



—
Верховний
Суд

ОГЛЯД
судової практики
Касаційного кримінального суду
у складі Верховного Суду
(актуальна практика)

Рішення, внесені до ЄДРСР,
за травень 2021 року

РОЗДІЛ 1. СУДОВІ РІШЕННЯ ПАЛАТИ, ОБ'ЄДНАНОЇ ПАЛАТИ КАСАЦІЙНОГО КРИМІНАЛЬНОГО СУДУ У СКЛАДІ ВЕРХОВНОГО СУДУ, ЯКІ МІСТЯТЬ ВИСНОВКИ ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ НОРМИ ПРАВА У ПОДІБНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ	10
1.1. У разі доручення Генеральним прокурором, керівником обласної прокуратури, їх першими заступниками та заступниками здійснення досудового розслідування кримінального правопорушення іншому органу досудового розслідування без встановлення неефективності досудового розслідування органом досудового розслідування, визначеним ст. 216 КПК, зазначені уповноважені особи діятимуть поза межами своїх повноважень. У такому випадку матиме місце недотримання належної правової процедури застосування ч. 5 ст. 36 КПК та порушення вимог статей 214, 216 КПК. Наслідком недотримання належної правової процедури як складового елемента принципу верховенства права є визнання доказів, одержаних у ході досудового розслідування, недопустимими на підставі ст. 86, п. 2 ч. 3 ст. 87 КПК як таких, що зібрані (отримані) неуповноваженими особами (органом) у конкретному кримінальному провадженні, з порушенням установленого законом порядку	10
1.2. Серед рішень слідчого судді, можливість ухвалення яких прямо не передбачена КПК, виокремлюються рішення, ухвалені поза межами процедури, передбаченої КПК, та ухвалені в межах передбаченої КПК процедури із застосуванням положень ч. 6 ст. 9 КПК та загальних засад кримінального провадження, визначених ч. 1 ст. 7 цього Кодексу.	13
При вирішенні питання щодо апеляційного оскарження рішень слідчого судді, ухвалених у межах передбаченої КПК процедури із застосуванням положень ч. 6 ст. 9 КПК та загальних засад кримінального провадження, визначених ч. 1 ст. 7 цього Кодексу, слід виходити насамперед із сутнісного критерію, визначально закладеного законодавцем при визначенні кола ухвал слідчого судді, що підлягають оскарженню.	13
З огляду на те, що постановлення слідчим суддею ухвали про повернення клопотання слідчого про арешт майна у зв'язку з недотриманням при поданні такого клопотання вимог ч. 2 ст. 132 КПК (якщо воно не підлягає розгляду в цьому суді) не призводить ні до встановлення обмежень конституційних прав особи, ні до неможливості оскарження вже встановлених правообмежень, ані до перешкоджання здійсненню ефективного досудового розслідування чи кримінального провадження в цілому, така ухвала не підлягає оскарженню в апеляційному порядку під час досудового розслідування	13

1.3. Сторони кримінального провадження мають право оскаржувати в апеляційному порядку ухвалу слідчого судді про зміну підозрюваному обраного запобіжного заходу у разі, якщо застосування такого запобіжного заходу або відмова в його застосуванні підлягають апеляційному оскарженню відповідно до ч. 1 ст. 309 КПК	16
РОЗДІЛ 2. ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ	18
2.1. Звільнення від кримінальної відповідальності	18
2.1.1. Особа вважається такою, що вчинила злочин вперше (передумова звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим – ст. 46 КК), зокрема, у випадку наявності в її діях ідеальної сукупності злочинів невеликої тяжкості, коли особа однією дією вчиняє одночасно два або більше злочинів, відповідальність за які передбачено різними статтями Особливої частини КК.	18
Якщо обвинувачений з розривом у часі вчинив дії, що полягають у незаконному використанні знаку для товарів і послуг та фірмового найменування (злочин, передбачений ст. 229 КК), для того, щоб заволодіти грошовими коштами потерпілого шляхом обману (ст. 190 КК), то у цьому випадку має місце реальна сукупність злочинів, яка виключає звільнення особи від кримінальної відповідальності на підставі ст. 46 КК	18
2.1.2. Щире каяття особи є однією з обов'язкових умов звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки (ст. 47 КК). Факт відшкодування шкоди потерпілому може додатково свідчити про щире каяття винуватої особи, проте не є вирішальним для застосування такого виду звільнення, на відміну від інших видів звільнення від кримінальної відповідальності (наприклад, звільнення у зв'язку із примиренням винного з потерпілим, де обов'язковою умовою виступає відшкодування завданих збитків або усунення заподіяної шкоди)	20
2.2. Звільнення від покарання	21
2.2.1. Звільнення жінки, яка заподіяла своїй тримісячній дитині тяжкі тілесні ушкодження, від покарання з випробуванням без урахування ступеня тяжкості вчиненого злочину, конкретних обставин справи, характеру та обсягу противоправних дій засудженої, котра, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, неодноразово завдала своїй дитині удари руками та невстановленим предметом по голові, обличчю та тілу, поведінки засудженої, яка після вчиненого залишила дитину та втекла з дому, що свідчить про її стійку антисоціальну поведінку та небезпечність для суспільства, а також з огляду на рішення комісії з питань захисту прав дитини, яким не рекомендовано поновлювати батьківські права засудженої, є неправильним застосуванням закону України про кримінальну відповідальність	21

2.3. Призначення покарання	22
2.3.1. Активне сприяння розкриттю злочину як обставина, що пом'якшує покарання, означає добровільну допомогу слідству будь-яким чином: повідомлення правоохоронним органам або суду фактів у справі, надання доказів, інших відомостей про власну кримінальну діяльність чи діяльність інших осіб, викриття інших співучасників, визначення ролі кожного з них у вчиненні злочину, надання допомоги в їх затриманні, видача знарядь і засобів вчинення злочину, майна, здобутого злочинним шляхом. Визнання засудженим своєї вини та надання правдивих показань не підтверджує наявності такої обставини, що пом'якшує покарання, як активне сприяння розкриттю злочину	22
2.4. Кримінальні правопорушення проти життя та здоров'я особи	23
2.4.1. Завдання засудженим без попередження удару кулаком у голову потерпілого, який того не очікував, від чого останній не втримався на ногах, упав на асфальт та отримав тяжкі тілесні ушкодження, свідчить про наявність у діях засудженого невизначеного умислу, за якого він не передбачав, але свідомо припускав такі можливі наслідки, як різке падіння потерпілого й удар об тверду поверхню (асфальт), внаслідок чого йому буде спричинено шкоду здоров'ю. У випадках, коли винуватий діє із невизначеним умислом, він має відповідати за ту шкоду, яку фактично було заподіяно	23
2.5. Кримінальні правопорушення проти власності	24
2.5.1. Форма висловлення погрози під час вчинення розбійного нападу не обмежується конкретними словами про можливе застосування насильства. Вона має місце і тоді, коли винна особа, зокрема, своїми жестами, демонстрацією зброї або інших предметів, які потерпілий об'єктивно може оцінити як такі, що при їх застосуванні його здоров'ю чи життю загрожуватиме небезпека, бажає, щоб у потерпілого склалося враження, що якщо він протидіятиме нападаючому або не виконає його вимог, то ця погроза буде реалізована, а в потерпілого дійсно таке враження складається	24
2.6. Кримінальні правопорушення проти громадської безпеки	26
2.6.1. Носіння холодної зброї без передбаченого законом дозволу (ч. 2 ст. 263 КК) може мати місце у разі її переміщення, транспортування винуватою особою безпосередньо при собі (в руках, в одязі, сумках, спеціальних футлярах, у транспортному засобі тощо) незалежно від можливості швидкого використання цієї зброї	26
2.7. Кримінальні правопорушення проти безпеки виробництва	27
2.7.1. Відсутність у матеріалах кримінального провадження документів, за якими повинні були проводитися роботи, пов'язані з порушенням ґрунтового покриття, а також документів, що підтверджують взаємодію	27

- та зв'язки між фізичною особою-підприємцем, який порушив правила безпеки під час виконання робіт з підвищеною небезпекою, та з іншими особами, у тому числі з потерпілим, які були безпосередньо зайняті у виконанні робіт з підвищеною небезпекою, не має правового значення, якщо із сукупності доказів, досліджених та належно оцінених судом, вбачається, що саме засуджений залучив людей і необхідний екскаватор для виконання робіт з вибирання із ґрунту виробів з металу та пластику, а тому його діяльність відповідає ознакам виробництва, що здійснювалося з порушенням правил безпеки під час проведення робіт з підвищеною небезпекою 27
- 2.8. Кримінальні правопорушення проти встановленого порядку несення військової служби (військові кримінальні правопорушення) 31
- 2.8.1. Кримінальна відповідальність за недбале ставлення до військової служби у формі невиконання службових (посадових) обов'язків (ст. 425 КК) може настати лише у тому випадку, коли військова службова особа зобов'язана була вчинити дії, невиконання яких ставиться їй у вину, та мала реальну можливість виконати такі дії належним чином. Якщо військова службова особа перебувала у таких умовах, за яких не мала фактичної можливості належно виконати свої службові (посадові) обов'язки, то відповідальність за недбале ставлення до військової служби виключається. Для настання кримінальної відповідальності за ст. 425 КК також слід враховувати такі об'єктивні та суб'єктивні фактори, як зовнішні умови й обстановку, в якій доводилося виконувати обов'язки військовій службовій особі, дії вищестоящих командирів і начальників, а також дані, які характеризують особу винного, його кваліфікацію, професійну підготовку, тривалість перебування на посаді, яку обіймає, досвід та інші обставини кримінального провадження. 31
- Бойова обстановка як кваліфікуюча ознака складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 425 КК, має місце у випадку, коли військові частини (підрозділи) і військовослужбовці Збройних Сил України та інших військових формувань, які були залучені до проведення АТО на території Донецької та Луганської областей, перебували в умовах безпосереднього зіткнення з противником (учасниками терористичних організацій «ДНР» і «ЛНР», їх воєнізованими і збройними формуваннями, які контролювалися та координувалися представниками влади Російської Федерації), перебували у стані наступального, оборонного та загальновійськового бою, а саме здійснювали погоджені і взаємопов'язані бої, удари, маневри, бойові і спеціальні дії з метою знешкодження (розгрому) противника, оволодіння важливими районами, їх утримання, безпосередньо застосували військову зброю і техніку стосовно противника, а також військова зброя і техніка застосувалися противником 31

РОЗДІЛ 3. ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ	37
3.1. Докази і доказування	37
3.1.1. Збирання та подання доказів у кримінальному провадженні є різними способами одержання доказової інформації з огляду на їх відмінну правову природу, а саме збирання доказів відбувається через інститут слідчих дій, а подання доказів здійснюється особою добровільно шляхом передачі слідчому, прокурору предметів або документів, які, на її думку, мають значення для кримінального провадження. Під час отримання предметів та документів, представлених особою для залучення їх до справи як докази, орган дізнання, слідчий або суд повинні допитати цю особу з метою з'ясування джерела та обставин їх отримання, потім здійснити огляд цих предметів або документів і процесуально зафіксувати їх отримання	37
3.1.2. Залучення експертом іншого спеціаліста для консультації з питань, що поставлені перед експертом для дослідження, без процесуального рішення слідчого не є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону в аспекті ст. 412 КПК і автоматично не зумовлює визнання висновку експерта недопустимим доказом	38
3.2. Слідчі (розшукові) дії	39
3.2.1. Для захисту прав особи, якій повідомлено про підозру у вчиненні особливо тяжкого злочину, одразу після вручення такого повідомлення залучається захисник (ч. 1 ст. 52 КПК). При цьому обов'язковою є участь захисника під час усіх слідчих дій, які проводяться за участю підозрюваного з метою запобігання порушенню права останнього на захист. Разом з тим КПК не вимагає обов'язкової участі захисника під час проведення слідчих дій, до участі в яких не залучається підозрюваний, оскільки проведення таких слідчих дій не порушує прав останнього. З огляду на те, що такі слідчі дії, як пред'явлення речей до впізнання потерпілим, проводилися лише за участю потерпілих у присутності понятих і без участі підозрюваного, участь захисника в таких слідчих діях не є обов'язковою	39
3.2.2. Основною метою обшуку як слідчої дії є відшукання певних предметів чи відомостей, встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб. При цьому обшук у будь-якому випадку пов'язаний із проникненням до житла чи іншого володіння особи. Огляду як слідчій дії також властиві певні ознаки, притаманні обшуку, зокрема, він спрямований на виявлення та фіксацію певних відомостей про кримінальне правопорушення. Однак огляд не завжди пов'язаний із проникненням до житла чи іншого володіння особи, а тому не завжди призводить до втручання у право на недоторканість житла чи іншого володіння особи	40

- 3.3. Провадження за нововиявленими або виключними обставинами 41
- 3.3.1. Нескладання присяги суддями обласного суду та суддями Верховного Суду України, які розглядали справу щодо засудженого, не вважається нововиявленою обставиною з огляду на те, що відповідно до Закону України «Про статус суддів», що був чинним на момент ухвалення судових рішень стосовно нього, не передбачалося процедури повторного складання присяги суддями, які її прийняли до набрання чинності вказаним законом, а раніше обрані судді до присяги не приводилися, ураховуючи відсутність такої вимоги у Законі України «Про статус суддів» та принцип незворотності закону в часі 41
- 3.3.2. Ураховуючи формулювання ч. 4 ст. 353 КПК 1960 р., якою передбачено дискреційні повноваження апеляційного суду у разі розгляду клопотання про відновлення пропущеного строку на апеляційне оскарження, такий апеляційний суд може прийняти одне з двох рішень, а саме залишити ухвалу місцевого суду без зміни, а апеляційну скаргу – без задоволення або скасувати ухвалу місцевого суду та відмовити у задоволенні клопотання про відновлення строку на апеляційне (касаційне) оскарження. 43
- Апеляційний суд законодавчо наділений повноваженнями відновити пропущений строк на апеляційне (касаційне) оскарження, здійснивши оцінку підстав для відновлення пропущеного строку та вирішивши питання про відновлення вказаного строку чи про відмову в його відновленні (ч. 5 ст. 353 КПК 1960 р.). 43
- Висновок апеляційного суду про те, що засуджений скористався своїм правом на подачу касаційної скарги, під час розгляду якої була дотримана належна правова процедура щодо забезпечення касаційного оскарження, є обґрунтованим, якщо упродовж більше одинадцять років засуджений та його захисник (захисники) не порушували питання щодо перегляду (оскарження) судових рішень з урахуванням тих доводів, про які ними повідомлялося раніше у численних клопотаннях 43
- 3.4. Видача осіб, які вчинили кримінальне правопорушення (екстрадиція) 48
- 3.4.1. Ухвала суду апеляційної інстанції, якою залишено без зміни ухвалу слідчого судді місцевого суду про скасування постанови прокурора про видачу (екстрадицію) особи, яка вчинила кримінальне правопорушення на території іноземної держави, може бути оскаржено у касаційному порядку лише прокурором у порядку, визначеному ст. 591 КПК, з мотивів неправильного застосування судом норм міжнародних договорів України, якщо скасування рішення про видачу (екстрадицію) перешкоджає подальшому провадженню щодо особи, видача якої запитувалася іноземною державою. При цьому неправильне застосування норми міжнародного права може мати місце у випадках, коли судом не було застосовано норми міжнародного права, яка підлягала застосуванню, або, навпаки, суд застосував норму міжнародного права, яка не підлягала застосуванню, або коли судом було надано неправильне тлумачення норми міжнародного права. 48

Під час прийняття рішення про можливість екстрадиції може виникнути конфлікт зобов'язань, передбачених різними міжнародними Конвенціями. Заборона на видачу особи за міжнародним правом щодо біженців і прав людини має переважну силу перед зобов'язанням провести екстрадицію. При цьому пріоритет зобов'язань з прав людини не залежить від наявності конкретних положень про це в договорі, яким установлюється зобов'язання про екстрадицію. Перевага цих зобов'язань перед зобов'язаннями за договорами про екстрадицію обумовлена їхньою правовою природою і місцем в ієрархії міжнародного правопорядку. На відміну від договорів, що створюють винятково суб'єктивні, взаємні права й обов'язки між Державами, акти з прав людини і захисту біженців установлюють особливий правопорядок, що включає об'єктивні зобов'язання захищати права людини. 48

РОЗДІЛ 4. КРИМІНАЛЬНІ ПРОВАДЖЕННЯ, ПЕРЕДАНІ НА РОЗГЛЯД ОБ'ЄДНАНОЇ ПАЛАТИ КАСАЦІЙНОГО КРИМІНАЛЬНОГО СУДУ 51

4.1. У зв'язку з необхідністю відступити від висновку щодо застосування норми права в подібних правовідносинах та з метою забезпечення єдності судової практики щодо можливості визначення керівником органу досудового розслідування конкретного слідчого (слідчих) в кримінальному провадженні у формі письмового доручення, кримінальне провадження передано на розгляд ОП 51

4.2. З метою забезпечення єдності судової практики щодо застосування норми права в подібних правовідносинах та з метою забезпечення єдності судової практики щодо можливості проведення слідчих дій у вигляді обшуку та огляду житла співробітником оперативного підрозділу за дорученням слідчого чи прокурора, кримінальне провадження передано на розгляд ОП 53

Перелік скорочень

АТО	антитерористична операція
ВП	Велика Палата Верховного Суду
ВС	Верховний Суд
ВСУ	Верховний Суд України
ДМС	Державна міграційна служба України
«ДНР»	«Донецька народна республіка»
ДФС	Державна фіскальна служба України
ЄРДР	Єдиний реєстр досудових розслідувань
ЄСПЛ	Європейський суд з прав людини
Закон	Закон України
ЗСУ	Збройні Сили України
КК	Кримінальний кодекс України
ККС	Касаційний кримінальний суд
Конвенція	Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
КПК	Кримінальний процесуальний кодекс України
«ЛНР»	«Луганська народна республіка»
МВС	Міністерство внутрішніх справ України
НБУ	Національний банк України
НП	Національна поліція
НСРД	негласні слідчі (розшукові) дії
ООН	Організація Об'єднаних Націй
ОП	об'єднана палата
ОПДБР	Окрема повітрянодесантна бригада
ПЗРК	переносні зенітно-ракетні комплекси
РФ	Російська Федерація
СБУ	Служба Безпеки України
СВ	слідчий відділ
СРД	слідчі (розшукові) дії
ТОВ	товариство з обмеженою відповідальністю
ФОП	фізична особа підприємець

РОЗДІЛ 1. СУДОВІ РІШЕННЯ ПАЛАТИ, ОБ'ЄДНАНОЇ ПАЛАТИ КАСАЦІЙНОГО КРИМІНАЛЬНОГО СУДУ У СКЛАДІ ВЕРХОВНОГО СУДУ, ЯКІ МІСТЯТЬ ВИСНОВКИ ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ НОРМИ ПРАВА У ПОДІБНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

1.1. У разі доручення Генеральним прокурором, керівником обласної прокуратури, їх першими заступниками та заступниками здійснення досудового розслідування кримінального правопорушення іншому органу досудового розслідування без встановлення неефективності досудового розслідування органом досудового розслідування, визначеним ст. 216 КПК, зазначені уповноважені особи діятимуть поза межами своїх повноважень. У такому випадку матиме місце недотримання належної правової процедури застосування ч. 5 ст. 36 КПК та порушення вимог статей 214, 216 КПК. Наслідком недотримання належної правової процедури як складового елементу принципу верховенства права є визнання доказів, одержаних у ході досудового розслідування, недопустимими на підставі ст. 86, п. 2 ч. 3 ст. 87 КПК як таких, що зібрані (отримані) неуповноваженими особами (органом) у конкретному кримінальному провадженні, з порушенням установленого законом порядку

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

Апеляційний суд залишив вказаний вирок без зміни.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

При оцінці ефективності досудового розслідування слід виходити з того, що ефективність досудового розслідування є співвідношенням процесуальних дій, процесуальних рішень, реалізованих учасниками кримінального провадження, а також

їх результатів із положеннями КПК, що визначають підстави, умови і порядок їх проведення чи прийняття, з урахуванням оптимальних затрат часу та зусиль на це.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за ухвалою слідчого судді місцевого суду повернуто клопотання слідчого ДФС про арешт майна у кримінальному провадженні за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 212 КК, у зв'язку з тим, що клопотання подано з порушенням правил територіальної підсудності і підлягає поверненню.

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

Позиція ОП: залишено без зміни рішення судів попередніх інстанцій.

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

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

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

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

можливості прийняття рішення поза межами своїх повноважень, передбачених кримінальними процесуальними нормами.

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

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

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

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

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

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

Натомість постановлення слідчим суддею ухвали про повернення клопотання слідчого про арешт майна у зв'язку з недотриманням при поданні такого клопотання вимог ч. 2 ст. 132 КПК (якщо воно не підлягає розгляду в цьому суді), враховуючи те, що арешт на майно особи не накладався, не призводить ні до встановлення обмежень конституційних прав особи, ані до перешкоджання здійсненню ефективного досудового

розслідування чи кримінального провадження в цілому, зокрема, з огляду й на те, що вказане рішення слідчого судді не створює жодних перепон щодо повторного звернення слідчого з відповідним клопотанням до повноважного місцевого суду. А тому рішення слідчого судді про повернення клопотання про арешт майна, ухвалене слідчим суддею в межах механізму, передбаченого ч. 6 ст. 9 КПК, у зв'язку з недотриманням при поданні такого клопотання вимог ч. 2 ст. 132 КПК, не підлягає оскарженню в апеляційному порядку під час досудового розслідування.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Апеляційний суд відмовив у відкритті апеляційного провадження.

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

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

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

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

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

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

У справі було висловлено окрему думку.

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

Детальніше з текстом окремої думки можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97243035>

РОЗДІЛ 2. ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

2.1. Звільнення від кримінальної відповідальності

2.1.1. Особа вважається такою, що вчинила злочин вперше (передумова звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим – ст. 46 КК), зокрема, у випадку наявності в її діях ідеальної сукупності злочинів невеликої тяжкості¹, коли особа однією дією вчиняє одночасно два або більше злочинів, відповідальність за які передбачено різними статтями Особливої частини КК.

Якщо обвинувачений з розривом у часі вчинив дії, що полягають у незаконному використанні знаку для товарів і послуг та фірмового найменування (злочин, передбачений ст. 229 КК), для того, щоб заволодіти грошовими коштами потерпілого шляхом обману (ст. 190 КК), то у цьому випадку має місце реальна сукупність злочинів, яка виключає звільнення особи від кримінальної відповідальності на підставі ст. 46 КК

Обставини справи: ОСОБА_1 обвинувачувався у вчиненні закінченого замаху на заволодіння чужим майном шляхом обману (шахрайство), тобто у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 190 КК, а також у незаконному використанні знаку для товарів і послуг та фірмового найменування, що завдало матеріальної шкоди у значному розмірі, тобто у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 229 КК.

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за ухвалою місцевого суду ОСОБА_1 звільнено від кримінальної відповідальності за вчинення кримінальних правопорушень, передбачених ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 190, ч. 1 ст. 229 КК, на підставі ст. 46 КК у зв'язку з примиренням із потерпілими, а кримінальне провадження закрито.

Апеляційний суд вказану ухвалу залишив без зміни.

Прокурор у касаційній скарзі вказував на неправильне застосування судом першої інстанції закону України про кримінальну відповідальність з огляду на наявність у діях обвинуваченого не ідеальної, а реальної сукупності злочинів та відсутність підстав звільнення ОСОБА_1 від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням обвинуваченого з потерпілим.

Позиція ККС: скасовано рішення судів попередніх інстанцій та призначено новий розгляд у суді першої інстанції.

Обґрунтування позиції ККС: колегія суддів визнала обґрунтованими доводи касаційної скарги прокурора про відсутність ідеальної сукупності злочинів, вчинених ОСОБА_1, з огляду на таке.

Суд першої інстанції, з яким погодився апеляційний суд, зазначив, що ОСОБА_1 вчинив кримінальні правопорушення вперше, які відповідно до вимог ст. 12 КК належать до злочинів невеликої тяжкості та утворюють ідеальну сукупність. Крім того, ОСОБА_1 розкався у вчиненому, добровільно відшкодував завдані ним матеріальні збитки, з потерпілими примирився.

¹ У редакції закону України про кримінальну відповідальність, що був чинним на момент прийняття рішення про звільнення особи від кримінальної відповідальності

Суд першої інстанції встановив, що кримінальні правопорушення, передбачені ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 190, ч. 1 ст. 229 КК, утворюють ідеальну сукупність. Апеляційний суд, погоджуючись із судом першої інстанції, зазначив, що у випадку ідеальної сукупності двох і більше злочинів невеликої тяжкості дії особи не утворюють повторності злочинів, особа вчиняє одне діяння, яке кваліфікується за двома статтями КК, кожна з яких передбачає злочин невеликої тяжкості, тому немає законодавчих перешкод для констатування передумови, передбаченої ст. 46 КК.

ККС не погоджується із таким висновком апеляційної інстанції, оскільки ідеальна сукупність виникає, коли особа однією дією вчиняє одночасно два або більше злочинів, відповідальність за які передбачено різними статтями КК. Ознаками ідеальної сукупності є вчинення злочину: а) одним діянням; б) в одному місці; в) одночасно; г) за наявності усіх необхідних ознак, передбачених двома чи більше різними статтями КК.

Натомість реальна сукупність злочинів має місце в тому разі, коли особа в різний час (окремими) діяннями вчиняє два або більше злочинів, які мають різні склади і кваліфікуються окремо. Реальна сукупність має місце і в ситуації більш тісного взаємозв'язку злочинів – складових реальної сукупності, а саме коли один злочин є умовою для вчинення іншого, тобто особа спочатку незаконно використала знак для товарів і послуг та фірмового найменування компанії, щоб заволодіти грошовими коштами потерпілого ОСОБА_2 шляхом обману.

Крім того, вказані злочини вчинено ОСОБА_1 з розривом у часі, а окремі його діяння також відбулися в різний час, зокрема його дії щодо розміщення приватного оголошення про продаж різноманітної побутової техніки, позначеної знаком для товарів і послуг та фірмовим найменуванням компанії, замовлення та отримання знаків для товарів та послуг, а також фірмове найменування компанії, що імітують оригінальні знаки для товарів і послуг і фірмове найменування компанії настільки, що їх можна сплутати, та відправлення службою поштових перевезень фальсифікованої побутової техніки із незаконним використанням знаку для товарів та послуг та фірмового найменування компанії.

Потерпілим від кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 190 КК, є ОСОБА_2, а потерпілим від кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 229 КК, є компанія. Водночас об'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 229 КК, є гарантоване державою право власності на знак для товарів і послуг, фірмові найменування та маркування, тоді як об'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 190 КК, є право власності, тобто вбачаються різні об'єкти злочинів.

Таким чином, доводи прокурора про те, що між вказаними кримінальними правопорушеннями існує розрив у часі, різні потерпілі, різні об'єкти злочину та окремі діяння відбулися в різний час, тому відсутня ідеальна сукупність злочинів, є обґрунтованими.

З урахуванням зазначеного вище, суд першої інстанції неправомірно дійшов висновку про наявність в інкримінованих ОСОБА_1 діяннях ознак саме ідеальної сукупності злочинів та про можливість звільнення останнього від кримінальної відповідальності на підставі ст. 46 КК, оскільки, вирішуючи питання про те, чи має місце

у цьому провадженні вчинення кримінального правопорушення вперше, суд не врахував, що ОСОБА_1 обвинувачувався у вчиненні в різний час двох окремих кримінальних правопорушень, потерпілими від яких є різні особи, об'єкти злочину є також різними, що становить реальну сукупність злочинів. Судом першої інстанції було допущено неправильне тлумачення положень ст. 46 КК, яке суперечить точному змісту закону і є неправильним застосуванням закону України про кримінальну відповідальність, що призвело до безпідставного звільнення від кримінальної відповідальності та закриття кримінального провадження.

Детальніше з текстом постанови ВС від 20.05.2021 у справі № 761/12266/19 (провадження № 51-398км21) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97175041>

2.1.2. Щире каяття особи є однією з обов'язкових умов звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки (ст. 47 КК). Факт відшкодування шкоди потерпілому може додатково свідчити про щире каяття винуватої особи, проте не є вирішальним для застосування такого виду звільнення, на відміну від інших видів звільнення від кримінальної відповідальності (наприклад, звільнення у зв'язку із примиренням винного з потерпілим, де обов'язковою умовою виступає відшкодування завданих збитків або усунення заподіяної шкоди)

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за ухвалою місцевого суду ОСОБА_2 звільнено від кримінальної відповідальності за вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 125 КК, на підставі ст. 47 КК у зв'язку з передачею його на поруки трудовому колективу ТОВ за умови, що він протягом року з дня передачі на поруки виправдає довіру колективу, не ухилятиметься від заходів виховного характеру та не порушуватиме громадського порядку.

Апеляційний суд вказаний вирок залишив без зміни.

Рішення апеляційного суду прокурор оскаржив до ВС. У своїй касаційній скарзі він вказав на безпідставність звільнення ОСОБА_2 від кримінальної відповідальності за ст. 47 КК, оскільки останнім не було усунуто заподіяної ним шкоди потерпілому та він не намагався примиритися з потерпілим.

Позиція ККС: залишено без зміни ухвалу апеляційного суду.

Обґрунтування позиції ККС: колегія суддів ККС не погодилася з доводами сторони обвинувачення щодо безпідставного застосування до ОСОБА_2 положень ст. 47 КК, що було мотивовано в касаційній скарзі прокурора неусуненням ОСОБА_2 заподіяної шкоди потерпілому внаслідок вчинення кримінального правопорушення, а також ненамаганням примиритися з потерпілим.

Ураховуючи формулювання ст. 48 КК, яка регламентує підставу та умови звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки, щире каяття особи є обов'язковою умовою такого виду звільнення. Судами нижчестоящих інстанцій встановлено, що ОСОБА_2 висловлював жаль з приводу вчиненого, у зв'язку з чим суди дійшли висновку про наявність у його діях щирого каяття. Факт відшкодування шкоди потерпілому дійсно може додатково свідчити про щире каяття винної особи. Проте, оцінюючи факт наявності або відсутності такого відшкодування шкоди, потрібно

враховувати бажання потерпілого отримати таке відшкодування, взаємовідносини між сторонами конфлікту, узгодженість розміру спричиненої шкоди, можливість її відшкодування, повноту відшкодування шкоди тощо. Водночас для звільнення від кримінальної відповідальності саме у зв'язку із передачею особи на поруки достатнім є встановлення факту саме щирого каяття, на відміну від, наприклад, звільнення у зв'язку із примиренням винного з потерпілим, де обов'язковою умовою для такого виступає відшкодування завданих збитків або усунення заподіяної шкоди.

Детальніше з текстом постанови ВС від 11.05.2021 у справі № 161/17452/19 (провадження № 51-417км21) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96933386>

2.2. Звільнення від покарання

2.2.1. Звільнення жінки, яка заподіяла своїй тримісячній дитині тяжкі тілесні ушкодження, від покарання з випробуванням без урахування ступеня тяжкості вчиненого злочину, конкретних обставин справи, характеру та обсягу протиправних дій засудженої, котра, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, неодноразово завдала своїй дитині удари руками та невстановленим предметом по голові, обличчю та тілу, поведінки засудженої, яка після вчиненого залишила дитину та втекла з дому, що свідчить про її стійку антисоціальну поведінку та небезпечність для суспільства, а також з огляду на рішення комісії з питань захисту прав дитини, яким не рекомендовано поновлювати батьківські права засудженої, є неправильним застосуванням закону України про кримінальну відповідальність

Обставини справи: за вироком суду ОСОБА_1 визнано винуватою і засуджено за те, що вона 28.12.2017 у період часу з 16:20 по 21:00, знаходячись за місцем свого проживання, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, діючи умисно, з метою заподіяння тяжких тілесних ушкоджень своїй новонародженій дочці, неодноразово завдала удари руками та невстановленим предметом по голові, обличчю та тілу дитини, заподіявши останній тяжких тілесних ушкоджень, небезпечних для життя в момент заподіяння.

Позиції судів першої та апеляційної інстанції: за вироком місцевого суду від 10.12.2018 ОСОБА_1 засуджено за ч. 1 ст. 121 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк 5 років.

За ухвалою апеляційного суду від 24.09.2020 вирок місцевого суду щодо ОСОБА_1 в частині призначеного покарання змінено. ОСОБА_1 визнано винуватою у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 121 КК, та призначено покарання у виді позбавлення волі на строк 5 років. На підставі ст. 75 КК її звільнено від відбування покарання з випробуванням з іспитовим строком тривалістю 2 роки та покладено обов'язки, передбачені ч. 1 ст. 76 КК.

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

Обґрунтування позиції ККС: колегія суддів ККС погодилася з твердженнями прокурора про неправильне застосування апеляційним судом положень ст. 75 КК щодо ОСОБА_1.

Висновку про застосування до ОСОБА_1 ст. 75 КК суд апеляційної інстанції дійшов на підставі даних про особу винної, котра раніше не судима, за місцем проживання характеризується позитивно, має постійне місце роботи та стійкі соціальні зв'язки, відсутності претензій з боку потерпілого ОСОБА_4, котрий є її чоловіком, а також того, що вона звернулася до Служби у справах дітей із заявою про вивчення питання про повернення батьківських прав.

Разом з цим суд апеляційної інстанції не врахував ступеня тяжкості вчиненого ОСОБА_1 злочину, конкретних обставин справи, характеру та обсягу противоправних дій засудженої, котра, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, неодноразово завдала своїй малолітній трьохмісячній дитині удари руками та невстановленим предметом по голові, обличчю та тілу, поведінки ОСОБА_1, яка після скоєного залишила дитину та втекла з дому, що свідчить про стійку антисоціальну поведінку та її небезпечність для суспільства. Крім того, згідно з рішенням комісії з питань захисту прав дитини не рекомендовано поновлювати батьківські права ОСОБА_1.

Колегії суддів вважає, що за вказаних вище обставин звільнення ОСОБА_1 на підставі ст. 75 КК від відбування призначеного їй судом покарання за ч. 1 ст. 121 КК у виді позбавлення волі на строк 5 років є неправильним застосуванням закону України про кримінальну відповідальність, оскільки суперечить загальним засадам покарання і не сприяє досягненню його мети – виправленню засудженої й попередженню нових злочинів, та є невиправдано м'яким заходом примусу, який не можна вважати справедливим, пропорційним і співрозмірним ступеню тяжкості вчиненого злочину та його наслідкам.

Детальніше з текстом постанови ВС від 12.05.2021 у справі № 155/459/18 (провадження № 51-4679км19) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96890672>

2.3. Призначення покарання

2.3.1. Активне сприяння розкриттю злочину як обставина, що пом'якшує покарання, означає добровільну допомогу слідству будь-яким чином: повідомлення правоохоронним органам або суду фактів у справі, надання доказів, інших відомостей про власну кримінальну діяльність чи діяльність інших осіб, викриття інших співучасників, визначення ролі кожного з них у вчиненні злочину, надання допомоги в їх затриманні, видача знарядь і засобів вчинення злочину, майна, здобутого злочинним шляхом. Визнання засудженим своєї вини та надання правдивих показань не підтверджує наявності такої обставини, що пом'якшує покарання, як активне сприяння розкриттю злочину

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за вироком місцевого суду ОСОБА_1 засуджено за ч. 3 ст. 309 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк 5 років та звільнено від відбування покарання з випробуванням на підставі ст. 75 цього Кодексу.

Апеляційний суд вказаний вирок залишив без зміни.

Суд першої інстанції, призначаючи ОСОБА_1 покарання зі звільненням від його відбування з випробуванням, взяв до уваги щире каяття ОСОБА_1 і його активне

сприяння розкриттю злочину як обставини, що пом'якшують його покарання, та не встановив обставин, які його обтяжують.

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

Обґрунтування позиції ККС: колегія суддів не погодилася з висновками суду апеляційної інстанції щодо можливості звільнення ОСОБА_1 від відбування покарання з випробуванням на підставі ст. 75 КК, оскільки вони не ґрунтуються на загальних засадах призначення покарання, визначених у ст. 65 КК.

Так, апеляційний суд, погоджуючись із рішенням місцевого суду в частині звільнення ОСОБА_1 від відбування призначеного покарання з випробуванням, повною мірою не врахував ступеня тяжкості вчиненого засудженим злочину, який відповідно до ст. 12 КК є тяжким, та кількості вилученого особливо небезпечного наркотичного засобу в особливо великому розмірі.

Також суд, посилаючись у своєму рішенні на активне сприяння ОСОБА_1 розкриттю злочину, не зазначив, у чому саме полягала його активність та ініціативність у сприянні правоохоронним органам.

Активне сприяння розкриттю злочину як обставина, що пом'якшує покарання, означає добровільну допомогу слідству будь-яким чином: повідомлення правоохоронним органам або суду фактів у справі, надання доказів, інших відомостей про власну кримінальну діяльність чи діяльність інших осіб, викриття інших співучасників, визначення ролі кожного з них у вчиненні злочину, надання допомоги в їх затриманні, видача знарядь і засобів вчинення злочину, майна, здобутого злочинним шляхом. Тому, беззаперечно, воно має бути активним, тобто певним чином ініціативним.

Отже, визнання засудженим своєї вини та надання правдивих показань не підтверджує наявності такої обставини, що пом'якшує покарання, як активне сприяння розкриттю злочину.

Детальніше з текстом постанови ВС від 07.04.2021 у справі № 263/15605/17 (провадження № 51-4234км20) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96208170>

2.4. Кримінальні правопорушення проти життя та здоров'я особи

2.4.1. Завдання засудженим без попередження удару кулаком у голову потерпілого, який того не очікував, від чого останній не втримався на ногах, упав на асфальт та отримав тяжкі тілесні ушкодження, свідчить про наявність у діях засудженого невизначеного умислу, за якого він не передбачав, але свідомо припускав такі можливі наслідки, як різке падіння потерпілого й удар об тверду поверхню (асфальт), внаслідок чого йому буде спричинено шкоду здоров'ю. У випадках, коли винуватий діє із невизначеним умислом, він має відповідати за ту шкоду, яку фактично було заподіяно

Обставини справи: ОСОБА_1 у нічний час доби на ґрунті раптово виниклих неприязних відносин ударив кулаком ОСОБА_2 в голову, внаслідок чого останній, втративши свідомість, упав на асфальт, вдарившись головою. Заподіяна потерпілому травма голови належить до тяжких тілесних ушкоджень за ознакою небезпеки для життя.

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за вироком місцевого суду ОСОБА_1 засуджено за ч. 1 ст. 121 КК.

Апеляційний суд вказаний вирок залишив без зміни.

Позиція ККС: залишено без зміни вказані судові рішення.

Обґрунтування позиції ККС: у цьому кримінальному провадженні судами нижчестоящих інстанцій було встановлено, що засуджений умисно, усвідомлюючи суспільно небезпечний характер своїх дій, із силою завдав потерпілому удар кулаком у голову, тобто в життєво важливий орган. Від отриманого удару потерпілий не втримався на ногах, упав на асфальт та отримав тяжкі тілесні ушкодження.

Проведеними судово-медичними експертизами підтверджено, що травмуючим механізмом утворення в ОСОБА_2 тілесних ушкоджень була ударна дія (дії) тупого предмета, а можливість їх виникнення при його самовільному падінні з положення стоячи та подальшому ударі об тверду поверхню є малоюмовірною.

Наведені обставини в сукупності з даними про локалізацію і характер утворення тілесних ушкоджень свідчать про те, що ОСОБА_1, умисно завдаючи без будь-якого попередження сильного удару в голову потерпілому, який цього не очікував і не спроможний був захищатися, не передбачав, але свідомо припускав такі можливі наслідки, як різке падіння потерпілого й удар об тверду поверхню (асфальт), від чого його здоров'ю буде спричинено шкоду.

Відповідно до усталеної судової практики у випадках, коли винний діє із невизначеним умислом (прямим або непрямим), він має відповідати за той результат (шкоду), який фактично було заподіяно.

Отже, за встановлених фактичних обставин справи кваліфікація дій засудженого за ч. 1 ст. 121 КК є правильною.

Детальніше з текстом постанови ВС від 11.05.2021 у справі № 711/2233/18 (провадження № 51-6766км18) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97005616>

2.5. Кримінальні правопорушення проти власності

2.5.1. Форма висловлення погрози під час вчинення розбійного нападу не обмежується конкретними словами про можливе застосування насильства. Вона має місце і тоді, коли винна особа, зокрема, своїми жестами, демонстрацією зброї або інших предметів, які потерпілий об'єктивно може оцінити як такі, що при їх застосуванні його здоров'ю чи життю загрожуватиме небезпека, бажає, щоб у потерпілого склалося враження, що якщо він протидіятиме нападаючому або не виконає його вимог, то ця погроза буде реалізована, а в потерпілого дійсно таке враження складається

Обставини справи: ОСОБА_1, перебуваючи в будинку, діючи повторно, таємно, викрав з гаманця, який належить ОСОБА_2, гроші в сумі 1800 грн. Крім того, ОСОБА_1, будучи особою, яка раніше вчинила розбій, перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, прийшов до магазину, де, погрожуючи ОСОБА_3 ножем, заволодів грошима в сумі 305 грн.

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за вироком місцевого суду ОСОБА_1 засуджено за вчинення злочинів, передбачених ч. 2 ст. 185, ч. 2 ст. 187 КК.

Апеляційний суд змінив вирок суду в частині призначеного ОСОБА_1 покарання, залишивши незмінним вказане судове рішення у частині кваліфікації дій обвинуваченого.

Засуджений у касаційній скарзі, з-поміж іншого, вказав на безпідставність його засудження за ч. 2 ст. 187 КК, оскільки він не погрожував потерпілій ОСОБА_3 та не застосовував до неї насильства, небезпечного для її життя та здоров'я.

Позиція ККС: змінено рішення судів першої та апеляційної інстанцій у частині виключення з них посилання судів як на доказ доведеності винуватості засудженого у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 187 КК, на протокол слідчого експерименту та відеозапис до нього, проведеного за участю ОСОБА_1. У решті судові рішення залишено без зміни.

Обґрунтування позиції ККС: колегія суддів ККС відхиляє вказані вище доводи засудженого.

З об'єктивної сторони розбій вчиняється у формі нападу з метою заволодіння чужим майном, поєднаного, зокрема, з погрозою застосування насильства, небезпечного для життя і здоров'я особи, яка зазнала нападу.

При цьому форма висловлення погрози не обмежується конкретними словами про можливе застосування насильства, вона має місце і тоді, коли винна особа, зокрема, своїми жестами, демонстрацією зброї або інших предметів, які потерпілий об'єктивно може розцінити як такі, що при їх застосуванні його здоров'ю чи життю загрожуватиме небезпека, бажає, щоб у потерпілого склалося враження, що якщо він протидіятиме нападаючому або не виконає його вимог, то ця погроза буде реалізована, а в потерпілого дійсно таке враження склалося.

Потерпіла ОСОБА_3 під час її допиту в суді першої інстанції та при проведенні за її участю слідчого експерименту чітко і послідовно вказувала, що бачила в руці ОСОБА_1 ножа, коли той перебував у магазині і викрадав гроші, і вона тримала його за цю руку, щоб він не застосував до неї ножа. Підстав сумніватися в показаннях потерпілої у судів попередніх інстанцій не було, оскільки ці показання були послідовними і узгоджувалися між собою та з обставинами, встановленими у кримінальному провадженні, з чим погоджується і Суд.

Місцевий суд на підставі досліджених ним доказів установив, що ОСОБА_1, маючи при собі ножа, вичікуючи зручний час, коли не буде в магазині людей, закрив за собою двері, зайшов до приміщення магазину, де перебувала ОСОБА_3, і, тримаючи в руках ніж, таким чином демонструючи його потерпілій, що остання об'єктивно сприйняла як реальну загрозу, викрав гроші, належні власниці магазину.

Тому за вказаних установлених судом фактичних обставин кримінального провадження дії ОСОБА_1 за ч. 2 ст. 187 КК кваліфіковано правильно.

Факт відсутності вербального висловлювання з боку ОСОБА_1 – погроз до потерпілої ОСОБА_3 та незастосування до неї насильства, небезпечного для життя і здоров'я, не виключає в його діях складу інкримінованого йому злочину.

Детальніше з текстом постанови ВС від 24.05.2021 у справі № 706/882/19 (провадження № 51-444км21) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97286234>

2.6. Кримінальні правопорушення проти громадської безпеки

2.6.1. Носіння холодної зброї без передбаченого законом дозволу (ч. 2 ст. 263 КК) може мати місце у разі її переміщення, транспортування винуватою особою безпосередньо при собі (в руках, в одязі, сумках, спеціальних футлярах, у транспортному засобі тощо) незалежно від можливості швидкого використання цієї зброї

Обставини справи: ОСОБА_1 досягнув згоди з невстановленим мешканцем м. Москви РФ ОСОБА_3 на продаж двох ножів, оголошення щодо яких розмістив у мережі Інтернет, за 96 доларів США, що становить відповідно до курсу НБУ 2441 грн, та переміщення їх через митний кордон України з приховуванням від митного контролю. У подальшому ОСОБА_1 та невстановлена досудовим розслідуванням ОСОБА_3 погодили відправку двох ножів через водія автобуса міжнародного сполучення Бердянськ – Москва під виглядом запчастин для автомобіля. Після цього ОСОБА_1 за місцем свого проживання упакував два ножі способом, що унеможлиблює огляд та виявлення при проведенні митного контролю, та зробив напис на пакунку «Москва ОСОБА_3». ОСОБА_1 передав пакунок водію автобуса міжнародного сполучення Бердянськ – Москва ОСОБА_4. Однак цього ж дня під час огляду вищезазначеного автобуса співробітниками СБУ було виявлено та вилучено пакунок, в якому знаходилися два ножі, які відповідно до висновків експертів є холодною зброєю колючо-ріжучої дії, виготовлені промисловим способом.

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за вироком місцевого суду ОСОБА_1 визнано невинуватим у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 2 ст. 15, ч. 1 ст. 201, ч. 2 ст. 263 КК та виправдано у зв'язку з недоведеністю, що в його діях є склад кримінальних правопорушень.

Зокрема, виправдовуючи ОСОБА_1 у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 263 КК місцевий суд відзначив, що досліджені дані у судовому засіданні підтверджують той факт, що під час переміщення ОСОБА_1 двох ножів неможливо їх було швидко використати та застосувати як холодну зброю, а тому суд дійшов висновку, що прокурором у судовому засіданні не доведено, що у діяннях обвинуваченого міститься склад кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 263 КК за ознакою «носіння іншої холодної зброї без передбаченого законом дозволу».

Апеляційний суд вказаний вирок залишив без зміни.

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

Обґрунтування позиції ККС: проаналізувавши зміст оскаржених судових рішень, колегія суддів ККС дійшла висновку, що рішення суду про відсутність у діях ОСОБА_1 складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 263 КК за ознакою «носіння іншої холодної зброї без передбаченого законом дозволу» є необґрунтованим.

Суд першої інстанції як на підставу виправдання ОСОБА_1 у кримінальному правопорушенні, передбаченому ч. 2 ст. 263 КК за ознакою «носіння іншої холодної зброї без передбаченого законом дозволу» зазначив, що ножі були упаковані таким чином,

що їх неможливо швидко використати, а тому відсутня об'єктивна сторона складу вказаного кримінального правопорушення.

Суд апеляційної інстанції, залишаючи апеляційну скаргу прокурора в цій частині без задоволення, не навів в ухвалі переконливих доводів та підстав щодо їх спростування, а лише продублював висновки, викладені у вирокі суду першої інстанції, щодо виправдання ОСОБА_1 у носінні іншої холодної зброї без передбаченого законом дозволу у зв'язку з неможливістю швидкого використання ножів та застосування їх як холодної зброї.

Відповідно до п. 7 постанови Пленуму ВСУ від 08.07.1994 № 6 «Про судову практику в справах про розкрадання, виготовлення, зберігання та інші незаконні діяння зі зброєю, бойовими припасами або вибуховими речовинами» незаконне носіння холодної та вогнестрільної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів або вибухових речовин є умисною, без відповідного дозволу, дією по їх переміщенню, транспортуванню винною особою безпосередньо при собі (в руках, в одязі, сумках, спеціальних футлярах, у транспортному засобі тощо) за умови можливості швидкого їх використання.

Проте ані судом першої інстанції, ані апеляційним судом не взято до уваги те, що вказана вище постанова Пленуму ВСУ від 26.04.2002 № 3 втратила чинність відповідно до постанови Пленуму ВСУ «Про судову практику в справах про викрадення та інше незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами, вибуховими пристроями чи радіоактивними матеріалами», в якій відсутнє посилання на швидке використання холодної зброї.

Таким чином, апеляційним судом залишено без уваги вищезазначене та прийнято передчасне рішення щодо відсутності в діях ОСОБА_1 складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 263 КК за ознакою «носіння іншої холодної зброї без передбаченого законом дозволу».

Під час нового розгляду суду апеляційної інстанції необхідно врахувати наведене, ретельно перевірити доводи апеляційної скарги прокурора в частині виправдання ОСОБА_1 у носінні іншої холодної зброї без передбаченого законом дозволу, тобто у злочині, передбаченому ч. 2 ст. 263 КК, дати їм належну оцінку та з урахуванням усіх встановлених обставин прийняти законне, обґрунтоване й вмотивоване рішення.

Детальніше з текстом постанови ВС від 25.05.2021 у справі № 333/2341/19 (провадження № 51-418км21) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97243043>

2.7. Кримінальні правопорушення проти безпеки виробництва

2.7.1. Відсутність у матеріалах кримінального провадження документів, за якими повинні були проводитися роботи, пов'язані з порушенням ґрунтового покриву, а також документів, що підтверджують взаємодію та зв'язки між фізичною особою-підприємцем, який порушив правила безпеки під час виконання робіт з підвищеною небезпекою, та з іншими особами, у тому числі з потерпілим, які були безпосередньо зайняті у виконанні робіт з підвищеною небезпекою, не має правового значення, якщо із сукупності доказів, досліджених та належно оцінених судом, вбачається, що саме

засуджений залучив людей і необхідний екскаватор для виконання робіт з вибирання із ґрунту виробів з металу та пластику, а тому його діяльність відповідає ознакам виробництва, що здійснювалося з порушенням правил безпеки під час проведення робіт з підвищеною небезпекою

Обставини справи: ОСОБА_1, будучи ФОП, одним із видів діяльності якого є оптова торгівля відходами та брухтом, з метою організації проведення робіт з рекультивзації земельної ділянки (звалища) на території підсобного господарства уклав з ТОВ договір оренди екскаватора, за умовами якого орендодавець також надає спеціаліста з управління транспортним засобом – машиніста екскаватора. ОСОБА_1 за усною домовленістю, організовуючи виконання робіт із рекультивзації зазначеної земельної ділянки, найняв трьох робітників, а саме ОСОБА_3, ОСОБА_4 та не встановлену досудовим розслідуванням особу, завданням яких було вибирання з ґрунту металевих та пластикових виробів після того, як машиніст екскаватора за допомогою ковша екскаватора зніме верхній шар ґрунту.

Найняті ОСОБА_1 робітники – ОСОБА_3, ОСОБА_4 та не встановлена досудовим розслідуванням особа, а також машиніст екскаватора ОСОБА_5 продовжили проводити роботи з рекультивзації земельної ділянки (звалища), які розпочали на території підсобного господарства. Вони вибирали з ґрунту металеві та пластикові вироби після того, як машиніст екскаватора ОСОБА_5 ковшем екскаватора знімав шар ґрунту.

У ході виконання цих робіт машиніст екскаватора ОСОБА_5, порушуючи вимоги нормативно-правових актів, без наявності наряду допуску на виконання робіт з підвищеною небезпекою, без проходження цільового інструктажу, рухаючись на вказаному механічному транспортному засобі заднім ходом, не переконавшись у безпеці членів бригади та осіб, що перебувають поруч, і в тому, що вони розуміють призначення звукових та світлових сигналів, здійснив наїзд на потерпілого ОСОБА_4 та спричинив йому тяжкі тілесні ушкодження, що призвели до його смерті.

Під час виконання робіт з рекультивзації вказаної земельної ділянки, організованих ОСОБА_1, останнім були допущені порушення вимог нормативно-правових актів під час виконання робіт з підвищеною небезпекою. Безпосередньою причиною настання нещасного випадку став допуск до робіт з підвищеною небезпекою ОСОБА_1 працівників, які не пройшли навчання, перевірки знань та інструктажів з питань охорони праці, допуск до робіт з підвищеною небезпекою без отримання дозволу Держнаглядохоронпраці.

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за вироком місцевого суду ОСОБА_1 визнано винуватим у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 272 КК.

Апеляційний суд вказаний вирок залишив без зміни.

Захисник у касаційній скарзі вказує на неправильну кваліфікацію дій ОСОБА_1 за ч. 2 ст. 272 КК з огляду на відсутність об'єктивних ознак складу кримінального правопорушення. Зокрема, зазначає, що у матеріалах кримінального провадження відсутнє документальне підтвердження організації і проведення ОСОБА_1 робіт

із рекультивації на території земельної ділянки, а ОСОБА_1 не був власником або орендарем вказаної земельної ділянки.

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

Обґрунтування позиції ККС: на думку колеґії ККС, місцевий суд за встановлених фактичних обставин кримінального провадження правильно кваліфікував дії ОСОБА_1 за ч. 2 ст. 272 КК. З висновками районного суду щодо правильного застосування закону України про кримінальну відповідальність погодився і суд апеляційної інстанції, розглядаючи кримінальне провадження за доводами апеляційної скарги сторони захисту, аналогічними викладеним у касаційній скаргі захисника, на які надав вичерпні відповіді, із зазначенням в ухвалі достатніх підстав їх необґрунтованості.

Апеляційний суд, пославшись на п. 16 Постанови Пленуму ВСУ від 12.06.2009 № 7 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини проти безпеки виробництва», вказав, що суб'єктом злочинів, передбачених статтями 272–274 КК, можуть бути особи, на яких покладено обов'язок забезпечувати додержання правил безпеки при виконанні певних робіт чи на відповідних підприємствах. Це можуть бути: громадяни-суб'єкти підприємницької діяльності, службові особи (керівники робіт, інженерно-технічні працівники), робітники і службовці відповідних підприємств (цехів) та виробництв.

Із суб'єктивної сторони це кримінальне правопорушення характеризується необережністю і визначається ставленням винного до наслідків. Виною в цьому складі злочину охоплюється знання винним правил, порушення яких йому інкримінується.

Основним безпосереднім об'єктом кримінального правопорушення є безпека виконання робіт з підвищеною небезпекою, а додатковим обов'язковим об'єктом – життя та здоров'я особи.

Крім того, об'єктивна сторона включає наявність таких складових: 1) діяння – порушення правил безпеки під час виконання робіт з підвищеною небезпекою на виробництві або будь-якому підприємстві, 2) наслідками у вигляді загибелі людей чи інших тяжких наслідків; 3) причинним зв'язком між діянням і наслідками. Необхідно зазначити й те, що обов'язковими ознаками об'єктивної сторони складу цього злочину є обстановка і місце його вчинення.

Апеляційний суд належним чином перевірів та обґрунтовано спростував в ухвалі доводи сторони захисту про відсутність документального підтвердження того, що ОСОБА_1 організував і проводив роботи з рекультивації землі на території підсобного господарства, з чим погоджується й суд касаційної інстанції.

Як вбачається з матеріалів кримінального провадження, свідки ОСОБА_5, ОСОБА_6, ОСОБА_3, ОСОБА_7 та ОСОБА_8 підтверджують, що саме ОСОБА_1 орендував у товариства екскаватор та організовував роботи з рекультивації ґрунту підсобного господарства, крім того, жодних інструктажів або роз'яснень щодо техніки безпеки не проводив. Суд не встановив обставин, які би ставили під сумнів показання потерпілої, свідків, та не надано доказів, які їх спростовують. Крім цього, не виявлено приводів для обмови ОСОБА_1 жодною з осіб.

Суд апеляційної інстанції обґрунтовано послався на договір оренди екскаватора, укладений ТОВ в особі директора ОСОБА_7 (орендодавець) та ОСОБА_1 (орендатор),

які домовилися про оренду транспортного засобу – екскаватора, а також про те, що орендодавець надає спеціаліста з управління транспортним засобом – машиніста екскаватора. До того ж відповідно до цього договору ОСОБА_1 був зобов'язаний оформити всі документи, необхідні для проведення робіт.

Також суд надав оцінку протоколам огляду, відповідно до яких оглянуто ділянку місцевості на території рекультивованого звалища за територією недіючої бази, де виявлено екскаватор, місцевість поблизу якого розрита, ґрунт перевернутий, а біля передньої колісної пари був труп чоловіка.

Усупереч твердженням захисника у касаційній скарзі висновки інженерно-технічної експертизи з охорони праці обґрунтовано взято до уваги. Цей висновок складено атестованим судовим експертом, який має вищу освіту та кваліфікацію судового експерта за спеціальністю 10.5 «Дослідження причин та наслідків порушень вимог безпеки життєдіяльності та охорони праці», попереджений про кримінальну відповідальність за статтями 384, 385 КК, а його висновки узгоджуються з іншими доказами, тому в колегії суддів відсутні підстави вважати зазначений висновок необ'єктивним або таким, що проведений усупереч вимогам статей 101, 102 КПК. У касаційній скарзі захисника не наведено доводів, які би ставили під сумнів цей висновок експерта.

Колегія суддів погоджується із судами попередніх інстанцій, що за своїм характером роботи, які проводилися на території підсобного господарства, а саме зняття шару ґрунту екскаватором та очистка робітниками ґрунту від металу, пластику, насправді охоплюються змістом комплексного поняття рекультивації з огляду на ст. 52 Закону «Про охорону земель», ч. 1 ст. 166 ЗК та належать до робіт з підвищеною небезпекою.

Захисник не спростовує того, що відповідно до пунктів 73, 101, 109 Переліку робіт з підвищеною небезпекою, затвердженого наказом Держнаглядохоронпраці України від 26.01.2005 № 15, проведення розкривних робіт, виїмка і навантаження корисних копалин при відкритих гірничих роботах, вантажно-розвантажувальні роботи за допомогою машин і механізмів, управління тракторами і самохідним технологічним устаткуванням відносяться до робіт з підвищеною небезпекою, а тому колегія суддів вважає обґрунтованим висновок судів, що роботи, які здійснювалися за допомогою транспортного засобу – екскаватора належать до робіт з підвищеною небезпекою.

Доводи захисника щодо відсутності в діянні ОСОБА_1 об'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, відповідальність за яке передбачена ч. 2 ст. 272 КК, через те, що у кримінальному провадженні немає документів як доказів організації та проведення ОСОБА_1 робіт з рекультивації земельної ділянки, колегія суддів вважає неспроможними з огляду на таке. Оскільки власне відсутність документів – як тих, за якими повинні були проводитися роботи, пов'язані з порушенням ґрунтового покриву, так і тих, що підтверджували би взаємодію та зв'язки між фізичною особою – підприємцем ОСОБА_1 й особами (зокрема, потерпілим ОСОБА_4), безпосередньо зайнятими у виконанні робіт з підвищеною небезпекою, – не має правового значення, адже з обставин, обґрунтовано встановлених на підставі сукупності досліджених та належно оцінених доказів, покладених судом в основу вироку, вбачається, що саме засуджений залучив людей і необхідний екскаватор для виконання робіт з вибирання

із ґрунту виробів з металу та пластику, а тому його діяльність відповідала ознакам виробництва, але була виконана з порушенням правил безпеки під час проведення робіт з підвищеною небезпекою.

Детальніше з текстом постанови ВС від 26.05.2021 у справі № 208/2458/17 (провадження № 51-1031км21) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97286250>

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

2.8.1. Кримінальна відповідальність за недбале ставлення до військової служби у формі невиконання службових (посадових) обов'язків (ст. 425 КК) може настати лише у тому випадку, коли військова службова особа зобов'язана була вчинити дії, невиконання яких ставиться їй у вину, та мала реальну можливість виконати такі дії належним чином. Якщо військова службова особа перебувала у таких умовах, за яких не мала фактичної можливості належно виконати свої службові (посадові) обов'язки, то відповідальність за недбале ставлення до військової служби виключається. Для настання кримінальної відповідальності за ст. 425 КК також слід враховувати такі об'єктивні та суб'єктивні фактори, як зовнішні умови й обстановку, в якій доводилося виконувати обов'язки військовій службовій особі, дії вищестоящих командирів і начальників, а також дані, які характеризують особу винного, його кваліфікацію, професійну підготовку, тривалість перебування на посаді, яку обіймає, досвід та інші обставини кримінального провадження.

Бойова обстановка як кваліфікуюча ознака складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 425 КК, має місце у випадку, коли військові частини (підрозділи) і військовослужбовці Збройних Сил України та інших військових формувань, які були залучені до проведення АТО на території Донецької та Луганської областей, перебували в умовах безпосереднього зіткнення з противником (учасниками терористичних організацій «ДНР» і «ЛНР», їх воєнізованими і збройними формуваннями, які контролювалися та координувалися представниками влади Російської Федерації), перебували у стані наступального, оборонного та загальновійськового бою, а саме здійснювали погоджені і взаємопов'язані бої, удари, маневри, бойові і спеціальні дії з метою знешкодження (розгрому) противника, оволодіння важливими районами, їх утримання, безпосередньо застосували військову зброю і техніку стосовно противника, а також військова зброя і техніка застосувалися противником

Встановлені судами першої та апеляційної інстанцій обставини: Генерал-майор ОСОБА_1, будучи військовослужбовцем, починаючи з 05.01.2010 перебував на посаді першого заступника начальника Головного оперативного управління Генерального штабу ЗСУ. На підставі наказу начальника Генерального штабу – Головнокомандувача ЗСУ від 21.05.2014 № 94 ОСОБА_1 із 21.05.2014 було відряджено у м. Ізюм Харківської області з метою роботи у складі робочої групи в районі проведення АТО. Наказом першого заступника керівника Антитерористичного центру при СБУ (керівника АТО на території Донецької та Луганської областей) генерал-лейтенанта ОСОБА_62 від 28.05.2014 № 11 ог/дск, з метою оперативного реагування

на зміни в обстановці та координації дій підпорядкованих сил і засобів, які залучаються до проведення АТО на території Донецької та Луганської областей, створено штаб АТО. Цим же наказом генерал-майора ОСОБА_1 призначено на посаду начальника штабу – першого заступника керівника АТО на території Донецької та Луганської областей, на якій він проходив військову службу.

Генерал-майор ОСОБА_1, перебуваючи на посаді начальника штабу – першого заступника керівника АТО на території Донецької та Луганської областей, як військовий начальник та військовослужбовець, який обіймає посаду, пов'язану з виконанням організаційно-розпорядчих обов'язків, відповідно до п. 1 примітки ст. 425 КК, був військовою службовою особою та у період з 11.06.2014 по 00 год 50 хв 14.06.2014 недбало поставився до військової служби за таких обставин.

Так, у зазначений період, військові частини (підрозділи) і військовослужбовці Збройних Сил України та інших військових формувань, які залучені до проведення АТО на території Донецької та Луганської областей, знаходилися в умовах безпосереднього зіткнення з противником (учасниками терористичних організацій «ДНР» і «ЛНР», їх воєнізованими і збройними формуваннями, які контролювалися та координувалися представниками влади РФ).

11.06.2014 на території штабу АТО, розташованому в с. Довгеньке Ізюмського району Харківської області, військовослужбовцями штабу АТО під керівництвом ОСОБА_1 розроблений Замисел застосування сил та засобів ЗСУ, інших військових формувань щодо прикриття державного кордону (далі – Замисел). Замислом передбачалося, окрім іншого, перевезення 13.06.2014 повітряним транспортом додаткових сил і засобів на аеродром м. Луганська для посилення дислокованого на ньому підрозділу, а також забезпечення для цього зони ізоляції аеродрому для прийняття літаків транспортної авіації. Того ж дня Замисел підписав керівник АТО ОСОБА_62.

Для реалізації Замислу начальник штабу – перший заступник керівника АТО ОСОБА_1 13.06.2014 направив першому заступнику начальника Генерального штабу ЗСУ запит щодо включення додатково зведеного підрозділу, роти з озброєнням, військовою технікою та іншим майном, яку того ж дня перевезти повітряним транспортом з аеродрому м. Дніпропетровськ на аеродром м. Луганська. Про прийняття до виконання (реалізацію) вказаного запиту, Генеральним штабом ЗСУ видано відповідне розпорядження.

При цьому ОСОБА_1 достовірно знав про те, що аеродром м. Луганськ перебуває в оточенні сил противника, які регулярно здійснюють його обстріли, а також те, що противник має на озброєнні ПЗРК й інші засоби ураження літаків із землі, та усвідомлював, що політ літаків на вказаний аеродром буде здійснюватися, в тому числі над територією противника.

13.06.2014 о 16 год 25 хв до штабу АТО зі штабу Антитерористичного центру при СБУ надійшла оперативна інформація про те, що дві групи бойовиків вирушили до Луганського аеропорту, озброєні ПЗРК та мають намір збивати всі літаки при посадці чи зльоті. Аналогічна за змістом інформація повторно надійшла до штабу АТО зі штабу Антитерористичного центру при СБУ 13.06.2014 о 20 год 05 хв. Зазначені довідки

з інформацією про підготовку до вчинення терористичного акту поблизу аеродрому м. Луганськ до 21 год того ж дня надані особисто ОСОБА_1 для їх опрацювання, реагування на терористичну загрозу та організації припинення діяльності або знешкодження вищевказаних незаконних збройних груп (формувань).

Також упродовж 13.06.2014 співробітниками Головного управління МВС в Луганській області встановлено факт розміщення груп противника поблизу аеродрому м. Луганськ, озброєних ПЗРК, про що того ж дня проінформовано телеграмою штаб АТО.

Незважаючи на це, 14.06.2014 у період з 00 год 01–22 хв з 10-хвилинним інтервалом три літаки ІЛ-76МД Повітряних Сил ЗСУ з екіпажами, особовим складом вищевказаної роти, озброєнням, технікою та іншим військовим майном на борту, вилетіли з аеродрому м. Дніпропетровськ на аеродром м. Луганськ.

14.06.2014 в 00 год 50 хв літак ІЛ-76МД при заході на посадку на аеродром м. Луганськ був уражений невстановленими терористами, які перебували поблизу аеродрому, шляхом пострілу керованою ракетою 9М39 переносного зенітного ракетного комплексу 9К38, що призвело до пошкодження літака, втрати ним керованості та зіткнення з землею. У результаті цієї авіаційної катастрофи загинули 49 військовослужбовців, повністю знищено вказаний літак та майно, яке знаходилося на його борту.

Недбало ставлячись до служби за вказаних вище обставин, ОСОБА_1 передбачав можливість настання зазначених тяжких наслідків, але легковажно розраховував на їх відвернення, чим допустив злочинну самовпевненість, тобто діяв із необережності.

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за вироком місцевого суду дії ОСОБА_1 засуджено за ч. 3 ст. 425 КК (недбале ставлення військової службової особи до служби, що спричинило тяжкі наслідки, вчинене в бойовій обстановці) (у ред. ч. 3 ст. 425 КК станом на 14.06.2014).

Апеляційний суд вказаний вирок залишив без зміни.

Позиція ККС: скасовано рішення судів першої та апеляційної інстанцій на підставі п. 2 ч. 1 ст. 284, ст. 440 КПК, закрито кримінальне провадження за обвинуваченням ОСОБА_1 у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 425 КК, у зв'язку з відсутністю в діянні складу кримінального правопорушення.

Обґрунтування позиції ККС: об'єктивна сторона недбалості припускає несумлінне ставлення службової особи до службових обов'язків, які на неї покладені, що виражаються: у їх невиконанні або у неналежному виконанні; у спричиненні істотної шкоди або тяжких наслідків і знаходиться в прямому причинному зв'язку з наслідками, що настали.

Недбале ставлення військової службової особи до своїх службових обов'язків характеризує, перш за все, об'єктивну сторону вчиненого і виявляється в тому, що за наявності в особи реальної можливості діяти так, як того вимагають інтереси служби, винний або взагалі не діє, не виконує службові обов'язки, або хоча і діє, але виконує ці обов'язки неналежним чином, не відповідно до закону або відповідно до нього, проте неякісно, неточно, неповно, несвоєчасно, поверхово, у протиріччя з установленим порядком і тією обстановкою, що склалася, тощо.

При встановленні недбалого ставлення до військової служби у формі невиконання службових (посадових) обов'язків необхідно встановити, що винний зобов'язаний був вчинити ті дії, невиконання яких ставиться йому за вину. Військова службова особа може відповідати за недбале ставлення до військової служби лише у тому випадку, коли вона не тільки повинна була через свій службовий обов'язок виконати ті чи інші дії, але й могла, тобто мала реальну можливість виконати їх належним чином. Якщо військова службова особа перебувала у таких умовах, за яких не мала фактичної можливості належно виконати свої службові (посадові) обов'язки, то відповідальність за недбале ставлення до військової служби виключається. При цьому треба враховувати як об'єктивні, так і суб'єктивні фактори. Зокрема, зовнішні умови й обстановку, в якій доводилося виконувати обов'язки військовій службовій особі, дії вищестоящих командирів і начальників, а також дані, які характеризують особу винного, його кваліфікацію, професійну підготовку, тривалість перебування на посаді, яку обіймає, досвід та інші обставини кримінального провадження.

Даючи оцінку вказаним висновкам, суд касаційної інстанції вважає можливим, крім фактичних обставин, встановлених у цій справі, взяти до уваги обставини, які були встановлені органом досудового розслідування та судом у вирокі від 15.03.2021 (справа № 426/1211/17), ухваленим в порядку спеціального судового провадження щодо ОСОБА_117, ОСОБА_118 та ОСОБА_119, які визнані винуватими у вчиненні терористичного акту щодо збиття літака ІЛ-76МД.

Колегія суддів ВС, проаналізувавши вирок, вважає, що у пред'явленому обвинуваченні ОСОБА_1 взагалі не зазначено, шляхом прийняття яких управлінських рішень і надання яких відповідних розпоряджень для організації заходів забезпечення подолання протиповітряної оборони противника він мав би реальну можливість забезпечити належну ізоляцію аеродрому м. Луганськ для прийняття літаків транспортної авіації та їх захист від ураження наземними вогневими засобами противника і запобігти вчиненню терористичного акту.

У зазначений період військові частини (підрозділи) і військовослужбовці ЗСУ та інших військових формувань, які залучені до проведення АТО на території Донецької та Луганської областей, знаходилися в умовах безпосереднього зіткнення з противником (учасниками терористичних організацій «ДНР» і «ЛНР», їх воєнізованими і збройними формуваннями, які контролювалися та координувалися представниками влади РФ), перебували у стані наступального, оборонного та загальновійськового бою, а саме здійснювали погоджені і взаємопов'язані бої, удари, маневри, бойові і спеціальні дії з метою знешкодження (розгрому) противника, оволодіння важливими районами, їх утримання, безпосередньо застосовували військову зброю і техніку стосовно противника, а також військова зброя і техніка застосувалися противником. Тобто військовослужбовці ЗСУ та ІВФ, які залучені до проведення АТО на території Донецької та Луганської областей, перебували у бойовій обстановці.

Оцінюючи коло службових обов'язків генерал-майора ОСОБА_1 як начальника штабу АТО, першого заступника керівника АТО на території Донецької та Луганської областей, судом не надано належної оцінки тим обставинам, що розроблення Замислу, зазначеного в обвинуваченні, було обумовлено необхідністю прикриття державного

кордону України та утримання аеродрому м. Луганська, який перебував в оточенні незаконних збройних формувань. Вказаний Замисел був розроблений військовослужбовцями штабу АТО під керівництвом ОСОБА_1, затверджений керівником АТО ОСОБА_62. Для реалізації Замислу направлено запит до Генерального штабу ЗСУ, яким прийнято рішення про включення додаткових сил та засобів боротьби з тероризмом та видано відповідне розпорядження ВПС про переміщення цих засобів повітряним транспортом, а командиру підрозділу, який здійснював охорону та оборону аеродрому м. Луганська, розпорядження щодо необхідності забезпечення прийняття у підпорядкування вищевказаного зведеного підрозділу. Тобто виконання Замислу реалізовувалося різними органами управління та різними службовими особами, в тому числі вищестоящими командирами і начальниками. Тому висновок про те, що саме діями ОСОБА_1 не було скоординовано дій підрозділів ЗСУ, не забезпечено належної ізоляції аеродрому м. Луганська для прийняття літаків транспортної авіації і їх захисту від ураження наземними вогневими засобами противника, а також не припинено діяльності незаконних збройних груп (формувань), що призвело до вчинення терористичного акту, є неправильним.

Також слід враховувати, що злочин, передбачений ст. 425 КК, є злочином з матеріальним складом, який як обов'язкову ознаку об'єктивної сторони передбачає настання суспільно небезпечних наслідків вчиненого злочину – заподіяння істотної шкоди. Встановлення причинного зв'язку між самим діянням і суспільно небезпечними наслідками, що настали, є обов'язковим.

Висновок суду щодо винуватості ОСОБА_1 також є суперечливим з огляду на те, що, на думку обвинувачення, службова недбалість полягала у тому, що ОСОБА_1 не вжив заходів для забезпечення належної ізоляції аеродрому м. Луганська для прийняття літаків транспортної авіації та їх захисту від ураження наземними вогневими засобами противника. Однак судом встановлено, що тактична група «Славутич» була створена і виконувала бойові завдання із забезпечення оборони та ізоляції аеродрому м. Луганська. Рішення про направлення до складу тактичної групи додаткових сил і засобів, зокрема, щодо переміщення повітряним транспортом зведеної парашутно-десантної роти 25 ОПДБР, приймалося саме у зв'язку з її підсиленням та забезпеченням більшої ефективності покладених на неї завдань. Тобто у вироку наведені обставини, які фактично є взаємовиключними.

У справі щодо ОСОБА_117, ОСОБА_118 та ОСОБА_119 слідством та судом було встановлено, що ще 05.06.2014 керівникам так званої «ЛНР» стало відомо про факт передислокації додаткових сил і засобів антитерористичної операції у розташування аеропорту м. Луганська із можливістю використання військово-транспортної авіації. З метою подальшого захоплення аеропорту і переходу його під фактичний контроль так званої «ЛНР» було розроблено детальний план щодо повної ізоляції аеропорту м. Луганська, який включав цілий комплекс заходів з формування бойових груп, їх озброєння, розвідки, маскуванню. При розробці і реалізації плану були враховані можливість запобігання військовослужбовцями ЗСУ здійснення терористичного акту. Бойові групи, які були залучені до здійснення терористичного акту, розташовувалися в прихованих, охоронюваних засідках на відстані приблизно 8000–8500 метрів

у східному напрямку від злітно-посадкової смуги аеропорту м. Луганська. Командуванням ЗСУ, а також військовослужбовцями, особовим складом тактичної групи «Славутич», які забезпечували ізоляцію аеропорту м. Луганська, а також екіпажами літаків, які здійснювали перевезення військовослужбовців, вживалися всі можливі заходи для перешкоджання вчиненню терористичного акту, але вони виявилися неефективними.

Детальніше з текстом постанови ВС від 21.05.2021 у справі №185/12161/15-к (провадження № 51-6169км20) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97077743>

РОЗДІЛ 3. ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

3.1. Докази і доказування

3.1.1. Збирання та подання доказів у кримінальному провадженні є різними способами одержання доказової інформації з огляду на їх відмінну правову природу, а саме збирання доказів відбувається через інститут слідчих дій, а подання доказів здійснюється особою добровільно шляхом передачі слідчому, прокурору предметів або документів, які, на її думку, мають значення для кримінального провадження. Під час отримання предметів та документів, представлених особою для залучення їх до справи як докази, орган дізнання, слідчий або суд повинні допитати цю особу з метою з'ясування джерела та обставин їх отримання, потім здійснити огляд цих предметів або документів і процесуально зафіксувати їх отримання

Обставини справи: за вироком місцевого суду ОСОБА_1 засуджено за ч. 2 ст. 185 КК. Апеляційний суд указаний вирок залишив без зміни.

Як вбачається з матеріалів кримінального провадження, свідок ОСОБА_3 добровільно та за власною ініціативою надав слідчому диск із відеозаписом з камер відеоспостереження, на якому зафіксовано обставини вчинення кримінального правопорушення, який інкримінується ОСОБА_1. Під час досудового розслідування вказаний відеозапис було переглянуто свідком ОСОБА_3 за участю слідчого та понятих, про що було складено протокол демонстрації відеозапису. Суд першої інстанції безпосередньо дослідив вказаний доказ, а свідок ОСОБА_3 під час судового розгляду підтвердив факт добровільного надання слідчому диска з відеозаписом з камер спостереження.

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

Обґрунтування позиції ККС: збирання доказів, у тому числі й речових, відбувається через інститут слідчих дій. Відповідно до ч. 1 ст. 223 КПК саме слідчі (розшукові) дії є діями, спрямованими на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні.

У цьому контексті колегія суддів ККС зазначає, що відеозапис із місця події був вилучений не шляхом проведення слідчої дії, а шляхом збирання речових доказів, зокрема, подання відеодиска з копією відеозапису з місця події особою, яка не має зацікавленості в даній кримінальній справі. Правова природа подання доказів є іншою, ніж одержання їх шляхом проведення слідчих дій, оскільки подання доказів має наслідком їх отримання, що полягає у прийманні того, що надсилається, надається або вручається, тобто при отриманні певна особа добровільно передає, надає, представляє матеріали слідчому чи прокурору. При отриманні предметів та документів, представлених особою для залучення їх до справи як докази, орган дізнання, слідчий або суд повинні допитати особу, яка подає даний предмет чи документ, з метою з'ясування джерела та обставин їх отримання, потім здійснити огляд цих предметів або документів і процесуально зафіксувати їх отримання.

Судом першої інстанції встановлено, що слідчим СВ ГУНП було внесено відомості до ЄРДР.

Збирання доказів як початковий етап їх формування у даному кримінальному провадженні відбулося з дотриманням приписів кримінального процесуального законодавства.

Як вбачається з матеріалів кримінального провадження, свідок ОСОБА_3 добровільно та за власною ініціативою надав слідчому зазначений диск з відеозаписом з камер відеоспостереження. Зазначений факт свідок ОСОБА_3 підтвердив під час його допиту в суді першої інстанції.

Колегія суддів ККС погоджується з апеляційним судом про відсутність правових підстав, вважати, що зазначений відеозапис із камер спостереження, який був переглянутий судом першої інстанції в судовому засіданні, є недопустимим доказом, оскільки диск із відеозаписом добровільно надав свідок ОСОБА_3, факт чого останній безпосередньо підтвердив у судовому засіданні, а тому надання цього диска з відеозаписом безпосередньо свідком, не можна вважати порушенням вимог ст. 93 КПК, оскільки сторона обвинувачення здійснює збирання доказів шляхом, у тому числі, отримання від фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій, передбачених цим Кодексом.

Детальніше з текстом постанови ВС від 19.05.2021 у справі № 204/4521/18 (провадження № 51-5165км20) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97134877>

3.1.2. Залучення експертом іншого спеціаліста для консультації з питань, що поставлені перед експертом для дослідження, без процесуального рішення слідчого не є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону в аспекті ст. 412 КПК і автоматично не зумовлює визнання висновку експерта недопустимим доказом

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за вироком місцевого суду ОСОБА_1 засуджено за ч. 1 ст. 121 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк 6 років.

Апеляційний суд указаний вирок залишив без зміни.

У матеріалах кримінального провадження є висновок судово-медичної експертизи, який було надано, зокрема, на підставі дослідження експертом рентгенологічного знімка кісток черепа потерпілого, що був наданий клінічною лікарнею, який захисник у кримінальному провадженні просить визнати недопустимим доказом.

Позиція ККС: залишено без зміни рішення судів попередніх інстанцій.

Обґрунтування позиції ККС: колегія суддів ККС відхилила доводи захисника про те, що висновок судово-медичної експертизи містить суперечності, які не були усунуті судами попередніх інстанцій, а отже, є недопустимим доказом, оскільки вказані доводи перевірялися судом апеляційної інстанції та обґрунтовано визнані безпідставними. Зокрема, апеляційний суд зазначив, що цей висновок експерта був досліджений судом першої інстанції відповідно до вимог статей 95–97 КПК та оцінений у сукупності з іншими доказами. В апеляційного суду не виникло будь-яких сумнівів з приводу достовірності та обґрунтованості даного експертного висновку, з чим погоджується

і колегія суддів. Істотних суперечностей між висновком експерта та фактичними обставинами, встановленими судом, немає.

Апеляційний суд перевіряв довід захисника про те, що судовий експерт усупереч вимогам кримінального процесуального закону самостійно витребував з обласної лікарні додаткові матеріали – протокол рентгенологічного дослідження. Як убачається з матеріалів кримінального провадження, судово-медичну експертизу щодо ОСОБА_2 на підставі постанови старшого слідчого провів лікар – судово-медичний експерт ОСОБА_4, який дав направлення ОСОБА_2 до лікаря-рентгенолога з приводу опису рентгенологічних знімків.

ККС не вважає, що, врахувавши думку лікаря-рентгенолога, який підтвердив наявність у потерпілого перелому кісток склепіння черепа, експерт діяв усупереч приписам ч. 4 ст. 69 КПК і збирав докази за власною ініціативою. Отже, у даному випадку залучення експертом для консультації іншого спеціаліста без процесуального рішення слідчого не є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону в аспекті ст. 412 КПК і автоматично не тягне за собою визнання експертного дослідження недопустимим доказом.

Також слід зазначити, що судово-медичного експерта ОСОБА_4 було попереджено про відповідальність за відмову чи ухилення від надання висновку, за надання завідомо неправдивого висновку за статтями 384, 385, 387 КК. Підстав для сумніву в компетентності або неупередженості експерта судами нижчих інстанцій не встановлено, не наведено таких і в касаційній скарзі.

Детальніше з текстом постанови ВС від 18.05.2021 у справі № 278/2038/17 (провадження № 51-1709км19) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97220615>

Аналогічна правова позиція висловлена у постанові ВС від 11.05.2021 у справі № 711/2233/18 (провадження № 51-6766км18), з якою можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97005616>

3.2. Слідчі (розшукові) дії

3.2.1. Для захисту прав особи, якій повідомлено про підозру у вчиненні особливо тяжкого злочину, одразу після вручення такого повідомлення залучається захисник (ч. 1 ст. 52 КПК). При цьому обов'язковою є участь захисника під час усіх слідчих дій, які проводяться за участю підозрюваного з метою запобігання порушенню права останнього на захист. Разом з тим КПК не вимагає обов'язкової участі захисника під час проведення слідчих дій, до участі в яких не залучається підозрюваний, оскільки проведення таких слідчих дій не порушує прав останнього. З огляду на те, що такі слідчі дії, як пред'явлення речей до впізнання потерпілим, проводилися лише за участю потерпілих у присутності понятих і без участі підозрюваного, участь захисника в таких слідчих діях не є обов'язковою

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

Апеляційний суд скасував вказаний вирок у частині призначеного ОСОБА_1 покарання та ухвалив новий вирок.

У касаційній скарзі ОСОБА_1 вказував на незалучення органом досудового розслідування захисника засудженому під час затримання, пред'явлення потерпілим речей для впізнання та проведення слідчого експерименту, що порушило право на захист ОСОБА_1.

Позиція ККС: залишено без зміни рішення судів попередніх інстанцій.

Обґрунтування позиції ККС: колегія суддів ККС визнала необґрунтованими твердження засудженого щодо допущеного органом досудового розслідування порушення його права на захист під час пред'явлення потерпілим речей для впізнання з огляду на таке.

Аналізуючи ч. 1 ст. 52 КПК, ККС дійшов висновку, що для захисту прав особи, якій повідомлено про підозру у вчиненні особливо тяжкого злочину, одразу після вручення такого повідомлення залучається захисник. При цьому обов'язковою є участь захисника під час усіх слідчих дій, які проводяться за участі підозрюваного з метою запобігання порушенню права останнього на захист. Разом з тим КПК не вимагає обов'язкової участі захисника під час проведення слідчих дій, до участі в яких не залучається підозрюваний, оскільки проведення таких слідчих дій не порушує прав останнього.

На підставі наведеного вище, оскільки такі слідчі дії, як пред'явлення речей до впізнання потерпілим, проводилися лише за участі потерпілих у присутності понятих і без участі підозрюваного, тому й участь захисника в таких слідчих діях не є обов'язковою.

Детальніше з текстом постанови ВС від 15.04.2021 у справі № 227/641/18 (провадження № 51-5051км20) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96406913>

3.2.2. Основною метою обшуку як слідчої дії є відшукання певних предметів чи відомостей, встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб. При цьому обшук у будь-якому випадку пов'язаний із проникненням до житла чи іншого володіння особи. Огляду як слідчій дії також властиві певні ознаки, притаманні обшуку, зокрема, він спрямований на виявлення та фіксацію певних відомостей про кримінальне правопорушення. Однак огляд не завжди пов'язаний із проникненням до житла чи іншого володіння особи, а тому не завжди призводить до втручання у право на недоторканість житла чи іншого володіння особи

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за вироком місцевого суду ОСОБА_1 та ОСОБА_2 визнані винуватими у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 187 КК.

Апеляційний суд вказаний вирок залишив без зміни.

З матеріалів кримінального провадження вбачається, що огляд місця події було проведено в приміщенні ломбарду. Слідчим було оглянуто виключно зовнішній вигляд ломбарду та зафіксовано, що потерпілий ОСОБА_3, який перебував у приміщенні ломбарду зі своїм батьком, викупив мобільний телефон, який, за словами потерпілого, належав йому і був у нього викрадений. Захисник у касаційній скарзі стверджує, що огляд місця події, проведений в приміщенні ломбарду, за результатами якого було

складено протокол, було здійснено без ухвали слідчого судді та дозволу власника, тому протокол та вилучені речі під час цієї слідчої дії потрібно визнати недопустимими доказами.

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

Обґрунтування позиції ККС: колегія суддів визнала безпідставними доводи захисту про порушення під час проведення огляду місця події в приміщенні ломбарду.

Ураховуючи положення статей 233, 234, 237 КПК, колегія суддів ККС доходить висновку, що основною метою обшуку як слідчої дії є саме відшукання певних предметів чи відомостей, встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб. При цьому обшук у будь-якому випадку пов'язаний із проникненням до житла чи іншого володіння особи. Огляду як слідчій дії також властиві певні ознаки, притаманні обшуку, зокрема, він спрямований на виявлення та фіксацію певних відомостей про кримінальне правопорушення. Однак огляд не завжди пов'язаний із проникненням до житла чи іншого володіння особи, а тому не завжди спричиняє втручання у право на недоторканість житла чи іншого володіння.

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, огляд місця події у приміщенні ломбарду проводився у загальнодоступному місці, доступ до нього був вільний, проникнення до приміщень, доступ до яких будь-яким чином обмежений, не здійснювалося і відшукання предметів чи відомостей не проводилося.

Детальніше з текстом постанови ВС від 26.05.2021 у справі № 761/12614/20 (провадження № 51-1154км21) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97286175>

3.3. Провадження за нововиявленими або виключними обставинами

3.3.1. Нескладання присяги суддями обласного суду та суддями Верховного Суду України, які розглядали справу щодо засудженого, не вважається нововиявленою обставиною з огляду на те, що відповідно до Закону України «Про статус суддів», що був чинним на момент ухвалення судових рішень стосовно нього, не передбачалося процедури повторного складання присяги суддями, які її прийняли до набрання чинності вказаним законом, а раніше обрані судді до присяги не приводилися, ураховуючи відсутність такої вимоги у Законі України «Про статус суддів» та принцип незворотності закону в часі

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за вироком обласного суду від 14.12.1999 ОСОБА_1 засуджено за пунктами «а», «г», «е», «з», «і» ст. 93, ч. 2 ст. 86, ч. 2 ст. 140, ч. 3 ст. 193, ст. 208, ст. 42 КК 1960 р. до смертної кари – розстрілу з всього належного йому майна.

За ухвалою ВСУ від 30.05.2000 вказаний вирок змінив. Призначене ОСОБА_1 за пунктами «а», «г», «е», «з», «і» ст. 93 КК 1960 р. покарання у вигляді смертної кари – розстрілу замінив на покарання у виді довічного позбавлення волі з конфіскацією всього належного йому майна. На підставі ст. 42 цього Кодексу ухвалив вважати ОСОБА_1 засудженим за пунктами «а», «г», «е», «з», «і» ст. 93, ч. 2 ст. 86, ч. 2 ст. 140,

ч. 3 ст. 193, ст. 208 КК 1960 р. до довічного позбавлення волі з конфіскацією всього належного йому майна. У решті вирок залишено без зміни.

За ухвалою місцевого суду від 09.04.2020 залишено без задоволення заяви ОСОБА_1 від 21.11.2017 і 27.11.2017 та від 23.03.2020 про перегляд за нововиявленими обставинами вироку обласного суду від 14.12.1999 щодо нього.

Апеляційний суд ухвалою від 21.05.2020 ухвалу місцевого суду залишив без зміни.

У касаційній скарзі засуджений просить скасувати ухвали цих судів і призначити новий розгляд у суді першої інстанції. Зазначає, що місцевим судом не взято до уваги, зокрема, те, що на час постановлення вироку обласного суду від 14.12.1999 йому не було відомо, що це рішення підписане іншим складом суду, ніж той, що брав участь під час розгляду справи. Вказує на те, що судді ОСОБА_4 та ОСОБА_7 не склали присягу державі Україна.

Позиція ККС: залишено без зміни рішення судів попередніх інстанцій.

Обґрунтування позиції ККС: визнаючи вказані вище доводи у касаційній скарзі засудженого необґрунтованими, колегія суддів ККС вказує на таке. У своїх заявах ОСОБА_1 про перегляд за нововиявленими обставинами вироку обласного суду від 14.12.1999 вказував на нововиявлену обставину, про яку йому не було відомо, а саме, що у вересні 2017 р. він дізнався про те, що судді обласного суду ОСОБА_4 і ОСОБА_5, та судді ВСУ ОСОБА_6, ОСОБА_7 і ОСОБА_8, які розглядали справу щодо нього, не склали письмової присяги судді України, а тому ці судді винесли завідомо неправосудні рішення.

Перевіривши обставини, на які посилався засуджений, суд першої інстанції, з дотриманням вимог статей 459, 466, 467 КПК належним чином умотивувавши своє рішення, дійшов правильного висновку, що обставини, на які посилається у своїх заявах засуджений ОСОБА_1 як на підстави скасування вироку обласного суду за нововиявленими обставинами, не є нововиявленими в розумінні вимог ч. 2 ст. 459 КПК. Судове рішення суду першої інстанції відповідає вимогам ст. 370 КПК.

Так, відповідно до ст. 10 Закону «Про статус суддів» від 15.12.1992 № 2862-XII вперше обраний суддя в урочистій обстановці приймає присягу. Вказаною нормою не передбачено повторної присяги суддів, які її прийняли до прийняття вказаного Закону. Крім того, відповідно до п. 12 Перехідних положень Конституції України від 28.06.1996 судді всіх судів України, обрані чи призначені до дня набуття чинності Конституцією, продовжують здійснювати свої повноваження згідно з чинним законодавством до закінчення строку, на який вони обрані чи призначені.

Також до набрання чинності Законом «Про статус суддів» від 15.12.1992 № 2862-XII, яким було передбачено прийняття присяги вперше обраним суддею та визначено зміст такої присяги, раніше обрані судді до присяги не приводилися з огляду на відсутність такої вимоги у зазначеному Законі та принцип незворотності закону в часі.

Колегія суддів установила, що судді обласного суду ОСОБА_4 і ОСОБА_5, які ухвалили вирок стосовно ОСОБА_1, та судді ВСУ ОСОБА_6, ОСОБА_7 і ОСОБА_8, які брали участь у перегляді вироку стосовно нього, були обрані до дня набуття чинності Конституцією України і здійснювали свої повноваження відповідно до вказаних вимог Конституції України.

Детальніше з текстом постанови ВС від 20.04.2021 у справі № 175/4663/17 (провадження № 51-4267км20) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96545036>

3.3.2. Ураховуючи формулювання ч. 4 ст. 353 КПК 1960 р., якою передбачено дискреційні повноваження апеляційного суду у разі розгляду клопотання про відновлення пропущеного строку на апеляційне оскарження, такий апеляційний суд може прийняти одне з двох рішень, а саме залишити ухвалу місцевого суду без зміни, а апеляційну скаргу – без задоволення або скасувати ухвалу місцевого суду та відмовити у задоволенні клопотання про відновлення строку на апеляційне (касаційне) оскарження.

Апеляційний суд законодавчо наділений повноваженнями відновити пропущений строк на апеляційне (касаційне) оскарження, здійснивши оцінку підстав для відновлення пропущеного строку та вирішивши питання про відновлення вказаного строку чи про відмову в його відновленні (ч. 5 ст. 353 КПК 1960 р.).

Висновок апеляційного суду про те, що засуджений скористався своїм правом на подачу касаційної скарги, під час розгляду якої була дотримана належна правова процедура щодо забезпечення касаційного оскарження, є обґрунтованим, якщо упродовж більше одинадцять років засуджений та його захисник (захисники) не порушували питання щодо перегляду (оскарження) судових рішень з урахуванням тих доводів, про які ними повідомлялося раніше у численних клопотаннях

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за ухвалою місцевого суду від 05.06.2020 задоволено клопотання захисника та відновлено засудженому ОСОБА_1 строк на касаційне оскарження вироку міського суду від 08.08.2000, яким він засуджений за пунктами «а», «з», «і» ст. 92, ч. 2 ст. 142, ч. 2 ст. 17, ч. 2 ст. 143, частинами 1, 3 ст. 194 КК у редакції 1960 р. до довічного позбавлення волі та передано матеріали кримінальної справи для виконання вимог статей 351, 389 КПК у редакції 1960 р.

За ухвалою апеляційного суду від 07.10.2020 задоволено апеляційну скаргу прокурора, скасовано ухвалу місцевого суду від 05.06.2020 та відмовлено у задоволенні клопотання захисника про відновлення засудженому ОСОБА_1 строку на касаційне оскарження вироку місцевого суду від 08.08.2000 щодо ОСОБА_1.

У касаційній скарзі захисник вказує на те, що апеляційний суд усупереч вимогам ч. 1 ст. 365 КПК 1960 р. вийшов за межі апеляційної скарги прокурора та із власної ініціативи перевірів обставину щодо неповідомлення належним чином у встановленому законом порядку засудженого ОСОБА_1 і його захисника про день та час касаційного розгляду вироку місцевого суду від 08.08.2000 у ВСУ і дійшов протилежного висновку порівняно з рішенням місцевого суду про те, що засуджений ОСОБА_1 був обізнаний про призначення касаційного розгляду на 26.04.2001.

Також, на переконання захисника, апеляційний суд, скасовуючи ухвалу місцевого суду, виніс рішення, яке суперечить вимогам ч. 5 ст. 353 КПК 1960, яка не надає суду апеляційної інстанції повноважень скасувати ухвалу місцевого суду про відновлення процесуального строку, а лише надає можливість здійснити апеляційний перегляд оскаржених постанови судді чи ухвали суду про відмову особі у відновленні

пропущеного строку на апеляційне оскарження та у разі скасування вказаних вище рішень, визнати апеляцію такою, що підлягає розгляду, з подальшим поверненням справи до суду першої інстанції для виконання вимог ст. 351 КПК 1960 р.

Позиція ККС: залишено без зміни ухвали апеляційного суду.

Обґрунтування позиції ККС: колегія суддів ККС визнала безпідставними доводи, викладені у касаційній скарзі захисника, про винесення апеляційним судом ухвали про відмову у задоволенні його клопотання щодо поновлення строку на касаційне оскарження вироку місцевого суду від 08.08.2000 щодо ОСОБА_1 з порушенням вимог ч. 5 ст. 353 КПК 1960 р.

Виходячи із системного аналізу ст. 383, п. 3 ч. 2 ст. 347, частин 4, 5 ст. 353 КПК 1960 р., слід дійти висновку про те, що законодавець не встановлює перед апеляційним судом таких обмежень (перегляд інших постанов (ухвал), які перешкоджають подальшому провадженню) щодо перегляду рішень суду, як для касаційного суду, а навпаки, перегляд апеляційним судом ухвал, постанов місцевого суду про відновлення пропущеного строку або відмову у його відновленні і визнанні апеляції такою, що не підлягає розгляду, прямо регламентовано ч. 5 ст. 353 КПК 1960 р.

При цьому законодавець наділив апеляційний суд повноваженнями, закріпленими у ст. 366 КПК 1960 р., відповідно до п. 2 ч. 2 цієї статті апеляційний суд за результатами розгляду апеляції на рішення, зазначені у ч. 2 ст. 347 цього Кодексу, має право постановити свою ухвалу та скасувати повністю чи частково ухвалу чи постанову суду першої інстанції.

ККС звертає увагу на те, що законодавець використав у диспозиції ч. 5 ст. 353 КПК 1960 р. формулювання «... суд апеляційної інстанції, який має право своєю ухвалою відновити пропущений строк...». Така юридична конструкція свідчить про дискреційні повноваження апеляційного суду, а не про категоричний припис безальтернативно виносити лише один вид судового рішення – про відновлення пропущеного строку.

Отже, оскільки ч. 4 ст. 353 КПК 1960 р. передбачено розгляд апеляційним судом як рішення місцевого суду про відновлення строку на апеляційне (касаційне) оскарження, так і відмову у відновленні строку на таке оскарження, тому апеляційний суд відповідно має право прийняти два рішення: 1) залишити ухвалу місцевого суду без зміни, а апеляційну скаргу – без задоволення; 2) скасувати ухвалу місцевого суду та відмовити у задоволенні клопотання про відновлення строку на апеляційне (касаційне) оскарження.

Рішення апеляційного суду про відмову у задоволенні клопотання особи щодо відновлення строку на апеляційне (касаційне) оскарження не потребує виконання вимог ст. 351 КПК 1960 р., а тому законодавцем у ч. 5 ст. 353 цього Кодексу така вимога і не зазначена.

Таким чином, надавши апеляційному суду право своєю ухвалою відновити пропущений строк, законодавець тим самим надав суду апеляційної інстанції повноваження оцінювати, чи є підстави для відновлення пропущеного строку, а отже, повноваження вирішувати, чи відновлювати цей строк, чи відмовляти у його відновленні.

З огляду на це, формулювання у ч. 5 ст. 353 КПК 1960 р. про право апеляційного суду відновити пропущений строк означає, що питання стосується того, чи є підстави для такого поновлення, а отже, передбачає повноваження суду апеляційної інстанції як відновити пропущений строк, так і винести рішення про відмову у його поновленні.

Таким чином, апеляційний суд, приймаючи рішення про скасування ухвали місцевого суду, якою було задоволено клопотання захисника щодо відновлення засудженому ОСОБА_1 строку на касаційне оскарження вироку міського суду від 08.08.2000 щодо останнього, та, відмовляючи у поновленні такого строку, підставно виніс відповідну ухвалу, яка відповідає вимогам КПК 1960 р.

Доводи у касаційній скарзі захисника про те, що апеляційний суд усупереч вимог ч. 1 ст. 365 КПК 1960 р. вийшов за межі апеляції прокурора, є безпідставними з огляду на нижченаведене.

Виходячи із системного аналізу ч. 4 ст. 386, ст. 353 КПК 1960 р. під поважними причинами слід розуміти лише ті обставини, які були чи є об'єктивно непереборними, тобто не залежать від волевиявлення особи, пов'язані дійсно з істотними обставинами, перешкодами чи труднощами, що унеможливлювали своєчасне звернення до суду у визначений законом строк. У кожній справі суди мають перевірити, чи наводить особа, яка заявляє клопотання про поновлення строків на оскарження судового рішення, такі підстави.

Як убачається з матеріалів справи, не погоджуючись із ухвалою місцевого суду про задоволення клопотання захисника щодо поновлення строку на касаційне оскарження вироку місцевого суду від 08.08.2000 щодо ОСОБА_1, прокурор оскаржив це рішення в апеляційному порядку з підстав того, що місцевий суд за відсутності поважних причин пропуску встановленого законом строку безпідставно задовольнив клопотання сторони захисту та відновив засудженому ОСОБА_1 строк на касаційне оскарження вироку міського суду від 08.08.2000.

Апеляційний суд здійснив перегляд справи в межах апеляції прокурора, у тому числі щодо доводів про безпідставні твердження сторони захисту щодо неповідомлення ВСУ захисника та засудженого про дату та час касаційного розгляду та здійснення розгляду касаційних скарг без участі засудженого ОСОБА_1 та його захисника, при цьому ретельно перевірів матеріали кримінальної справи щодо ОСОБА_1 та інших і дійшов до умотивованих висновків про необхідність відмови у поновленні строку на касаційне оскарження.

Як правильно встановив апеляційний суд, з посиланням на матеріали кримінальної справи, засуджений ОСОБА_1 відповідно до вимог чинного кримінально-процесуального законодавства оскаржив постановлений щодо нього 08.08.2000 вирок у касаційному порядку, подавши касаційну скаргу 04.09.2000. У подальшому 07.09.2000 місцевий суд повідомив усім учасникам справи про надходження касаційних скарг засуджених та захисників на вирок від 08.08.2000. При цьому 04.12.2020 засуджений подав доповнення до апеляційної скарги.

Починаючи з 09.08.2000 ОСОБА_1 направив до міського суду низку клопотань про ознайомлення з матеріалами кримінальної справи та протоколами судових засідань, на підставі яких постановою судді місцевого суду від 04.01.2001 йому було встановлено

графік ознайомлення з матеріалами кримінальної справи протягом чотирьох днів. Надалі, як убачається із матеріалів кримінальної справи, ознайомлення ОСОБА_1 з матеріалами справи розпочалося 14.12.2000, тривало до 25.01.2001 та було припинено згідно з постановою суду від 04.01.2001. З цієї ж підстави в подальшому не були задоволені клопотання засудженого щодо додаткового ознайомлення з матеріалами справи. При цьому 05.03.2001 ОСОБА_1 направив до суду заяву, в якій зазначив, що на підставі ст. 353 КПК 1960 р. відкликає касаційну скаргу від 03.09.2020 та доповнення до неї від 04.12.2020, просив повернути йому ці скарги та не вважати пропущеним строк на касаційне оскарження. Крім того, повідомив, що касаційна скарга буде направлена на адресу ВСУ після перерахування його за цією інстанцією. У заявах від 05.03. та 13.03.2001 ОСОБА_1 просив повернути йому лише доповнення до касаційної скарги у тому випадку, якщо повернення первинної касаційної скарги призведе до зупинення строку касаційного оскарження.

Крім того, як було встановлено апеляційним судом, у матеріалах кримінальної справи знаходяться численні скарги засудженого ОСОБА_1 з приводу незаконного, на його думку, засудження, які були адресовані правоохоронним органам та Уповноваженому ВР з прав людини і в подальшому були направлені до ВСУ.

Також, як правильно було встановлено судом апеляційної інстанції, щодо обізнаності ОСОБА_1 про призначення касаційного розгляду на 26.04.2001 свідчить зміст його заяви від 03.04.2001, в якій він просив перенести розгляд справи на більш тривалий термін, але не з підстав того, що він бажає подати доповнення до касаційної скарги або з метою забезпечення його участі в касаційному розгляді, бо у справі такі клопотання відсутні, а з інших підстав, які не пов'язані з процедурою касаційного розгляду. Врешті ухвалою ВСУ від 26.04.2001 року касаційні скарги засуджених та їх захисників, у тому числі засудженого ОСОБА_1 та його захисника, були залишені без задоволення, а вирок суду від 08.08.2000 без змін, копія якої 11.05.2001 була направлена до СІЗО для вручення ОСОБА_1, і в подальшому на неодноразові скарги і звернення засудженого, йому направлялися в копіях як вирок міського суду, так і ухвала ВСУ.

При цьому, як правильно вказав суд апеляційної інстанції, протягом більше ніж одинадцяти років ОСОБА_1 або його захисником (захисниками) не порушувалися питання щодо перегляду (оскарження) судових рішень з урахуванням тих доводів, про які повідомив у клопотанні захисник у липні 2019, тобто через вісімнадцять років від дати прийняття рішення судом касаційної інстанції. На підставі наведеного вище, апеляційний суд обґрунтовано погодився з доводами в апеляції прокурора та дійшов до умотивованого висновку про те, що засуджений ОСОБА_1 скористався своїм правом на подачу касаційної скарги, при розгляді якої була дотримана належна правова процедура щодо забезпечення касаційного оскарження.

Наведені висновки узгоджуються з позицією ЄСПЛ у рішеннях від 03.04.2008 у справі «Пономарьов проти України» та від 29.10.2015 у справі «Устименко проти України», на яку послався у своєму рішенні апеляційний суд та відповідно до якої одним із основних аспектів верховенства права є принцип правової визначеності, яка передбачає дотримання принципу «*res judicata*», тобто принципу остаточності рішення,

згідно з яким жодна зі сторін не має права домагатися перегляду остаточного і обов'язкового рішення лише з метою повторного слухання справи і постановлення нового рішення. Відхід від цього принципу можливий лише коли він зумовлений особливостями і непереборними обставинами.

Аналогічний висновок був зроблений ККС в ухвалі від 12.04.2018 у справі № 596/681/17 (провадження № 51-1804км18), відповідно до якого порядок розгляду клопотання про відновлення строку на апеляційне (касаційне) оскарження «в судовому засіданні судом, який розглядав справу», передбачений ч. 3 ст. 353 КПК 1960, з огляду на положення ч. 2 ст. 353, ч. 4 ст. 386 КПК 1960 р. є обов'язковим лише, якщо апеляційну (касаційну) скаргу подає особа, яка має право на апеляційне (касаційне) оскарження. До числа таких осіб не належать особи, які реалізували своє право на апеляційне (касаційне) оскарження, тобто чії апеляційні (касаційні) скарги вже були розглянуті по суті відповідним судом в установленому законом порядку.

Враховуючи наведене вище та дослідивши матеріали кримінальної справи щодо ОСОБА_1 та інших, апеляційний суд дійшов обґрунтованого висновку про те, що захисник у своєму клопотанні фактично порушила питання про відновлення строку на повторне касаційне оскарження вироку, що не передбачено нормами КПК 1960 р.

Також, як на додаткову підставу для відмови у поновленні засудженому ОСОБА_1 строку на касаційне оскарження вироку місцевого суду від 08.08.2000 апеляційний суд послався на те, що після набрання вищевказаним вироком законної сили, захист інтересів ОСОБА_1 здійснювали: захисник 1, який в інтересах останнього ще у 2013 р. звертався до ВСУ із заявою про перегляд ухвали суду касаційної інстанції з підстав неоднакового застосування судом одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно-небезпечних діянь, у задоволенні якої постановою судової палати у кримінальних справах ВСУ від 23.05.2013 було відмовлено; а також захисник 2, який в інтересах засудженого 14.08.2013 звернувся до апеляційного суду із заявою про перегляд вироку місцевого суду від 08.08.2000 щодо ОСОБА_1 за нововиявленими обставинами, яку ухвалою цього суду було залишено без задоволення, та дійшов до умотивованого висновку про відсутність достатніх підстав вважати, що з 2001 р. до часу звернення захисника у липні 2019 р. з клопотанням про відновлення ОСОБА_1 строку не були відомі обставини, на які посилається засуджений у визначені законом строки та у процесуальний спосіб не міг використати можливості касаційного оскарження вироку суду.

Отже, апеляційний суд відповідно до вимог ст. 365 КПК 1960 р. здійснив перевірку ухвали місцевого суду за апеляцією прокурора в межах доводів цієї скарги, та умотивовано визнав висновки місцевого суду щодо наявності підстав для відновлення пропущеного стороною захисту строку на касаційне оскарження необґрунтованими, навівши відповідні й докладні мотиви своїх висновків. З такими висновками погоджується і колегія суддів ККС.

Детальніше з текстом ухвали ККС від 18.05.2021 у справі № 757/36737/19-к (провадження № 51-5492км20) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97220628>

3.4. Видача осіб, які вчинили кримінальне правопорушення (екстрадиція)

3.4.1. Ухвала суду апеляційної інстанції, якою залишено без зміни ухвалу слідчого судді місцевого суду про скасування постанови прокурора про видачу (екстрадицію) особи, яка вчинила кримінальне правопорушення на території іноземної держави, може бути оскаржено у касаційному порядку лише прокурором у порядку, визначеному ст. 591 КПК, з мотивів неправильного застосування судом норм міжнародних договорів України, якщо скасування рішення про видачу (екстрадицію) перешкоджає подальшому провадженню щодо особи, видача якої запитувалася іноземною державою. При цьому неправильне застосування норми міжнародного права може мати місце у випадках, коли судом не було застосовано норми міжнародного права, яка підлягала застосуванню, або, навпаки, суд застосував норму міжнародного права, яка не підлягала застосуванню, або коли судом було надано неправильне тлумачення норми міжнародного права.

Під час прийняття рішення про можливість екстрадиції може виникнути конфлікт зобов'язань, передбачених різними міжнародними Конвенціями. Заборона на видачу особи за міжнародним правом щодо біженців і прав людини має переважну силу перед зобов'язанням провести екстрадицію. При цьому пріоритет зобов'язань з прав людини не залежить від наявності конкретних положень про це в договорі, яким установлюється зобов'язання про екстрадицію. Перевага цих зобов'язань перед зобов'язаннями за договорами про екстрадицію обумовлена їхньою правовою природою і місцем в ієрархії міжнародного правопорядку. На відміну від договорів, що створюють винятково суб'єктивні, взаємні права й обов'язки між Державами, акти з прав людини і захисту біженців установлюють особливий правопорядок, що включає об'єктивні зобов'язання захищати права людини.

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за ухвалою слідчого судді місцевого суду задоволено скаргу в інтересах ОСОБА_1 та скасовано постанову Генерального прокурора про видачу (екстрадицію) громадянина РФ ОСОБА_1 для притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 210 КК РФ.

Апеляційний суд вказав ухвалу залишив без зміни.

Прокурор у своїй касаційній скарзі зазначив, що суд апеляційної інстанції неправильно дійшов висновку про те, що звернення ОСОБА_1 до органів ДМС про визнання останнього біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, є підставою для скасування постанови про його видачу, оскільки відповідно до норм Європейської конвенції про видачу правопорушників 1957 р. та Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 р. не передбачено такої підстави для відмови у видачі, як наявність статусу біженця в особи, видача якої запитується, а тим більше намірів отримати такий статус, як у випадку екстрадиційного провадження щодо ОСОБА_1.

Позиція ККС: залишено без зміни рішення судів попередніх інстанцій.

Обґрунтування позиції ККС: у ст. 591 КПК визначено порядок оскарження рішення про видачу особи (екстрадицію). Зокрема, у ч. 7 вказаної статті зазначено, що ухвала суду апеляційної інстанції може бути оскаржена в касаційному порядку лише прокурором. При цьому, за змістом цієї норми, єдиною підставою такого оскарження

є неправильне застосування судом норм міжнародних договорів України, якщо скасування рішення про видачу (екстрадицію) перешкоджає подальшому провадженню щодо особи, видача якої запитувалася іноземною державою. Неправильне застосування норми міжнародного права може мати місце у випадках, коли судом не було застосовано норми міжнародного права, яка підлягала застосуванню, або, навпаки, суд застосував норму міжнародного права, яка не підлягала застосуванню, або коли судом було надано неправильне тлумачення норми міжнародного права.

Колегія суддів ККС визнала доводи прокурора в частині неправильного застосування апеляційним судом норм міжнародних договорів України необґрунтованими з огляду на таке.

Приймаючи рішення про можливість екстрадиції, Україна як запитувана Держава може зіштовхнутися з конфліктом зобов'язань (як у цій справі). З одного боку, обов'язок провести екстрадицію впливає з двосторонньої чи багатосторонньої угоди про екстрадицію, стороною якої є запитувана Держава і Держава, що подає запит, чи відповідно до положень міжнародних або регіональних актів, що встановлюють обов'язок провести екстрадицію чи законне переслідування. У відносинах між Україною та РФ з питань видачі осіб (екстрадиції) діють Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 р. та Протокол до цієї Конвенції 1997 року, а також Європейська конвенція про видачу правопорушників 1957 р. Додатковий протокол 1975 року, Другий додатковий протокол 1978 р. та Четвертий додатковий протокол 2012 р. до цієї Конвенції.

З іншого боку, Україна як запитувана Держава пов'язана своїми зобов'язаннями щодо невидворення відповідно до міжнародного права стосовно біженців і прав людини, що виключає екстрадицію біженця чи шукача притулку в Державу, що подає запит, на розглянутих умовах. У таких ситуаціях відповідно до усталеної міжнародної практики заборона на видачу особи за міжнародним правом щодо біженців і прав людини має переважну силу перед зобов'язанням провести екстрадицію. При цьому пріоритет зобов'язань з прав людини не залежить від наявності конкретних положень про це в договорі, яким установлюється зобов'язання про екстрадицію. Скоріше, перевага цих зобов'язань перед зобов'язаннями за договорами про екстрадицію обумовлена їхньою правовою природою і місцем в ієрархії міжнародного правопорядку. На відміну від договорів, що створюють винятково суб'єктивні, взаємні права й обов'язки між Державами, акти з прав людини і захисту біженців установлюють «особливий правопорядок, що включає об'єктивні зобов'язання захищати права людини».

Вказане впливає зі ст. 103, а також ст. 55 (с) і ст. 56 Статуту ООН від 26.06.1945 зі змінами та доповненнями, згідно з якими перевага надається зобов'язанням за Статутом над зобов'язаннями, що впливають з інших міжнародних договорів. Крім того, члени ООН зобов'язуються вживати як спільні, так і самостійні заходи для досягнення цілей ООН, включаючи загальну повагу і дотримання прав людини й основоположних свобод для усіх без винятку, незалежно від їх раси, статі, мови та релігії.

Слід звернути увагу, що принцип невисилання, що знайшов своє втілення у ст. 3 Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських чи принизливих видів поводження і покарання 1984 р., поширюється на всіх людей, які знаходяться під юрисдикцією держави, у тому числі біженців, осіб, які потребують додаткового захисту, шукачів захисту та інших категорій осіб. Більше того, ця норма не допускає виключень.

У законодавстві України принцип невисилання закріплений у ст. 3 Закону від 08.07.2011 № 3671-VI «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту» (далі – Закон № 3671-VI).

Україна надає захист іноземним громадянам і особам без громадянства, які його шукають на її території, у порядку, визначеному Законом № 3671-VI, шляхом: визнання біженцем; визнання особою, яка потребує додаткового захисту; визнання особами, які потребують тимчасового захисту.

Згідно з ч. 4 ст. 590 КПК рішення про видачу особи (екстрадицію) не може бути прийнято, якщо така особа подала заяву про визнання її біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, чи скористалася відповідно до законодавства правом на оскарження рішення щодо зазначених статусів, до остаточного розгляду заяви, у порядку, встановленому законодавством України. Інформація про подання особою зазначених заяв або оскарження відповідних рішень не надається іноземній державі, що надіслала запит.

Таким чином, з урахуванням наведеного вище, підстави вважати, що суд апеляційної інстанції допустив неправильне застосування норм міжнародних договорів України у сфері визнання особи біженцем, особою, яка потребує додаткового або тимчасового захисту, а також встановлення правового статусу біженців та осіб, які потребують додаткового захисту і яким надано тимчасовий захист в Україні, а також порядку отримання притулку, відсутні.

Детальніше з текстом постанови ВС від 27.05.2021 у справі № 757/23964/20-к (провадження № 51-830км21) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97315657>

РОЗДІЛ 4. КРИМІНАЛЬНІ ПРОВАДЖЕННЯ, ПЕРЕДАНІ НА РОЗГЛЯД ОБ'ЄДНАНОЇ ПАЛАТИ КАСАЦІЙНОГО КРИМІНАЛЬНОГО СУДУ

4.1. У зв'язку з необхідністю відступити від висновку щодо застосування норми права в подібних правовідносинах та з метою забезпечення єдності судової практики щодо можливості визначення керівником органу досудового розслідування конкретного слідчого (слідчих) в кримінальному провадженні у формі письмового доручення, кримінальне провадження передано на розгляд ОП

Позиції судів першої та апеляційної інстанцій: за вироком місцевого суду ОСОБА_1 засуджено за ч. 1 ст. 121 КК.

Апеляційний суд вказаний вирок залишив без зміни.

Позиція ККС: кримінальне провадження передано на розгляд ОП.

Обґрунтування позиції ККС: колегія суддів ККС, передаючи кримінальне провадження на розгляд ОП, зазначила, що стороною захисту поставлено питання про те, що досудове розслідування у цьому кримінальному провадженні здійснено неуповноваженою особою – слідчим, оскільки матеріали справи не містять постанови керівника органу досудового розслідування про призначення цього слідчого для здійснення досудового розслідування, а лише письмове доручення, яким начальник слідчого відділу доручає слідчому проведення досудового розслідування, тоді як у кримінальному провадженні, розглянутому ОП від 22.02.2021 у справі № 754/7061/15 (провадження 51-4584кмо18), йшлося про порядок призначення (визначення) прокурора, який здійснюватиме повноваження прокурора у конкретному кримінальному провадженні.

Згідно з висновком ОП у справі № 754/7061/15, «рішення про призначення (визначення) прокурора... та у разі необхідності групи прокурорів... обов'язково повинно прийматись у формі постанови...», а відсутність якої або її непідписання керівником відповідного органу прокуратури обумовлює недопустимість доказів у кримінальному провадженні.

Колегія суддів знаходить дві самостійні підстави для відступу від цього висновку об'єднаної палати.

По-перше, колегія суддів звертає увагу на те, що в матеріалах даного кримінального провадження відсутня постанова керівника органу досудового розслідування про визначення слідчого, але міститься письмове доручення, яким начальник слідчого відділу доручає старшому слідчому цього відділу провести досудове розслідування у цьому кримінальному провадженні, а за деякий час аналогічним дорученням здійснення досудового розслідування доручено іншому слідчому.

За змістом частин 1 і 3 ст. 110 КПК процесуальними рішеннями є всі рішення органів досудового розслідування, прокурора, слідчого судді, суду. Рішення слідчого, дізнавача, прокурора приймається у формі постанови. Постанова виноситься у випадках, передбачених цим Кодексом, а також коли слідчий, дізнавач, прокурор визнає це за необхідне.

До висловлення ОП ККС названого висновку, питання, які піднімаються у цій справі, вже були предметом оцінки колегії суддів ККС у постанові від 02.06.2020 у справі № 229/3178/15-к, де суд касаційної інстанції зауважив, що повноваження керівника органу досудового розслідування визначати слідчого (слідчих), який здійснюватиме досудове розслідування, у формі «доручення» не суперечить вимогам ст. 39 КПК. У ч. 3 ст. 110 КПК дійсно зазначено, що рішення слідчого, прокурора приймається у формі постанови, однак за змістом пунктів 8, 17 ч. 1 ст. 3 цього Кодексу керівник органу досудового розслідування і слідчий є самостійними суб'єктами, повноваження яких визначені в окремих статтях КПК – 39 та 40. А положення ст. 110 КПК не містять імперативних приписів про те, що керівник органу досудового розслідування приймає своє рішення у формі постанов. З цих підстав колегія суддів Другої судової палати не визнала істотним порушенням вимог процесуального закону визначення керівником органу досудового розслідування слідчого на підставі процесуального документа – доручення.

На думку колегії суддів, визначення керівником органу досудового розслідування конкретного слідчого (слідчих) у формі письмового доручення, яке містить ті самі реквізити, що й постанова, зокрема: посада особи керівника органу досудового розслідування, час і місце складання доручення, підстави для його винесення (статті 39, 214 КПК), номер кримінального провадження, внесеного до ЄРДР, попередню правову кваліфікацію, та вказівки щодо проведення якісного, ефективного і оперативного досудового розслідування (як у цій справі), є достатнім для наділення такого слідчого повноваженнями здійснювати досудове розслідування у конкретному кримінальному провадженні, а тому прийняття рішення саме у такій письмовій формі (а не у формі постанови) не свідчить, що досудове розслідування здійснювалося неуповноваженою особою і що отримані під час такого розслідування докази є недопустимими на цих підставах.

По-друге, навіть якщо об'єднана палата не знайде підстав відійти від висновку по справі № 754/7061/15 з наведених вище підстав і вважатиме, що визначення слідчого має здійснюватися виключно у формі постанови керівника органу досудового розслідування, а не його письмового доручення та на думку колегії суддів, наслідки недотримання такої форми у вигляді визнання недопустимими всіх доказів, отриманих таким слідчим, щонайменше не повинні застосовуватися до випадків, коли визначення слідчого на підставі письмового доручення відбулося до оприлюднення в ЄДРСР указанного висновку ОП.

Протилежний підхід (ретроспективне застосування висновку об'єднаної палати в цих правовідносинах) не тільки не сприятиме досягненню визначених кримінальним процесуальним законом цілей кримінального провадження, але й порушуватиме засади правової визначеності.

Зокрема, як уже було зазначено вище, сама ОП визнала, що КПК чітко не вказує на те, що рішення про визначення прокурора (як і слідчого) має прийматися саме у формі постанови. Більше того, протягом тривалого часу не існувало стабільної та однозначної судової практики, яка б указувала правоохоронним органам, що рішення про визначення прокурора чи слідчого у конкретному кримінальному провадженні має

ухвалюватися саме у формі постанови. У зв'язку з цим деякі суб'єкти правозастосування природно могли дійти висновку, що, наприклад, письмового доручення (та/або внесення відповідних відомостей до ЄРДР) буде достатньо для належного процесуального оформлення факту визначення слідчого. У ситуації, що розглядається, навряд чи можна було вимагати від всіх суб'єктів правозастосування, щоб вони однозначно передбачали, що через багато років після ухвалення КПК ВС розтлумачить норми цього Кодексу як такі, що вимагають ухвалення рішення про визначення прокурора (чи слідчого) саме у формі постанови і ніяк інакше. За таких умов навряд чи можна назвати дії таких суб'єктів правозастосування явно незаконними на час їх вчинення, а тому й ретроспективне (зворотне в часі) застосування висновку об'єднаної палати та відповідно визнання недопустимими всіх доказів у кримінальному провадженні може мати катастрофічні наслідки для надзвичайно великої кількості кримінальних проваджень, які, у тому числі, можуть стосуватися злочинів проти життя та здоров'я людини (як у цьому випадку), основ національної безпеки тощо.

Ретроспективне застосування цього висновку ОП потенційно може призвести до встановлення ЄСПЛ порушень статей 2, 3 (і можливо деяких інших) Конвенції у багатьох кримінальних провадженнях, де до кримінальної відповідальності неможливо буде притягнути осіб, причетних до злочинів проти життя та здоров'я людини, у зв'язку з визнанням недопустимими усіх доказів виключно через формальне недотримання процедури визначення прокурора чи слідчого (особливо, якщо така процедура не була чітко визначена законом на час її застосування, але була врегульована «заднім числом» внаслідок нового тлумачення закону судом).

Таким чином, на думку колегії суддів, ОП може відступити від попереднього висновку, викладеного у постанові від 22.02.2021 (справа № 754/7061/15, провадження № 51-4584кмо18), також шляхом вказівки на те, що цей висновок не підлягає застосуванню до правовідносин, які виникли до оприлюднення повного тексту цього судового рішення в ЄДРСР.

Детальніше з текстом ухвали ВС від 12.05.2021 у справі № 663/267/19 (провадження № 51-3344км20) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97005607>

4.2. З метою забезпечення єдності судової практики щодо застосування норми права в подібних правовідносинах та з метою забезпечення єдності судової практики щодо можливості проведення слідчих дій у вигляді обшуку та огляду житла співробітником оперативного підрозділу за дорученням слідчого чи прокурора, кримінальне провадження передано на розгляд ОП

Обставини справи: за вироком місцевого суду ОСОБА_1 було засуджено за вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 185 КК.

Апеляційний суд вказаний вирок залишив без зміни.

Під час проведення досудового розслідування у цьому кримінальному провадженні, з метою відшукування речей, викрадених обвинуваченим, на підставі відповідних ухвали слідчого судді та доручення слідчого, оперативним працівником за місцем проживання

ОСОБА_1 було здійснено обшук, та за його результатами складено протокол, який сторона захисту просить визнати недопустимим доказом через те, що обшук було проведено не слідчим, якому слідчим суддею було надано на це дозвіл, а оперативним працівником за його дорученням.

Позиція ККС: кримінальне провадження передано на розгляд ОП.

Обґрунтування позиції ККС: колегія суддів ККС, передаючи кримінальне провадження на розгляд ОП, зазначила, що стороною захисту, серед іншого, поставлено питання про визнання недопустимим доказом протоколу обшуку за місцем проживання засудженого, у зв'язку з його проведенням неуповноваженою особою, а саме працівником оперативного підрозділу.

Відповідно до вимог ч. 1 ст. 236 КПК ухвала слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи може бути виконана слідчим чи прокурором.

У постанові колегії суддів Другої палати ККС від 29.01.2019 у справі № 466/896/17 (провадження № 51-7759км18) викладено правовий висновок: за змістом ч. 1 ст. 236 КПК виконання ухвали слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи покладається особисто на слідчого чи прокурора і не може бути доручене в порядку п. 3 ч. 2 ст. 40 КПК відповідним оперативним підрозділам. З метою одержання допомоги з питань, що потребують спеціальних знань, слідчий, прокурор для участі в обшуку мають право запросити спеціалістів, однак це не звільняє їх від обов'язку особистого виконання обшуку. У випадку проведення обшуку іншими особами, окрім слідчого чи прокурора, вказане слід вважати суттєвим порушенням умов обшуку, результати обшуку у відповідності з вимогами статей 86, 87 КПК не можуть бути використані при прийнятті процесуальних рішень і на них не може посилається суд при ухваленні обвинувального вироку, як на доказ.

Відповідно до п. 3 ч. 2 ст. 40 КПК слідчий уповноважений доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам. Згідно з ч. 2 ст. 41 КПК під час виконання доручень слідчого, дізнавача, прокурора співробітник оперативного підрозділу користується повноваженнями слідчого.

Більшість колегії вважає, що згадка у положеннях КПК, які регулюють окремі слідчі дії, у тому числі у ч. 1 ст. 236 КПК, вираз «слідчий чи прокурор» або «слідчий, прокурор» не означає, що таким чином законодавець виключив можливість їх проведення працівником оперативного підрозділу. Саме для того, щоб не потрібно було у кожному положенні закону повторювати «співробітником оперативного підрозділу, який діє за дорученням слідчого або прокурора» законодавець і зазначив у ч. 2 ст. 41 КПК загальну формулу, яка прирівнює співробітника оперативного підрозділу до слідчого, якщо він діє за дорученням слідчого або прокурора.

За іншого тлумачення слід дійти висновку, що жодна слідча дія не може бути проведена співробітником оперативного підрозділу, оскільки ст. 223 КПК, яка стосується загальних вимог проведення СРД, також згадує лише слідчого та прокурора. Однак таке тлумачення прямо суперечило б положенню п. 3 ч. 2 ст. 40 КПК.

Тому судова практика дотримується саме такого тлумачення, вважаючи, що проведення слідчої дії співробітником оперативного підрозділу за дорученням слідчого або прокурора, є належним виконанням вимог процесуального закону.

Наприклад, ст. 228 КПК, що стосується проведення впізнання, згадує лише слідчого та прокурора. Тим не менше, у постанові від 11.02.2021 у справі № 759/4191/19 (провадження № 51-5506км20) колегія Другої судової палати ККС зазначила: «Не заслуговують на увагу касаційні доводи захисника про визнання недопустимим доказом протоколу пред'явлення для впізнання особи за фотознімками від 03.01.2019 із підстав, викладених у касаційній скарзі.

Слідчий органу досудового розслідування, згідно з вимогами п. 3 ч. 2 ст. 40 КПК, уповноважений доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам.

Згідно з вимогами частин 2, 3 ст. 41 КПК під час виконання доручень слідчого, дізнавача, прокурора співробітник оперативного підрозділу користується повноваженнями слідчого; доручення слідчого, дізнавача, прокурора щодо проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій є обов'язковими для виконання оперативним підрозділом.

У матеріалах кримінального провадження міститься рапорт оперуповноваженого, яка діяла на виконання доручення СВ ОСОБА_6, в результаті якого було допитано оператора-касира, та проведено з нею впізнання особи за фотознімками, в результаті чого було складено протокол від 03.01.2019. Також надано дублікат чеку, який у подальшому долучений слідчим до матеріалів кримінального провадження (постанова про визнання речових доказів та передачу їх на зберігання від 04.01.2019)».

У той же час у постанові колегії суддів Другої судової палати ККС від 29.01.2019 не наведено обґрунтування, чому використання у ст. 236 КПК тієї ж законодавчої техніки, яка використовується в інших положеннях, які регулюють проведення слідчих і розшукових дії, дало підстави вважати, що це положення виключає застосування згаданих загальних положень статей 40 та 41 КПК.

Крім того, більшість колегії вважає, що таке обмеження унеможливорює проведення розслідування у складних справах, де може знадобитися одночасне проведення слідчих дій у різних місцях.

Таким чином, з метою формування єдиної судової практики при вирішенні питання щодо можливості проведення слідчих дій у вигляді обшуку та огляду житла співробітником оперативного підрозділу за дорученням слідчого чи прокурора, більшість колегії вважає за необхідне передати кримінальне провадження на розгляд ОП.

Детальніше з текстом ухвали ВС від 20.05.2021 у справі № 130/2225/15-к (провадження № 51-4527км20) можна ознайомитися за посиланням <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97175091>

Огляд судової практики Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду. Рішення, внесені до ЄДРСР, за травень 2021 року / упоряд. заступник Голови Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду, канд. юрид. наук В. В. Щепоткіна, правове управління (III) департаменту аналітичної та правової роботи апарату Верховного Суду. Київ, 2021. 55 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