь держави в рахунок відшкодування процесуальних витрат: 21 184 грн за проведення судово-економічної експертизи та 2 641,20 грн за проведення судово-почеркознавчої експертизи.

Не погоджуючись із рішенням місцевого суду в частині стягнення з ОСОБА_1 процесуальних витрат, сторона захисту оскаржила його до суду апеляційної інстанції.

Апеляційний суд ухвалу місцевого суду залишив без зміни.

У касаційній скарзі захисник вважає, що судом безпідставно стягнуто з ОСОБА_1 на користь держави процесуальні витрати за проведення двох експертиз. Стверджує, що процесуальні витрати, пов'язані з проведенням експертиз у цьому провадженні, підлягають компенсації за рахунок коштів, які цільовим призначенням виділяються експертній установі з Державного бюджету України. Крім того, захисник вказує на те, що в цьому кримінальному провадженні прокурор не заявляв клопотання про компенсацію процесуальних витрат та, погоджуючись з рішенням суду про звільнення ОСОБА_1 від кримінальної відповідальності за ч. 1 ст. 364 КК на підставі ст. 49 КК, не просив суд стягнути з ОСОБА_1 зазначені витрати.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: необхідність відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні ККС, щодо стягнення з особи, відносно якої кримінальне провадження закрито у зв'язку із закінченням строків давності, процесуальних витрат, понесених органом досудового розслідування під час здійснення такого розслідування, зокрема за проведення експертиз.

Позиція ОП: ухвалу апеляційного суду змінено. Процесуальні витрати на проведення експертиз віднесено на рахунок держави.

Обґрунтування позиції ОП: стягнення процесуальних витрат з обвинуваченого можливе за наявності таких підстав: визнання особи винною у вчиненні злочину (обвинувальний вирок суду), факт понесення процесуальних витрат (документально підтвержені витрати), залучення спеціаліста/експерта саме стороною захисту.

У висновку ВП (постанова від 17.06.2020 (справа № 598/1781/17, провадження № 13-47кс20), зазначено, що суд повинен вирішити питання про розподіл процесуальних витрат у будь-якому рішенні, яким завершується розгляд кримінального провадження по суті, у тому числі й в ухвалі про закриття кримінального провадження у зв'язку зі звільненням особи від кримінальної відповідальності. Тобто ВП вказано на необхідність вирішення питання щодо процесуальних витрат у різних за процесуальною формою судових рішеннях, однак не визначено які саме витрати необхідно стягувати з особи, кримінальне провадження відносно якої закрито у зв'язку зі звільненням її від кримінальної відповідальності, а які відносити на рахунок держави.

Разом з цим, кримінальним процесуальним законом прямо не передбачено стягнення процесуальних витрат з особи, кримінальне провадження щодо якої закрито на підставі п. 1 ч. 2 ст. 284 КПК у зв'язку зі звільненням від кримінальної відповідальності. Так, у розділі IX КК визначено правові підстави та порядок звільнення особи від кримінальної відповідальності, однією з яких є закінчення строків давності (ст. 49 КК). Звільнення від кримінальної відповідальності на підставі ст. 49 КК є безумовним, оскільки приводом для нього є саме закінчення передбачених законом України про кримінальну відповідальність строків, наданих державі для доведення вини особи у вчиненні кримінального правопорушення та притягнення її до кримінальної відповідальності у встановленому кримінальним процесуальним законом порядку.

Особа звільняється судом від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності незалежно від наявності чи відсутності факту примирення з потерпілим, відшкодування шкоди, щирого каяття тощо, тобто, по суті, від особи взагалі не вимагається визнання своєї винуватості шляхом здійснення будь-яких активних дій.

Крім того, згода особи на звільнення її від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності й відповідно закриття кримінального провадження відносно неї на цій підставі не є тотожною визнанню особою своєї вини у вчиненні інкримінованого кримінального правопорушення, і жодним чином не може підтверджувати винуватість особи, оскільки суперечитиме засадам презумпції невинуватості та доведеності вини (ст. 62 Конституції України, ст. 17 КПК).

В такому випадку, керуючись засадами справедливості та враховуючи загальнодозвільний тип правового регулювання кримінального провадження, наявність факту понесення органом досудового розслідування матеріальних витрат, пов'язаних зі здійсненням кримінального провадження, не може бути приводом для стягнення з особи, кримінальне провадження відносно якої закрито у зв'язку зі звільненням її від кримінальної відповідальності на підставі ст. 49 КК, таких витрат.

Що ж стосується стягнення судом саме процесуальних витрат за проведення експертиз, то важливе значення у механізмі їх розподілу у кримінальному провадженні набуває питання про те, хто призначав експертизу та за чиєю ініціативою вона проводилася, а також те, чи входить проведення експертизи до сфери службових обов'язків залученого експерта, чи є експерт співробітником державних експертних установ.

Основними нормативно-правовими актами, що регулюють діяльність експерта, окрім КПК, є Закон України «Про судову експертизу» та Інструкція про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень, затверджена Наказом МЮУ № 53/5 від 08.10.1998.

Процесуальні витрати, понесені органом досудового розслідування та пов'язані зі здійсненням кримінального провадження, зокрема документально підтверджені витрати на проведення експертизи, необхідно стягувати з особи, відносно якої здійснювалося кримінальне провадження, у разі: 1) ухвалення щодо неї обвинувального вироку; 2) залучення експерта саме стороною захисту.

Оскільки судом першої інстанції ОСОБА_1 було звільнено від кримінальної відповідальності за ч. 1 ст. 364 КК на підставі ст. 49 КК у зв'язку із закінченням строків давності, кримінальне провадження щодо нього закрито, при цьому ініціатором проведення судових експертиз у цьому кримінальному провадженні був орган досудового розслідування, а сторона захисту не залучала жодних експертів, тому відповідно до ч. 2 ст. 122, ст. 124 КПК витрати на проведення судово-економічної та судово-почеркознавчої експертиз в розмірі 21 184 грн і 2 641 грн відповідно не підлягають стягненню з ОСОБА_1 та покладаються на державу. Крім того, прокурор, погоджуючись з рішенням суду про закриття кримінального провадження щодо ОСОБА_1 у зв'язку із закінченням строків давності, не заявляв клопотання про компенсацію жодних процесуальних витрат.

Висновок: якщо особа звільняється від кримінальної відповідальності на підставі ст. 49 КК у зв'язку із закінченням строків давності, то процесуальні витрати, понесені органом досудового розслідування та пов'язані зі здійсненням кримінального провадження, в тому числі й витрати на проведення експертизи, не стягуються з особи, кримінальне провадження щодо якої закрито на цій підставі, а відносяться на рахунок держави, окрім витрат, пов'язаних, зокрема, із залученням експерта стороною захисту.

Детальніше з текстом постанови ОП від 12.09.2022 у справі № 203/241/17 (провадження № 51-4251кмо21) можна ознайомитися за посиланням – <https://reestr.court.gov.ua/Review/106315603>.

Загальні положення досудового розслідування

Початок досудового розслідування

Вирішуючи питання про допустимість доказів, отриманих у результаті процесуальних дій і процесуальних рішень, що були здійснені, ухвалені прокурором, який є процесуальним керівником, з порушенням строку передачі матеріалів до органу досудового розслідування, визначеного в ч. 7 ст. 214 КПК, суд повинен урахувати тривалість такого порушення, обсяг і характер вчинених дій та ухвалених рішень. Недотримання строку, визначеного в ч. 7 ст. 214 КПК, не є безумовною підставою для визнання недопустимими доказів, отриманих на підставі таких процесуальних дій і рішень прокурора

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: ВАКС визнав ОСОБА_1 винуватим і засудив за ч. 3 ст. 369-2.

АП ВАКС закрила апеляційне провадження за апеляційною скаргою прокурора у зв'язку з його відмовою від апеляційної скарги. Змінила вирок суду, виключивши посилання на вимагання як кваліфікуючу ознаку одержання неправомірної вигоди за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, перекваліфікувала дії ОСОБА_1 з ч. 3 на ч. 2 ст. 369-2 КК.

ВС скасував ухвалу АП ВАКС і призначив новий розгляд у суді апеляційної інстанції.

АП ВАКС змінила вирок та виключила з його мотивувальної частини посилання суду як на докази: на протокол невідкладного обшуку; речові докази – ідентифіковані гроші в сумі 200 дол. США номіналом по 100 дол. кожна; протокол огляду мобільного телефону ОСОБА_3; протоколи огляду грошей. Змінила правову кваліфікацію дій ОСОБА_1 з ч. 3 на ч. 2 ст. 369-2 КК. У решті вирок залишила без зміни.

У касаційній скарзі захисник стверджує, що у кримінальному провадженні прокурор не виконав приписів ч. 5 ст. 36, ч. 7 ст. 214, ч. 5 ст. 216 КПК, а саме після внесення відомостей до ЄРДР невідкладно, але не пізніше наступного дня після початку кримінального провадження не передав наявних у нього матеріалів до належного органу досудового розслідування з дотриманням правил підслідності, натомість на початковому етапі розслідування самостійно ініціював, призначив і доручив проведення НСРД, що призвело до недопустимості доказів, отриманих за результатами цих слідчих дій.

Також захисник звертає увагу на те, що суд апеляційної інстанції допустив суперечність у своїх висновках, оскільки через порушення правил підслідності визнав недопустимими докази, отримані слідчими ДБР, поряд із цим ствердив про те, що прокурор прокуратури області (не САП) у кримінальному провадженні (належним органом досудового розслідування у якому є НАБУ), діяв у межах наданих йому повноважень.

Підстави розгляду кримінального провадження судовою палатою ККС: необхідність відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні ККС, щодо вирішення питання про допустимість доказів, отриманих з порушенням вимог ч. 7 ст. 214 КПК.

Позиція ККС: залишено без зміни рішення судів попередніх інстанцій.

Обґрунтування позиції ККС: судова палата ККС вважає, що в ситуаціях, які є подібними до обставин цього кримінального провадження, де прокурор, порушивши вимоги ч. 7 ст. 214 КПК (у редакції, що була чинною на час вчинення прокурором відповідних процесуальних дій), не передав з дотриманням правил підслідності наявних у нього матеріалів до органу досудового розслідування не пізніше наступного дня після внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР, оцінку допустимості доказів, отриманих правоохоронними органами в період до передачі належному органу досудового розслідування, необхідно здійснювати у світлі критеріїв, які визначають тривалість такого періоду, обсяг і характер процесуальних дій, які проводилися в цей період, інші доречні обставини цього кримінального провадження, що дозволяють зробити висновок про «вплив цих порушень на ті чи інші конвенційні або конституційні права людини, зокрема встановити, наскільки процедурні недоліки «зруйнували» або звузили ці права або ж обмежили особу в можливостях їх ефективного використання».

У цьому кримінальному провадженні прокурор вніс відомості про кримінальне правопорушення до ЄРДР за заявою ОСОБА_1 за фактом вимагання в нього неправомірної вигоди в сумі 6 000 доларів США з боку депутата ОДА ОСОБА_1 за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 369-2 КК. У цей же день було визначено групу прокурорів у кримінальному провадженні, а також постановою прокурора у кримінальному провадженні, ОСОБА_3 залучено до конфіденційного співробітництва та проведення інших негласних слідчих (розшукових) дій.

03.04.2019 прокурор направив до апеляційного суду клопотання про надання дозволу на проведення НСРД, а 04.09.2019 прокурор доручив проведення НСРД УЗЕ в Київській області ДЗЕ НПУ.

05.04.2019 прокурор ухвалив рішення у формі постанови про проведення щодо ОСОБА_1 НСРД у формі спеціального слідчого експерименту – контролю за вчиненням злочину, проведення якого керівник прокуратури Київської області доручив співробітникам УЗЕ в Київській області ДЗЕ НПУ.

Отже, у період з 02.04.2019 по 05.04.2019 в цьому кримінальному провадженні на початковому етапі досудового обслідування прокурором, який є процесуальним керівником, здійснено процесуальні дії та прийнято рішення, які належать до повноважень прокурора за законом: розпочато досудове розслідування (п. 1 ч. 2 ст. 36 КПК), визначено групу прокурорів (ч. 1 ст. 37 КПК), доручено проведення негласних слідчих (розшукових) дій відповідному оперативному підрозділу (п. 5 ч. 2 ст. 36 КПК), подано до слідчого судді клопотання про проведення НСРД (п. 10 ч. 2 ст. 36 КПК), прийнято рішення про здійснення

контролю за вчиненням злочину, яке є виключним повноваженням прокурора (ч. 7 ст. 271 КПК).

Оцінюючи ці дії, колегія суддів АП ВАКС, правильно звернула увагу на специфіку корупційних злочинів та особливості здійснення досудового розслідування в таких злочинах, які пов'язані з недопущенням затримки у фіксації відомостей про злочин, терміновістю реагування на збір доказів, перевірку відсутності провокації, підтвердження отриманих відомостей щодо статусу депутата ОДА ОСОБА_1 та залучення співробітників правоохоронного органу до злочину в обсязі, необхідному для прийняття рішення щодо ініціювання проведення комплексу НСРД.

У свою чергу судова палата ККС також звертає увагу на те, що в цьому кримінальному провадженні затримка з передачею прокурором матеріалів досудового розслідування до органу досудового розслідування становила лише кілька днів, водночас ця затримка дійсно була пов'язана з нагальною необхідністю вжиття невідкладних заходів щодо документування злочину, який вчинявся. Обсяг і характер здійснених у цей період прокурором дій та прийнятих процесуальних рішень не указує на те, що в цьому випадку процедурні недоліки мають свавільний характер. Навпаки, попри певну затримку з передачею матеріалів досудового розслідування до органу досудового розслідування, інші вимоги КПК щодо відповідних процедур було дотримано, у тому числі було забезпечено належний судовий контроль за проведенням негласних слідчих (розшукових) дій.

Таким чином, судова палата ККС доходить висновку, що в цьому кримінальному провадженні процесуальні порушення в частині недотримання строку передачі матеріалів до органу досудового розслідування не є такими, що тягнуть недопустимість доказів, отриманих у результаті процесуальних дій і рішень прокурора на початковому етапі досудового розслідування в період з 02.04.2019 до 05.04.2019.

Висновок: вирішуючи питання про допустимість доказів, отриманих у результаті процесуальних дій і процесуальних рішень, що були здійснені, прийняті прокурором, який є процесуальним керівником, з порушенням строку передачі матеріалів до органу досудового розслідування, визначеного в ч. 7 ст. 214 КПК, суд повинен врахувати тривалість такого порушення, обсяг і характер вчинених дій і прийнятих рішень. Недотримання строку, визначеного в ч. 7 ст. 214 КПК, не є безумовною підставою для визнання недопустимими доказів, отриманих на підставі таких процесуальних дій і рішень прокурора.

У провадженні висловлено окрему думку.

Детальніше з текстом постанови Трьої судової палати ККС ВС від 21.11.2022 у справі № 991/492/19 (провадження № 51-491кмп21) можна ознайомитися за посиланням – <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107805010>.

Окрема думка – <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107706662>.

Строки досудового розслідування

Строк ознайомлення сторонами кримінального провадження з матеріалами досудового розслідування в порядку, передбаченому ст. 290 КПК, який обчислюється з наступного дня після направлення або безпосереднього вручення підозрюваному, його захиснику, законному представнику та захиснику особи, до якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, повідомлення про завершення досудового розслідування й надання доступу до матеріалів досудового розслідування із зазначенням дати, часу та місця ознайомлення з матеріалами розслідування до моменту закінчення ознайомлення вказаних осіб з матеріалами досудового розслідування не включається у строк досудового розслідування.

День направлення або безпосереднього вручення такого повідомлення про завершення досудового розслідування та надання доступу до матеріалів досудового розслідування має враховуватися у строк досудового розслідування

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: місцевий суд заклав кримінальне провадження щодо ОСОБА_1 на підставі п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК у зв'язку із закінченням строку досудового розслідування, визначеного ст. 219 КПК.

Апеляційний суд залишив без зміни це рішення.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: необхідність відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеному у раніше ухваленому рішенні ККС, щодо застосування положень ч. 5 ст. 219 КПК, а саме від позиції про те, що в строк досудового розслідування не включає весь період часу з моменту направлення або безпосереднього вручення стороні захисту повідомлення про завершення досудового розслідування у порядку, визначеному ст. 290 КПК, та відкриття матеріалів провадження для ознайомлення, до моменту закінчення ознайомлення цієї сторони з матеріалами досудового розслідування

Позиція ОП: залишено без зміни ухвалу апеляційного суду.

Обґрунтування позиції ОП: колегія суддів ОП не встановила допущення апеляційним судом істотних порушень вимог КПК при обчисленні строків досудового розслідування у цьому кримінальному провадженні.

Згідно з положеннями ч. 5 ст. 219 КПК (в ред. Закону України від 14.04.2022 № 2201-ІХ), строк із дня винесення постанови про зупинення кримінального провадження до винесення постанови про відновлення кримінального провадження, а також строк ознайомлення з матеріалами досудового розслідування сторонами кримінального провадження в порядку, передбаченому ст. 290 цього Кодексу, не включається у строки, передбачені цією статтею, крім дня прийняття відповідної постанови та дня повідомлення підозрюваному, його захиснику, законному представнику та захиснику особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, про завершення досудового розслідування та надання доступу до матеріалів досудового розслідування.

Як убачається із внесених змін, законодавець врахував частину наявної проблематики щодо застосування вказаної процесуальної норми, при цьому конкретизував те, що день прийняття відповідної постанови та день повідомлення підозрюваному, його захиснику, законному представнику та захиснику особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, про завершення досудового розслідування та надання доступу до матеріалів досудового розслідування включаються в строк досудового розслідування.

Направлення цього повідомлення входить у перелік тих процесуально-організаційних заходів, які у сукупності покликані планово забезпечити подальший доступ до матеріалів. Разом з тим, направлення або вручення повідомлення про закінчення досудового розслідування із вказівкою дати, часу та місця ознайомлення, не слід розцінювати (тлумачити), як фактичне (реальне) забезпечення доступу до матеріалів досудового розслідування.

Забезпечення безпосереднього доступу до матеріалів досудового розслідування має бути максимально наближене до дня повідомлення про завершення досудового розслідування. Це також впливає зі змісту завдань кримінального провадження у частині забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений (ст. 2 КПК).

Разом з тим, проміжок у часі між повідомленням про завершення досудового розслідування та наданням фактичного доступу до матеріалів досудового розслідування не може свідчити про те, що строк досудового розслідування має рахуватися аж до моменту реального забезпечення доступу до матеріалів розслідування, оскільки можуть існувати ситуації, коли уповноважені суб'єкти об'єктивно не можуть негайно надати фактичний доступ до вказаних матеріалів. До того ж приписи КПК не містять вимоги «невідкладності» щодо забезпечення доступу до матеріалів розслідування після здійснення повідомлення про завершення досудового розслідування.

Таким чином, день повідомлення про завершення досудового розслідування та день фактичного надання доступу до матеріалів досудового розслідування можуть не співпадати. День направлення або безпосереднього вручення повідомлення про завершення досудового розслідування, у якому зазначається дата, час та місце ознайомлення із матеріалами досудового розслідування, має рахуватися у строк досудового розслідування.

ОП вважає, що таке повідомлення є офіційним підтвердженням стороною обвинувачення завершення досудового розслідування, що унеможливорює здійснення будь-якої процесуальної діяльності щодо розслідування обставин вчиненого кримінального правопорушення. В іншому випадку кримінальна процесуальна діяльність органів досудового розслідування має визнаватися незаконною, а отримані докази – недопустимими.

Перевірка судом першої інстанції у підготовчому судовому засіданні 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, а отже унеможливорює розгляд у суді кримінального провадження по суті та тягне за собою закриття кримінального провадження на підставі п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК.

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, 12.03.2020 до ЄРДР внесено відомості за фактом пропозиції надання неправомірної вигоди службовій особі, яка займає відповідальне становище, з правовою кваліфікацією кримінального правопорушення за ч. 3 ст. 369 КК. 03.04.2020 ОСОБА_1 повідомлено про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 369 КК. У подальшому постановою заступника Генерального прокурора від 20.05.2020 продовжено строк досудового розслідування цього кримінального провадження до трьох місяців, тобто до 03.07.2020. Таким чином кінцевою датою строку досудового розслідування було визначено 03.07.2020.

02.07.2020 прокурор доручив слідчому повідомити сторону захисту про завершення досудового розслідування та надати їй доступ до матеріалів досудового розслідування. Надалі слідчий 03.07.2020 надіслав стороні захисту повідомлення про завершення досудового розслідування, в якому зазначив про можливість отримати доступ до матеріалів досудового розслідування 13.07.2020. Протоколом про відкриття матеріалів досудового розслідування та надання доступу до матеріалів досудового розслідування підтверджується те, що 13.07.2020 сторона захисту розпочала ознайомлення з матеріалами досудового розслідування. 30.07.2020 слідчий, за погодженням з прокурором, направив поштовим зв'язком до місцевого суду клопотання про встановлення стороні захисту строку для ознайомлення з матеріалами досудового розслідування. Ухвалою слідчого судді місцевого суду від 05.08.2020 клопотання слідчого було задоволено, встановлено підозрюваному ОСОБА_1 та його захиснику строк для ознайомлення з матеріалами досудового розслідування до 12 год. 13.08.2020, після спливу якого сторона захисту вважається такою, що реалізувала своє право на доступ до матеріалів вказаного кримінального провадження.

Місцевий суд ухвалою від 12.02.2021 у підготовчому судовому засіданні кримінальне провадження за обвинуваченням ОСОБА_1 у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 369 КК, закрити на підставі п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК. Таке рішення суду, зокрема, обґрунтовано тим, що слідчий 03.07.2020

направив стороні захисту повідомлення про завершення досудового розслідування та надання доступу до матеріалів 13.07.2020. Натомість, в період часу з 02.07.2020 до 13.07.2020 слідчий не забезпечив стороні захисту можливості та належних умов для безперешкодного ознайомлення з усіма матеріалами досудового розслідування. Тому місцевий суд зробив висновок, що цей період часу не є строком ознайомлення з матеріалами досудового розслідування.

Ухвалою апеляційного суду від 17.08.2021 апеляційну скаргу прокурора залишено без задоволення, а ухвалу суду першої інстанції – без зміни. Погоджуючись із рішенням місцевого суду та відмовляючи у задоволенні апеляційної скарги прокурора, суд апеляційної інстанції, крім іншого, зазначив, що 03.07.2020 слідчий надіслав ОСОБА_1 та його захиснику повідомлення про можливість 13.07.2020 отримати доступ до матеріалів досудового розслідування. У період часу з 02.07.2020 до 13.07.2020 слідчий не забезпечив стороні захисту можливості та належних умов для ознайомлення з усіма матеріалами досудового розслідування, тобто не надав доступу до матеріалів кримінального провадження до закінчення строку досудового розслідування, оскільки фактичне надання цій стороні доступу до вказаних матеріалів та можливості ознайомлення з ними відбулося лише 13.07.2020. У зв'язку з чим проміжок часу з 02.07.2020 до 13.07.2020 не є строком ознайомлення з матеріалами кримінального провадження і не може бути виключений із загального строку досудового розслідування, тому відкриття матеріалів досудового розслідування в порядку ст. 290 КПК та направлення обвинувального акта до суду здійснено поза межами строку досудового розслідування.

ОП вважає неспроможними вказані висновки судів попередніх інстанцій, оскільки сторона обвинувачення повідомила сторону захисту про завершення досудового розслідування та можливість отримати доступ до матеріалів розслідування у межах строку досудового розслідування, з урахуванням постанови заступника Генерального прокурора від 20.05.2020.

Сторона захисту почала ознайомлюватися з матеріалами досудового розслідування 13.07.2020, про що свідчить протокол про надання доступу до матеріалів досудового розслідування.

З урахуванням положень ч. 5 ст. 219 КПК у строк досудового розслідування не включається період часу, починаючи з наступного дня після направлення або безпосереднього вручення підозрюваному, його захиснику, законному представнику та захиснику особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, повідомлення про завершення досудового розслідування та надання доступу до матеріалів досудового розслідування до моменту закінчення ознайомлення вказаних осіб з матеріалами досудового розслідування.

При цьому день направлення або безпосереднього вручення підозрюваному, його захиснику, законному представнику та захиснику особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, повідомлення про завершення досудового розслідування та надання доступу до матеріалів досудового розслідування, має рахуватися у строк досудового

розслідування. Той факт, що день повідомлення про завершення досудового розслідування та день фактичного надання доступу до матеріалів досудового розслідування можуть не співпадати, не свідчить про те, що строк для ознайомлення з матеріалами досудового розслідування необхідно обраховувати з моменту фактичного надання доступу до таких матеріалів. Проміжок часу між цими днями не повинен включатися у строк досудового розслідування.

Таким чином, у цьому кримінальному провадженні проміжок часу з 04.07.2020 по 13.07.2020 не включається у строк досудового розслідування.

Що стосується доводів прокурора, що апеляційний суд не взяв до уваги ухвалу слідчого судді місцевого суду від 05.08.2020, якою за клопотанням слідчого сторони захисту встановлено строк для ознайомлення з матеріалами досудового розслідування до 13.08.2020, то вони є безпідставними.

За загальним правилом сторона кримінального провадження зобов'язана письмово підтвердити протилежній стороні, а потерпілій, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження – прокурору факт надання їм доступу до матеріалів із зазначенням найменування таких матеріалів (ч. 9 ст. 290 КПК). При цьому закон не визначає певної форми процесуального документа, яким би підтверджувався факт надання доступу та ознайомлення з матеріалами провадження, а лише встановлює, що цей факт повинен бути письмово підтверджений самим учасником кримінального провадження, якому надано доступ. Такі письмові документи повинні додаватися до матеріалів кримінального провадження як підтвердження того, що кожна із сторін виконала свої обов'язки і не порушила прав учасників кримінального провадження.

Водночас, ч. 10 ст. 290 КПК регламентовано спеціальний порядок встановлення факту надання протилежній стороні доступу до матеріалів кримінального провадження. Так, у разі зволікання при ознайомленні з матеріалами, до яких надано доступ, слідчий суддя за клопотанням сторони кримінального провадження з урахуванням обсягу, складності матеріалів та умов доступу до них зобов'язаний встановити строк для ознайомлення з матеріалами, після спливу якого сторона кримінального провадження або потерпілій, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, вважаються такими, що реалізували своє право на доступ до матеріалів.

Таким чином, обмеження строку для ознайомлення з матеріалами, до яких надано доступ у порядку ст. 290 КПК, допускається лише на підставі ухвали слідчого судді, якою встановлюється певний строк для такого ознайомлення.

Згідно протоколу про надання доступу до матеріалів досудового розслідування та відкриття матеріалів досудового розслідування, сторона захисту розпочала ознайомлення з матеріалами досудового розслідування 13.07.2020.

Під час ознайомлення з матеріалами досудового розслідування 24.07.2020 захисником ОСОБА_17 було долучено до матеріалів провадження заяви його підзахисного від 21.07.2020 та від 22.07.2020, в яких ОСОБА_1 висловив своє небажання в подальшому знайомитись з матеріалами досудового розслідування та просив надати йому обвинувальний акт і реєстр матеріалів досудового

розслідування. В той же день, о 14 год 43 хв., захисником ОСОБА_17 було завершено ознайомлення з матеріалами досудового розслідування та підписано відповідний протокол про надання доступу до матеріалів досудового розслідування та відкриття матеріалів досудового розслідування із зазначенням найменування таких матеріалів.

Також 24.07.2020 ОСОБА_1 направив на адресу слідчого та прокурора власноруч написані заяви, якими підтвердив факт ознайомлення ним з матеріалами досудового розслідування й повторно наголосив про необхідність вручення йому обвинувального акта і реєстру матеріалів досудового розслідування. До того ж 27.07.2020 ОСОБА_1 повторно надіслав на адресу слідчого й прокурора заяви, в яких на виконання вимог ч. 9 ст. 290 КПК детально описав матеріали, з якими він ознайомився, та долучив до цих заяв підписані ним описи всіх дев'яти томів кримінального провадження.

З наведеного вбачається, що стороні захисту було надано достатньо часу для ознайомлення з матеріалами досудового розслідування та остання письмово підтвердила цей факт стороні обвинувачення.

Однак слідчий ОСОБА_12 продовжив викликати ОСОБА_1 та захисника для ознайомлення з матеріалами досудового розслідування, не врахувавши, що ознайомлення з матеріалами розслідування є не обов'язком, а правом, яке захист використав на власний розсуд.

Таким чином, у цьому кримінальному провадженні строк ознайомлення стороною захисту з матеріалами досудового розслідування тривав з 04.07.2020 по 24.07.2020, оскільки у матеріалах провадження містяться письмові підтвердження, як від підозрюваного ОСОБА_1 (письмові заяви від 21.07.2020 та 22.07.2020), так і від захисника ОСОБА_17 (у протоколі про надання доступу до матеріалів досудового розслідування), про реалізацію ними свого права на ознайомлення з матеріалами досудового розслідування та завершення такого ознайомлення, а тому вказаний проміжок часу не включається в строк досудового розслідування. Кінцевою датою строку досудового розслідування, з урахуванням часу ознайомлення сторони захисту з матеріалами досудового розслідування, є 24.07.2020. Обвинувальний акт щодо ОСОБА_1 був складений 13.08.2020, який у цей же день направлений до суду першої інстанції для розгляду по суті, що підтверджується матеріалами кримінального провадження.

Отже, направлення 13.08.2020 до місцевого суду обвинувального акта щодо ОСОБА_1 відбулося поза межами строку досудового розслідування. Відтак, висновки судів про наявність передбаченої п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК підстави для закриття кримінального провадження є правильними. При цьому, слідчий за погодженням з прокурором звернувся до слідчого судді місцевого суду з клопотанням про встановлення стороні захисту строку для ознайомлення з матеріалами кримінального провадження 30.07.2020, тобто після закінчення строку досудового розслідування.

Таким чином, посилання прокурора в обґрунтування своїх доводів на ухвалу слідчого судді від 05.08.2020, якою стороні захисту, а саме ОСОБА_1 та його

захиснику, було встановлено строк для ознайомлення з матеріалами досудового розслідування до 12 год. 13.08.2020, є неспроможними.

Наявність указаної ухвали слідчого судді про встановлення строку для ознайомлення з матеріалами досудового розслідування, відповідно до вимог кримінального процесуального закону не свідчить про продовження строку досудового розслідування в кримінальному провадженні, який після закінчення поновленню не підлягає.

Висновок: відповідно до положень ч. 5 ст. 219 КПК (в ред. Закону України від 14.04.2022 № 2201-IX) не включається у строк досудового розслідування строк ознайомлення з матеріалами досудового розслідування сторонами кримінального провадження в порядку, передбаченому ст. 290 цього Кодексу, який обраховується з наступного дня після направлення або безпосереднього вручення підозрюваному, його захиснику, законному представнику та захиснику особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру повідомлення про завершення досудового розслідування та надання доступу до матеріалів досудового розслідування із зазначенням дати, часу та місця ознайомлення із матеріалами розслідування, до моменту закінчення ознайомлення вказаних осіб з матеріалами досудового розслідування.

День направлення або безпосереднього вручення підозрюваному, його захиснику, законному представнику та захиснику особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, повідомлення про завершення досудового розслідування та надання доступу до матеріалів досудового розслідування, має рахуватися у строк досудового розслідування.

Детальніше з текстом постанови ОП від 24.10.2022 у справі № 216/4805/20 (провадження № 51-4684кмо21) можна ознайомитися за посиланням – <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107050550>.

Продовження строку досудового розслідування

Продовження строків досудового розслідування здійснює слідчий суддя в межах повноважень, визначених Законом України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» і Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень», у кримінальних провадженнях, внесених до ЄРДР з 15.03.2018 й об'єднаних із кримінальним провадженням, розпочатим до цієї дати.

Приписи п. 4 § 2 «Прикінцеві положення» Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» щодо здійснення судового контролю за продовженням строку досудового розслідування підлягають застосуванню з урахуванням ст. 6 Конвенції

про захист прав людини і основоположних свобод, ст. 58 Конституції України, статей 5, 8, 9 КПК.

Кримінальні процесуальні відносини щодо продовження строків досудового розслідування виникають із моменту направлення у спосіб, передбачений кримінальним процесуальним законом, відповідного клопотання або з моменту безпосереднього звернення з таким клопотанням до повноважного суб'єкта у зв'язку з юридичними фактами, визначеними положеннями статей 295, 295-1 КПК, і до них застосовуються положення цього Кодексу, чинні на момент початку виконання відповідної дії або ухвалення процесуального рішення

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: місцевий суд, під час підготовчого судового засідання у кримінальному провадженні № 12018100040000576 від 17.01.2018 за обвинуваченням ОСОБА_1, ОСОБА_2 та ОСОБА_4 (ОСОБА_3) у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 3 ст. 307 КК, задовольнив клопотання захисників та закриття вказане кримінальне провадження на підставі положень п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК у зв'язку із закінченням строку досудового розслідування, визначеного ст. 219 КПК, після повідомлення особі про підозру.

Своє рішення суд першої інстанції мотивував тим, що строк досудового розслідування у цьому кримінальному провадженні було продовжено постановою першого заступника прокурора, що не узгоджується з вимогами ст. 294 КПК, оскільки на момент повідомлення про підозру ОСОБА_1, ОСОБА_2 та ОСОБА_4 (ОСОБА_3) право на вирішення питання про продовження строку досудового розслідування на строк більше трьох місяців покладалось виключно на слідчих суддів. Разом із тим у матеріалах кримінального провадження відсутня ухвала слідчого судді про продовження строку досудового розслідування в цьому кримінальному провадженні, що указує на необхідність закриття кримінального провадження з наведених вище підстав.

Апеляційний суд залишив без зміни цю ухвалу.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: забезпечення єдиної правозастосовної практики, формування висновку щодо застосування положень ст. 294 КК та необхідність відійти від висновку, раніше викладеного в постановках інших судових палат ККС, щодо визначення порядку продовження строку досудового розслідування у об'єднаному кримінальному провадженні.

Позиція ОП: залишено без зміни рішення судів попередніх інстанцій.

Обґрунтування позиції ОП: колегія суддів ОП погодилася з рішенням судів попередніх інстанцій щодо необхідності закриття цього кримінального провадження у зв'язку із закінченням строку досудового розслідування, виходячи з такого.

Кримінальні процесуальні відносини із продовження строків досудового розслідування є формою кримінальної процесуальної діяльності, що виникають у зв'язку із юридичними фактами, визначеними положеннями статей 295, 295-1 КПК. Їх зміст відображений у двох аспектах: формальному (юридичному) – встановлені кримінальним процесуальним законом права і обов'язки суб'єктів,

та фактичному – конкретні процесуальні дії, що вчинюються суб'єктами, які спрямовані на реалізацію суб'єктивних прав і юридичних обов'язків. Виникають такі відносини з моменту направлення в спосіб, передбачений кримінальним процесуальним законом, або безпосереднього подання відповідного клопотання до повноважного щодо продовження процесуального строку суб'єкта.

15.12.2017 набрав чинності Закон України від 03.10.2017 № 2147-VIII «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» (далі – Закон № 2147-VIII), яким, зокрема, внесено зміни до ст. 294 КПК та надано повноваження слідчому судді щодо продовження строків досудового розслідування у кримінальних провадженнях, відомості про які внесені до ЄРДР після введення в дію цього Закону, тобто з 16.03.2018.

З матеріалів кримінального провадження убачається, що 17.01.2018 до ЄРДР були внесені відомості за № 12018100040000576 про вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 307 КК. Надалі відомості про вчинені ОСОБА_1, ОСОБА_2 та ОСОБА_4 (ОСОБА_3) кримінальні правопорушення із попередньою правовою кваліфікацією за ч. 1 ст. 307 та ч. 2 ст. 307 КК були внесені до ЄРДР 15 та 16.01.2019 за № 12019100040000358, № 12019100040000371, № 12019100040000372, № 12019100040000383, № 12019100040000384, № 12019100040000385, № 12019100040000387, № 12019100040000389, № 12019100040000390.

Постановою прокурора кримінальні провадження № 12018100040000576, № 12019100040000358, № 12019100040000371, № 12019100040000372, № 12019100040000383, № 12019100040000384, № 12019100040000385, № 12019100040000387, № 12019100040000389, № 12019100040000390 були об'єднані в одне кримінальне провадження, якому присвоєно № 12018100040000576.

Отже, кримінальне провадження за № 12018100040000576 було розпочато до введення в дію змін, внесених до КПК Законом № 2147-VIII, щодо порядку продовження строків досудового розслідування, а інші кримінальні провадження були розпочаті після введення в дію 16.03.2018 цих змін.

Спираючись на приписи ст. 5, п. 2 ч. 1 ст. 219 КПК, ч. 4 цієї статті, § 4 глави 24 цього Кодексу суди першої та апеляційної інстанцій у цьому провадженні встановили, що суб'єктом, який наділений повноваженням щодо продовження строку досудового розслідування за клопотанням про продовження такого строку в об'єднаному кримінальному провадженні, де відомості про перше кримінальне правопорушення були внесені до ЄРДР до введення в дію положень Закону № 2147-VIII, а щодо наступних – після визначеної цим Законом дати (16.03.2018), є слідчий суддя, а отже, продовження строку досудового розслідування, здійснене першим заступником прокурора, не відповідає вимогам Закону № 2147-VIII. Оскільки після повідомлення особи про підозру сплив строк досудового розслідування, кримінальне провадження згідно з п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК підлягає закриттю.

ОП погоджується із таким рішенням.

Положеннями ч. 2 ст. 294 КПК в редакції, яка діяла з дня набрання чинності Закону України від 14.10.2014 № 1697-VII «Про прокуратуру» до 16.03.2018, передбачалося, що, якщо досудове розслідування злочину (досудове слідство) неможливо закінчити у строк, зазначений у п. 2 ч. 1 ст. 219 цього Кодексу, він може бути продовжений в межах строків, встановлених пунктами 2 та 3 ч. 2 ст. 219 цього Кодексу: до трьох місяців – керівником місцевої прокуратури; до шести місяців – керівником регіональної прокуратури або його першим заступником чи заступником; до дванадцяти місяців – Генеральним прокурором чи його заступниками. Отже, продовження строків досудового розслідування злочинів здійснювалося лише прокурорами різних рівнів.

Із 16.03.2018 введені в дію положення ст. 294 КПК у редакції Закону № 2147-VIII, відповідно до яких, якщо з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину досудове розслідування (досудове слідство) неможливо закінчити у строк, зазначений у п. 4 ч. 3 ст. 219 цього Кодексу, такий строк може бути продовжений у межах строків, встановлених пунктами 2 і 3 ч. 4 ст. 219 цього Кодексу: до трьох місяців – керівником місцевої прокуратури, заступником Генерального прокурора; до шести місяців – слідчим суддею за клопотанням слідчого, погодженим з керівником регіональної прокуратури або його першим заступником чи заступником, заступниками Генерального прокурора; до дванадцяти місяців – слідчим суддею за клопотанням слідчого, погодженим із Генеральним прокурором чи його заступниками (ч. 3 ст. 294 КПК в редакції Закону № 2147-VIII). Таким чином, у законі чітко зазначається про те, що розширено судовий контроль за встановленням підстав до продовження строків досудового розслідування.

Разом із тим відповідно до приписів ч. 3 ст. 295-1 КПК слідчий суддя зобов'язаний розглянути клопотання про продовження строку досудового розслідування за участю слідчого або прокурора, а також підозрюваного та його захисника, у разі розгляду клопотання про продовження строку досудового розслідування після повідомлення особі про підозру.

Отже, положення закону недвозначно свідчать про те, що розширено права підозрюваного щодо участі у судовому розгляді під час реалізації судового контролю за здійсненням досудового розслідування щодо встановлення підстав до продовження його строку. Запровадження судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні під час продовження строків досудового розслідування злочинів свідчить про розширення і посилення гарантій прав людини у кримінальному провадженні.

В аспекті положень ст. 6 Конвенції, а також ст. 58 Конституції України, статей 5, 8, 9 КПК та приписів Закону № 2147-VIII неправомірним є вирішення питання про продовження строків досудового розслідування не слідчим суддею, а прокурором, незалежно від того, чи були в подальшому кримінальні провадження об'єднані з тими, відомості про які внесені до ЄРДР до 16.03.2018.

Положення статей 217, 219 КПК не спростовують обґрунтованості такого висновку.

Кримінальні процесуальні норми, викладені у статтях 217, 219 КПК, визначають день початку здійснення досудового розслідування об'єднаних і виділених проваджень і особливості обрахування загального строку досудового розслідування таких проваджень. Натомість жодних приписів щодо порядку вирішення питання про продовження строків досудового розслідування в таких провадженнях, відмінних від загальних положень і приписів ст. 294 КПК, вказані вище норми не містять.

При цьому відповідно до п. 4 § 2 «Прикінцеві положення» Закону № 2147-VIII зміни щодо судового контролю за продовженням строку досудового розслідування не мають зворотної дії в часі та застосовуються до справ, по яким відомості про кримінальне правопорушення внесені в ЄРДР після введення в дію цих змін.

Разом із тим загальні положення КПК не містять підґрунть до встановлення всупереч приписам ст. 5 КПК окремих правових режимів щодо вирішення питання про продовження строків досудового розслідування, якщо такі відносини виникли з моменту введення в дію Закону № 2147-VIII. Порядок і підстави проведення процесуальної дії і прийняття процесуального рішення визначаються положеннями КПК, чинними на момент початку виконання такої дії або прийняття такого рішення, а не датою внесення відомостей про вчинення кримінального правопорушення до ЄРДР.

Отже, положення п. 4 § 2 «Прикінцевих положень» Закону № 2147-VIII щодо здійснення судового контролю за продовженням строку досудового розслідування підлягають застосуванню з урахуванням положень ст. 6 Конвенції, ст. 58 Конституції України, статей 5, 8, 9 КПК.

Згідно із Законом України від 22.11.2018 № 2617-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» (далі – Закон № 2617-VIII) ч. 3 ст. 294 КПК викладено у наступній редакції: «Якщо з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину досудове розслідування (досудове слідство) неможливо закінчити у строк, зазначений у п. 4 ч. 3 ст. 219 КПК, такий строк може бути продовжений у межах строків, встановлених пунктами 2 і 3 ч. 4 ст. 219 цього Кодексу: до трьох місяців – керівником окружної прокуратури, керівником обласної прокуратури або його першим заступником чи заступником, заступником Генерального прокурора; до шести місяців – слідчим суддею за клопотанням слідчого, погодженим з керівником обласної прокуратури або його першим заступником чи заступником, заступниками Генерального прокурора; до дванадцяти місяців – слідчим суддею за клопотанням слідчого, погодженим із Генеральним прокурором чи його заступниками».

Таким чином, з набранням чинності Законом № 2617-VIII, який діє з 01.07.2020 (по теперішній час), в частині врегулювання порядку продовження строків досудового розслідування злочинів набула чинності нова редакція ч. 3 ст. 294 КПК, відмінна від положень процесуального закону в редакції Закону № 2147-VIII, який діяв з 16.03.2018 до 01.07.2020.

З урахуванням вищенаведених положень Конституції України, КПК та юридичних позицій Конституційного Суду України можна стверджувати, що Закон

№ 2617-VIII застосовується до тих правовідносин, які продовжують існувати або виникли після набрання ним чинності. Отже, здійснення судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні під час продовження строків досудового розслідування злочинів за ч. 3 ст. 294 КПК передбачено до теперішнього часу.

Незастосування положень Законів № 2147-VIII і № 2617-VIII у справах, де відомості про кримінальне правопорушення внесені в ЄРДР після введення в дію відповідних змін, а також у тих випадках, коли вказані провадження об'єднані із тими, де відомості про кримінальне правопорушення внесені в ЄРДР до 16.03.2018, є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону через недотримання встановленої законом форми здійснення судового контролю за вирішенням питання про продовження строків досудового розслідування.

Як встановлено судами попередніх інстанцій за змістом матеріалів кримінального провадження, ОСОБА_1, ОСОБА_2 та ОСОБА_4 (ОСОБА_3) було повідомлено про підозру 16.01.2019. Відповідно до приписів п. 4 ч. 3 ст. 219 КПК досудове розслідування повинне бути закінченим протягом двох місяців з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину. Протягом указанного строку досудове розслідування закінчене не було. Матеріали кримінального провадження не містять даних про те, що слідчим суддею із підстав та у порядку, передбаченому законом, був продовжений строк досудового розслідування, і прокурор в касаційній скарзі не стверджує про здійснення слідчим суддею контролю за продовженням строку досудового розслідування та постановлення відповідного рішення.

У зв'язку із тим, що досудове розслідування протягом зазначеного вище строку не було закінчене, а строк досудового розслідування слідчим суддею у встановленому законом порядку продовжений не був, суд першої інстанції дійшов до обґрунтованого висновку про наявність підстав для закриття кримінального провадження із підстав, передбачених п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК, з чим аргументовано погодився апеляційний суд, належним чином мотивувавши своє рішення.

Висновок про застосування положень ст. 294 КПК в об'єднаних провадженнях: продовження строків досудового розслідування здійснюється слідчим суддею в межах повноважень, визначених положеннями Законів № 2147-VIII і № 2617-VIII, у кримінальних провадженнях, внесених до ЄРДР з 15.03.2018 і які були об'єднані з кримінальним провадженням, розпочатим до цієї дати.

Положення п. 4 § 2 «Прикінцевих положень» Закону № 2147-VIII щодо здійснення судового контролю за продовженням строку досудового розслідування підлягають застосуванню з урахуванням положень ст. 6 Конвенції, ст. 58 Конституції України, статей 5, 8, 9 КПК.

Кримінальні процесуальні відносини із продовження строків досудового розслідування виникають з моменту направлення в спосіб, передбачений кримінальним процесуальним законом, або безпосереднього звернення із відповідним клопотанням до повноважного суб'єкта у зв'язку із юридичними фактами, визначеними положеннями статей 295, 295-1 КПК, і до них застосовуються

положення цього Кодексу, чинні на момент початку виконання відповідної дії або прийняття процесуального рішення.

У провадженні висловлено окрему думку.

Детальніше з текстом постанови ОП від 31.10.2022 у справі № 753/12578/19 (провадження № 51-206км22) можна ознайомитися за посиланням – <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107219619>.

Окрема думка – <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107140903>.

Оскарження рішень, дій чи бездіяльності під час досудового розслідування

Оскарження ухвал слідчого судді під час досудового розслідування

Ухвала слідчого судді, суду про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, постановлена в порядку ч. 6 ст. 193 КПК, на підставі п. 2 ч. 1 ст. 309 КПК може бути оскаржена в апеляційному порядку

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за ухвалою слідчого судді ВАКС частково задоволено клопотання старшого детектива НАБУ, погоджене прокурором САП, та обрано ОСОБА_1 запобіжний захід у вигляді тримання під вартою. Постановлено після затримання підозрюваної ОСОБА_1 і не пізніше ніж через 48 годин з часу її доставки до місця кримінального провадження розглянути питання про застосування обраного запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або його зміну на більш м'який запобіжний захід. Зазначено, що ухвала може бути оскаржена безпосередньо до Апеляційної палати ВАКС протягом 5 днів з дня її оголошення, а підозрюваним, який тримається під вартою, в цей же строк з моменту вручення йому копії даної ухвали.

Апеляційна палата ВАКС закрила апеляційне провадження за апеляційною скаргою захисника, а апеляційну скаргу із доданими до неї матеріалами повернула адвокату. Мотивуючи своє рішення, апеляційний суд дійшов висновку, що зазначена ухвала слідчого судді, постановлена в порядку ч. 6 ст. 193 КПК, оскарженню в апеляційному порядку не підлягає.

У касаційній скарзі захисник в інтересах підозрюваної ОСОБА_1 вважає рішення апеляційного суду про закриття апеляційного провадження та повернення апеляційної скарги незаконним і таким, що обмежує права особи. Указує на те, що при вирішенні питання про можливість оскарження ухвали слідчого судді про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, постановленої в порядку, передбаченому ч. 6 ст. 193 КПК, апеляційний суд застосував аналогію до ч. 5 ст. 190 КПК, що не передбачено чинним КПК, оскільки правова природа ухвали слідчого судді про надання дозволу на затримання з метою приводу та ухвали слідчого судді про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою є різними, а їх порівняння і проведення аналогії між ними є порушенням кримінального процесуального законодавства. Зазначає, що слідчий суддя за результатами розгляду клопотання про обрання запобіжного заходу фактично обирає особі запобіжний захід у виді тримання під вартою і таке рішення підлягає

апеляційному оскарженню. Звертає увагу на те, що КПК не встановлено обмеження права на апеляційне оскарження ухвали слідчого судді, постановленої в порядку ч. 6 ст. 193 КПК.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: необхідність відступити від висновку про застосування норми права у подібних правовідносинах щодо можливості апеляційного оскарження ухвали слідчого судді про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, постановленої в порядку ч. 6 ст. 193 КПК, викладеного в раніше ухваленій постанові ККС.

Позиція ОП: скасовано ухвалу Апеляційної палати ВАКС і призначено новий розгляд в Апеляційній палаті ВАКС.

Обґрунтування позиції ОП: розглядаючи матеріали кримінального провадження колегія суддів ОП встановила, що апеляційний суд при розгляді апеляційної скарги захисника допустив порушення вимог кримінального процесуального закону, яке є істотним, оскільки ставить під сумнів законність і обґрунтованість судового рішення, що у відповідності з вимогами п. 1 ч. 1 ст. 438 КПК є підставою для скасування такого рішення, у зв'язку з наступним.

ОП вважає, що рішення слідчого судді, суду про обрання запобіжного заходу, прийняте в порядку ч. 6 ст. 193 КПК, за своїм правовими наслідками підпадає під поняття «постанова про утримання під вартою» в розумінні ст. 25 Європейської конвенції про видачу правопорушників, з огляду на наступне.

За загальним правилом розгляд клопотання про застосування запобіжного заходу здійснюється за участю прокурора, підозрюваного, обвинуваченого, його захисника, що відповідає зазначеним вимогам Конвенції та іншим міжнародно-правовим актам.

Процедура, передбачена в ч. 6 ст. 193 КПК, є випадком, який дозволяє суду розглянути клопотання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою та обрати такий запобіжний захід за відсутності підозрюваного, обвинуваченого лише у разі доведення прокурором наявності підстав, передбачених ст. 177 КПК, а також наявності достатніх підстав вважати, що підозрюваний, обвинувачений виїхав та/або перебуває на тимчасово окупованій території України, території держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором, та/або оголошений у міжнародний розшук.

У такому разі після затримання особи і не пізніше як через 48 годин з часу її доставки до місця кримінального провадження слідчий суддя, суд за участю підозрюваного, обвинуваченого розглядає питання про застосування обраного запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або його зміну на більш м'який запобіжний захід, про що постановляє ухвалу. ОП вважає, що такий імперативний обов'язок покладено на слідчого суддю, суд саме з метою дотримання прав та законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого на участь у судовому розгляді та реалізації відповідних прав.

У даному випадку обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою за відсутності підозрюваного, обвинуваченого, хоча й не призводить до негайного

взяття особи під варту, однак виступає правовою підставою для затримання і доставки цієї особи до місця кримінального провадження.

На відміну від затриманої особи з метою приводу, яка має гарантії не пізніше 36 годин з моменту затримання бути звільненою або доставленою до слідчого судді, суду, який постановив ухвалу про дозвіл на затримання з метою приводу, затримана особа на підставі ухвали слідчого судді, суду, постановленої в порядку ч. 6 ст. 193 КПК, може бути затриманою і утримуватися під вартою протягом усього часу, необхідного для екстрадиції та доставки її до місця кримінального провадження.

Отже, обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою за процедурою, передбаченою ч. 6 ст. 193 КПК, має правовим наслідком обмеження права на свободу та особисту недоторканність.

Виходячи із системного аналізу норм Конвенції, Європейської конвенції про видачу правопорушників, Конституції України, глави 18 КПК, рішень КСУ та ЄСПЛ, ухвала слідчого судді, суду про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, постановлена в порядку ч. 6 ст. 193 КПК, на підставі п. 2 ч. 1 ст. 309 КПК може бути оскаржена в апеляційному порядку.

Доводи касаційної скарги про істотне порушення вимог кримінального процесуального закону судом апеляційної інстанції є обґрунтованими.

Мотивуючи своє рішення про закриття апеляційного провадження за апеляційною скаргою захисника на ухвалу слідчого судді ВАКС від 30.04.2020 про обрання підозрюваній ОСОБА_1 запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, суд апеляційної інстанції зазначив, що рішення слідчого судді про обрання особі, яка перебуває в міжнародному розшуку, за її відсутності запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою за своєю правовою природою є дозволом на затримання особи з метою приводу, оскільки після затримання особи на підставі ухвали, постановленої в порядку ч. 6 ст. 193 КПК, не пізніше як через 48 годин з часу її доставки до місця кримінального провадження слідчий суддя, суд за участю підозрюваного, обвинуваченого розглядає питання про застосування обраного запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або його зміну на більш м'який запобіжний захід, про що постановляє ухвалу. Апеляційний суд дійшов висновку, що зазначена ухвала слідчого судді від 30.04.2020, постановлена в порядку ч. 6 ст. 193 КПК, оскарженню в апеляційному порядку не підлягає.

Як убачається із матеріалів кримінального провадження, старший детектив НАБУ звернувся до ВАКС з клопотанням, погодженим прокурором САП, про обрання підозрюваній ОСОБА_1 запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, в якому наведені мета та підстави застосування запобіжного заходу, передбачені ст. 177 КПК, а також дані про оголошення ОСОБА_1 постановою детектива від 27.03.2020 в міжнародний розшук.

Ухвалою слідчого судді ВАКС від 30.04.2020 частково задоволено клопотання старшого детектива НАБУ, погоджене прокурором САП, та обрано ОСОБА_1 запобіжний захід у вигляді тримання під вартою. Постановлено після затримання підозрюваної ОСОБА_1 і не пізніше ніж через 48 годин з часу її доставки до місця кримінального провадження розглянути питання про застосування обраного

запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або його зміну на більш м'який запобіжний захід.

Приймаючи таке рішення, слідчий суддя перевірів та встановив обставини щодо набуття ОСОБА_1 статусу підозрюваної, наявність обґрунтованої підозри, наявність ризиків, заявлених стороною обвинувачення, та їх обґрунтованість, недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів (статті 177, 194, 196 КПК), а також наявність підстав для обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою за відсутності підозрюваної (ч. 6 ст. 193 КПК).

Ототожнення такого порядку обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою з дозволом на затримання особи з метою приводу є неприпустимим, оскільки розгляд клопотання про дозвіл на затримання з метою приводу здійснюється в іншому порядку в закритому судовому засіданні за участю прокурора, судом перевіряються інші (відмінні) підстави і обставини, а також ухвала про дозвіл на затримання з метою приводу має інші правові наслідки та терміни дії, ніж ухвала про застосування запобіжних заходів. Затримана на підставі ухвали слідчого судді, суду особа не пізніше 36 годин з моменту затримання повинна бути звільнена або доставлена до слідчого судді, суду, який постановив ухвалу про дозвіл на затримання з метою приводу (ч. 1 ст. 191 КПК). У випадку затримання особи на підставі ухвали слідчого судді, суду, постановленої в порядку ч. 6 ст. 193 КПК, такі гарантії в затриманій особі відсутні та залежать від законодавства країни, в якій вона перебуває, а також часу, необхідного для екстрадиції та доставки до місця кримінального провадження, що може перевищувати 60 днів.

Закриття апеляційного провадження судом апеляційної інстанції позбавило сторону захисту можливості перевірки за її ініціативою судового рішення, яким обмежується право на свободу та особисту недоторканість підозрюваної ОСОБА_1.

Висновок: ухвала слідчого судді, суду про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, постановлена в порядку ч. 6 ст. 193 КПК, на підставі п. 2 ч. 1 ст. 309 КПК може бути оскаржена в апеляційному порядку.

Детальніше з текстом постанови ОП від 14.02.2022 у справі № 991/3440/20 (провадження № 51-5359кмо21) можна ознайомитися за посиланням – <https://reestr.court.gov.ua/Review/103466876>.

Судовий розгляд

Проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції під час судового провадження

Ухвалення судом рішення про здійснення дистанційного судового провадження, у якому поза межами приміщення суду перебуває обвинувачений, який заявив клопотання про безпосередню участь у судовому розгляді, крім випадків здійснення дистанційного судового провадження в умовах воєнного стану, згідно з приписами ст. 412 КПК є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону.

Якщо через захворювання стан здоров'я обвинуваченого перешкоджає його безпосередній участі в судовому засіданні або становить загрозу чи небезпеку життю, здоров'ю інших учасників судового процесу, необхідним є вжиття заходів щодо відкладення судового розгляду на строк, об'єктивно необхідний для їх усунення. У разі непереборності загроз, що виникли, відповідно до вимог ст. 336 КПК суд мотивованою ухвалою, з наведенням відповідного обґрунтування повинен ухвалити рішення про проведення дистанційного судового провадження в режимі відеоконференції за участю обвинуваченого

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: місцевий суд визнав ОСОБА_1 винуватим та засудив до покарання за пунктами 4, 13 ч. 2 ст. 115 КК, ч. 1 ст. 185 КК.

Апеляційний суд цей вирок змінив в частині зарахування строку попереднього ув'язнення у строк покарання, залишивши в іншій частині без зміни.

У касаційній скарзі засуджений ОСОБА_1 стверджує, про порушення його права на захист через те, що до початку апеляційного розгляду у своєму клопотанні він виявив бажання безпосередньо брати участь в судовому засіданні, однак цей розгляд відбувся у режимі відеоконференції без забезпечення належної якості зображення та звуку, у зв'язку із чим його було позбавлено можливості доповнити свою апеляційну скаргу, надати заперечення щодо апеляційної скарги прокурора та безпосередньо отримати допомогу від свого захисника ОСОБА_4, яка також брала участь в апеляційному розгляді у режимі відеоконференції, що позбавило його можливості отримати від неї належну правову допомогу. Разом із цим, у доповненні до касаційної скарги просить врахувати Рішення Конституційного Суду України від 16.09.2021 щодо визнання такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними) ч. 1 ст. 81, ч. 1 ст. 82 КК.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: необхідність відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні ККС, щодо участі засудженого у судовому розгляді у режимі відеоконференції, без його згоди, за наявності клопотання про безпосередню його участь.

Позиція ОП: скасовано ухвалу апеляційного суду і направлено справу на новий апеляційний розгляд у цьому ж суді.

Обґрунтування позиції ОП: при перевірці матеріалів справи колегією суддів ККС встановлено, що до початку апеляційного розгляду обвинувачений ОСОБА_1 звернувся з заявою, в якій заявив клопотання про безпосередню участь у судовому засіданні апеляційного суду, однак цей розгляд відбувся у режимі відеоконференції, та, згідно з доводами касаційної скарги, без забезпечення належної якості зображення та звуку, що позбавило обвинуваченого можливості доповнити свою апеляційну скаргу, надати заперечення щодо апеляційної скарги прокурора та безпосередньо отримати належну правову допомогу від свого захисника ОСОБА_4.

Згідно з листами апеляційного суду від 24.06.2020 та 03.07.2020 на адресу установи виконання покарань на підставі положень ст. 336 КПК висловлено прохання з'ясувати в ОСОБА_1 щодо проведення апеляційного розгляду за його

участі в режимі відеоконференції, із надісланням згоди (незгоди) останнього на її проведення. Однак, в матеріалах справи відсутні відомості щодо волевиявлення ОСОБА_1 на проведення апеляційного розгляду за його участі в режимі відеоконференції, а також судові рішення апеляційного суду про призначення відеоконференції з наведенням відповідного обґрунтування та викладенням мотивів прийнятого рішення.

Разом з тим, як вказано вище, КПК не формалізує, яким чином обвинувачений має заперечувати проти застосування відеоконференції. Зважаючи на те, що до обвинуваченого у кримінальному провадженні застосовний загальнодозвільний тип правового регулювання, допустимим є заперечення у будь-якій формі, де є явним волевиявлення особи про те, що вона бажає бути особисто присутньою у суді. Тому якщо обвинувачений у своєму клопотанні прямо виявив бажання про безпосередню участь в апеляційному розгляді справи, то це свідчить про те, що він заперечує свою участь в судовому засіданні із застосуванням відеоконференції.

У цьому випадку однозначно встановлено, що обвинувачений ОСОБА_1 бажав особисто брати участь у судовому засіданні і подав про це письмове клопотання, що свідчить про відсутність його згоди на проведення відеоконференції. При цьому, з урахуванням здійснення судового розгляду кримінальної справи щодо обвинуваченого ОСОБА_1 за правилами КПК 1960 р., та, зокрема, імперативної вимоги ч. 2 ст. 358 КПК, відповідно до якої засуджений, що утримується під вартою, підлягає обов'язковому виклику в апеляційний суд, коли про це надійшло його клопотання, колегія суддів ОП констатує істотне порушення апеляційним судом вимог кримінально-процесуального закону з наведених підстав.

Крім цього, колегія суддів ОП вважає за необхідне зазначити і те, що держава за ст. 1 Конвенції має позитивні зобов'язання стосовно забезпечення права особи на справедливий суд. Ці позитивні зобов'язання полягають у тому числі у забезпеченні присутності особи, яка знаходиться в умовах несвободи під контролем держави. Держава не може виправдовувати затягування судового розгляду справ процедурними й іншими недоліками судової системи. Отже, держава повинна забезпечити доставлення обвинуваченого до суду, якщо він знаходиться на території України, і вжити заходів стосовно застосування міжнародного співробітництва, якщо він знаходиться за межами території України.

Втім очевидним є той факт, що забезпечення реалізації прав обвинуваченого не може здійснюватися за рахунок поставлення у небезпеку інших осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні.

Таким чином, у разі, якщо в силу захворювання стан здоров'я обвинуваченого перешкоджає його безпосередній участі в судовому засіданні або становить загрозу чи небезпеку життю, здоров'ю інших учасників судового процесу, необхідним є вжиття заходів для знешкодження загроз для здоров'я обвинуваченого та учасників кримінального провадження та/або перерви на строк, об'єктивно необхідний для їх усунення. І лише після цього, з урахуванням непереборності виниклих загроз, у відповідності до норм міжнародного права та національного законодавства суд повинен приймати рішення про здійснення дистанційного

судового провадження в режимі відеоконференції за участю обвинуваченого з відповідним його обґрунтуванням.

Разом з тим, колегія суддів ОП звертає увагу на те, що згідно з частинами 7, 8 ст. 85-3 КПК 1960 р., під час відеоконференції ведеться відеозапис та про проведення відеоконференції суд, у провадженні якого перебуває кримінальна справа, та орган, який виконує доручення, складає окремі протоколи, до яких обов'язково додається відповідний відеозапис. Однак, у порушення вимог вказаної кримінально-процесуальної норми, в матеріалах кримінальної справи щодо ОСОБА_1 відсутні відомості про складання таких протоколів з додаванням відповідних відеозаписів про проведення відеоконференції.

Висновок: з урахуванням положень ч. 2 ст. 336 КПК, які кореспондуються з вимогами ст. 85-3 КПК 1960 р., прийняття судом рішення про здійснення дистанційного судового провадження, в якому поза межами приміщення суду перебуває обвинувачений, який заявив клопотання про безпосередню участь у судовому розгляді, крім випадків здійснення дистанційного судового провадження в умовах воєнного стану, згідно з приписами ст. 412 КПК є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону.

Якщо в силу захворювання стан здоров'я обвинуваченого перешкоджає його безпосередній участі в судовому засіданні або становить загрозу чи небезпеку життю, здоров'ю інших учасників судового процесу, необхідним є вжиття заходів щодо відкладення судового розгляду на строк, об'єктивно необхідний для їх усунення. У разі непереборності виниклих загроз, відповідно до вимог ст. 336 КПК, суд мотивованою ухвалою, з наведенням відповідного обґрунтування, повинен ухвалити рішення про проведення дистанційного судового провадження в режимі відеоконференції за участю обвинуваченого.

Детальніше з текстом постанови ОП від 21.11.2022 у справі № 415/1698/12-к (провадження № 51-4999кмо20) можна ознайомитися за посиланням – <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107533687>.

Провадження в суді апеляційної інстанції

Оскарження судових рішень в апеляційному порядку

Ухвала суду про накладення арешту на майно, постановлена під час судового провадження в суді першої інстанції до ухвалення судових рішень, передбачених ч. 1 ст. 392 КПК, не підлягає окремому апеляційному оскарженню.

Така ухвала може бути переглянута під час апеляційного оскарження вироку у відповідному кримінальному провадженні, а також скасована в порядку, передбаченому ст. 174 КПК

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: суддя місцевого суду постановив забезпечити цивільні позови ОСОБА_2 та ОСОБА_3 до ТОВ про стягнення шкоди, завданої злочином, у кримінальному провадженні, шляхом накладення арешту на банківський рахунок, що належить ТОВ, у межах суми позовних вимог.

Апеляційний суд, керуючись ч. 4 ст. 399 КПК, відмовив у відкритті провадження за апеляційною скаргою представника цивільного відповідача ТОВ на вказану ухвалу місцевого суду.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: необхідність відступити від висновку, викладеного у раніше ухвалених рішеннях ККС, згідно з яким ухвала суду щодо накладення арешту на майно, постановлена під час судового провадження в суді першої інстанції до ухвалення судових рішень, передбачених ч. 1 ст. 392 КПК, підлягає окремому оскарженню, оскільки приписи ч. 7 ст. 173 КПК надають право особі (підозрюваному, обвинуваченому, третім особам) оскаржити судові рішення щодо арешту майна.

Позиція ОП: залишено без зміни ухвалу апеляційного суду.

Обґрунтування позиції ОП: колегія суддів ОП дійшла висновку, що апеляційний суд, приймаючи рішення про відмову у відкритті апеляційного провадження, діяв відповідно до вимог статей 392, 399 КПК.

Законодавець не передбачив форму та процедуру окремого оскарження ухвали суду про накладення арешту на майно, постановленої під час судового провадження в суді першої інстанції до ухвалення судових рішень, передбачених ч. 1 ст. 392 КПК. Натомість, одночасне оскарження ухвали суду щодо накладення арешту на майно разом із вироком у кримінальній справі прямо передбачено частинами 1, 2 ст. 392 КПК. У ст. 174 КПК унормовано порядок скасування арешту майна, що фактично дорівнює перегляду первинної ухвали судді з цього питання. Скасування арешту майна здійснюється тим самим судом, який розглядає кримінальне провадження по суті, за ініціативою осіб, перелічених у п. 1 ст. 174 КПК.

Підозрюваний, обвинувачений, їх захисник, законний представник, інший власник або володілець майна, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, які не були присутні при розгляді питання про арешт майна, мають право заявити клопотання про скасування арешту майна повністю або частково. Таке клопотання під час досудового розслідування розглядається слідчим суддею, а під час судового провадження – судом.

Арешт майна також може бути скасовано повністю чи частково ухвалою слідчого судді під час досудового розслідування чи суду під час судового провадження за клопотанням підозрюваного, обвинуваченого, їх захисника чи законного представника, іншого власника або володільця майна, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, якщо вони доведуть, що в подальшому застосуванні цього заходу відпала потреба або арешт накладено необґрунтовано.

Окрім того, на етапі завершення кримінального провадження можливий перегляд питання про арешт майна.

В силу ч. 2 ст. 392 КПК ухвалу судді (суду) про арешт майна може бути переглянуто під час апеляційного оскарження вироку по відповідному кримінальному провадженню, а також скасовано в порядку ст. 174 КПК. Це свідчить про те, що чинне законодавство в принципі не виключає можливість перегляду відповідної ухвали судді (суду), але визначає певні межі для його реалізації.

На думку ОП, цілком доцільним є обмеження можливості окремого оскарження в апеляційному порядку ухвали судді (суду) про арешт майна. Така процедура передбачена чинним КПК, який у свою чергу не виключає можливості скасування ухвали судді (суду) про арешт майна або подання на неї заперечень разом із апеляційним оскарженням вироку суду по кримінальному провадженню.

Висновок: ухвала суду про накладення арешту на майно, постановлена під час судового провадження в суді першої інстанції до ухвалення судових рішень, передбачених ч. 1 ст. 392 КПК, не підлягає окремому апеляційному оскарженню.

В силу ч. 2 ст. 392 КПК ухвалу судді (суду) про арешт майна може бути переглянуто під час апеляційного оскарження вироку по відповідному кримінальному провадженню, а також скасовано в порядку ст. 174 КПК. Це свідчить про те, що чинне законодавство не виключає можливість перегляду відповідної ухвали судді (суду), але визначає певні межі для її реалізації.

Детальніше з текстом постанови ОП від 24.10.2022 у справі № 456/3303/21 (провадження № 51-5257кмо21) можна ознайомитися за посиланням – <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107023923>.

Судові рішення суду апеляційної інстанції

З огляду на те, що суд апеляційної інстанції ухвалив рішення з істотним порушенням вимог кримінального процесуального законодавства, ухвалення рішення ОП щодо необхідності відступу від висновку про застосування норми права в подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні ККС стосовно постановлення апеляційним судом рішення у формі ухвали, у разі зміни вироку суду першої інстанції лише в частині неправильного зарахування строку попереднього ув'язнення у строк покарання, без застосування до засудженого більш суворого покарання, неприйнятне

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: місцевий суд визнав винуватим та засудив ОСОБА_1 за ч. 1 ст. 121 КК і призначив йому покарання у виді позбавлення волі на строк 6 років.

На підставі ч. 4 ст. 70 КК за сукупністю кримінальних правопорушень шляхом часткового приєднання невідбутої частини покарання призначив остаточне покарання у виді позбавлення волі на строк 6 років 3 місяці.

Відповідно до ч. 5 ст. 72 КК (у ред. Закону від 26.11.2015 № 838-VIII) зараховано ОСОБА_1 у строк відбування покарання строк його попереднього ув'язнення та відбуте покарання за вироком апеляційного суду від 30.08.2018 з 12.07.2018 по день набрання вироком законної сили з розрахунку один день попереднього ув'язнення за два дні позбавлення волі.

Апеляційний суд вирок місцевого суду змінив, виключивши з резолютивної частини вказівку про зарахування ОСОБА_1 в строк покарання відбутого покарання за вироком апеляційного суду від 30.08.2018 з 12.07.2018 по день набрання вироком законної сили з розрахунку один день попереднього ув'язнення за два дні позбавлення волі. В решті цей вирок залишив без зміни.

У касаційній скарзі прокурор вважає, що виключення апеляційним судом з резолютивної частини вироку місцевого суду вказівки про зарахування ОСОБА_1 у строк покарання відбутого покарання за вироком апеляційного суду від 30.08.2018 з 12.07.2018 по день набрання вироком законної сили з розрахунку один день попереднього ув'язнення за два дні позбавлення волі, у розумінні вимог ст. 421 КПК є тими «іншими випадками», які беззаперечно погіршують становище засудженого, а тому у цьому випадку апеляційний суд повинен був постановити судові рішення у формі вироку, а не ухвали.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: необхідність відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні ККС, щодо постановлення апеляційним судом рішення у формі ухвали, у разі зміни вироку суду першої інстанції лише у частині неправильного зарахування строку попереднього ув'язнення у строк покарання, без застосування до засудженого більш суворого покарання.

Позиція ОП: скасовано ухвалу апеляційного суду, призначено новий розгляд у суді апеляційної інстанції. Обрано ОСОБА_1 запобіжний захід у вигляді тримання під вартою строком на 60 діб, а саме до 17.11.2022 включно.

Обґрунтування позиції ОП: за встановлених істотних порушень вимог КПК та неправильного застосування закону України про кримінальну відповідальність, допущених судом апеляційної інстанції, вирішення питання, яке винесене на розгляд ОП, колегією суддів ККС від 23.06.2022 про відступ від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні ВС у складі колегії суддів з іншої палати, а саме постанові ККС від 12.02.2020 у справі № 428/6337/18 (провадження № 51-3809км19), є передчасним.

У ході касаційної перевірки матеріалів справи було встановлено, що в рамках цього кримінального провадження під час досудового розслідування ОСОБА_1 був затриманий в порядку ст. 208 КПК одразу після вчинення ним кримінального правопорушення. Надалі 05.12.2016 ухвалою слідчого судді місцевого суду щодо ОСОБА_1 було застосовано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою строком до 30.01.2017, строк якого був продовжений ухвалою слідчого судді цього ж суду від 27.01.2017 до 02.03.2017. Цей період судом першої інстанції було зараховано у строк покарання на підставі ч. 5 ст. 72 КК.

Вироком апеляційного суду від 30.08.2018 ОСОБА_1 за ч. 3 ст. 185 КК призначено покарання у виді позбавлення волі на строк 3 роки. У строк покарання зараховано строк тримання під вартою з 13.01.2018 року по 08.02.2018 з розрахунку один день попереднього ув'язнення за один день позбавлення волі.

Окрім того, ухвалою слідчого судді від 13.07.2018 у рамках кримінального провадження за ч. 2 ст. 187 КК щодо ОСОБА_1 застосовано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою строком на 60 днів, а саме до 12.09.2018, строк якого постановлено обраховувати з моменту фактичного затримання підозрюваного, а саме з 12.07.2018. Проте на момент ухвалення процесуального рішення у цьому кримінальному провадженні (№ 295/2309/17), кримінальне провадження

за ч. 2 ст. 187 КК не було завершено і не входило у сукупність кримінальних правопорушень за вироком, який ухвалено у цьому кримінальному провадженні.

Місцевий суд, ухвалюючи вирок у цьому кримінальному провадженні щодо ОСОБА_1 за ч. 1 ст. 121 КК, призначив остаточне покарання з порушенням вимог ч. 4 ст. 70 КК, а також на підставі ч. 5 ст. 72 КК (у ред. Закону від 26.11.2015 № 838-VIII) зарахував ОСОБА_1 у строк відбування покарання строк його попереднього ув'язнення з 02.12.2016 по 02.03.2017 та відбуте покарання за вироком апеляційного суду від 30.08.2018 з 12.07.2018 по день набрання вироком законної сили з розрахунку 1 день попереднього ув'язнення за 2 дні позбавлення волі.

Апеляційний суд, переглядаючи вирок місцевого суду за апеляційними скаргами захисника та прокурора, частково погодився з доводами останнього в частині неправильного зарахування ОСОБА_1 в строк покарання, відбутого покарання за вироком апеляційного суду від 30.08.2018 з 12.07.2018 по день набрання вироком законної сили з розрахунку 1 день попереднього ув'язнення за 2 дні позбавлення волі, змінив в цій частині вирок місцевого суду та виключив вказане посилання з його резолютивної частини.

Проте апеляційний суд належно не мотивував свого рішення у частині визначення остаточного покарання, яке належить відбувати ОСОБА_1, а також не здійснив правильного застосування положень ч. 4 ст. 70 КК.

З огляду на викладене, ОП вважає, що у цьому кримінальному провадженні судом апеляційної інстанції допущено істотне порушення вимог кримінального процесуального закону та неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність, які тягнуть за собою скасування ухвали апеляційного суду.

Ураховуючи особливості касаційного розгляду, передбачені главою 32 КПК, якими обмежені можливості щодо повноцінного розгляду і вирішення питання щодо запобіжного заходу в межах процедури касаційного перегляду після скасування рішення суду апеляційної інстанції, беручи до уваги усталену практику ЄСПЛ, зокрема у справі «Едуард Шабалін проти Росії», про неприпустимість тримання особи під вартою без судового рішення, з метою попередження ризику переховування ОСОБА_1 від суду, колегія суддів ККС вважає за необхідне обрати щодо нього запобіжний захід у вигляді тримання під вартою на строк 60 діб, для вирішення цього питання судом апеляційної інстанції.

Детальніше з текстом постанови ОП від 19.09.2022 у справі № 295/2309/17 (провадження № 51-454км22) можна ознайомитися за посиланням – <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106426688>.

Провадження в суді касаційної інстанції

Право на касаційне оскарження

Прокурор не належить до учасників кримінального провадження, щодо яких встановлюються межі касаційного оскарження (ст. 425 КПК). Прокурор має право

оскаржувати в касаційному порядку судові рішення в частині вирішення цивільного позову, якого прокурор не заявляв (п. 6 ч. 1 ст. 425 КПК)

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: місцевий суд визнав винуватим та засудив ОСОБА_1 за ч. 1 ст. 362, ч. 3 ст. 362, ч. 2 ст. 358, ч. 3 ст. 358, ч. 4 ст. 358, ч. 3 ст. 190 КК, та стягнув з ОСОБА_1 на користь ПАТ 7 691, 28 грн на відшкодування матеріальної шкоди, в частині стягнення збитків у сумі 7 247, 63 грн цивільний позов залишив без розгляду.

Апеляційний суд залишив без зміни вирок місцевого суду.

Підстави розгляду кримінального провадження ОП: необхідність відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні ВС щодо права прокурора на подання касаційної скарги в частині розв'язання цивільного позову, заявленого цивільним позивачем.

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

Обґрунтування позиції ОП: колегія суддів ОП не погоджується з позицією Першої судової палати ККС з огляду на таке.

Щодо права прокурора на звернення з касаційною скаргою на судові рішення в частині вирішення цивільного позову, якого він не заявляв.

Аналіз мотивів, зазначених в ухвалі Першої судової палати ККС від 21.02.2022 про передачу кримінального провадження стосовно ОСОБА_1 на розгляд ОП, вказує на те, що в основу висновку щодо відсутності права прокурора на звернення з касаційною скаргою на судові рішення в частині вирішення цивільного позову, якого прокурор не заявляв, покладено невідповідність положень КПК, які не встановлюють меж права на касаційне оскарження судових рішень прокурором, змісту функції підтримання публічного (державного) обвинувачення в суді та функції представництва інтересів громадянина або держави в суді за умов, визначених ч. 2 ст. 23 Закону України «Про прокуратуру» (далі – Закон).

Так, стверджуючи про наявність такої невідповідності, колегія суддів Першої судової палати ККС виходить із тих функцій прокуратури в суді, які закріплені в Законі: підтримання державного обвинувачення в суді (п. 1 ч. 1 ст. 2); представництво інтересів громадянина або держави в суді у випадках, визначених цим Законом та главою 12 розділу III ЦПК (п. 2 ч. 1 ст. 2).

При цьому, покликаючись на закріплені в КПК повноваження прокурора у кримінальному провадженні, колегія суддів Першої судової палати ККС фактично переносить його процесуальні можливості при здійсненні функції представництва інтересів громадянина або держави в суді на реалізацію функції підтримання державного обвинувачення.

Водночас чинний КПК визначає термін «прокурор» як особу, яка обіймає посаду, передбачену ст. 15 Закону, та діє в межах своїх повноважень. А положеннями ч. 4 ст. 36 КПК закріплено право на подання апеляційної чи касаційної скарги, заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами

не лише за прокурором у кримінальному провадженні, але й за прокурорами вищого рівня незалежно від їх участі в судовому провадженні, а також їх право доповнювати, змінювати або відмовлятися від цих скарг, заяв, які внесені ними, керівниками, першими заступниками чи заступниками керівників або прокурорами прокуратур нижчого рівня.

При цьому звертає на себе увагу узагальнюючий характер повноважень прокурора, визначених ст. 36 КПК, оскільки детально повноваження й обов'язки прокурора у кримінальному провадженні конкретизуються в нормах розділів та глав цього Кодексу, які регулюють відповідні стадії кримінального процесу і процесуально-правові інститути.

Разом з тим, аналіз конструкції ч. 1 ст. 425 КПК, яка регламентує право на касаційне оскарження учасників кримінального провадження, вказує на те, що ця норма не лише визначає коло суб'єктів такого оскарження, але й встановлює для більшості з них межі касаційного оскарження. Однак для прокурора ця норма не встановлює меж касаційного оскарження.

Будь-яке звуження закріплених у КПК повноважень прокурора щодо оскарження судових рішень у кримінальному провадженні через констатацію їх невідповідності закріпленим у Законі функціям прокуратури в суді буде суперечити засадничим вимогам, що містяться в положеннях ч. 3 ст. 9 КПК та можливо лише шляхом внесення змін до норм цього Кодексу.

Колегія суддів ОП звертає увагу, що встановлення виду і розміру шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, у багатьох випадках може впливати й на обсяг кримінальної відповідальності особи (кваліфікацію діяння, ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення й, відповідно, вирішення питання про призначення покарання чи можливість звільнення від його відбування). Разом з тим, державне обвинувачення і є процесуальною діяльністю прокурора, що полягає у доведенні перед судом обвинувачення з метою забезпечення кримінальної відповідальності особи, яка вчинила кримінальне правопорушення (п. 3 ч. 1 ст. 3 КПК).

Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 91 КПК вид і розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, входять до обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні. Обов'язок доказування цих обставин за загальним правилом (ч. 1 ст. 92 КПК) покладається саме на слідчого, прокурора (за винятком випадків, передбачених ч. 2 ст. 92 КПК, та установлених цим Кодексом випадків, коли такий обов'язок покладається на потерпілого).

Ураховуючи все вищезазначене та виходячи з особливостей поставленого питання у межах конкретного кримінального провадження, колегія суддів ОП доходить висновку, що положення п. 6 ч. 1 ст. 425 КПК слід вважати такими, що передбачають право прокурора на касаційне оскарження судових рішень у частині вирішення цивільного позову, якого він не заявляє.

Щодо доводів касаційних скарг прокурора та представника потерпілого. Ухвалюючи обвинувальний вирок, суд першої інстанції залишив без розгляду цивільний позов ПАТ про стягнення з ОСОБА_1 збитків на суму 7 247,63 грн,

зазначивши, що комісія та банківські відсотки не можуть вважатися упущеною вигодою, оскільки кредитор міг і не отримати такі доходи, і позови з цими вимогами, що не стосуються суті обвинувачення, в кримінальному провадженні розгляду не підлягають.

Не погоджуючись із цим вироком, представник потерпілого ПАТ подав апеляційну скаргу, у якій з посиланням на приписи ст. 129 КПК просив суд у частині вирішення цивільного позову скасувати вирок щодо ОСОБА_19 та ухвалити новий вирок, задовольнивши в повному обсязі цивільний позов.

Переглядаючи вирок місцевого суду в апеляційному порядку, суд апеляційної інстанції об'єктивно не перевірів доводів апеляційної скарги представника потерпілого, який вказував про порушення місцевим судом положень ст. 129, ч. 4 ст. 374 КПК та вважав незаконним рішення про залишення цивільного позову без розгляду, вичерпних відповідей на них не надав, не навів належних мотивів, з яких виходив під час постановлення ухвали, та підстав, з яких апеляційну скаргу залишив без задоволення.

При цьому апеляційний суд залишив поза увагою, що ч. 3 ст. 129 КПК передбачено можливість залишення позову без розгляду лише у разі виправдання обвинуваченого за відсутності в його діях складу кримінального правопорушення або його непричетності до вчинення кримінального правопорушення, а також у випадках, передбачених ч. 1 ст. 326 КПК.

Висновок: з огляду на те, що ст. 425 КПК прокурора не віднесено до учасників кримінального провадження, щодо яких встановлюються межі касаційного оскарження, положення п. 6 ч. 1 вказаної статті слід вважати такими, що передбачають право прокурора на касаційне оскарження судових рішень у частині вирішення цивільного позову, якого прокурор не заявляв.

У провадженні висловлено окрему думку.

Детальніше з текстом постанови ОП від 05.09.2022 у справі № 481/877/19 (провадження № 51-3164кмо20) можна ознайомитися за посиланням – <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106191157>.

Окрема думка – <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106191197>.

Огляд судової практики палат і об'єднаної палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду. Рішення, внесені до ЄДРСР, за 2022 рік / Упоряд.: заступник голови Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду к. ю. н. Щепоткіна В. В., відділ аналітичної та правової роботи Касаційного кримінального суду управління аналітичної допомоги касаційним судам та Великій Палаті Верховного Суду департаменту аналітичної та правової роботи. Київ, 2023. – 66 с.

Застереження: видання містить короткий огляд судових рішень 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