



ТРЕНІНГОВИЙ ЦЕНТР
ПРОКУРОРІВ УКРАЇНИ

**УЗАГАЛЬНЕННЯ ПРАКТИКИ СУДУ
КАСАЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ З ПИТАНЬ
ПРОВЕДЕННЯ ТА ОЦІНЮВАННЯ
РЕЗУЛЬТАТІВ НСРД У
КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ
(оновлено)**

Друзі! Ділимося з вами оновленим узагальненням практики Верховного Суду з питань проведення та оцінювання результатів негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному провадженні. Узагальнення підготувала заступник начальника відділу Київської міської прокуратури Талізін Яна Олегівна у межах тренінгу «Докази, отримані в результаті проведення НСРД», що проводиться в ТЦПУ.

В узагальненні зібрано правові позиції Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду щодо:

- ✔ *допустимості доказів, здобутих унаслідок проведення НСРД, коли дозвільні процесуальні документи на їх проведення не були розкриті в порядку ст. 290 КПК України або були розкриті несвоєчасно;*
- ✔ *процесуальні особливостей проведення контролю за вчиненням злочину та оцінювання доказів, отриманих за його результатами;*
- ✔ *процесуального статусу особи, залученої до проведення НСРД, оперативників та інших учасників процесу;*
- ✔ *допустимості доказів, які отримані внаслідок проведення НСРД, у випадку зміни кваліфікації злочину;*
- ✔ *доказового значення у кримінальному провадженні матеріалів ОРД;*
- ✔ *критеріїв відмежування провокації злочину від законних дій сторони обвинувачення та багато іншого.*

ЗМІСТ

Якщо сторона обвинувачення вжила всіх необхідних та залежних від неї заходів, спрямованих на розсекречення процесуальних документів, які стали підставою для проведення НСРД, однак вони не були розсекречені до моменту передачі справи у суд з причин, що не залежали від волі або процесуальної поведінки прокурора, то в такому разі порушень вимог статті 290 КПК України з боку сторони обвинувачення немає **10**

Процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД, не є документами у розумінні частини другої статті 99 КПК України, оскільки не містять зафіксованих та зібраних оперативними підрозділами фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб або групи осіб

Відкриті не на стадії досудового розслідування постанови та ухвали, що стали підставою для проведення НСРД, можуть бути визнані судом допустимими, якщо сторона захисту, ознайомившись із відкритими їй матеріалами досудового розслідування, виявить що в них наявний протокол про результати НСРД, але відсутні процесуальні документи, які стали підставою проведення цих дій, не заявляла слідчому, прокурору чи суду клопотання про необхідність відкриття і долучення вказаних документів до матеріалів провадження **13**

Враховуючи, що прокурор звернувся до слідчого судді вже після фактичного завершення аудіо-, відеоконтролю особи, ухвалою слідчого судді лише було констатовано постфактум наявність підстав для проведення НСРД та встановлювалася можливість подальшого використання інформації, здобутої у ході цих дій, у кримінальному процесуальному доказуванні **15**

Тобто у цьому випадку слідчий суддя здійснював не контрольню-дозвільну, а виключно контрольню функцію. А тому така ухвала слідчого судді (постфактум) не може вважатися правовою підставою для проведення НСРД, про яку йдеться у висновках ВСУ та ВС щодо застосування положень ст. 290 КПК (у т.ч. й висновку Верховного Суду України в постанові від 16 березня 2017 року (провадження № 5-364к16), на який в своєму рішенні послався суд апеляційної інстанції)

А тому у даному випадку правовою підставою для початку НСРД щодо особи слугували саме постанови прокурора на їх проведення в порядку ст. 250 КПК України

Проведення негласної слідчої дії до постановлення ухвали слідчого судді про надання дозволу на проведення такої дії за відсутності обставин, передбачених ч. 1 ст. 250 КПК, має наслідком недопустимість протоколу про результати проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії як доказу **18**

Даючи оцінку матеріалам, одержаним у результаті НСРД, суд має перевірити як наявність умов, встановлених у ст. 615 КПК, для надання дозволу відповідним прокурором, так і можливість отримання дозволу слідчого судді апеляційного суду в спосіб, передбачений ст. 247 КПК, з огляду на спеціальний порядок розгляду і вирішення клопотань із присвоєнням ухвалам слідчого судді грифу секретності, невідкладність самої НСРД та встановлені законом строки вирішення питання про надання дозволу на її проведення (забезпечення оперативності вирішення цього питання) **19**

Якщо до клопотання про надання дозволу на проведення НСРД не долучено витяг з ЄРДР, який підтверджує кваліфікацію за КК, зазначену в клопотанні, ухвала про дозвіл на проведення НСРД є незаконною **22**

Порушення правил підслідності, передбачених ст. 216 КПК України, тягне за собою недопустимість доказів, отриманих за результатами проведення НСРД **24**

Якщо існували достатні підстави для внесення відомостей до ЄРДР та проведення досудового розслідування за фактом вчинення тяжкого злочину, незважаючи на те, що в процесі проведення досудового розслідування кваліфікацію було змінено на злочин невеликої тяжкості, порушення вимог ч. 2 ст. 246 КПК України відсутні **25**

Дії особи, яка вчиняє новий повторний злочин, мають бути задокументовані у новому кримінальному провадженні. **27**

Використання матеріалів НСРД з одного кримінального провадження у іншому без дозволу слідчого судді апеляційного суду тягне за собою їх недопустимість

Якщо під час проведення НСРД відносно однієї особи отримано докази про вчинення злочину іншою особою, відносно якої дозвіл на проведення НСРД відсутній, такі докази у новому кримінальному провадженні можуть бути використані лише на підставі ухвали слідчого судді, яка постановляється за клопотанням прокурора **29**

За змістом ст. 257 КПК законодавець зобов'язує отримання дозволу слідчого судді на використання інформації, здобутої в результаті проведення негласної слідчої (розшукової) дії в іншому кримінальному провадженні, а не після перекваліфікації складу кримінального правопорушення в одному і тому ж кримінальному провадженні, що мало місце в цьому випадку **31**

- Неточна назва протоколу про проведення слідчої дії, яка відбулася виключно в межах дозволу, наданого слідчим суддею, не є порушенням КПК України* **32**
- Помилково зазначена неправильна дата події, яка зафіксована під час проведення НСРД, не є підставою для визнання доказу недопустимим **33**
- Відсутність в постанові про проведення контролю за вчинення злочину відомостей щодо початку і тривалості вказаної НСРД не є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону та підставою для визнання доказів, отриманих внаслідок проведення НСРД, недопустимими* **34**
- Закон не містить вимог щодо обов'язковості складання процесуальних документів виключно за допомогою комп'ютерної техніки **35**
- Заява про добровільну участь закупника у проведенні НСРД не обов'язкова, сам факт участі такої особи у проведенні оперативної закупки, який він підтвердив у суді, свідчить про його добровільну згоду
- Надання письмової згоди особи на залучення її до проведення НСРД законодавством не передбачено* **37**
- Протокол про проведення НСРД складає оперативник за дорученням слідчого, або слідчий, якщо він проводив її особисто*
- Контроль за вчиненням злочину може проводитись виключно на підставі постанови прокурора, винесеної у визначеному законом порядку **39**
- Контроль за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту проводиться на підставі постанови прокурора і є самостійною НСРД, що не виключає одночасного проведення інших НСРД, зокрема аудіо-, відеоконтролю особи або місця, які можуть проводитись одночасно з контролем* **40**
- Відсутність постанови прокурора про проведення контролю за вчиненням злочину тягне за собою визнання протоколу огляду, помітки та вручення грошових коштів, а також похідних від нього доказів недопустимими **41**
- НСРД не можуть проводитись до внесення відомостей до ЄРДР* **43**
- Огляд та вручення грошових коштів є окремою слідчою дією та постановою прокурора про надання дозволу на проведення контролю за вчиненням злочину не охоплюється*

При відсутності витрат спеціального призначення співробітники оперативного підрозділу об'єктивно не могли видати покупцю оперативної закупи грошові кошти, що необхідні для проведення оперативної закупівлі **45**

Якщо несправжні (імітаційні) засоби правоохоронним органом не виготовлялись, то і складання протоколу про виготовлення несправжніх (імітаційних) засобів не є обов'язковим **46**

Відсутність документального підтвердження походження речових доказів, отриманих за результатами проведення НСРД, тягне за собою недопустимість таких речових доказів та похідних від них матеріалів **47**

Протокол аудіо-, відеоконтролю особи передбачає обов'язкову наявність додатків із аудіо-, відеозаписами **49**

Часткова відсутність запису ходу НСРД - контролю за вчиненням злочину у формі оперативної закупки – не завжди вказує на недопустимість відомостей, отриманих у ході її проведення **50**

Проведення співробітниками оперативного підрозділу НСРД без доручення на те слідчого, прокурора – тягне за собою недопустимість отриманих доказів **51**

Надане оперативному підрозділу доручення на проведення НСРД повинно бути відкрите стороні захисту в порядку ст. 290 КПК України

Рішення слідчого, прокурора про залучення «іншої особи» до проведення НСРД має бути оформлено процесуально

Відкрите фіксування під час завершальної стадії контролю за вчиненням злочину з фактичним затриманням це не огляд місцевості, приміщення, речей та документів, а отже потребує негайного складання протоколу за результатами проведення контролю за вчиненням злочину в присутності особи, відносно якої проводились НСРД, відповідно до вимог ч. 4 ст. 271 КПК України

В той же час, порушення 24-годинного строку передачі прокурору протоколу не є істотним порушенням КПК та не впливає на допустимість доказів

Вимог щодо залучення до участі в проведенні НСРД лише осіб, які мають право доступу до державної таємниці, кримінальний процесуальний закон не містить **56**

Відкрите фіксування під час завершальної стадії контролю за вчиненням злочину з фактичним затриманням не тотожне огляду місця події

- Операції з контрольного вчинення корупційного діяння не охоплюються поняттям здійснення аудіо-, відеоконтролю особи, а є контролем за вчиненням злочину, порядок якого передбачений ст. 271 КПК України* **58**
- Освідчування особи є окремою процесуальною дією, яка проводиться за відповідним рішенням прокурора, і проведенням контролю за вчиненням злочину не охоплюється*
- Відсутність захисника під час проведення контролю за вчиненням злочину не є порушенням права особи на захист **60**
- Відсутність даних про осіб, з якими обвинувачений зустрічався при збуті наркотичних засобів оперативному покупцю, а також те, що понятим не було відомо, чи були гроші віддані покупцем саме обвинуваченому, жодним чином не вплинуло на повноту та всебічність судового розгляду* **61**
- Якщо у кримінальному провадженні відсутнє доручення слідчого або прокурора на проведення НСРД оперативному підрозділу, або таке доручення не відкрито стороні захисту, результати проведених НСРД недопустимі **62**
- Оперативний співробітник, який складає протоколи про проведення НСРД на виконання доручення слідчого, прокурора, є самостійним у своїй процесуальній діяльності* **63**
- Результати проведення негласних слідчих (розшукових) дій не можуть бути визнані допустимими доказами, якщо з огляду на зміст вказаних протоколів фактично мав місце допит обвинувачених (підозрюваних), а не втручання у приватне життя **64**
- Факт невстановлення особи іншого співрозмовника жодним чином не впливає на допустимість протоколу НСРД як доказу* **66**
- Огляд текстових повідомлень вилученого під час обшуку телефону, які в ньому знаходяться та доступ до яких не пов'язаний із наданням володільцем відповідного серверу (оператором мобільного зв'язку) доступу до електронних інформаційних систем, не є негласною слідчою (розшуковою) дією **67**
- Запис телефонної розмови є допустимим доказом за умови, що на телефоні працює програма автоматичного запису усіх розмов його власника* **68**
- Розмова, зафіксована потерпілим на диктофон, є недопустимим доказом, якщо запис був здійснений цілеспрямовано **69**

- Особи, які залучаються до проведення НСРД у порядку ст. 275 КПК України, не обов'язково повинні мати допуск до державної таємниці* **71**
- Враховуючи, що відомості про спеціальні технічні засоби, призначені для негласного отримання інформації, є державною таємницею і стосуються не тільки цього кримінального провадження, їх розголошення без належних і обґрунтованих підстав загрожує національним інтересам та безпеці*
- Ототожнення електронного доказу як засобу доказування та матеріального носія такого документа є безпідставним, оскільки характерною рисою електронного документа є відсутність жорсткої прив'язки до конкретного матеріального носія*
- 74** Перекладення обов'язку щодо призначення відповідної експертизи у разі сумнівів сторони захисту щодо належності голосу певній особі під час прослуховування аудіозаписів на суд без відповідних клопотань учасників судового провадження недопустиме
- 76** *Відсутність аудіозапису процесу перегляду судом відеоматеріалів НСРД є порушенням ст. 412 ч. 2 п. 7 КПК України*
- 77** Якщо прокурор обговорює зі свідками їх поведінку під час дачі показань та проведення НСРД, тобто фактично обговорює їх дії, які негласними не являються, це прямо суперечить положенням ст. 246 КПК
- 78** *Відповідно до вимог ЄСПЛ для відмежування провокації від допустимої поведінки правоохоронних органів є низка критеріїв, тобто під змістовним критерієм розуміється наявність/відсутність суттєвих змістовних ознак, притаманних провокації правоохоронних органів, а під процесуальним критерієм – наявність у суду можливостей перевірити відомості про ймовірну провокацію під час судового засідання з дотриманням рівності змагальності та рівності сторін*
- 80** Якщо органи досудового розслідування вступили у справу не на стадії підготовки чи вчинення злочину особою, а до початку вчинення інкримінованих обвинуваченому діянь, фактично ініціювавши їх, то це є ознакою провокації злочину
- 82** *Відсутність об'єктивних даних, які би свідчили про вчинення або готування до вчинення злочину, пов'язаного з обігом наркотичних засобів чи психотропних речовин до моменту проведення оперативної закупки та встановлення факту ініціювання збуту особами, залученими до проведення оперативних закупок, свідчать про наявність провокації у діях правоохоронних органів*

Суд визначає пастку як ситуацію, коли задіяні агенти - працівники органів правопорядку або особи, що діють на їх прохання - не обмежуються суто пасивними спостереженнями протиправної діяльності, а здійснюють на особу, за котрою стежать, певний вплив, провокуючи її скоїти правопорушення, яке вона в іншому випадку не вчинила би, з метою зафіксувати його, тобто отримати доказ і розпочати кримінальне правопорушення **83**

Повторна пропозиція хабаря при попередній відмові є ознакою провокації злочину

*Обґрунтовуючи рішення про наявність провокації вчинення злочину, апеляційний суд встановив, що ні ОСОБА_4, ні ОСОБА_3, який начебто діяв в його інтересах, не мали справжнього наміру займатися продажем кавунів, на який могли би вплинути працівники контролюючих органів, а фактичною метою таких дій ОСОБА_3 було документування вручення коштів ОСОБА_1 та ОСОБА_2 **85***

Відсутність результатів однієї із оперативних закупок у виді самостійного обвинувачення, безпідставне легендування закупного, неприязні відносини між закупним та особою, щодо якої проводиться контроль за вчиненням злочину, а також установлення факту його залежності від правоохоронних органів через висунення йому обвинувачення у вчиненні іншого кримінального правопорушення, свідчать про провокацію злочину **87**

*Незазначення у постанові про проведення контролю за вчиненням злочину обставин, які свідчать про відсутність під час проведення НСРД провокування, тягне за собою недопустимість його результатів **90***

Якщо стороною захисту не наведено доводів, які би свідчили про активні дії правоохоронних органів у ході здійснення контролю за вчиненням злочину, а процесуальні документи містять вказівку про наявність у матеріалах кримінального провадження обставин, які свідчать про відсутність під час НСРД провокування особи на вчинення злочину з боку заявника – провокація злочину відсутня **91**

*Якщо закупний був знайомий зі збувачем наркотичних засобів ще до початку кримінального провадження, це ще не свідчить про провокацію злочину **93***

Якщо сторона обвинувачення вжила всіх необхідних та залежних від неї заходів, спрямованих на розсекречення процесуальних документів, які стали підставою для проведення НСРД, однак вони не були розсекречені до моменту передачі справи у суд з причин, що не залежали від волі або процесуальної поведінки прокурора, то в такому разі порушень вимог статті 290 КПК України з боку сторони обвинувачення немає.

Процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД, не є документами у розумінні частини другої статті 99 КПК України, оскільки не містять зафіксованих та зібраних оперативними підрозділами фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб або групи осіб

Таким чином, на противагу обов'язку сторони обвинувачення до моменту направлення обвинувального акта до суду розкрити всі докази, пов'язані зі справою, шляхом надання доступу до матеріалів справи, може виникнути ситуація, за якої надання певних матеріалів на цій стадії є неможливим з огляду на державні інтереси щодо збереження певної інформації у таємниці.

Європейський суд з прав людини (далі - ЄСПЛ) неодноразово вказував на те, що у деяких випадках може виникати необхідність не розкривати певні докази стороні захисту з метою забезпечення основних прав інших осіб або захисту важливих суспільних інтересів, адже їхнє життя, свобода чи безпека також можуть бути поставлені під загрозу. Про це, зокрема, йдеться у рішеннях ЄСПЛ у справах «Леас (Leas) проти Естонії» від 6 березня 2012 року, § 78, «Якуба проти України» від 12 лютого 2019 року, § 44, «Доорсон (Doorson) проти Нідерландів», 26 березня 1996 року, § 70. У таких випадках у кримінальному провадженні виникають конкуруючі інтереси, такі як національна безпека або необхідність захищати свідків у випадку ризику переслідування або використання таємних методів розслідування злочину, які повинні бути протиставлені правам обвинуваченого.

Право на розкриття відповідних доказів згідно з правовими позиціями ЄСПЛ не є абсолютним. Однак, згідно з пунктом 1 статті 6 Конвенції допускаються лише такі заходи, які обмежують права захисту, що є суворо необхідними (рішення ЄСПЛ у справі «Ван Мехелен (Van Mechelen) та інші проти Нідерландів» від 23 квітня 1997 року, § 58). Крім цього, для того, щоб гарантувати обвинуваченому справедливий судовий розгляд, будь-які труднощі, які викликають обмеження захисту своїх прав, повинні бути належним чином урівноважені та компенсовані процедурами, яких дотримуються національні судові органи (*mutatis mutandis*, рішення ЄСПЛ у справах «Роу та Девіс (Rowe та Davis) проти Сполученого Королівства» від 16 лютого 2000 року, § 61, «Леас (Leas) проти Естонії», цит. вище, § 78).

Потрібно врахувати й те, що рішення про відмову у знятті грифу секретності не завжди є остаточним. Якщо на стадії досудового розслідування у розсекреченні було відмовлено, таке рішення може бути переглянуте комісією з урахуванням зміни важливості цих матеріалів після передачі справи щодо обвинуваченого до суду. У разі зняття грифу секретності з таких процесуальних документів на стадії

судового провадження, прокурор повинен здійснити їх відкриття стороні захисту, що прямо передбачено вимогами частини одинадцятої статті 290 КПК України. Прокурор повинен мати можливість долучити такі документи на підтвердження допустимості результатів проведення НСРД.

Тому Велика Палата Верховного Суду вважає, що суд має детально вивчати ситуації, коли процесуальні документи щодо проведених НСРД не були повністю розкриті стороні захисту на етапі завершення досудового розслідування. За таких обставин поряд з перевіркою дотримання умов наданого дозволу на проведення НСРД суд повинен з'ясувати причини, які перешкодили прокурору відкрити їх на більш ранній стадії. Крім того, суд згідно з усталеною практикою ЄСПЛ повинен надати стороні захисту у змагальному процесі належні процесуальні гарантії для забезпечення можливості представити свої аргументи щодо їх допустимості та належності.

Велика Палата Верховного Суду акцентує увагу на тому, що сторона обвинувачення повинна вживати необхідних і достатніх заходів для розсекречення матеріалів, які стали процесуальною підставою для проведення НСРД, з метою їх надання стороні захисту, і виконувати в такий спосіб вимоги щодо відкриття матеріалів іншій стороні відповідно до статті 290 КПК України.

Якщо сторона обвинувачення не вживала необхідних і своєчасних заходів, спрямованих на розсекречення матеріалів, які стали процесуальною підставою для проведення НСРД і яких немає в її розпорядженні, то в такому випадку має місце порушення норм статті 290 КПК України.

Якщо відповідні процесуальні документи були отримані стороною обвинувачення після передачі обвинувального акта до суду, то вона зобов'язана здійснити їх відкриття згідно з частиною одинадцятою статті 290 КПК України.

Якщо процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД (в тому числі ухвала слідчого судді) були надані суду під час судового розгляду і стороні захисту у змагальному процесі була забезпечена можливість довести перед судом свої аргументи щодо допустимості відомостей, отриманих у результаті НСРД, в сукупності із оцінкою правової підстави для проведення НСРД, то суд повинен оцінити отримані докази та вирішити питання про їх допустимість.

Якщо сторона обвинувачення вжила всіх необхідних та залежних від неї заходів, спрямованих на розсекречення процесуальних документів, які стали підставою для проведення НСРД, однак вони не були розсекречені до моменту передачі справи у суд з причин, що не залежали від волі або процесуальної поведінки прокурора, то в такому разі порушень вимог статті 290 КПК України з боку сторони обвинувачення немає. Суд має оцінити докази, отримані в результаті НСРД в комплексі із розсекреченими процесуальними документами, які стали підставою для їх проведення, та не повинен автоматично визнавати такі докази недопустимими.

Велика Палата Верховного Суду звертає увагу на те, що процесуальні документи про надання дозволу на проведення НСРД не є самостійним доказом у кримінальному провадженні. Відповідно до статті 84 КПК України доказами в

кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані у передбаченому КПК України порядку, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню, а процесуальними джерелами доказів є показання, речові докази, документи, висновки експертів.

Процесуальні ж документи, які стали підставою для проведення НСРД, не є документами у розумінні частини другої статті 99 КПК України, оскільки не містять зафіксованих та зібраних оперативними підрозділами фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб або групи осіб.

Отже, процесуальні документи про дозвіл на проведення НСРД (в тому числі і відповідна ухвала слідчого судді) повинні досліджуватися судом під час розгляду справи у суді першої інстанції з метою оцінки допустимості доказів, отриманих в результаті НСРД.

Джерело: постанова колегії суддів Великої палати ВС від 16 жовтня 2019 у справі № 640/6847/15-к (провадження № 13-43к19)



ДОДАТКОВО:

Постанова колегії суддів ВС від 12 квітня 2020 року у справі № 48/3070/15-к (провадження № 51-682 км 18)



Постанова колегії суддів ВС від 24 червня 2020 року у справі № 541/2803/16-к (провадження № 51-1371 км 20)



Постанова колегії суддів Верховного Суду від 11 грудня 2019 року у справі № 199/4010/16-к (провадження № 51-3485км19)



Постанова колегії суддів Великої палати ВС від 16 січня 2019 року у справі № 751/7557/15-к (провадження № 13-37к18)



Постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 7 червня 2018 року у справі № 604/1071/14-к (провадження № 51-809км18)



Постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 29 березня 2018 року у справі № 208/2576/15-к (провадження № 51-974км18)



Постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 20 березня 2018 року у справі № 753/11828/13-к (провадження № 51-39км18)



Постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 27 січня 2021 року у справі № 711/10301/17 (провадження № 51-2214км19)



Постанова колегії суддів ККС ВС від 17 березня 2020 року у справі № 426/12149/17 (провадження № 51-112 км 20)



Постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 5 листопада 2019 року у справі № 128/6255/14-к (провадження № 51-837км19)



Відкриті не на стадії досудового розслідування постанови та ухвали, що стали підставою для проведення НСРД, можуть бути визнані судом допустимими, якщо сторона захисту, ознайомившись із відкритими їй матеріалами досудового розслідування, виявить що в них наявний протокол про результати НСРД, але відсутні процесуальні документи, які стали підставою проведення цих дій, не заявляла слідчому, прокурору чи суду клопотання про необхідність відкриття і долучення вказаних документів до матеріалів провадження

Однак, висновки Великої Палати, викладені у постановках від 16 січня 2019 року та 16 жовтня 2019 року, не перешкоджають суду при перегляді кримінального провадження оцінити процесуальну поведінку сторони захисту на різних стадіях провадження.

Частинами 1-10 ст. 290 КПК визначено порядок відкриття матеріалів іншій стороні на стадії закінчення досудового розслідування. Зокрема, відповідно до ч. 2 цієї статті прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний надати доступ до матеріалів досудового розслідування, які є в його розпорядженні, у тому числі будь-які докази, які самі по собі або в сукупності з іншими доказами можуть бути використані для доведення невинуватості або меншого ступеня винуватості обвинуваченого, або сприяти пом'якшенню покарання.

Частина 11 цієї ж статті зобов'язує сторони кримінального провадження здійснювати відкриття одне одній додаткових матеріалів, отриманих до або під час судового розгляду, а відповідно до положень ч. 12 ст. 290 КПК в разі, якщо сторона кримінального провадження не здійснить відкриття матеріалів відповідно до положень цієї статті, суд не має права допустити відомості, що містяться в них, як докази.

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

Оскільки КПК чітко встановлює процесуальні підстави проведення НСРД, а в протоколі про результати їх проведення завжди вказується, на підставі якого

рішення такі дії проводилися, не можна говорити про те, що для сторони захисту в цілому буде неочікуваним побачити відповідний процесуальний документ, якщо його буде відкрито не на стадії закінчення досудового розслідування, а дещо пізніше.

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

Принцип диспозитивності (ст. 26 КПК), який є основною засадою кримінального провадження, передбачає, що сторони кримінального провадження є вільними у використанні своїх прав у межах та у спосіб, які передбачено КПК, а слідчий суддя, суд у кримінальному провадженні вирішують лише ті питання, що винесено на їх розгляд сторонами та віднесено до їх повноважень цим Кодексом.

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

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

Джерело: постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 10 червня 2020 року у справі № 742/546/17 (провадження № 51-1610км20)



Враховуючи, що прокурор звернувся до слідчого судді вже після фактичного завершення аудіо-, відеоконтролю особи, ухвалою слідчого судді лише було констатовано постфактум наявність підстав для проведення НСРД та встановлювалася можливість подальшого використання інформації, здобутої у ході цих дій, у кримінальному процесуальному доказуванні.

Тобто у цьому випадку слідчий суддя здійснював не контрольню-дозвільну, а виключно контрольну функцію. А тому така ухвала слідчого судді (постфактум) не може вважатися правовою підставою для проведення НСРД, про яку йдеться у висновках ВСУ та ВС щодо застосування положень ст. 290 КПК (у т.ч. й висновку Верховного Суду України в постанові від 16 березня 2017 року (провадження № 5-364к16), на який в своєму рішенні послався суд апеляційної інстанції).

А тому у даному випадку правовою підставою для початку НСРД щодо особи слугували саме постанови прокурора на їх проведення в порядку ст. 250 КПК України

Крім того, зазначивши, що в протоколах за результатами НСРД відсутні будь-які дані про їх складання на підставі ухвали слідчого судді, апеляційним судом не взято до уваги та належно не перевірено доводи прокурора в апеляційній скарзі про те, що під час досудового розслідування у відповідності до положень кримінального процесуального закону за постановами прокурора проводилися дві негласні слідчі (розшукові) дії - контроль за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту (згідно з ч. 4 ст. 246, ст. 271 КПК) та аудіо-, відеоконтроль особи (згідно з ч. 1 ст. 250, ст. 260 КПК), а також про допустимість використання у доказуванні відомостей, отриманих за результатами їх проведення.

За змістом ст. 260 КПК аудіо-, відеоконтроль особи є різновидом втручання у приватне спілкування і проводиться без її відома на підставі ухвали слідчого судді.

Водночас ч. 1 ст. 250 КПК встановленовипадки проведення негласної слідчої (розшукової) дії до постановлення ухвали слідчого судді. Зокрема, у виняткових невідкладних випадках, пов'язаних із запобіганням вчиненню тяжкого злочину, передбаченого розділом XVII Особливої частини КК, до якого віднесено ст. 368 КК, негласна слідча (розшукова) дія може бути розпочата до постановлення ухвали слідчого судді у випадках, передбачених цим Кодексом, за рішенням слідчого, узгодженого з прокурором, або прокурора. У такому випадку прокурор зобов'язаний невідкладно після початку такої негласної слідчої (розшукової) дії звернутися з відповідним клопотанням до слідчого судді.

Між тим норми ст. 250 КПК розміщено у § 1 «Загальні положення про негласні слідчі (розшукові) дії» глави 21 КПК, відтак її положення стосуються всіх НСРД - як тих, що передбачені в § 2 «Втручання у приватне спілкування», так і тих, які регламентовані в § 3 «Інші види негласних слідчих (розшукових) дій» цієї ж глави.

Отже, аудіо-, відеоконтроль особи має проводитися як з дотриманням загальних умов та правил, визначених § 1 глави 21 КПК та ст. ст. 258, 259 КПК, а

також спеціальних положень щодо підстав та порядку проведення вказаної НСРД, зазначених у ст. 260 КПК.

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, на підставі постанови прокурора від 10 липня 2015 року № 133т було проведено контроль за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту, в ході якого відбулась передача ОСОБА_2 грошових коштів ОСОБА_1 - заздалегідь ідентифікованих (помічених) коштів в сумі 5000 доларів США.

Крім того, прокурором приймалось рішення згідно з приписами ст. 250 КПК розпочати проведення аудіо-, відеоконтролю особи відносно ОСОБА_1 до постановлення ухвали слідчого судді у зв'язку з необхідністю документування протиправної її діяльності та фіксування факту отримання нею неправомірної вигоди безпосередньо 10 липня 2015 року, про що свідчить постанова прокурора від 10 липня 2015 року № 137т про проведення аудіо-, відеоконтролю особи.

Інформацію, отриману в ході проведення НСРД на підставі постанов прокурора, зафіксовано у таких процесуальних документах, датованих 11 липня 2015 року: протоколі про результати контролю за вчиненням злочину та двох протоколах за результатами проведення негласної слідчої (розшукової) дії - «аудіо контролю особи» та «відео контролю особи» стосовно ОСОБА_1, додатком до яких є компакт диск DVD-R, реєстраційний номер № 65/4-1994 від 10 липня 2015 року (т. 4, а.п. 239-251).

Водночас 10 липня 2015 року слідчий суддя Апеляційного суду Одеської області, реалізуючи судовий контроль за додержанням органами досудового розслідування вимог кримінального процесуального закону, постановив ухвалу № 6242т, якою задовольнив клопотання прокурора та для фіксування факту одержання ОСОБА_1 10 липня 2015 року неправомірної вигоди в ході НСРД, яка проводилась за постановою прокурора в порядку ч.1 ст. 250, ст. 260 КПК, надав дозвіл на проведення аудіо-, відеоконтролю особи, а саме ОСОБА_1.

Поряд з тим на спростування доводів прокурора апеляційний суд зазначив, що негласні слідчі (розшукові) дії у виді аудіо-, відеоконтролю особи здійснювалися з обмеженням конституційних прав ОСОБА_1, але без ухвали слідчого судді у відповідності до ч. 8 ст. 271 КПК, яку до того ж в порядку ст. 290 КПК сторони захисту не було відкрито.

Однак, посилаючись на втручання у приватне спілкування ОСОБА_1, апеляційний суд не навів обґрунтованих мотивів та не зазначив, у чому саме полягало обмеження її конституційних прав при проведенні контролю за вчиненням злочину, а також залишив поза увагою те, що вона обвинувачувалась у вчиненні злочину у сфері службової діяльності з використанням наданої їй влади та службового становища, місцем вчинення злочину є службовий кабінет працівника правоохоронного органу держави, одним із суб'єктів такого спілкування був заявник ОСОБА_2, а предмет цього спілкування обумовлювався службовою діяльністю ОСОБА_1.

Крім того, апеляційний суд не взяв до уваги, що з огляду на проведення НСРД у кримінальному провадженні № 42015161010002861 за обвинуваченням ОСОБА_1

за ч. 3 ст. 368 КК у порядку ч. 1 ст. 250 КПК, а також на те, що прокурор звернувся до слідчого судді вже після фактичного завершення аудіо-, відеоконтролю особи, ухвалою слідчого судді лише було констатовано постфактум наявність підстав для проведення НСРД та встановлювалася можливість подальшого використання інформації, здобутої у ході цих дій, у кримінальному процесуальному доказуванні (зокрема, як фактичної підстави для проведення інших слідчих (розшукових) дій).

Тобто у цьому випадку слідчий суддя здійснював не контрольню-дозвільну, а виключно контрольну функцію. А тому така ухвала слідчого судді (постфактум) не може вважатися правовою підставою для проведення НСРД, про яку йдеться у висновках ВСУ та ВС щодо застосування положень ст. 290 КПК (у т.ч. й висновку Верховного Суду України в постанові від 16 березня 2017 року (провадження № 5-364кс16), на який в своєму рішенні послався суд апеляційної інстанції).

А тому у даному випадку правовою підставою для початку НСРД щодо ОСОБА_1 слугували саме постанови прокурора на їх проведення від 10 липня 2015 року за №133т та №137т, які в ході досудового розслідування в порядку ст. 290 КПК відкривалися підозрюваній та її захисникам.

Виходячи з наведеного, посилання апеляційного суду на те, що невідкриття стороні захисту в порядку ст. 290 КПК ухвали слідчого судді Апеляційного суду Одеської області від 10 липня 2015 року № 6242т свідчить про відсутність дозволу на проведення НСРД, є безпідставними.

Джерело: постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 26 листопада 2019 року у справі № 523/15896/15-к (провадження № 51-1113км19)



Проведення негласної слідчої дії до постановлення ухвали слідчого судді про надання дозволу на проведення такої дії за відсутності обставин, передбачених ч. 1 ст. 250 КПК, має наслідком недопустимість протоколу про результати проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії як доказу

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

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

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

Джерело: постанова колегії суддів Верховного Суду від 10 жовтня 2019 року у справі № 593/1248/16-к (провадження № 51-8640км18)



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

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

Водночас, визнаючи недопустимим доказом відомості, отримані за результатами проведення НСРД, апеляційний суд зазначив, що дозвіл на проведення аудіо-, відеоконтролю особи надавався прокурором згідно зі ст. 615 КПК, проте на той час орган досудового розслідування мав можливість на підставі ст. 247 КПК звернутися до апеляційного суду та отримати відповідну ухвалу слідчого судді.

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

Так, відповідно до Закону України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо особливого режиму досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції» від 12 серпня 2014 року № 1631-VІІКПК доповнено розділом ІХ1, у якому визначено особливий режим досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції.

А саме, ст. 615 КПК передбачено, зокрема, що на місцевості (адміністративній території), на якій діє правовий режим воєнного, надзвичайного стану, проведення антитерористичної операції, у разі неможливості виконання у встановлені законом строки слідчим суддею повноважень, передбачених статтями 247 та 248 цього Кодексу, ці повноваження виконує відповідний прокурор.

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

При цьому аналіз ст. 615 КПК дозволяє зробити висновок про те, що для застосування положень вказаної норми у частині допустимості виконання

повноважень, передбачених статтями 163, 164, 234, 235, 247 та 248 цього Кодексу, відповідним прокурором необхідно встановити наявність двох обов'язкових умов:

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

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

Водночас, у кримінальному провадженні № 42016051110000066 досудове розслідування здійснювалось у районі проведення антитерористичної операції, а місцем дислокації органу досудового розслідування є м. Краматорськ Донецької області.

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

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

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

Крім того, вказуючи на ч. 2 ст. 247 КПК при обґрунтуванні рішення про визнання результатів НСРД недопустимим доказом, апеляційним судом було залишено поза увагою те, що зазначена норма закону не зобов'язує, а лише надає можливість звернутися з клопотанням про надання дозволу на проведення НСРД щодо працівника правоохоронного органу до слідчого судді відповідного апеляційного суду поза межами територіальної юрисдикції органу досудового розслідування, який здійснює досудове розслідування.

Джерело: постанова колегії суддів Першої судової палати ВС ККС від 3 грудня 2019 року у справі № 425/217/17 (провадження № 51-1554км19)



ДОДАТКОВО:

Постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 21 травня 2019 року у справі № 220/298/16-к (провадження № 51-9919км18)



Постанова колегії суддів Першої судової палати від 3 березня 2020 року у справі № 221/2901/15-к (провадження № 51-3070 км 18)



Якщо до клопотання про надання дозволу на проведення НСРД не долучено витяг з ЄРДР, який підтверджує кваліфікацію за КК, зазначену в клопотанні, ухвала про дозвіл на проведення НСРД є незаконною

Зокрема, згідно з дослідженими судом матеріалами кримінального провадження, в порушення вимог ч. 2 ст. 246, ч. 2 ст. 248 КПК України прокурор звернувся до слідчого судді апеляційного суду Донецької області з клопотанням про проведення НСРД без додання до нього витягу з ЄРДР за ч. 3 ст. 368 КК України, при цьому долучив витяг з ЄРДР від 07.04.2017 року, згідно якого були внесені відомості про кримінальне правопорушення, передбачене ч. 1 ст. 368 КК України. Отримавши ухвалу слідчого судді апеляційного суду Донецької області від 10 квітня 2017 року, на підставі якої було проведено НСРД у вигляді аудіо-, відеоконтролю обвинуваченого у публічно доступних місцях, використав у якості доказу протокол про результати проведення НСРД від 21 квітня 2017 року.

Таким чином, здійснення НСРД потребувало попереднього дозволу слідчого судді, проте ухвала слідчого судді апеляційного суду Донецької області від 10 квітня 2017 року була постановлена у порушення вимог ст. 248 КПК України, а саме без обов'язкового долучення до клопотання про дозвіл на проведення НСРД витягу з ЄРДР за ч. 3 ст. 368 КК України, який у матеріалах кримінального провадження відсутній, а при розгляді справи в суді, на підтвердження законності проведення вказаних процесуальних дій, наданий не був.

Відповідно до ч. 7 ст. 214 КПК України, якщо відомості про кримінальне правопорушення до ЄРДР внесені прокурором, він зобов'язаний невідкладно, але не пізніше наступного дня, з дотриманням правил підслідності передати наявні у нього матеріали до органу досудового розслідування та доручити проведення досудового розслідування.

Згідно положень ч. ч. 4, 6 ст. 246 КПК України виключно прокурор має право прийняти рішення про проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії, як контроль за вчиненням злочину. Проводити негласні слідчі (розшукові) дії має право слідчий, який здійснює досудове розслідування злочину, або за його дорученням - уповноважені оперативні підрозділи.

Згідно з матеріалами кримінального провадження, у період з 07 до 27 квітня 2017 року кримінальне провадження до Покровського ВП ГУ НП в Донецькій області прокурором не передавалось, та відповідно до супровідного листа Красноармійської місцевої прокуратури було надіслано до СВ Покровського ВП ГУ НП в Донецькій області 27 квітня 2017 року, а 03 травня 2017 року слідчим було розпочато досудове розслідування у даному кримінальному провадженні, відомості про прийняття до свого провадження внесені слідчим до ЄРДР 03 травня 2017 року за ч. 1 ст. 368 КК України.

Разом з тим, прокурором було надано доручення начальнику УЗЕ в Донецькій області ДЗЕ НП України про проведення негласних слідчих розшукових дій - аудіо-, відеоконтролю особи у порядку ст. ст. 36, 41 КПК України, при цьому безпідставно

зазначено, що кримінальне провадження за № 42017051670000061 від 07 квітня 2017 року перебуває в провадження СВ Покровського ВП ГУНП в Донецькій області.

З огляду на вказане, висновки апеляційного суду про проведення досудового розслідування в період з 07 квітня 2017 року по 03 травня 2017 року у кримінальному провадженні неуповноваженим відповідно до ст. 216 КПК України органом є правильними, а отримані в результаті проведення таких процесуальних дій докази - недопустимими.

Джерело: постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 7 жовтня 2020 року у справі № 235/5633/18 (провадження № 51-1770км20)



ДОДАТКОВО:

Постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 12 листопада 2020 року у справі № 682/488/18 (провадження № 51-5609км19)



Порушення правил підслідності, передбачених ст. 216 КПК України, тягне за собою недопустимість доказів, отриманих за результатами проведення НСРД

Положеннями ч. 1 ст. 216 КПК передбачено, що слідчі органи Національної поліції здійснюють досудове розслідування кримінальних правопорушень, передбачених законом України про кримінальну відповідальність, крім тих, які віднесені до підслідності інших органів досудового розслідування.

Так, інкриміноване ОСОБА_1 кримінальне правопорушення не підслідне іншим органам досудового розслідування.

Проте всупереч приписам кримінального процесуального закону слідчий відділ УСБУ в Рівненській області з 1 березня по 28 липня 2016 року здійснював досудове розслідування в цьому кримінальному провадженні з порушенням правил підслідності, передбачених ст. 216 КПК, у ході якого проведено НСРД, спрямовані на отримання доказів, які було покладено в основу обвинувачення ОСОБА_1.

Лише постановою від 28 липня 2016 року про направлення матеріалів досудового розслідування у кримінальному провадженні щодо ОСОБА_1 за підслідністю до прокуратури Рівненської області визначено підслідність у цьому кримінальному провадженні за СУ Головного управління Національної поліції в Рівненській області.

Підслідність досудового розслідування у кримінальних провадженнях визначається виключно положеннями ст. 216 КПК.

Таким чином, враховуючи, що слідчий відділ УСБУ в Рівненській області діяв поза межами наданих кримінальним процесуальним законом повноважень, місцевий суд відповідно до вимог ст. 87 КПК правильно вказав на недопустимість отриманих за результатами проведення НСРД доказів та неможливість покладення їх в основу обвинувального вироку.

З цих підстав доводи прокурора про необґрунтоване визнання місцевим судом недопустимими доказами даних, отриманих у результаті проведення НСРД, та відсутність провокації злочину є безпідставними.

Джерело: постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 30 вересня 2020 року у справі № 563/1118/16-к (провадження № 51-1078км20).



Якщо існували достатні підстави для внесення відомостей до ЄРДР та проведення досудового розслідування за фактом вчинення тяжкого злочину, незважаючи на те, що в процесі проведення досудового розслідування кваліфікацію було змінено на злочин невеликої тяжкості, порушення вимог ч. 2 ст. 246 КПК України відсутні

Зокрема, своє рішення суд першої інстанції, серед іншого, обґрунтував незаконністю проведення органом досудового розслідування НСРД, оскільки відповідно до ч. 2 ст. 246 КПК України, вони можуть проводитись щодо тяжких та особливо тяжких злочинів. Проте, інкриміноване ОСОБА_1 кримінальне правопорушення було перекваліфіковане з ч. 3 ст. 368 на ч. 3 ст. 354 КК України. Відповідно до ст. 12 КК України, злочин, передбачений ч. 3 ст. 354 КК України є злочином невеликої тяжкості, а тому результати негласних слідчих (розшукових) дій визнав недопустимими доказами.

...Як убачається з матеріалів кримінального провадження (т. 1 а. с. 73), на підставі заяви ОСОБА_2 , 10.10.2017 року в ЄРДР були внесені відомості щодо вчинення кримінального правопорушення майстром виробничого навчання Тернопільського вищого професійного училища ресторанного сервісу і торгівлі ОСОБА_1 щодо вимагання неправомірної вигоди у розмірі 1 500 гривень в студентки цього навчального закладу ОСОБА_2 за зарахування проходження виробничої практики, з визначенням правової кваліфікації за ч. 3 ст. 368 КК України.

Слідчим суддею апеляційного суду Тернопільської області, на підставі клопотання прокурора, 10 жовтня 2017 року постановлено ухвалу, якою надано дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії - аудіо-, відео контроль особи, а саме ОСОБА_1 (Т. 1 а. с. 86-87).

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

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

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

З урахуванням наведеного, суд апеляційної інстанції, погоджуючись з висновком місцевого суду щодо недопустимості доказів, які отримані внаслідок

проведення негласних слідчих (розшукових) дій у цьому кримінальному провадженні, не врахував, що на момент їх проведення існували достатні підстави для внесення відомостей до ЄРДР та проведення досудового розслідування щодо ОСОБА_1 за ч. 3 ст. 368 КК України, тобто у вчиненні тяжкого злочину, а тому відсутні порушення вимог ч. 2 ст. 246 КПК України, незважаючи на те, що в процесі проведення досудового розслідування кваліфікацію було змінено на злочин невеликої тяжкості.

Джерело: постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 01 квітня 2020 року у справі № 607/15414/17 (провадження № 51-6202км19)



ДОДАТКОВО:

Постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 27 травня 2020 року № 328/1949/16-к (провадження № 51-418 км 20)



Постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 11 листопада 2020 року у справі № 750/9145/18 (провадження № 51-1749км20)



Постанова колегії суддів ККС ВС від 5 травня 2020 року у справі № 754/2623/14-к (провадження № 51-1906км19)



Постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 17 грудня 2019 року у справі № 682/1595/17 (провадження № 51-9815км18)



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

Використання матеріалів НСРД з одного кримінального провадження у іншому без дозволу слідчого судді апеляційного суду тягне за собою їх недопустимість

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

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

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

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

Згідно з пунктом 4.3.1 Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, затвердженої наказом Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16 листопада 2012 року № 114/1042/516/1199/936/1687/5 (далі - Інструкція), якщо в результаті проведення негласної слідчої (розшукової) дії

виявлено ознаки кримінального правопорушення, яке не розслідується в даному кримінальному провадженні, слідчим або уповноваженим оперативним підрозділом невідкладно складається протокол, що не пізніше 24 годин з моменту виявлення ознак зазначеного кримінального правопорушення надається прокурору, який здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва.

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

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

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

Джерело: постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 12 серпня 2020 року у справі № 333/7457/16 (провадження № 51-3266км19)



ДОДАТКОВО:

Постанова колегії суддів ККС ВС від 31 жовтня 2019 року у справі № 321/954/14-к (провадження № 51-4533км19)



Постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 27 червня 2019 у справі № 321/1009/16-к (провадження № 51-420км19)



Постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 19 червня 2018 року у справі № 266/2586/15-к (провадження № 51-994км18)



Постанова колегії суддів ККС ВС від 19 травня 2020 року у справі № 727/4888/16-к (провадження № 51-2282км 18)



Якщо під час проведення НСРД відносно однієї особи отримано докази про вчинення злочину іншою особою, відносно якої дозвіл на проведення НСРД відсутній, такі докази у новому кримінальному провадженні можуть бути використані лише на підставі ухвали слідчого судді, яка постановляється за клопотанням прокурора

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

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

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

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

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

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

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

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

Джерело: постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 21 березня 2018 року у справі № 751/7177/14 (провадження № 51-1285 км 18)



ДОДАТКОВО:

Постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 5 лютого 2019 року у справі № 552/6480/17 (провадження № 51-5262км19)



Постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 31 липня 2018 року у справі № 739/6/16-к (провадження № 51-624км18)



Постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 21 лютого 2019 року у справі № 698/1151/15-к (провадження № 51-5763 км18)



Постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 15 квітня 2020 року у справі № 229/4266/17 (провадження № 51-3214км19)



Постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 12 лютого 2020 року у справі № 485/1576/16-к (провадження № 51-5676 км 19)



За змістом ст. 257 КПК законодавець зобов'язує отримання дозволу слідчого судді на використання інформації, здобутої в результаті проведення негласної слідчої (розшукової) дії в іншому кримінальному провадженні, а не після перекваліфікації складу кримінального правопорушення в одному і тому ж кримінальному провадженні, що мало місце в цьому випадку

Також суд належним чином перевірів допустимість як доказів матеріалів, отриманих за результатами аудіо-, відеоконтролю від 19 липня 2018 року, з точки зору дотримання закону при їх одержанні та виконання вимог ст. 257 КПК. Зауваживши, що посилення захисника Лихосенка Є. О. на відсутність ухвали слідчого судді про надання дозволу на використання інформації, здобутої в результаті проведеної негласної слідчої (розшукової) дії, в порядку ст. 257 КПК, після перекваліфікації дій ОСОБА_1 не відповідає нормам вказаної статті. Встановлено, що слідчу дію було проведено в межах цього ж кримінального провадження № 42018201120000094, внесеного до ЄРДР 05 липня 2018 року.

За змістом ст. 257 КПК законодавець зобов'язує отримання дозволу слідчого судді на використання інформації, здобутої в результаті проведення негласної слідчої (розшукової) дії в іншому кримінальному провадженні, а не після перекваліфікації складу кримінального правопорушення в одному і тому ж кримінальному провадженні, що мало місце в цьому випадку.

З протоколу про результати аудіо-, відеоконтролю від 19 липня 2018 року вбачається, що негласна слідча (розшукова) дія була проведена в межах наданого дозволу ухвалою слідчого судді Апеляційного суду Сумської області від 06 липня 2018 року, а саме аудіо-, відеоконтроль ОСОБА_1. Під час її проведення було зафіксовано зустріч ОСОБА_1 та ОСОБА_2, їх розмову з приводу вступу дочки останньої до навчального закладу та подальше надання допомоги ОСОБА_1 у навчанні, а також зафіксовано факт передачі грошових коштів ОСОБА_2 ОСОБА_1.

Джерело: постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 11 березня 2020 року у справі № 583/3508/18 (провадження № 51-6015км19)



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

Стосовно доводів про те, що слідчим суддею було надано дозвіл на проведення аудіо-, відеоконтролю місця, а органом досудового розслідування проведено аудіо-, відеоконтроль особи і складено відповідний протокол, то колегія суддів прийшла до наступних висновків.

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

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, ухвалою слідчого судді Апеляційного суду Хмельницької області від 14 лютого 2018 року було надано дозвіл на проведення аудіо-відеоконтролю місця - службового кабінету № 27 Ізяславського ВП Славутського ВП ГУНП в Хмельницькій області, який розташований по вул. Грушевського, 24, в м. Ізяславі Хмельницької області.

Однак, за результатами проведення цієї слідчої дії було складено протокол від 20 лютого 2018 року, який названо «Про результати здійснення аудіо, відео контролю особи» та у тексті якого зазначено про проведення аудіо та відео контролю стосовно громадянина ОСОБА_1. Однак за змістом цього протоколу та інших матеріалів провадження убачається, що зазначена слідча дія проводилась лише в кабінеті № 27 Ізяславського ВП ГУНП в Хмельницькій області, що по вул. Грушевського, 24, в м. Ізяславі Хмельницької області без відома ОСОБА_1, тобто виключно в межах дозволу, наданого ухвалою слідчого судді. Тому те, що працівником поліції було складено протокол, який названо «Про результати здійснення аудіо, відео контролю особи» замість «Про результати здійснення аудіо, відео контролю місця» не є порушенням вимог КПК України, яке в силу положень ст. 412 КПК України можна визнати істотним і яке перешкодило чи могло перешкодити суду ухвалити законне й обґрунтоване судове рішення.

Джерело: постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 18 грудня 2019 року у справі № 675/1046/18 (провадження № 51-3942км19)



Помилково зазначена неправильна дата події, яка зафіксована під час проведення НСРД, не є підставою для визнання доказу недопустимим

При перевірці матеріалів кримінального провадження встановлено, що у протоколі про проведення негласних слідчих (розшукових) дій від 03 березня 2017 року зафіксована зустріч, дата якої помилково зазначена - 01 березня 2017 року, однак згідно з аудіо - та відеозаписом контролю особи вказана зустріч відбулась 28 лютого 2017 року. Вказана помилка не є підставою для визнання недопустимим цього доказу, крім того, стороною захисту в місцевому та апеляційному суді результати, викладені у протоколі про проведення негласних слідчих (розшукових) дій від 03 березня 2017 року не оспорювалися.

Враховуючи викладене, істотних порушень норм процесуального права, які були би безумовними підставами для скасування оскаржуваних судових рішень під час перевірки провадження в порядку касаційної процедури, не встановлено.

Джерело: постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 31 серпня 2020 року у справі № 133/1089/17 (провадження № 51-64 км 20)



Відсутність в постанові про проведення контролю за вчинення злочину відомостей щодо початку і тривалості вказаної НСРД не є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону та підставою для визнання доказів, отриманих внаслідок проведення НСРД, недопустимими

Усупереч доводам захисника, постанова про проведення контролю за вчиненням злочину містить дату її створення та засекречення (24 листопада 2016 року, обліковий № 274т), а наявні на цьому процесуальному документі штампи з датою 13 березня 2017 року засвідчують день її надходження до РСО для розсекречування. Указана постанова містить ПІБ та посаду особи, яка її склала, а саме - прокурор Костянтинівської місцевої прокуратури радник юстиції Бабарика О.М. Зазначені в цьому документі й інші обов'язкові реквізити, передбачені вимогами статей 110, 251, 271 КПК. Відомості ж щодо початку і тривалості вказаної НСРД містяться у протоколі про результати контролю за вчиненням злочину та рапорті від 11 грудня 2016 року (т. 5, а.п. 115, 119-120), складених за результатом проведення оперативної закупки на підставі вказаної постанови, і відсутність в останній зазначених відомостей не є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону та підставою для визнання доказів, отриманих внаслідок проведення НСРД, недопустимими. Проведення вказаної НСРД не перевищило меж її проведення, передбачених ст. 249 КПК.

Джерело: постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 15 жовтня 2020 року у справі № 225/1952/17 (провадження № 51-632км2



Закон не містить вимог щодо обов'язковості складання процесуальних документів виключно за допомогою комп'ютерної техніки.

Заява про добровільну участь закупника у проведенні НСРД не обов'язкова, сам факт участі такої особи у проведенні оперативної закупки, який він підтвердив у суді, свідчить про його добровільну згоду

Постанови прокурора про проведення НСРД відповідають вимогам статей 110, 251 КПК, у них зазначені підстави для проведення НСРД - встановлення причетності ОСОБА_1 до злочинів, пов'язаних з незаконним обігом наркотичних засобів та психотропних речовин, та необхідність, у зв'язку із цим, здобуття фактичних даних про протиправну діяльність останнього. Вказані статті, всупереч доводам захисника, не містять вимог щодо обов'язковості складання зазначених процесуальних документів виключно за допомогою комп'ютерної техніки, а Інструкція з діловодства в органах прокуратури України, на яку посилається захисник та яка згідно наказу Генеральної прокуратури України від 12 грудня 2019 року № 27 «Про затвердження Тимчасової інструкції з діловодства в органах прокуратури України» втратила чинність, не забороняла виготовлення службових документів рукописним текстом (п. 9.10.4.)

У відповідності до положень ст. 104, 105, 252 КПК складені і протоколи за результатами проведення НСРД у кримінальному провадженні, а наведені захисником недоліки є формальними (не зазначення відомостей про законність походження грошей, про технічні засоби фіксації, відсутність резолюцій на заяві тощо), або необґрунтованими (час складання протоколів (актів) прийому передачі грошових коштів та їх огляду узгоджується з даними щодо часу, зафіксованого на відеозаписі).

Отже, як правильно зазначили суди, підстав для визнання недопустимими доказів, отриманих за результатами проведення НСРД, у цьому кримінальному не встановлено, відповідно відсутні підстави для визнання недопустимими й похідних від них доказів (висновків експертів).

Безпідставними є доводи захисника про обов'язковість наявності доступу до державної таємниці у осіб, які залучені до кримінального провадження (закупник, поняті). Чинне кримінально-процесуальне законодавство не вимагає наявності доступу до державної таємниці осіб, які залучаються до виконання завдань оперативно-розшукової діяльності, відповідно до ст. 11 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» на таких осіб покладається тільки обов'язок зберігати таємницю, що стала їм відома у зв'язку з проведенням оперативно-розшукової діяльності.

До того ж, як правильно зазначив місцевий суд, в процесуальних документах з відомостями про НСРД (постанови, ухвали слідчих суддів, протоколи), які підлягали засекреченню, не міститься підписів ОСОБА_2 або понять щодо ознайомлення з цими матеріалами.

Що стосується доводів про необхідність отримання письмової згоди закупника на участь у процесуальній дії, то вони є безпідставними з урахуванням того, що сам факт участі ОСОБА_2 у проведенні оперативної закупки, який він підтвердив у суді, свідчить про його добровільну згоду на участь у проведенні оперативно-розшукової діяльності.

Джерело: постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 24 вересня 2020 року у справі № 738/689/19 (провадження № 51-1621км20)



Надання письмової згоди особи на залучення її до проведення НСРД законодавством не передбачено.

Протокол про проведення НСРД складає оперативник за дорученням слідчого, або слідчий, якщо він проводить її особисто

Відповідно до ч. 6 ст. 246 КПК проводити НСРД має право слідчий, який здійснює досудове розслідування злочину, або за його дорученням - уповноважені оперативні підрозділи Національної поліції, органів безпеки, Національного антикорупційного бюро України, Державного бюро розслідувань, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового і митного законодавства, органів Державної кримінально-виконавчої служби України, органів Державної прикордонної служби України. За рішенням слідчого чи прокурора до проведення НСРД можуть залучатися також інші особи.

Організація проведення НСРД регламентується розділом 3 Інструкції, у якому не передбачено подання особою (в розумінні другого речення ч. 6 ст. 246 КПК), що залучається до проведення НСРД, заяви про надання згоди на участь у таких діях. На цій підставі колегія суддів вважає необґрунтованими доводи, викладені в касаційній скарзі захисника, щодо необхідності заяви ОСОБА_2 про надання згоди на участь у НСРД.

Доводи захисника про недопустимість протоколу за результатами проведення НСРД аудіо-, відеоконтролю особи в публічно доступних місцях від 23 квітня 2018 року та протоколу про результати контролю за вчиненням злочину від 4 квітня 2018 року колегія суддів вважає безпідставними.

Відповідно до п. 4.1 Інструкції протокол про хід і результати проведеної НСРД (або її етапів) складається слідчим, якщо вона проводиться за його безпосередньої участі, в інших випадках - уповноваженим працівником оперативного підрозділу, і повинен відповідати загальним правилам фіксації кримінального провадження.

Таке формулювання норми щодо кола суб'єктів складання протоколу про хід і результати проведеної НСРД свідчить про те, що слідчим такий протокол складається в разі, якщо він особисто безпосередньо проводить таку НСРД, а у разі доручення її проведення працівникам оперативного підрозділу, - цими працівниками.

З матеріалів кримінального провадження вбачається, що старшим слідчим СУ ГУНП в Житомирській області Пізнюр Н.А. 29 березня 2018 року проведення НСРД доручено начальнику Житомирського управління ДВБ НП України. Протокол за результатами проведення НСРД аудіо-, відеоконтролю особи в публічно доступних місцях від 23 квітня 2018 року та протокол про результати контролю за вчиненням злочину від 4 квітня 2018 року складено оперативними працівниками Житомирського управління ДВБ НП України. Отже, матеріалами кримінального провадження не підтверджено безпосередньої участі старшого слідчого Пізнюр Н.А. у проведенні НСРД, за результатами яких було складено відповідні процесуальні

документи, які ставить під сумнів сторона захисту, а тому складення в цьому кримінальному провадженні згаданих протоколів за результатами проведення НСРД є правомірним. Прибуття зазначеного слідчого на місце події для проведення обшуку немає підстав розцінювати його безпосередньою участю в проведенні НСРД.

Джерело: постанова колегії суддів Третньої судової палати ККС ВС від 19 лютого 2020 року у справі № 295/7911/18 (провадження № 51-4301км19)



Контроль за вчиненням злочину може проводитись виключно на підставі постанови прокурора, винесеної у визначеному законом порядку

Так, згідно зі ст. 271 КПК спеціальний слідчий експеримент є одним із видів контролю за вчиненням злочину. Для використання результатів цієї процесуальної дії в якості доказу повинна бути дотримана визначена процесуальним законом процедура.

За змістом статей 246, 250, 251 КПК, якщо негласна слідча (розшукова) дія проводиться без дозволу слідчого судді, або у невідкладних випадках, передбачених КПК, рішення про проведення цієї дії прокурор викладає у формі постанови, яка має відповідати вимогам вказаних статей.

Однак матеріали кримінального провадження щодо ОСОБА_1 не містять такої постанови прокурора, натомість контроль за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту проводився на підставі доручення прокурора, що суперечить приписам статей 246, 251 КПК.

При цьому, надаючи оцінку іншим матеріалам кримінального провадження, суд правильно визнав їх такими, що не підтверджують поза розумним сумнівом винуватість ОСОБА_1 у вчиненні інкримінованого йому злочину, оскільки вони не спростовують доводів захисту, в тому числі про вчинення виправданим відповідних дій внаслідок провокації з боку органу досудового розслідування.

Джерело: постанова колегії суддів Третньої судової палати ККС ВС від 7 жовтня 2020 року у справі № 628/3400/15 (провадження № 51-2110 км 20).



ДОДАТКОВО:

Постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 5 березня 2019 року у справі № 127/24890/15-к (провадження № 51-235км17)



Постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 24 січня 2019 року у справі № 344/16316/15-к (провадження № 51-1736 км 18)



Контроль за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту проводиться на підставі постанови прокурора і є самостійною НСРД, що не виключає одночасного проведення інших НСРД, зокрема аудіо-, відеоконтролю особи або місця, які можуть проводитись одночасно з контролем

Доводи захисника засудженого про недопустимість протоколу контролю за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту від 23 січня 2017 року, оскільки він містить дані, отримані в ході аудіо-, відеоконтролю особи, є необґрунтованими.

Згідно з частинами 1, 4 ст. 246 КПК НСРД є різновидом слідчих (розшукових) дій, відомості про факт та методи проведення яких не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених цим Кодексом. Виключно прокурор має право прийняти рішення про проведення такої НСРД, як контроль за вчиненням злочину.

Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 271 КПК контроль за вчиненням злочину може здійснюватися у випадках наявності достатніх підстав вважати, що готується вчинення або вчиняється тяжкий чи особливо тяжкий злочин, та проводиться у формі спеціального слідчого експерименту.

Отже, контроль за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту проводиться на підставі постанови прокурора і є самостійною НСРД, що не виключає одночасного проведення інших НСРД, зокрема аудіо-, відеоконтролю особи або місця.

Колегія суддів касаційного суду не встановила порушень під час проведення 11 листопада 2016 року контролю за вчиненням злочину, які відповідно до норм кримінального процесуального закону могли б стати підставою для визнання недопустимими даних, отриманих за результатами цієї НСРД, а тому погоджується з висновками судів про обґрунтованість їх покладення в основу обвинувального вироку на доведення винуватості ОСОБА_1 у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 368 КК.

Джерело: постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 1 червня 2020 року у справі № 676/848/17 (провадження № 51-6564км19)



ДОДАТКОВО:

Постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 11 лютого 2020 року у справі № 573/707/18 (провадження № 51-2504 км19)



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

Крім того, колегія суддів апеляційної інстанції спростовуючи довід апеляційної скарги захисника про те, що у матеріалах кримінального провадження відсутня постанова прокурора про проведення контролю за вчиненням злочину, дійшла висновку, що відсутність наведеної постанови не тягне, як наслідок, визнання протоколу огляду, помітки та вручення грошових коштів від 01.08.2013 року та похідних від нього доказів недопустимими, оскільки це не може нівелювати доказове значення сукупності відомостей, отриманих шляхом проведення процесуальних дій, в тому числі НСРД (за наявності відповідних процесуальних рішень, як підстави їх проведення), на підтвердження того, що ОСОБА_1 вчинене інкриміноване йому кримінальне правопорушення та не є таким, що унеможлиблює прийняття законного та обґрунтованого рішення, тобто не є істотним порушенням вимог КПК України.

Разом з тим, зі змісту п. 3.2 Рішення Конституційного Суду України № 12-рп/2011 від 20 жовтня 2011 року у справі за № 1-31/2011 вбачається, що:

- визнаватися допустимим і використовуватись як доказ у кримінальній справі можуть тільки фактичні дані, одержані відповідно до вимог кримінально-процесуального законодавства. Перевірка доказів на їх допустимість є найважливішою гарантією забезпечення прав і свобод людини і громадянина в кримінальному процесі та ухвалення законного і справедливого рішення у справі;

- обвинувачення у вчиненні злочину не може бути обґрунтоване фактичними даними, одержаними в незаконний спосіб, а саме: з порушенням конституційних прав і свобод людини і громадянина; з порушенням встановлених законом порядку, засобів, джерел отримання фактичних даних; не уповноваженою на те особою тощо.

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

Здійснення перевірки доказів на їх допустимість, якщо сторона захисту ставить їх під сумнів, є обов'язком суду, з чого випливає й необхідність дослідження дозволів на проведення негласних слідчих (розшукових) дій, рішення про необхідність розсекречування яких, відповідно до ч. 1 ст. 255 КПК України та п. 5.9 Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні від 16 листопада 2012 року № 114/1042/516/1199/936/1687/5, затвердженої спільним наказом Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки

України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України, приймає прокурор.

Негласні слідчі (розшукові) дії, передбачені, зокрема, ст. 271 цього Кодексу, проводяться виключно у кримінальному провадженні щодо тяжких або особливо тяжких злочинів, та виключно прокурор має право прийняти рішення про проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії, як контроль за вчиненням злочину.

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

Слід зазначити, що використання заздалегідь ідентифікованих (помічених) засобів можливе лише при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій, передбачених ст. 271 КПК України.

Як свідчать матеріали кримінального провадження, огляд, помітка та вручення грошових коштів, результати яких зафіксовані у протоколі від 01 серпня 2013 року, проводились на підставі постанови т. в. о. начальника Слідчого управління ГУМВС України в Київській області Невгада В. В. про використання заздалегідь ідентифікованих (помічених) засобів від 01 серпня 2013 року. Крім того, у вказаній постанові відсутня вказівка у межах якого виду негласної слідчої (розшукової) дії, проводились такі дії.

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

Джерело: постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 19 серпня 2020 року у справі № 369/10396/13-к (провадження № 51-453км18)



ДОДАТКОВО:

Постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 27 лютого 2019 року у справі № 753/19835/14-к (провадження № 51-6192км18)



НСРД не можуть проводитись до внесення відомостей до ЄРДР.

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

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

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

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

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

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

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

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

Постановою прокурора Дмитренко Ю. В. від 05 лютого 2013 року надано дозвіл ГВ БКОЗ УСБУ у м. Києві на проведення негласної слідчої (розшукової) дії у кримінальному провадженні - контроль за вчиненням злочину у формі імітування обстановки злочину. Згідно з цим рішенням оперативному підрозділу було доручено змоделювати ситуацію у якій в оточенні ОСОБА_1 утворилося б враження, про

реально вчинений злочин, тобто результати імітування мали носити відкритий характер, очевидний для сторонніх осіб.

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

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

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

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

Джерело: постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 10 грудня 2020 року у справі № 761/19749/13-к (провадження № 51-924км19)



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

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

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

Джерело: постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 1 липня 2020 року у справі № 643/10749/14-к (провадження № 51-2273 км 20)



ДОДАТКОВО:

Постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 27 січня 2021 року у справі № 499/108/18 (провадження № 51-4610км20)



Постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 17 листопада 2020 року у справі № 459/1786/17 (провадження № 51-3612 км 20)



Якщо несправжні (імітаційні) засоби правоохоронним органом не виготовлялись, то і складання протоколу про виготовлення несправжніх (імітаційних) засобів не є обов'язковим

Необґрунтованими є й доводи в касаційній скарзі про визнання недопустимих доказів, отриманих у результаті проведення оперативної закупки від 23 березня 2017 року на підставі того, що в матеріалах справи відсутнє рішення прокурора про використання імітаційних грошових коштів та протоколу про їх виготовлення.

Так, згідно з постановою про проведення контролю за вчиненням злочину від 22 березня 2017 року прокурор прийняв рішення проводити цю слідчу дію із використанням заздалегідь ідентифікованих засобів - грошових коштів на сумі 8000 дол. США з використанням спеціальних імітаційних засобів.

Протоколом огляду покупця та вручення імітаційних грошових коштів від 23 березня 2017 року встановлено, що співробітники Управління Служби безпеки України у Волинській області вручили ОСОБА_2 імітаційні грошові кошти, виготовлені в заводський спосіб та вільні у продажу як сувенір у формі вісімдесяти 100-доларових купюр з однаковою серією JB0000000T, із написом на кожній «Suvenir of America».

Відповідно до ч. 2 ст. 273 КПК виготовлення, утворення несправжніх (імітаційних) засобів для проведення конкретних негласних слідчих дій оформляється відповідним протоколом.

Аналіз норми ч. 2 ст. 273 КПК дає підстави стверджувати, що оскільки в цьому випадку несправжні (імітаційні) засоби правоохоронним органом не виготовлялись, а були придбані в одному з магазинів із сувенірами у м. Луцьку, то і складання протоколу про виготовлення несправжніх (імітаційних) засобів не було обов'язковим для слідчого, а факт вручення таких засобів викривачу-покупцеві відображено у відповідному протоколі, який разом із постановою про проведення контролю за вчиненням злочину від 22 березня 2017 року та іншими матеріалами провадження в встановленому порядку було відкрито стороні захисту.

Джерело: постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 21 листопада 2019 року у справі № 154/1350/17 (провадження № 51-1027км19)



Відсутність документального підтвердження походження речових доказів, отриманих за результатами проведення НСРД, тягне за собою недопустимість таких речових доказів та похідних від них матеріалів

З матеріалів кримінального провадження вбачається, що постановою прокурора прокуратури Подільського району м. Києва про проведення аудіо-, відеоконтролю за вчиненням злочину від 15 липня 2014 року прийнято рішення про те, що для отримання доказів злочинної діяльності, пов'язаної з незаконним обігом наркотичних засобів і психотропних речовин, необхідно провести другий етап контролю за вчиненням злочину у формі оперативної закупки в ОСОБА_1 канабісу на суму від 135 грн або психотропної речовини - амфетаміна на суму від 300 грн за 1 г із затриманням ОСОБА_1.

У протоколі про результати контролю за вчиненням злочину у формі оперативної закупки від 19 вересня 2014 року зафіксовано обставини здійснення ОСОБА_3, оперативної закупки канабісу в ОСОБА_1 та ОСОБА_2.

Аналіз змісту цього протоколу свідчить про те, що викладені в ньому дані про обставини оперативної закупки наркотичних засобів в ОСОБА_1 та ОСОБА_2 ґрунтуються виключно на даних протоколу про результати аудіо-, відеоконтролю особи від 11 вересня 2014 року, який проводився на підставі ухвали слідчого судді Апеляційного суду міста Києва від 16 липня 2014 року.

Проте, як убачається з матеріалів кримінального провадження, в результаті дослідження в суді апеляційної інстанції носія інформації «Micro SD 2 GB Apacer» (інв. №247 т від 18 липня 2014 року), долученого до протоколу про результати аудіо-, відеоконтролю особи від 11 вересня 2014 року, було встановлено, що він жодних даних, які б підтверджували обставини, викладені в зазначеному протоколі, не містить.

Крім цього, постанову прокурора про проведення оперативної закупки від 15 липня 2014 року було ухвалено щодо ОСОБА_1, негласні слідчі (розшукові) дії - втручання в приватне спілкування шляхом здійснення аудіо-, відеоконтролю особи - проводилися також лише стосовно ОСОБА_1. Водночас відповідно до протоколу про результати контролю за вчиненням злочину у формі оперативної закупки від 19 вересня 2014 року оперативна закупка наркотичної речовини відбувалась одночасно в ОСОБА_1 та ОСОБА_2.

...Крім цього, в протоколах про результати контролю за вчиненням злочину та аудіо-, відеоконтролю особи від 11 та 19 вересня 2014 року зазначено про те, що слідчим складено протокол вилучення в ОСОБА_3 придбаних ним в ОСОБА_1 двох паперових згорток з речовиною рослинного походження, які було поміщено до поліетиленового пакунку, прошитого, опечатаного та скріпленого підписами учасників оперативної закупки.

Однак такий протокол у матеріалах кримінального провадження відсутній та стороні захисту в порядку ч.12 ст.290 КПК не відкривався.

За таких обставин суд апеляційної інстанції зробив правильний висновок про те, що здобуті в такий спосіб речові докази, а саме вилучена в ОСОБА_3 речовина рослинного походження, яка є наркотичним засобом - канабісом, не можуть бути допустимими доказами на підтвердження обставин, що підлягають доказуванню в цьому кримінальному провадженні.

Джерело: постанова колегії суддів ККС ВС від 6 червня 2019 року у справі № 756/13170/14-к (провадження № 51-5225 км 18)



ДОДАТКОВО:

Постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 12 лютого 2019 року у справі № 489/3/15-к (провадження № 51-1363 км18)



Протокол аудіо-, відеоконтролю особи передбачає обов'язкову наявність додатків із аудіо-, відеозаписами

Крім того, з огляду на положення ч. 1 ст. 270 КПК, які визначають зміст негласної слідчої (розшукової) дії - аудіо-, відеоконтролю місця і фактично закріплюють обов'язковість фіксації відомостей за допомогою аудіо-, відеозапису, та всупереч положенням п. 2 ч. 1 ст. 103, ч. 1, п. 3 ч. 2 і ч. 3 ст. 105, ч. 1 і ч. 2 ст. 252 КПК зазначені у вказаному протоколі від 23 березня 2015 року додатки, а саме, оптичні носії та картка пам'яті, прокурором не було надано суду.

Отже, дослідивши та співставивши зібрані у кримінальному провадженні фактичні дані, надавши їм об'єктивну оцінку, суд дійшов обґрунтованого висновку про те, що прокурором не надано жодних доказів, які б підтверджували обвинувачення, пред'явлене ОСОБА_1, - розроблення ним злочинного плану на вчинення розбою, наявність попередньої змови з іншими учасниками та розподіл між ними ролей.

Джерело: постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 10 вересня 2019 року у справі № 761/8589/15-к (провадження № 51-4571км18)



Часткова відсутність запису ходу НСРД - контролю за вчиненням злочину у формі оперативної закупки – не завжди вказує на недопустимість відомостей, отриманих у ході її проведення

Таким чином, оцінивши докази з точки зору належності, допустимості та достовірності, суд у відповідності до вимог ст. 374 КПК навів у вирокі докази, на яких ґрунтується висновок про доведеність винуватості ОСОБА_1 у незаконному придбанні і зберіганні з метою збуту та збуті психотропної речовини у великих розмірах.

Водночас, з огляду на усю сукупність доказів винуватості ОСОБА_1, в тому числі наявність інших неспростовних доказів, які прямо доводять його умисел на вчинення збуту наркотичних засобів (зокрема, й НСРД із записами телефонних розмов засудженого зі свідком ОСОБА_2 та ОСОБА_5), на думку колегії суддів касаційної інстанції, часткова відсутність запису ходу НСРД - контролю за вчиненням злочину у формі оперативної закупки - у даному випадку не вказує на недопустимість відомостей, отриманих у ході її проведення.

Отже, доводи захисника Борисова В.М. про реалізацію ОСОБА_1 незаборонених товарів за попередньою угодою із ОСОБА_2 та отримання грошових коштів за їх реалізацію є безпідставними, оскільки спростовуються наведеними у вирокі доказами, які судом всебічно та повно досліджено та яким надано належну оцінку.

Джерело: постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 3 листопада 2020 року у справі № 419/2016/19 (провадження № 51-2950 км 20)



Проведення співробітниками оперативного підрозділу НСРД без доручення на те слідчого, прокурора – тягне за собою недопустимість отриманих доказів.

Надане оперативному підрозділу доручення на проведення НСРД повинно бути відкрите стороні захисту в порядку ст. 290 КПК України.

Рішення слідчого, прокурора про залучення «іншої особи» до проведення НСРД має бути оформлено процесуально.

Відкрите фіксування під час завершальної стадії контролю за вчиненням злочину з фактичним затриманням це не огляд місцевості, приміщення, речей та документів, а отже потребує негайного складання протоколу за результатами проведення контролю за вчиненням злочину в присутності особи, відносно якої проводились НСРД, відповідно до вимог ч. 4 ст. 271 КПК України.

В той же час, порушення 24-годинного строку передачі прокурору протоколу не є істотним порушенням КПК та не впливає на допустимість доказів

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

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

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

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

Суд також дійшов обґрунтованого висновку що зазначена НСРД здійснювалась 8 липня 2016 року особою, повноваження якої не підтвержені,

оскільки з матеріалів кримінального провадження встановлено, що проведення цієї НСРД припинено Управлінням оперативно-технічних заходів ГУНП в Сумській області 5 липня 2016 року, матеріали НСРД передані супровідним листом від 06 липня 2016 року № 826т/18/01-2016 повноважному слідчому прокуратури.

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

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

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

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

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

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

визнання вказаного протоколу допустимим доказом в цьому кримінальному провадженні.

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

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

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

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

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

та додатків як доказів в порядку ст. 290 КПК, на що не впливає дотримання органом досудового розслідування строку, визначеного частиною 3 ст. 252 КПК.

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

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

Доводи касаційної скарги прокурора про грубе порушення апеляційним судом вимог ст. 23 КПК через те, що без безпосереднього дослідження доказів в судовому засіданні апеляційний суд надав їм іншу оцінку, ніж суд першої інстанції, визнавши недопустимим доказом ухвалу слідчого судді апеляційного суду від 4 липня 2016 року, обліковий номер 1147т, яка не відкривалась стороні захисту у порядку ст. 290 КПК, а надана стороною обвинувачення 01 жовтня 2018 року під час судового розгляду, не є достатньою підставою для скасування ухвали апеляційного суду.

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

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

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

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

Джерело: постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 18 грудня 2019 року у справі № 588/1199/16-к (провадження № 51-3127км19)



ДОДАТКОВО щодо ч. 4 ст. 271 КПК України:

Постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 6 жовтня 2021 року у справі № 335/1916/16-к (провадження № 51-1347км19)



Постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 11 березня 2020 року у справі № 583/3508/18 (провадження № 51-6015км19)



Вимог щодо залучення до участі в проведенні НСРД лише осіб, які мають право доступу до державної таємниці, кримінальний процесуальний закон не містить.

Відкрите фіксування під час завершальної стадії контролю за вчиненням злочину з фактичним затриманням не тотожне огляду місця події

Відповідно до ч. 1 ст. 246 КПК негласні слідчі (розшукові) дії - це різновид слідчих (розшукових) дій, відомості про факт та методи яких не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених КПК. За рішенням слідчого чи прокурора до проведення негласних слідчих (розшукових) дій можуть залучатися також інші особи. Згідно зі ст. 275 КПК до проведення НСРД слідчий має право залучати інших осіб. Вимог щодо залучення до участі в проведенні НСРД лише осіб, які мають право доступу до державної таємниці, кримінальний процесуальний закон не містить.

Відповідно до статей 246, 271 КПК контроль за вчиненням злочину є окремим різновидом негласних слідчих (розшукових) дій. У контексті ч. 6 ст. 246 КПК ОСОБА_3 є іншою особою, яка тільки за рішенням слідчого чи прокурора може залучатися до проведення НСРД.

Крім того, в цьому кримінальному провадженні контроль за вчиненням злочину закінчувався фактичним затриманням ОСОБА_1, що підтверджується змістом протоколу огляду місця події від 16 березня 2017 року, тобто відкритим фіксуванням. Однак всупереч вимогам ч. 4 ст. 271 КПК протокол про результати контролю за вчиненням злочину був складений не негайно, а наступного дня після завершення негласної слідчої розшукової дії та за відсутності підозрюваного.

За змістом статей 208, 209 КПК проведена процесуальна дія є затриманням особи, яка з цього моменту набуває право на захист згідно з ч. 1 ст. 42 КПК. Обставини, викладені у протоколі огляду місця події від 16 березня 2017 року та відповідному відеозаписі цієї слідчої дії, не відповідають змісту процесуальних дій, які фактично здійснювались. Уповноважені особи органу досудового розслідування фактично провели не огляд місця події, а відкрите фіксування під час завершальної стадії контролю за вчиненням злочину з фактичним затриманням ОСОБА_1 та подальшим обшуком затриманого та його особистого кабінету, де мали керуватися статтями 208, 209, ч. 4 ст. 271 КПК, а також вимогами статей 233, 234, 237 цього Кодексу.

Внаслідок викладених порушень кримінально-процесуального закону була порушена форма кримінального процесу як основна гарантія забезпечення засади законності, затриманий був позбавлений права на захист, права висловлювати свої заперечення чи зауваження з приводу проведених стосовно нього процесуальних дій.

Вирішуючи питання про істотність порушення зазначених вимог КПК, суди мали виходити з того, чи було істотно порушено права затриманої особи. З огляду на зміст статей 20, 42, 104-107, 271 КПК є обґрунтовані підстави визнавати їх

істотними щодо оцінки на предмет допустимості як протоколу НСРД - контролю за вчиненням злочину у виді спеціального слідчого експерименту від 17 березня 2017 року, так і похідних від нього доказів.

Джерело: постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 5 серпня 2020 року у справі № 700/361/17 (провадження № 51-1840км20)



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

Освідування особи є окремою процесуальною дією, яка проводиться за відповідним рішенням прокурора, і проведенням контролю за вчиненням злочину не охоплюється

Так, апеляційний суд у своєму рішенні вказав, що ніяким чином не спростований прокурором висновок суду першої інстанції, про те що правоохоронний орган спеціально залучив свідка ОСОБА_2 для проведення негласних оперативно-розшукових заходів стосовно ОСОБА_1 ще до відкриття кримінального провадження, надав їй до першої зустрічі спеціальні засоби прихованого аудіо-, відеофіксування подій, а потім передавав ідентифіковані помічені грошові кошти для організації кримінального правопорушення, передачі грошей як неправомірної вигоди обвинуваченому ОСОБА_1, на підставі чого суд першої інстанції сформував висновок, що в цьому випадку має місце підбурювання до кримінального правопорушення з метою подальшого його викриття.

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

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

контрольованого вчинення відповідних діянь. Порядок отримання дозволу, строк його дії та порядок проведення операції з контрольованого вчинення корупційного діяння визначаються КПК. Ці дії не охоплюються поняттям здійснення аудіо-, відеоконтролю особи, санкціонованого щодо ОСОБА_1. Одна із загальних умов проведення контролю за вчиненням злочину, як негласної слідчої дії, а отже і операції з контрольованого вчинення корупційного діяння як оперативно-розшукового заходу, що направлена на гарантування дотримання прав та свобод особи, міститься у положеннях ч. 3 ст. 271 КПК і визначає, що під час підготовки та проведення заходів з контролю за вчиненням злочину забороняється провокувати (підбурювати) особу на вчинення цього злочину з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який вона би не вчинила, якби слідчий цьому не сприяв, або з цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем. Здобуті в такий спосіб речі і документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні.

Таким чином, обґрунтованими є висновки судів про наявність у цьому провадженні факту підбурювання до вчинення злочину, оскільки працівник оперативного підрозділу без дотримання встановленого порядку фактично здійснював операцію з контрольованого вчинення корупційного діяння, забезпечивши засобами аудіо-, відеозапису, ідентифікувавши грошові купюри та вручивши їх ОСОБА_2, яка повинна була передати гроші ОСОБА_1 як неправомірну вигоду, і при цьому не було дотримано вимог щодо запобігання провокації злочину. До того ж суди встановили, що стосовно свідка ОСОБА_2, яка передавала неправомірну вигоду ОСОБА_1, жодних процесуальних рішень у цьому кримінальному провадженні не було прийнято.

Водночас апеляційний суд правильно відзначив про сумнів щодо законності проведення такої слідчої дії, як освідування особи, оскільки згідно з протоколом освідування від 20 серпня 2017 року освідування ОСОБА_1 проведено на підставі постанови прокурора про проведення контролю за вчиненням злочину від 20 вересня 2017 року. Разом з тим у цій постанові питання про проведення освідування ОСОБА_1 не ставиться, а саму постанову останньому не було пред'явлено.

Джерело: постанова колегії суддів Третньої судової палати ККС ВС від 08 квітня 2020 року у справі № 164/104/18 (провадження № 51-10414км18)



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

Доводи захисників щодо незабезпечення засудженого захисником на етапі проведення 27 грудня 2017 року контролю за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту з огляду на те, що ОСОБА_1 є неосвіченою особою, не заслуговують на увагу.

Основною метою такої форми контролю за вчиненням злочину, як спеціальний слідчий експеримент є перевірка справжності намірів і дій підозрюваної особи, яка вчиняє чи готується вчинити тяжкі або особливо тяжкі злочини, шляхом створення слідчим та оперативним підрозділом відповідних штучних умов, в обстановці, максимально наближеній до реальної, яка надає можливості для спостереження та фіксування намірів і дій такої особи.

При цьому факт виклику слідчим ОСОБА_1, який був свідком у кримінальному провадженні, внесеному до ЄРДР за № 12017060020005699 від 27 жовтня 2017 року, для проведення, за участю понятих з дотриманням вимог, передбачених статтею 237 КПК, огляду автотранспортного засобу, власником якого він був, є механізмом створення вище описаної, наближеної до реальної, обстановки.

Відсутність захисника під час спеціального слідчого експерименту не може ставити під сумнів здатність особи усвідомлювати протиправність вчинюваних нею дій, які виражаються в наданні усної обіцянки неправомірної вигоди, що підтвердив сам засуджений під час проведення слідчого експерименту. Більше того, залучення до таких слідчих дій інших осіб може завадити досягненню безпосередньої цілі проведення контролю за вчиненням злочину та унеможливити з'ясування істинних намірів особи, в діях якої вбачаються ознаки складу злочину. Негласну слідчу (розшукову) дію у формі спеціального слідчого експерименту проведено з дотриманням вимог статті 271 КПК та Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, затвердженої наказом Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16 листопада 2012 року № 114/1042/516/1199/936/1687/5, якою визначено загальні засади організації проведення негласних слідчих (розшукових) дій слідчими органів досудового розслідування, а також використання їх результатів у кримінальному провадженні.

Джерело: постанова колегії суддів Третньої судової палати ККС ВС від 20 травня 2020 року у справі № 295/1399/18 (провадження № 51-5287км19)



Відсутність даних про осіб, з якими обвинувачений зустрічався при збуті наркотичних засобів оперативному покупцю, а також те, що понятим не було відомо, чи були гроші віддані покупцем саме обвинуваченому, жодним чином не вплинуло на повноту та всебічність судового розгляду

Судом апеляційної інстанції було обґрунтовано враховано те, що зазначені докази спростовують версію сторони захисту про збут обвинуваченим оперативному покупцю сухої малини і амброзії та підтверджують винуватість ОСОБА_1 у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 307 КК, поза розумним сумнівом.

Таке рішення суду узгоджуються і з практикою Європейського суду з прав людини, який у Рішенні від 21 липня 2011 року у справі «Коробов проти України» вказав, що при оцінці доказів Суд, як правило, застосовує критерій доведення «поза розумним сумнівом». Проте така доведеність може впливати зі співіснування достатньо переконливих, чітких і узгоджених між собою висновків чи схожих неспростованих презумпцій факту.

При цьому судом апеляційної інстанції також було враховано факт перебування понятих при здійсненні контролю за вчиненням злочину, підтверджений їхніми поясненнями в суді та протоколами оглядів від 27 червня та 6 липня 2017 року, що містять їхні підписи. Надані ними свідчення щодо часу відсутності оперативного покупця є їхнім суб'єктивним сприйняттям цього фактору, що жодним чином не свідчить про невинуватість обвинуваченого у вчиненні збуту наркотичних засобів.

При постановленні ухвали судом апеляційної інстанції також було зазначено, що фактичні обставини, зафіксовані на відеозаписі, підтвердив і сам оперативний покупець, допитаний в суді першої інстанції з забезпеченням безпеки. Його особа в судовому засіданні була перевірена оперуповноваженим поліції, що підтверджено відповідним рапортом, який міститься в матеріалах провадження.

За встановлених обставин суд апеляційної інстанції зробив обґрунтований висновок про те, що наявні в матеріалах провадження докази достатньою мірою підтверджують винуватість обвинуваченого у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 307 КК.

Доводи касаційної скарги щодо необізнаності понятих про отримання ОСОБА_1 грошей від покупця у ході оперативної закупки, не є такими обставинами, що перешкодили чи могли перешкодити суду ухвалити законне та обґрунтоване рішення, з огляду на те, що під незаконним збутом наркотичних засобів слід вважати у тому числі будь-які оплатні чи безоплатні форми їх реалізації.

За таких обставин відсутність даних про осіб, з якими ОСОБА_1 зустрічався при збуті наркотичних засобів оперативному покупцю, а також те, що понятим не було відомо, чи були гроші віддані покупцем саме ОСОБА_1, жодним чином не вплинуло на повноту та всебічність судового розгляду.

Джерело: постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 17 грудня 2019 року у справі № 229/3901/17 (провадження № 51-705км19)



Якщо у кримінальному провадженні відсутнє доручення слідчого або прокурора на проведення НСРД оперативному підрозділу, або таке доручення не відкрито стороні захисту, результати проведених НСРД недопустимі

Так, судом першої інстанції правильно визнано недопустимими докази, що зібрані з порушенням вимог ч. 6 ст. 246 КПК.

Згідно ст. 41 КПК, оперативні підрозділи здійснюють слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії в кримінальному провадженні за письмовим дорученням слідчого, прокурора. Співробітники оперативних підрозділів не мають права здійснювати процесуальні дії у кримінальному провадженні за власною ініціативою або звертатися з клопотаннями до слідчого судді чи прокурора. Відповідно до ч. 6 ст. 246 КПК проводити негласні слідчі (розшукові) дії має право слідчий, який здійснює досудове розслідування злочину, або за його дорученням - уповноважені оперативні підрозділи.

Як встановлено судом першої інстанції, оперуповноважений відділу БКОЗ Управління СБУ у Хмельницькій області Москалюк В.В. 2 та 12 серпня 2014 року, з власної ініціативи, без письмового доручення слідчого (прокурора) провів слідчу дію - огляд, помічення та вручення ОСОБА_2 грошей. Крім того, оперуповноважений Москалюк В.В. склав 13 серпня 2014 року протоколи за результатами НСРД: аудіо,- відео контроль особи; контроль за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту; спостереження за особою, тощо.

Досліджені у суді першої інстанції матеріали кримінального провадження свідчать, що будь-яких письмових доручень на проведення слідчих дій та НСРД слідчий чи прокурор оперативному працівнику Москальчуку В.В. не давав, і таких доручень прокурор у суді першої інстанції не представив, стороні захисту не відкрив.

Таким чином, всупереч вимогам ст. 41, ч. 6 ст. 246 КПК, основні докази сторони обвинувачення збирались не слідчим, а оперативним підрозділом УСБУ, який не мав письмового доручення на проведення слідчих дій та який діяв за власною ініціативою, що суперечить вимогам вказаних норм.

Відповідно до вимог ст. ст. 86, 87 КПК такі докази суд першої інстанції правильно визнав недопустимими, оскільки вони отримані з порушенням порядку, встановленому КПК.

Джерело: постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 3 грудня 2019 року у справі № 676/7748/14-к (провадження № 51-1405км19)



Оперативний співробітник, який складає протоколи про проведення НСРД на виконання доручення слідчого, прокурора, є самостійним у своїй процесуальній діяльності

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

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

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

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

Джерело: постанова колегії суддів Третньої судової палати ККС ВС від 8 липня 2020 року у справі № 373/2562/15-к (провадження № 51-2218 км20)



ДОДАТКОВО:

Постанова колегії суддів ККС ВС від 3 липня 2018 року у справі № 703/4196/15-к



Постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 1 жовтня 2020 року у справі № 359/1982/15 (провадження № 51 - 8225 км 18)



Результати проведення негласних слідчих (розшукових) дій не можуть бути визнані допустимими доказами, якщо з огляду на зміст вказаних протоколів фактично мав місце допит обвинувачених (підозрюваних), а не втручання у приватне життя

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

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

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

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

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

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

Джерело: постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 5 березня 2020 року у справі № 666/5448/15-к (провадження № 51-5934 км 19)



ДОДАТКОВО:

Постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 24 травня 2018 року у справі № 332/2781/15-к (провадження № 51-2854км18)



Постанова колегії суддів Третьої судової палати від 9 грудня 2020 року у справі № 756/12749/18 (провадження № 51-3483км20)



Постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 2 грудня 2020 року у справі № 738/2153/18 (провадження № 51-2915км20)



протилежна позиція – постанова колегії суддів ВС ККС від 15 вересня 2020 року у справі № 125/2485/15-к (провадження № 51-3068км18)



Факт невстановлення особи іншого співрозмовника жодним чином не впливає на допустимість протоколу НСРД як доказу

Суд касаційної інстанції наголошує, що правовою підставою для проведення негласних слідчих (розшукових) дій є постанови прокурора та ухвали слідчого судді про проведення негласних слідчих (розшукових) дій, у них зазначається уся наявна інформація, одержана в установленому законом порядку, що потребує перевірки. Тобто, саме з цих процесуальних документів суд може дійти висновку, чи були у органу досудового розслідування наявні законні підстави для проведення таких заходів, результати яких виступають доказами у кримінальному провадженні.

Із матеріалів провадження вбачається, що ухвалою слідчого судді Апеляційного суду Івано-Франківської області від 19 березня 2016 року надано дозвіл на проведення НСРД - аудіо,-відеоконтроль особи - ОСОБА_3. На виконання цієї ухвали, розмову ОСОБА_3 із невстановленою особою, зафіксовано на оптичний диск, складено відповідний протокол, що в подальшому разом із документами, які стали правовою підставою для НСРД, досліджено в судовому засіданні. Тобто аудіоконтроль був встановлений виключно щодо підозрюваного ОСОБА_3, НСРД проведено у законний спосіб. Тому факт не встановлення особи іншого співрозмовника жодним чином не впливає на допустимість протоколу НСРД як доказу.

Джерело: постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 25 березня 2021 року у справі № 344/11557/16-к (провадження № 51-814 км 20)



Огляд текстових повідомлень вилученого під час обшуку телефону, які в ньому знаходяться та доступ до яких не пов'язаний із наданням володільцем відповідного серверу (оператором мобільного зв'язку) доступу до електронних інформаційних систем, не є негласною слідчою (розшуковою) дією

Безпідставним є і твердження захисника про те, що під час досудового розслідування було здійснено незаконний (без постанови слідчого судді) доступ до відомостей з електронних інформаційних мереж, який оформлено як протокол огляду предмета - телефона.

Сутність такої негласної слідчої (розшукової) дії, як доступ до зняття інформації з електронних інформаційних систем полягає у здійсненні на підставі ухвали слідчого судді пошуку, виявлення і фіксації відомостей, що містяться в електронній інформаційній системі або її частин, доступ до яких обмежений власником, володільцем або утримувачем системи розміщення її у публічно недоступному місці, житлі чи іншому володінні особи або логічним захистом доступу, а також отримання таких відомостей без відома її власника, володільця або утримувача.

Зняття інформації з електронних інформаційних систем або їх частин можливе без дозволу слідчого судді, якщо доступ до них не обмежується їх власником, володільцем або утримувачем або не пов'язаний з подоланням системи логічного захисту.

Що ж стосується інформації, яка була наявна в мобільному телефоні ОСОБА_1, то вона була досліджена шляхом включення телефону та огляду текстових повідомлень, які в ньому знаходились та доступ до яких не був пов'язаний із наданням володільцем відповідного серверу (оператором мобільного зв'язку) доступу до електронних інформаційних систем. В даному випадку орган досудового розслідування провів огляд предмета - телефона та оформив його відповідним протоколом, який складений з дотриманням вимог кримінального процесуального закону.

За таких обставин Суд не вбачає жодних порушень вимог кримінального процесуального закону при розгляді даного кримінального провадження.

Джерело: постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 9 квітня 2020 року у справі № 727/6578/17 (провадження № 51-4494 км 19)



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

Доводи касаційної скарги захисника щодо недопустимості як доказу запису телефонної розмови, зробленого на диктофон мобільного телефону ОСОБА_1, оскільки стороною обвинувачення не було доведено автентичності голосу засудженого, на думку колегії суддів, є безпідставними та необґрунтованими.

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, в ході судового розгляду в суді першої інстанції було відтворено запис телефонної розмови, зробленої на диктофон мобільного телефону ОСОБА_1, який він добровільно видав після його затримання. Разом з тим у ході дослідження вказаного доказу місцевим судом встановлено, що ОСОБА_1 під час розмови зі свідком ОСОБА_10 повідомив, що саме він вбив потерпілу ОСОБА_2. При цьому сама свідок ОСОБА_10 у судовому засіданні підтвердила обставини телефонної розмови з ОСОБА_1 і її зміст.

Відповідно до вироку місцевий суд, врахувавши вказані обставини, дійшов висновку, що досліджений доказ згідно з нормами ст. 86 КПК України є законним та допустимим з урахуванням того, що ОСОБА_1 не заперечував, що виданий ним телефон належить саме йому і він особисто використовував програму для запису телефонної розмови на диктофон.

Разом з тим місцевий суд спростував доводи сторони захисту щодо автентичності голосу ОСОБА_1 на аудіозаписі, посилаючись на те, що клопотання про призначення та проведення фоноскопичної експертизи щодо ідентифікації голосів осіб, між якими відбулася розмова, стороною захисту заявлено не було. Телефон, на який зроблено запис, належить засудженому, а свідок ОСОБА_10 підтвердила факт телефонної розмови з ОСОБА_1, під час якої останній особисто повідомив їй, що вбив потерпілу. При цьому підстав, які б вказували на неналежність цього запису як доказу, судом першої інстанції не встановлено. З позицією суду першої інстанції погоджується і колегія суддів.

Джерело: постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 28 січня 2021 року у справі № 182/523/16-к (провадження № 51-1103 км 20)



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

Також місцевий суд визнав недопустимими доказами протокол огляду добровільно виданого ОСОБА_3 належного йому диктофону «OLYMPUS VN-4100», а також роздруківки від 24 лютого 2010 року аудіо запису, речового доказу - диктофону «OLYMPUS VN-4100» та висновки криміналістичної експертизи звукозапису від 30 листопада 2011 року № 9502, 16532, 16631/07, оскільки потерпілий, записуючи на власний диктофон розмову із ОСОБА_1 16 лютого 2010 року, за власною ініціативою та безконтрольно здійснював оперативно-розшукову діяльність, що заборонено законом.

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

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

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

Конституційний Суд України виходив з того, що фактичні дані про скоєння злочину чи підготовку до нього можуть бути одержані не тільки в результаті оперативно-розшукової діяльності уповноважених на це осіб, а й випадково зафіксовані фізичними особами, які здійснювали власні (приватні) фото-, кіно-, відео-, звукозаписи, або відеокамерами спостереження, розташованими як у приміщеннях, так і ззовні.

Конституційний Суд України зазначив, що при оцінюванні на предмет допустимості як доказів у кримінальній справі фактичних даних, що містять інформацію про скоєння злочину чи підготовку до нього та подані в порядку, передбаченому ч. 2 ст. 66 КПК 1960, необхідно враховувати ініціативний або ситуативний (випадковий) характер дій фізичних або юридичних осіб, їх мету та цілеспрямованість при фіксуванні зазначених даних.

Подані будь-якою фізичною або юридичною особою згідно з ч. 2 ст. 66 КПК 1960 речі або документи (фактичні дані) не відповідають вимогам допустимості доказів, якщо вони одержані з порушенням прав і основоположних свобод людини, закріплених в Конституції України зокрема внаслідок цілеспрямованих дій із застосуванням оперативно-розшукових заходів, передбачених Законом.

Джерело: постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 16 грудня 2020 року у справі № 661/4683/13-к (провадження № 51-1008км20)



Особи, які залучаються до проведення НСРД у порядку ст. 275 КПК України, не обов'язково повинні мати допуск до державної таємниці.

Враховуючи, що відомості про спеціальні технічні засоби, призначені для негласного отримання інформації, є державною таємницею і стосуються не тільки цього кримінального провадження, їх розголошення без належних і обґрунтованих підстав загрожує національним інтересам та безпеці.

Ототожнення електронного доказу як засобу доказування та матеріального носія такого документа є безпідставним, оскільки характерною рисою електронного документа є відсутність жорсткої прив'язки до конкретного матеріального носія

Згідно зі ст. 275 КПК до проведення НСРД слідчий має право залучати інших осіб, при цьому кримінальний процесуальний закон не містить вимог щодо залучення до участі в проведенні НСРД лише осіб, які мають право доступу до державної таємниці, а тому доводи сторони захисту, що матеріали кримінального провадження мають відображати відомості про допуск працівників, які брали участь у НСРД, до державної таємниці, є безпідставними, оскільки не засновані на законі.

...При цьому Об'єднана палата враховує, що відповідно до пунктів 4.5.1, 4.5.6 Зводу відомостей, що становлять державну таємницю, затвердженого наказом голови Служби безпеки України від 12 серпня 2005 року № 440, до державної таємниці належать відомості про номенклатуру, фактичну наявність спеціальних технічних засобів чи спеціальної техніки: устаткування, апаратури, приладів, пристрів, програмного забезпечення, препаратів та інших виробів, призначених (спеціально розроблених, виготовлених, запрограмованих або пристосованих) для негласного отримання інформації, що розкривають найменування, принцип дії чи експлуатаційні характеристики технічних засобів розвідки, спеціальних технічних засобів чи спеціальної техніки, призначених для здійснення та забезпечення оперативно-розшукової, контррозвідувальної чи розвідувальної діяльності, володіння якими дає змогу зацікавленій стороні впливати на її результати, що створює загрозу національним інтересам і безпеці. Враховуючи, що відомості про спеціальні технічні засоби, призначені для негласного отримання інформації, є державною таємницею і стосуються не тільки цього кримінального провадження, їх розголошення без належних і обґрунтованих підстав загрожує національним інтересам та безпеці, поняття і ознаки яких визначені в Законі України від 21 червня 2018 року № 2469-VIII «Про національну безпеку України». Отже, право обмеження на розкриття у кримінальному провадженні відомостей, визначених ст. 246 КПК, обумовлено віднесенням їх до державної таємниці та потребою зберігати таємні поліцейські методи розслідування злочинів.

Доводи захисника про те, що протоколи НСРД є недопустимим доказом через відсутність оригінальних примірників технічних носіїв, не засновані на приписах закону та не спростовують висновків суду про допустимість цих доказів.

У частині 3 ст. 99 КПК законодавець визначив, що оригіналом документа є сам документ, а оригіналом електронного документа - ще і його відображення, якому надається таке ж значення як документу. При цьому відповідно до ч. 1 ст. 99 КПК документом є спеціально створений з метою збереження інформації матеріальний об'єкт, який містить зафіксовані за допомогою письмових знаків, звуку, зображення тощо відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження, у тому числі матеріали звукозапису та електронні носії інформації.

Ототожнення електронного доказу як засобу доказування та матеріального носія такого документа є безпідставним, оскільки характерною рисою електронного документа є відсутність жорсткої прив'язки до конкретного матеріального носія.

Для виконання завдань кримінального провадження, з огляду на положення Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг», допустимість електронного документа як доказу не можна заперечувати винятково на підставі того, що він має електронну форму (ч. 2 ст. 8). Відповідно до ст. 7 цього Закону у випадку його зберігання на кількох електронних носіях інформації кожний з електронних примірників вважається оригіналом електронного документа. Один і той же електронний документ може існувати на різних носіях. Усі ідентичні за своїм змістом екземпляри електронного документа можуть розглядатися як оригінали та відрізнятися один від одного тільки часом і датою створення. Питання ідентифікації електронного документа як оригіналу можуть бути вирішені уповноваженою особою, яка його створила (за допомогою спеціальних програм порахувати контрольну суму файлу або каталогу з файлами - CRC-сума, hash-сума), або за наявності відповідних підстав шляхом проведення спеціальних досліджень.

У цьому провадженні як додаток до протоколів НСРД долучено DVD-диск № 1495к та на виконання ухвали суду від 15 березня 2017 року про призначення судово-технічної експертизи надано розсекречені оригінальні носії інформації, на яких зафіксовані результати проведення НСРД - флешнакопичувачі № 1386 та 1387, що долучені як докази в провадженні (т. 2, а.с. 62) і про долучення яких клопотав захисник. Флешнакопичувачі за матеріалами провадження є первинними носіями електронних документів НСРД.

Кримінальний процесуальний закон містить гарантії захисту законних прав та інтересів сторін у кримінальному провадженні, де у ст. 266 КПК встановлені вимоги про зберігання до набрання законної сили вироком суду технічних засобів, застосованих під час проведення НСРД, а також первинних носіїв отриманої інформації. За наявності обґрунтованих підстав носії інформації та технічні засоби, за допомогою яких отримано інформацію, можуть бути предметом дослідження відповідних спеціалістів або експертів у порядку, передбаченому цим Кодексом. Зазначені гарантії в цьому кримінальному провадженні органом досудового розслідування забезпечені повною мірою.

У кримінальному провадженні щодо ОСОБА_1 відсутні об'єктивні дані про те, що оптичний диск № 1495к, долучений до вказаних протоколів, містить

електронні документи, створені не під час здійснення НСРД 28 квітня 2016 року, а в інший час, чи за інших обставин чи неуповноваженою особою, а від проведення повторної експертизи сторона захисту відмовилася...

Джерело: постанова колегії суддів Об'єднаної палати ККС ВС від 29 березня 2021 року у справі № 554/5090/16-к (провадження № 51-1878кмо20)



ДОДАТКОВО:

Ухвала колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 29.05.2018 у справі № 397/2588/13-к (провадження № 51-3650км18)



Постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 18.12.2019 у справі № 675/1046/18 (провадження № 51-3942км19)



Постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 15.01.2020 у справі № 161/5306/16-к (провадження № 51-3498км19)



Постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 23.09.2020 у справі № 234/3501/17 (провадження № 51-1967км20)



Постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 22.10.2020 у справі № 677/2040/16-к (провадження № 51-5738км19)



Постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 19.08.2021 у справі № 756/8124/19 (провадження № 51-601км21)



Постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 10 грудня 2020 року у справі № 464/710/18 (провадження № 51-3805 км 20)



Постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 11 листопада 2020 року у справі № 164/973/18 (провадження № 51-3379км20)



Перекладення обов'язку щодо призначення відповідної експертизи у разі сумнівів сторони захисту щодо належності голосу певній особі під час прослуховування аудіозаписів на суд без відповідних клопотань учасників судового провадження недопустиме

Наявні в матеріалах кримінального провадження протокол про результати НСРД від 07 листопада 2016 року, протокол про проведення контролю за вчиненням злочину від 11 листопада 2016 року, протокол про результати проведення контролю за вчиненням злочину від 30 грудня 2016 року, протоколи огляду НСРД від 03 січня 2017 року та 05 січня 2017 року складено з дотриманням вимог статей 104, 105, 252 КПК. Доводи касаційної скарги про суттєві недоліки вказаних процесуальних документів є безпідставними, а недотримання строків складення протоколу після проведення НСРД, незазначення інформації про технічні засоби фіксації не впливають на їх зміст, а отже не можуть бути визнані істотними порушеннями, які тягнуть за собою визнання відповідних доказів недопустимими.

Доводи касаційної скарги сторони захисту про те, що зміст аудіозаписів, отриманих за результатами НСРД, не відповідає вищезазначеним протоколам від 07 листопада 2016 року, 03 січня 2017 року та 05 січня 2017 року також є безпідставними. Перевіркою журналів та прослуховуванням аудіозаписів судових засідань місцевого суду від 19 березня 2018 року, 26 квітня 2018 року та 27 квітня 2018 року встановлено, що вищезазначені протоколи та диски з аудіозаписами результатів НСРД були досліджені в ході зазначених судових засідань. При цьому як захисник, так і засуджений коментували прослухані аудіозаписи розмов, як вони зазначали, начебто ОСОБА_1, з позиції сторони захисту, однак не заперечували, що на них наявний голос останнього. Крім того, за наявності сумнівів, що зафіксований на аудіозаписах голос належить ОСОБА_1, сторона захисту не була позбавлена можливості заявити перед судом клопотання про призначення фоноскопичної експертизи. Статтею 23 КПК передбачено здійснення кримінального провадження на основі змагальності, що передбачає самостійне обстоювання стороною обвинувачення та стороною захисту їхніх правових позицій, прав, свобод і законних інтересів засобами, передбаченими цим Кодексом, а тому перекладення обов'язку щодо призначення відповідної експертизи на суд без відповідних клопотань учасників судового провадження недопустиме. До того ж, вищезазначені доводи про невідповідність аудіозаписів НСРД відповідним протоколам їх огляду є формальними, захисник та засуджений конкретно не зазначають, у чому саме полягають невідповідності, суперечності, або неповнота. Це підтверджується, зокрема, й аудіозаписом судового засідання місцевого суду від 27 квітня 2018 року, де захисник, коментуючи щойно прослуханий звукозапис НСРД, зазначає: «Я переконаний, що вислови, зазначені у протоколі зі слів ОСОБА_1, не прослуховуються».

Джерело: постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 28 січня 2020 року у справі № 738/329/17 (провадження № 51-1724км19)



ДОДАТКОВО:

Постанова колегії суддів ККС ВС від 22 серпня 2019 року у справі № 712/8320/15-к



Відсутність аудіозапису процесу перегляду судом відеоматеріалів НСРД є порушенням ст. 412 ч. 2 п. 7 КПК України

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

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

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

Джерело: постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 11 липня 2019 року у справі № 712/3581/16-к (провадження № 51 - 1313 км 19)



Якщо прокурор обговорює зі свідками їх поведінку під час дачі показань та проведення НСРД, тобто фактично обговорює їх дії, які негласними не являються, це прямо суперечить положенням ст. 246 КПК

Судами вірно зазначено, що той факт, що прокурор викликав до свого службового кабінету свідків, в тому числі із їх захисниками, і проводив з ними бесіди під час яких неоднозначно давав їм зрозуміти, що треба підтримувати або давати узгоджені покази, які встановлюють факти злочинної діяльності, переконливо свідчить про те, що показання свідків в судовому засіданні щодо тиску на них з боку органу досудового розслідування є обґрунтованими. Така процесуальна дія як бесіда зі свідком не передбачена чинним КПК. Більше того, відповідно до ч. 2 ст. 246 КПК, негласні слідчі (розшукові) дії проводяться у випадках, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб. Разом з тим, з наданих суду носіїв інформації, на яких зафіксовані наведені негласні слідчі дії видно, що прокурор обговорює зі свідками їх поведінку під час дачі показань та слідчих дій, тобто фактично обговорює їх дії, які негласними не являються, що прямо суперечить вищенаведеним положенням ст. 246 КПК. З цією позицією погоджується колегія суддів Верховного Суду.

Джерело: постанова колегії суддів Третньої судової палати ККС ВС від 3 лютого 2020 року у справі № 461/3138/17 (провадження № 51-4232км19)



Відповідно до вимог ЄСПЛ для відмежування провокації від допустимої поведінки правоохоронних органів є низка критеріїв, тобто під змістовним критерієм розуміється наявність/відсутність суттєвих змістовних ознак, притаманних провокації правоохоронних органів, а під процесуальним критерієм - наявність у суду можливостей перевірити відомості про ймовірну провокацію під час судового засідання з дотриманням рівності змагальності та рівності сторін

Засуджений вказує що всі докази під час досудового розслідування, отримано незаконним шляхом. Посилається на провокацію з боку правоохоронних органів та зазначає, що такі докази отримані внаслідок істотного порушення права людини на справедливий судовий розгляд.

Перевіряючи такі доводи касаційної скарги засудженого, які є аналогічними за змістом та вимогами апеляційній скарзі, суд прийшов до висновку, що такий факт, як провокація злочину не знайшов свого підтвердження, з огляду на таке.

Як убачається з перевірених записів розмов між ОСОБА_1 та ОСОБА_3, ініціатором протизаконних дій був саме ОСОБА_1, оскільки він першим приїхав на пилораму та повідомив, що використовуючи зв'язки в ОДА, сприятиме у виписуванні лісу для підприємницької діяльності ОСОБА_3, тобто ОСОБА_1 добровільно, без всякого примусу вчиняв кримінальні правопорушення. Крім того матеріалами НСРД достовірно підтверджено, що саме ОСОБА_1 вказав ОСОБА_3 на необхідність надання неправомірної вигоди за виписування 500 кубів лісу в сумі 35 000 грн.

Із наведеного вбачається, що в матеріалах кримінального провадження відсутні ознаки притаманні провокації злочину правоохоронними органами, а саме спонукання до вчинення злочину ОСОБА_1, а в суду наявні всі можливості перевірити такі твердження засудженого, що і стало предметом перегляду у суді апеляційної інстанції.

При цьому відповідно до вимог ЄСПЛ для відмежування провокації від допустимої поведінки правоохоронних органів є низка критеріїв, тобто під змістовним критерієм розуміється наявність/відсутність суттєвих змістовних ознак, притаманних провокації правоохоронних органів, а під процесуальним критерієм - наявність у суду можливостей перевірити відомості про ймовірну провокацію під час судового засідання з дотриманням рівності змагальності та рівності сторін.

Тобто будь-яка інформація, що стосується існуючого наміру вчинити злочин або вчинюваного злочину, має бути такою, що може бути перевіреною, та державне обвинувачення повинно мати змогу продемонструвати на будь-якій стадії, що в його розпорядженні наявні достатні підстави для проведення оперативного заходу.

А посилання засудженого на порушення пункту 1 статті 6 Конвенції про захист прав та основоположних свобод та посилання на рішення ЄСПЛ «Худобін проти Російської Федерації», «Тейшейро де кастро проти Португалії», зміст яких зводиться до вислову «не було б скоєно, якби не було спровоковано» не є

прийнятними до застосування у вказаному кримінальному провадженні, оскільки у справі «Худобін проти Російської Федерації» спокусившись на гроші, заявник прийняв пропозицію співробітників міліції, які працювали під прикриттям, та продав їм героїн, скоївши злочин у сфері обороту наркотичних речовин, тобто в такому випадку встановлена провокація злочину. Тобто, такі висновки ЄСПЛ у зазначеній справі не можуть беззастережно поширюватись на ситуацію, яку моделює у своїй касаційній скарзі засуджений ОСОБА_1 намагаючись обґрунтувати свою позицію, про те, що він є потерпілим у вказаному кримінальному провадженні, і що йому нав'язали та змодельовали протизаконну поведінку.

Тобто доводи касаційної скарги про провокацію злочину з боку правоохоронних органів не знайшли свого підтвердження у ході перевірки матеріалів кримінального провадження судом касаційної інстанції, а посилання на рішення ЄСПЛ не є належними у зазначеному кримінальному провадженні.

Джерело: постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 6 березня 2018 року у справі № 727/6661/15-к (провадження № 51- 1426 км 18)



Якщо органи досудового розслідування вступили у справу не на стадії підготовки чи вчинення злочину особою, а до початку вчинення інкримінованих обвинуваченому діянь, фактично ініціювавши їх, то це є ознакою провокації злочину

Колегія суддів також вважає правильними висновки судів першої й апеляційної інстанцій щодо наявності в діях працівників правоохоронного органу ознак притаманних провокації.

Так, за змістом статей 246, 271 КПК України НСРД можуть проводитись, якщо наявні достатні підстави вважати, що готується вчинення або вчиняється тяжкий чи особливо тяжкий злочин, а також якщо відомості про злочини та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб. При цьому згідно з ч. 3 ст. 271 КПК України під час підготовки та проведення заходів з контролю за вчиненням злочину забороняється провокувати (підбурювати) особу на вчинення цього злочину з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який вона би не вчинила, якби слідчий цьому не сприяв. Здобуті в такий спосіб речі і документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні.

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, погоджуючись з висновками суду першої інстанції, апеляційний суд виходив з того, що із показань свідків ОСОБА_2, ОСОБА_7 та пояснень самого ОСОБА_1 слідує, що саме органи досудового розслідування ініціювали спілкування ОСОБА_2 з ОСОБА_1 через ОСОБА_7, та саме ОСОБА_2 зателефонував ОСОБА_1 та попросив його придбати для нього відповідну партію спеціальних технічних засобів, фактичний продаж яких учасники погодили шляхом його здійснення у два етапи. Крім того, матеріали кримінального провадження не містять жодних доказів того, що вказаний злочин був би вчинений ОСОБА_1 і без втручання органу досудового розслідування, натомість з показань ОСОБА_2 та ОСОБА_1 слідує, що всі п'ять спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації були придбані ОСОБА_1 саме після відповідного звернення до нього ОСОБА_2 та саме на його замовлення, доказів того, що ОСОБА_1 вчиняв подібні діяння в минулому чи намагався вчинити в майбутньому поза ініційованих органом досудового розслідування заходів суду не надано. Навпаки, матеріали кримінального провадження свідчать про те, що органи досудового розслідування вступили у справу не на стадії підготовки чи вчинення даного злочину ОСОБА_1, а до початку вчинення інкримінованих обвинуваченому діянь, фактично ініціювавши їх.

Наведе підтверджує висновок судів першої та апеляційної інстанцій про наявність ознак, притаманних провокації злочину правоохоронними органами, які явно схилили ОСОБА_1 до протиправних дій, хоча не було об'єктивних доказів для припущення, що він займається незаконною діяльністю. З такими висновками апеляційного суду погоджується і суд касаційної інстанції.

Джерело: постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 12 лютого 2020 року у справі № 485/1576/16-к (провадження № 51-5676 км 19)



ДОДАТКОВО:

протилежна позиція – постанова Другої судової палати ККС ВС від 11 лютого 2020 року у справі № 266/3474/15-к (провадження № 51-7086км18)



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

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

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

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

Вищевикладене, а також відсутність об'єктивних даних, які би свідчили про вчинення або готування до вчинення злочину, пов'язаного з обігом наркотичних засобів чи психотропних речовин, ОСОБА_1 до моменту проведення оперативної закупки та встановлення факту ініціювання збуту особами, залученими до проведення оперативних закупок свідчать про наявність провокації у діях правоохоронних органів. А тому докази, отримані шляхом підбурювання особи до вчинення злочину, не можуть бути покладені в основу обвинувачення.

Джерело: постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 12 серпня 2020 року у справі № 333/7457/16 (провадження № 51-3266км19)



ДОДАТКОВО:

Постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 18 лютого 2020 року у справі № 761/4918/15-к (провадження № 51-9639км18)



Постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 13 лютого 2018 у справі № 46/6873/15-к (провадження № 51-301 км 18)



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

Повторна пропозиція хабара при попередній відмові є ознакою провокації злочину

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

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

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

З матеріалів кримінального провадження вбачається, що відомості до Єдиного реєстру досудового розслідування за ознаками злочину, передбаченого частиною 3 статті 368 КК, за № 1217230000000329 внесено 21 липня 2017 року на підставі заяви ОСОБА_3 від 20 липня 2017 року про те, що посадові особи Скадовського управління водного господарства ОСОБА_7 та ОСОБА_6 за попередньою змовою між собою вимагають від нього хабара на вирішення питання про підписання договору з водокористування.

Апеляційний суд погодився з твердженням суду першої інстанції щодо відсутності від самого початку досудового розслідування доказів того, що ОСОБА_1 вимагав від ОСОБА_3 неправомірну вигоду. Потерпілий звернувся до правоохоронного органу із заявою про вимагання у нього неправомірної вигоди іншими особами.

Із зафіксованих за результатами НСРД розмов між ОСОБА_1 та ОСОБА_3 вбачається, що ОСОБА_1 пропонував ОСОБА_3 укласти офіційний договір на водокористування, за умови надання ним документів на користування земельною ділянкою, але потерпілий цього не зробив, при цьому запропонував заплатити вдвічі більше. Виправданий не погодився на пропозицію неправомірної вигоди, а навпаки наполягав на офіційній сплаті за використану воду, яку потерпілий споживає для поливу, шляхом укладання договору на водопостачання, або у разі відсутності необхідних документів користуватися водою через іншого водокористувача.

З огляду на викладене, апеляційний суд підтвердив висновки місцевого суду про наявність провокації у діях ОСОБА_3, а тому докази, отримані шляхом підбурювання особи до вчинення злочину, не можуть бути покладені в основу обвинувачення.

Таким чином протоколи, складені за результатами проведення НСРД у виді аудіо- відеоконтролю особи та контролю за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту, які відбувалися 01, 03 та 07 липня 2017 року (з додатками на флеш-носіях № 247/2017т, 263/2017т, 264/2017т), а також протокол огляду грошових коштів не можуть вважатися допустимими доказами, оскільки отримані в результаті провокації до вчинення злочину всупереч вимог КПК та в порушення пункту 1 статті 6 Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод через порушення принципу справедливості, з чим погоджується і колегія суддів.

Джерело: постанова колегії суддів Третньої судової палати ККС ВС від 13 січня 2021 року у справі № 663/2885/17 (провадження № 51-4750км20)



ДОДАТКОВО:

Постанова колегії суддів Третньої судової палати ККС ВС від 20 травня 2020 року у справі № 295/1399/18 (провадження № 51-5287км19)



Постанова колегії суддів ВС від 28 січня 2021 року у справі № 82/523/16-к (провадження № 51-1103 км 20)



Постанова колегії суддів Третньої судової палати ККС ВС 12 травня 2021 року у справі № 166/1199/18 (провадження № 51-6317км20)



Обґрунтовуючи рішення про наявність провокації вчинення злочину, апеляційний суд встановив, що ні ОСОБА_4, ні ОСОБА_3, який начебто діяв в його інтересах, не мали справжнього наміру займатися продажем кавунів, на який могли би вплинути працівники контролюючих органів, а фактичною метою таких дій ОСОБА_3 було документування вручення коштів ОСОБА_1 та ОСОБА_2

У своїх рішеннях ЄСПЛ розробив критерії для того, щоб відрізнити провокування вчинення злочину, яке суперечить ст. 6 Конвенції від дозволеної поведінки під час законних таємних методів у кримінальних розслідуваннях. Зокрема, у випадку визнання заяви про підбурювання такою, що не є явно необґрунтованою, для визнання доказів допустимими суду належить з'ясувати, чи було слідство "по суті пасивним", чи був би злочин вчинений без втручання влади, чи мало місце з боку влади спонукання особи до вчинення злочину, наприклад, прояв ініціативи у контактах з особою, повторні пропозиції, незважаючи на початкову відмову особи, наполегливі нагадування, підвищення ціни вище середньої; вагомість причин проведення оперативної закупки, чи були у правоохоронних органів об'єктивні дані про те, що особа була втягнута у злочинну діяльність і ймовірність вчинення нею злочину була суттєвою. При цьому тягар доведення того, що підбурення не було, покладається на сторону обвинувачення.

Як убачається з матеріалів справи, під час судового розгляду сторона захисту заперечувала вчинення ОСОБА_1 та ОСОБА_2 інкримінованих їм кримінальних правопорушень, вказуючи, в тому числі, на провокацію з боку органу досудового розслідування при проведенні контролю за вчиненням злочину.

Обґрунтовуючи рішення про наявність провокації вчинення злочину, апеляційний суд встановив, що ні ОСОБА_4, ні ОСОБА_3, який начебто діяв в його інтересах, не мали справжнього наміру займатися продажем кавунів, на який могли би вплинути працівники контролюючих органів, а фактичною метою таких дій ОСОБА_3 було документування вручення коштів ОСОБА_1 та ОСОБА_2. Під час розгляду кримінального провадження судом не було здобуто доказів того, що хтось із них вимагав гроші від ОСОБА_3, які без активної діяльності останнього вони б не отримали.

Також апеляційний суд взяв до уваги показання ОСОБА_2, який стверджував, що у червні 2016 року позичав гроші ОСОБА_3 і той їх не повернув, а тому зустрічаючись із ним намагався отримати хоча б частину цього боргу, що підтверджується долученими до справи розписками та свідчить про особисту зацікавленість останнього у кримінальному провадженні

Крім того, після затримання ОСОБА_2 добровільно видав чотири купюри по 500 грн, які досліджувалися в судовому засіданні і номери яких співпадають з тими, що за версією сторони обвинувачення та висновку місцевого суду у вирокі він начебто напередодні передав ОСОБА_1 в якості неправомірної вигоди.

Враховуючи вищезазначене апеляційний суд дійшов умотивованого висновку про наявність провокації злочину з боку правоохоронних органів із залученням ОСОБА_3 та визнав недопустимими докази, якими були зафіксовані слідчі та інші процесуальні дії.

Джерело: постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 3 березня 2020 року у справі № 750/9855/16-к (провадження № 51-9831км18)



Відсутність результатів однієї із оперативних закупок у виді самостійного обвинувачення, безпідставне легендування закупного, неприязні відносини між закупним та особою, щодо якої проводиться контроль за вчиненням злочину, а також установа факту його залежності від правоохоронних органів через висунення йому обвинувачення у вчиненні іншого кримінального правопорушення, свідчать про провокацію злочину

Крім того, дослідивши практику ЄСПЛ та матеріали кримінального провадження, колегія суддів також вважає правильними висновки судів першої й апеляційної інстанцій щодо наявності в діях працівників правоохоронного органу, які проводили оперативні заходи, ознаки провокації.

Так, за змістом статей 246, 271 КПК НСРД можуть проводитись, якщо наявні достатні підстави вважати, що готується вчинення або вчиняється тяжкий чи особливо тяжкий злочин, а також якщо відомості про злочини та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб. При цьому згідно з ч. 3 ст. 271 КПК під час підготовки та проведення заходів з контролю за вчиненням злочину забороняється провокувати (підбурювати) особу на вчинення цього злочину з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який вона би не вчинила, якби слідчий цьому не сприяв. Здобуті в такий спосіб речі і документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні.

Вказане також узгоджується з практикою ЄСПЛ, зокрема, у справах «Баннікова проти Російської Федерації» від 04 листопада 2010 року, «Веселов та інші проти Російської Федерації» від 02 жовтня 2010 року, «Матановіч проти Хорватії» від 04 квітня 2017 року, «Раманаускас проти Литви» від 20 лютого 2018 року.

У своїх рішеннях ЄСПЛ розробив критерії для того, щоб відрізнити провокування вчинення злочину, яке суперечить ст. 6 Конвенції від дозволеної поведінки під час законних таємних методів у кримінальних розслідуваннях. Зокрема, у випадку визнання заяви про підбурювання такою, що не є явно необґрунтованою, для визнання доказів допустимими суду належить з'ясувати, чи було слідство «по суті пасивним», чи був би злочин вчинений без втручання влади, чи мало місце з боку влади спонукання особи до вчинення злочину, наприклад, прояв ініціативи у контактах з особою, повторні пропозиції, незважаючи на початкову відмову особи, наполегливі нагадування, підвищення ціни вище середньої; вагомість причин проведення оперативної закупки, чи були у правоохоронних органів об'єктивні дані про те, що особа була втягнута у злочинну діяльність і ймовірність вчинення нею злочину була суттєвою. При цьому тягар доведення того, що підбурення не було, покладається на сторону обвинувачення.

Як убачається з матеріалів справи, під час судового розгляду сторона захисту заперечувала вчинення ОСОБА_1 інкримінованих йому злочинів, вказуючи, в тому числі, на провокацію з боку органів досудового розслідування під час оперативних закупок.

Обґрунтовуючи рішення про наявність провокації вчинення злочинів, суд першої інстанції встановив, що оперативних закупок було дві, при цьому результати першої не були реалізовані у виді самостійного обвинувачення, що відповідно до практики ЄСПЛ є неприпустимим.

Разом із тим суд першої інстанції встановив, що у провадженні слідчого СВ Чернігівського РВ Коломійця Д. В. перебували матеріали кримінального провадження стосовно ОСОБА_3 (який, як легендована особа, зазначений на прізвище ОСОБА_2), за ч. 3 ст. 185 КК, відомості прощо внесені 01 квітня 2014 року до Єдиного реєстру досудових розслідувань, та 26 червня 2015 року складений обвинувальний акт, за підписом слідчого Коломійця Д. В. Разом із тим постановою від 12 червня 2015 року визначено групу слідчих у кримінальному провадженні, внесеному до Єдиного реєстру досудових розслідувань за № 1201527000000254 від 12 червня 2015 року, за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 307 КК, до якої, зокрема, увійшов слідчий Коломієць Д. В.

Таким чином, Коломієць Д.В., будучи слідчим та здійснюючи досудове розслідування у кримінальному провадженні стосовно ОСОБА_3, одночасно був слідчим у складі групи з досудового розслідування у кримінальному провадженні стосовно ОСОБА_1.

Також суд взяв до уваги, що особа, яка брала участь у проведенні оперативних закупок у ОСОБА_1, була безпосередньо знайома з ним, а отже застосування заходів безпеки щодо неї є безпідставним, а наданий із цього приводу доказ (повідомлення про застосування заходів безпеки) є недопустимим, оскільки не передбачений кримінальним процесуальним законом та не містить підстав для прийняття такого рішення.

Крім того, у судовому засіданні районного суду було допитано ОСОБА_2 (ОСОБА_3), який повідомив, що має неприязні відносини із ОСОБА_1, а отже, його показання суди взагалі не можуть брати до уваги, оскільки у легендованої особи ОСОБА_2 є підстави обмовляти ОСОБА_1.

Враховуючи вищезазначене суд першої інстанції дійшов правильного висновку про активну участь правоохоронних органів у проведенні оперативних закупок із залученням особи, стосовно якої проводиться розслідування кримінального провадження органом досудового розслідування (при цьому слідчий Коломієць Д.В. брав участь одночасно в здійсненні досудового розслідування двох кримінальних проваджень). З таким висновком про сумнівність проведення оперативних закупок погоджується і суд касаційної інстанції.

Джерело: постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 6 листопада 2019 року у справі № 748/3070/15-к (провадження № 51-682км18)



ДОДАТКОВО:

Постанова Першої судової палати ККС ВС від 14 березня 2019 року у справі № 742/3641/15-к (провадження № 51-67км18)



Постанова Другої судової палати ККС ВС від 17 травня 2018 року у справі № 544/673/13-к (провадження № 51-188км 17)



Постанова Третьої судової палати ККС ВС від 12 лютого 2020 року у справі № 583/2808/17 (провадження № 51-6018 км 18)



Незазначення у постанові про проведення контролю за вчиненням злочину обставин, які свідчать про відсутність під час проведення НСРД провокування, тягне за собою недопустимість його результатів

Апеляційний суд встановив, що постанова прокурора про проведення контролю за вчиненням злочину від 06 травня 2015 року у кримінальному провадженні №12015050770001456, не відповідає вимогам КПК України, оскільки у ній не викладено обставин, які свідчать про відсутність під час негласних слідчих (розшукових) дій провокування ОСОБА_1 на вчинення злочину (збут наркотичних засобів), як того вимагає п.1 ч.7 ст.271 КПК України. Як наслідок, протоколи за результатами проведення контролю за вчиненням злочину теж піддано сумніву.

Оцінюючи докази суд керувався вимогами КПК, а також виходив з вимог Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, затвердженої Наказом Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України 16.11.2012 № 114/1042/516/1199/936/1687/5. Про це чітко зазначено у судовому рішенні, тому посилення прокурора на незрозумілість щодо Інструкції недоречне.

Джерело: постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 22 листопада 2018 року у справі № 263/33/2017 (провадження № 51-1893км18)



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

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

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

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

Проте місцевим судом під час судового розгляду не встановлено факту підбурювання ОСОБА_1 до вчинення кримінального правопорушення, не наведено стороною захисту і доводів, які би свідчили про активні дії правоохоронних органів у ході здійснення контролю за вчиненням злочину. Натомість з матеріалів кримінального провадження видно, що підставою для внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань за № 4201511000000231 від 13 травня 2015 року була заява ОСОБА_2 про вимагання в нього начальником управління оподаткування фізичних осіб Переяслав-Хмельницької ОДПІ ГУ ДФС у Київській області ОСОБА_1 неправомірної вигоди в сумі 300 000 грн за зменшення штрафних

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

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

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

Джерело: постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 8 липня 2020 року у справі № 373/2562/15-к (провадження № 51-2218 км20)



ДОДАТКОВО:

Постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 5 лютого 2020 року у справі № 487/2403/18 (провадження № 51-1361 км 19)



Постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 5 лютого 2020 року у справі № 704/913/15-к (провадження № 51-3884км19)



Постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 23 січня 2020 року у справі № 535/83/18 (провадження № 51 - 2010 км 19)



Якщо закупний був знайомий зі збувачем наркотичних засобів ще до початку кримінального провадження, це ще не свідчить про провокацію злочину

Безпосередньо дослідивши всі докази й установивши, що особа під псевдонімом ОСОБА_2 була раніше знайома із засудженою, котра неодноразово пропонувала йому придбати наркотичні засоби, і він за власною ініціативою звернувся до правоохоронців, на добровільних засадах був залучений до НСРД, а документування злочинної діяльності здійснювалося під судовим контролем та прокурорським наглядом, суд першої інстанції з урахуванням також факту виявлення у ОСОБА_1 за місцем проживання значної кількості канабісу дійшов висновку про відсутність у конкретній ситуації провокації злочину з боку правоохоронних органів.

Переконливих аргументів, які би свідчили, що в цій справі роль поліції була надмірною і без її втручання ОСОБА_1 не вчинила би незаконного придбання, виготовлення, зберігання та збуту наркотичних засобів, у касаційних скаргах не наведено.

Джерело: *постанова колегії суддів ККС ВС від 28 січня 2020 року у справі № 409/1006/17 (провадження № 51-9094км18)*

