



КОМІТЕТ
З КРИМІНАЛЬНОГО
ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ НААУ

ОГЛЯД СУДОВОЇ ПРАКТИКИ
ВЕРХОВНОГО СУДУ ЩОДО
ЗАСТОСУВАННЯ

**ГЛАВИ 21 КРИМІНАЛЬНОГО
ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСУ
УКРАЇНИ "НЕГЛАСНІ СЛІДЧІ
(РОЗШУКОВІ) ДІЇ" ТА
ПРОВОКАЦІЇ ВЧИНЕННЯ
ЗЛОЧИНУ**

100 АКТУАЛЬНИХ ПРАВОВИХ ПОЗИЦІЙ

ЮРІЙ БАУМАН

2021

Зміст

| | |
|---|----|
| 1. Процесуальне використання матеріалів НСРД | 3 |
| 2. Визнання доказів, отриманих за результатами проведення НСРД, недопустимими | 10 |
| 3. Повноваження осіб, які проводять НСРД | 18 |
| 4. Провокація вчинення злочину | 25 |
| 5. Інша судова практика суду касаційної інстанції | 30 |

**Огляд підготував адвокат Юрій Бауман -
Голова Комітету з адміністративного права та процесу НААУ,
Заступник Голови Комітету з кримінального права та процесу НААУ.**

Процесуальне використання матеріалів НСРД

1.1. Постанова від 16.10.2019, справа №640/6847/15-к Велика Палата Верховного Суду, номер справи в ЄДРСР – 85174578

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.

У кожному конкретному випадку розкриття стороні захисту процесуальних документів, які стали правовою підставою для проведення НСРД поза часовими межами, визначеними статтею 290 КПК України, необхідно встановити, що сторона захисту могла реалізувати своє право на розгляд справи у судовому засіданні з дотриманням принципу змагальності. Суд має забезпечити стороні захисту достатній час і реальну можливість ефективно здійснювати захист та наводити під час судового розгляду свої аргументи щодо допустимості доказів, отриманих в результаті НСРД.

1.2. Постанова від 27.01.2021, справа №499/108/18 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 94553292

Крім того, прокурор у скаргі не зазначає моти-

вованих тверджень на спростування встановленого судом першої інстанції факту невиконання під час здійснення досудового розслідування вимог КПК, а саме, у постанові про проведення у кримінальному провадженні НСРД - контролю за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту стосовно ОСОБА_1 - не наведено відомостей, викладених у ч. 7 ст. 271 КПК. Також, у ній не визначено початку та тривалості проведення НСРД.

Суд надав оцінку й тому, що дані про виділення для проведення спеціального слідчого експерименту коштів із бюджету органів та оперативних підрозділів, і про їх суми в матеріалах кримінального провадження, наданих суду як докази, відсутні. Походження грошей, використаних під час спеціального слідчого експерименту, в матеріалах кримінального провадження не зазначено, документів про їх належність та видачу офіційним шляхом органу, що здійснював спеціальний слідчий експеримент, стороною обвинувачення суду не надано, а ОСОБА_2 в судовому засіданні категорично заперечував факт належності йому цих коштів.

1.3. Постанова від 10.06.2020, справа №742/546/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 89819657

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.

1.4. Постанова від 28.01.2020, справа №738/329/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 87365770

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.

1.5. Постанова від 05.08.2020, справа №700/361/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 90906016

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.

1.6. Постанова від 15.10.2020, справа №225/1952/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 92458388

Усупереч доводам захисника, постанова про проведення контролю за вчиненням злочину (т. 5, а.п. 113-114) 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.

1.7. Постанова від 24.09.2020, справа №738/689/19 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 91855146

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 (т. 1, а.п. 159-160, 173-174). Вказані статті, всупереч доводам захисника, не містять вимог щодо обов'язковості складання зазначених процесуальних документів виключено 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.)

1.8. Постанова від 01.06.2020, справа №676/848/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 89675577

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.

1.9. Постанова від 17.06.2020, справа №554/6960/18 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 89961547

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 для проведення цих дій, і вона вважатиме за необхідне ознайомитися з цими документами, цілком очікувано розраховувати на те, що ця сторона якнайскоріше заявить слідчому, прокурору чи суду клопотання про необхідність відкриття і долучення вказаних документів до матеріалів провадження (це цілком узгоджується з практикою Європейського суду з прав людини).

1.10. Постанова від 05.05.2020, справа №754/2623/14-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 89107394

У цій справі згідно з наявними в ній документами досудове розслідування розпочалося за фактом вимагання у ОСОБА_3 неправомірної вигоди посадовими особами ДПІ у Деснянському районі ГУ Міндоходів у м. Києві за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ч. 4 ст. 368 КК (станом на жовтень 2013 року - тяжкий злочин). Тому слідчий мав достатньо

підстав для звернення до апеляційного суду з клопотанням про проведення негласних слідчих дій, яке було задоволено.

Після проведення НСРД й установлення службових повноважень ОСОБА_1 їй було оголошено підозру про вчинення тяжкого та невеликої тяжкості кримінальних правопорушень, передбачених ч. 3 ст. 364, ч. 2 ст. 15 і ч. 1 ст. 190 КК.

У подальшому Законом України від 21 лютого 2014 року № 746-VII «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень ст. 19 Конвенції ООН проти корупції», який набрав чинності 28 лютого 2014 року, ч. 3 ст. 364 КК було декриміналізовано.

Однак з огляду на те, що на момент вчинення діяння згадана норма права була чинною, не вбачалось і процесуальних безумовних перешкод для використання слідчими органами матеріалів НСРД як доказів винуватості ОСОБА_1, а суд апеляційної інстанції правомірно визнав їх допустимими та поклав в основу обвинувального вироку.

1.11. Постанова від 07.10.2020, справа №235/5633/18 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 92173700

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 ЄДРП 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.

**1.12. Постанова від 03.02.2020,
справа №461/3138/17 Верховний
Суд. Касаційний кримінальний суд.
Номер справи в ЄДРСР – 87424239**

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.

**1.13. Постанова від 11.03.2020,
справа №149/745/14 Верховний Суд.
Касаційний кримінальний суд.
Номер справи в ЄДРСР – 88265263**

З урахуванням вимог ст. 22 та ч. 2 ст. 92 КПК України, колегія суддів вважає безпідставним посилання в касаційній скарзі прокурора на відповідь Служби безпеки України про передачу оригінальних носіїв інформації до органу розслідування, відповідно до якого у випадку виникнення сумнівів щодо оригінальності (автентичності) наданих суду матеріалів, отриманих в результаті проведення НСРД, вони можуть бути направлені до ІСТЕ СБ України для проведення їх відповідного експертного дослідження та вирішення питання щодо

наявності або відсутності ознак монтажу у відеофонограмах негласної слідчої (розшукової) дії.

**1.14. Постанова від 31.07.2018,
справа №739/6/16-к Верховний Суд.
Касаційний кримінальний суд.
Номер справи в ЄДРСР – 75692117**

Обґрунтованими є доводи в касаційній скарзі захисника про істотне порушення вимог ст. 419 КПК судом апеляційної інстанції, оскільки останній не навів належних мотивів, з яких виходив при постановленні ухвали, та підстав, на яких апеляційну скаргу захисника визнав необґрунтованою, а саме не надано оцінки тому, що:

- докази, на яких ґрунтується обвинувачення ОСОБА_2 за ч. 2 ст. 307 КК (ухвали слідчого судді апеляційного суду від 20 травня та 8 вересня 2015 року про надання дозволу на проведення НСРД; протоколи про результати зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (електронних інформаційних систем); висновок експерта № 746 (х) від 18 червня 2015 року), здобуто до внесення 9 листопада 2015 року до ЄДРД даних щодо вчинення ОСОБА_2 кримінального правопорушення за ч. 2 ст. 307 ККі без надання дозволу слідчим суддею на вчинення зазначених слідчих дій саме щодо цієї особи.

**1.15. Постанова від 21.03.2018,
справа №751/7177/14 Верховний
Суд. Касаційний кримінальний суд.
Номер справи в ЄДРСР – 72938764**

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.

1.16. Постанова від 14.03.2019, справа №742/3641/15-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 80555717

Так, у своїй апеляційній скарзі обвинувачена ОСОБА_4 та захисник Кузьменко І.М. вказували, що ОСОБА_5 у судовому засіданні пояснювала, що слідчі, використовуючи той факт, що їй на той час було повідомлено про підозру у скоєнні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 307 КК, змусили її брати участь в оперативній закупці наркотичного засобу в ОСОБА_4 При цьому ОСОБА_5 у суді стверджувала, що її не оглядали, наркотичні засоби не опечатували, жодних процесуальних документів у її присутності не складали, всі протоколи вона підписувала через декілька днів навіть не читаючи.

Зазначеним доводам, у тому числі і доводам щодо відсутності у матеріалах кримінального провадження даних про опечатування вилученого під час огляду місця події, суд апеляційної інстанції не надав належної оцінки.

Крім того, суд не звернув уваги, що ОСОБА_4 та ОСОБА_5 (ОСОБА_6!) проживають за однією адресою (т. 4, а.п. 119), і не дав оцінки доводам засудженої про те, що було б нелогічно продавати на вулиці наркотик особі, з якою проживаєш під одним дахом та маєш спільний бюджет.

1.17. Постанова від 18.12.2019, справа №588/1199/16-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 86505861

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.

1.18. Постанова від 18.12.2019, справа №761/20890/15-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 91338020

Як установив суд, і з цим погоджується колегія суддів, у матеріалах справи відсутні дані про те, що стосовно ОСОБА_1 заводилась оперативно-розшукова справа.

Дані, на які посилається прокурор як на докази винуватості ОСОБА_1, було зібрано в межах оперативно-розшукової справи щодо іншої особи № 90. Цю справу було закрито 27 травня 2015 року на підставі п. 7 ст. 9-2 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» у зв'язку з невстановленням у передбачені законом строки даних, які вказують на ознаки злочину в діях особи, а самі матеріали було знищено у встановленому законом порядку.

Ухвали слідчих суддів апеляційного суду, які містили дозволи на проведення відповідних

негласних оперативно-розшукових заходів у відношенні ОСОБА_1, сторони захисту не відкривались і не були надані суду.

1.19. Постанова від 26.11.2019, справа №523/15896/15-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 86103845

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.

1.20. Постанова від 17.07.2018, справа №125/2485/15-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 75370745

Виходячи з положень ч. 2 ст. 246, ст. 270 КПК негласні слідчі (розшукові) дії проводяться у випадках, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб; 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. Відповідно до загальних засад кримінального провадження (ст. 7 КПК) особі гарантуються свобода від самовикриття, таємниця спілкування.

Наведених норм права апеляційний суд не проаналізував і не зазначив в ухвалі, чому він вважає, що їх було додержано, з огляду, в тому числі, й на відображений у вироку факт здобуття

результатів згаданої негласної слідчої дії шляхом втручання у приватне життя особи, яке належить до основоположних свобод людини.

1.21. Постанова від 21.02.2019, справа №698/1151/15-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 93595881

Так, як вбачається зі змісту вироку, суд встановив, що НС(Р)Д проводились у кримінальному провадженні № 42017270000000271, внесеного у ЄРДР 4 жовтня 2017 року за матеріалами правоохоронних та контролюючих державних органів про виявлення фактів вчинення чи підготовки до вчинення кримінальних правопорушень від 3 жовтня 2017 року, правова кваліфікація - ч.2 ст. 307 КК.

З огляду на те, що постановою про виділення матеріалів досудового розслідування від 25 січня 2018 року з матеріалів кримінального провадження № 420172700000000271 виділено матеріали досудового розслідування, у тому числі докази, отримані в результаті НС(Р)Д у кримінальне провадження № 42018270000000017, а у результаті проведення НС(Р)Д виявлено ознаки кримінального правопорушення, яке розслідується у даному кримінальному провадженні, тому суд відповідно до вимог ст. 257 КПК дійшов висновку, що використання цих матеріалів у кримінальному провадженні № 42018270000000017 не потребує отримання ухвал слідчого судді та правильно визнав вказані докази допустимими.

1.22. Постанова від 03.07.2019, справа № 542/418/16-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 82858196

Окрім того, не ґрунтуються на вимогах кримінального процесуального закону і твердження ОСОБА_1 про можливість використання копій матеріалів кримінального провадження щодо факту зґвалтування ОСОБА_2, а саме висновку комісійної судово-медичної експертизи

від 9 листопада 2014 року № 85 та копії протоколу огляду місця події від 8 листопада 2014 року у цьому кримінальному провадженні лише на підставі ухвали слідчого судді, оскільки згідно зі ст. 257 КПК такий порядок отримання доказів передбачений для випадків проведення негласних слідчих (розшукових) дій, натомість вказані докази такими не являються.

1.23. Постанова від 15.02.2018, справа № 239/621/15-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 72269232

При цьому, такі негласні розшукові заходи проводилися Департаментом контррозвідального захисту інтересів держави в сфері інформаційної безпеки СБУ в рамках ОРД до початку досудового розслідування на підставі ст. 7 п. 6 Закону України «Про контррозвідальну діяльність», ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», у зв'язку з чим отримані в такий спосіб матеріали оперативно-розшукової діяльності можуть використовуватися як приводи та підстави для початку досудового розслідування згідно ст. 10 п. 1 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», що й було підставою для внесення військовою прокуратурою сил АТО 04.09.2015 року відомостей до ЄДРД та початку досудового розслідування у кримінальному провадженні № 42015051110000020 відносно ОСОБА_1 за ст. 258-3 ч. 1 КК України. Відповідно до вимог ст. 99 ч. 4 КПК України матеріали, в яких зафіксовано фактичні дані про протиправні діяння окремих осіб та груп осіб, зібрані оперативними підрозділами з дотриманням вимог Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», за умови відповідності вимогам цієї статті, є документами та можуть використовуватися в кримінальному провадженні як доказ.

1.24. Постанова від 07.10.2020, справа № 239/621/15-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 92173701

Колегія суддів погоджується з висновком суду, що спілкування в умовах СІЗО ОСОБА_2 і ОСОБА_9 із слідчим прокуратури і трьома оперуповноваженими співробітниками міліції, які розслідували злочини, в жодному разі не можна визнати слідчою розшуковою дією аудіо-, відеоконтролем особи, оскільки учасники такого спілкування не мали жодних підстав вважати, що спілкування є приватним. Більше того, на це вказує прохання ОСОБА_9 надати адвоката під час такого «приватного» спілкування, в чому йому було відмовлено.

Доводи прокурора, що на підтвердження правдивості і щирості пояснень ОСОБА_2 та ОСОБА_9 під час зазначеної негласної оперативно-розшукової дії вказує зміст вироку Апеляційного суду Запорізької області від 20.08.2010 року, яким було встановлено факт і обставини вчинення вбивства ОСОБА_4, замах на вбивство ОСОБА_7, безпідставні.

1.25. Постанова від 24.05.2018, справа №332/2781/15-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 74409389

При цьому, у межах кримінального провадження помітка, огляд з фіксуванням серії та номеру грошових купюр та вручення їх закупнику зафіксовано у відповідних протоколах, і вказаний спосіб документування не суперечить вимогам статей 103-105, 252 КПК України, а їх подальший рух - передача ОСОБА_1 для оплати за наркотичну речовину зафіксовано у протоколі про результати проведення негласної слідчої (розшукової) дії.

Визнання доказів, отриманих за результатами проведення НСРД, недопустимими

2.1. Постанова від 16.01.2019, справа № 751/7557/15-к Велика Палата Верховного Суду, номер справи в ЄДРСР – 79298340

За наявності відповідного клопотання процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД (ухвали, постанови, клопотання) і яких не було відкрито стороні захисту в порядку, передбаченому ст. 290 КПК, оскільки їх тоді не було у розпорядженні сторони обвинувачення (процесуальні документи не було розсекречено на момент відкриття стороною обвинувачення матеріалів кримінального провадження), можуть бути відкриті іншій стороні, але суд не має допустити відомості, що містяться в цих матеріалах кримінального провадження, як докази.

2.2. Постанова від 16.10.2019, справа №640/6847/15-к Велика Палата Верховного Суду, номер справи в ЄДРСР – 85174578

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.

2.3. Постанова від 27.01.2021, справа №711/10301/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 94591886

Отже, в цьому кримінальному провадженні стороною обвинувачення ухвали слідчого судді, якими надано дозвіл на проведення НСРД не були відкриті стороні захисту в порядку ст. 290 КПК України ні під час завершення досудового розслідування, ні під час судового розгляду, а також не вживались необхідні та достатні заходи для їх розсекречення, тому суди були позбавлені можливості дослідити їх під час розгляду справи з метою оцінки допустимості доказів, отриманих у результаті НСРД.

З урахуванням наведеного колегія суддів констатує, що судами надано правомірну оцінку щодо недопустимості доказів, отриманих за результатами проведення НСРД.

2.4. Постанова від 17.03.2020, справа №426/12149/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 88401663

Також суд вказав, що в матеріалах кримінального провадження відсутня інформація, які технічні засоби застосовувалися під час проведення зазначених НСРД, та на які первинні носії записувалася вказана інформація, а згідно з висновком судової криміналістичної експертизи відео-звукзапису № 4387 від 12 листопада 2018 року встановлено, що фонограми/відеофонограми записані на лазерних компакт-дисках DVD-R «Verbatim» № MFP620UB16082715, DVD-R «NANOTEX» № L130532115.01, є копіями, записаними за допомогою персонального комп'ютера. З огляду на те, що відповідно до вимог ч. 3 ст. 254 КПК України виготовлення копії протоколів про проведення НСРД та додатків до них не допускається, а диск є саме додатком до протоколу про проведення НСРД від 26 квітня 2017 року, то сторона обвинувачення завідомо надала суду недопустимий доказ.

2.5. Постанова від 20.05.2020, справа №585/1899/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 89395920

Не зазначення в протоколі НСРД технічних характеристик пристрою, на який велася аудіофіксація телефонних розмов не ставить під сумнів належність та допустимість як доказу протоколу НСРД та CD-диску - додатку до нього, з огляду на положення статей 85 - 87 КПК, адже їх збирання й закріплення відбулося без порушення гарантованих Конституцією України

прав людини і громадянина, встановленого кримінальним процесуальним законодавством порядку, із належного процесуального джерела, належним суб'єктом; у належному процесуальному порядку з належним оформленням джерела фактичних даних.

2.6. Постанова від 28.01.2020, справа №738/329/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 87365770

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.

2.7. Постанова від 11.02.2020, справа №573/707/18 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 87640601

Також апеляційний суд констатував наявність ще однієї технічної помилки, допущеної органом досудового розслідування, - у повідомленні ОСОБА_1 про проведення щодо нього НСРД. Апеляційний суд визнав, що оскільки фабула цього повідомлення містить дані про кримінальне провадження: дату внесення даних до ЄРДР; статтю закону України про кримінальну відповідальність, за якою здійснювалося досудове розслідування; назву проведеної НСРД, тобто інформацію, що дозволяє точно ідентифікувати кримінальне провадження і вид проведеної НСРД, то зазначення в тексті повідомлення про «фіксування факту збуту наркотичних засобів» є технічною помилкою, допущеною слідчим при його складанні, яка в цілому не впливає на конституційні права особи та не порушує їх.

2.8. Постанова від 05.11.2019, справа №128/6255/14-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 85582417

Також безпідставними слід визнати й доводи захисника Чернілевської Р.В. про визнання неналежними доказами відомостей, зафіксованих у протоколах про результати здійснення негласних (слідчих) розшукових дій, оскільки додатки до них містять лише аудіозаписи, а відеозаписи цих дій відсутні.

Водночас, вказаних протоколах про результати здійснення негласних (слідчих) розшукових дій, що містяться у матеріалах провадження, зазначено лише про зміст аудіофайлів із записами розмов між обвинуваченими, що повністю відповідає додаткам до протоколів у вигляді записів на DVD дисках, які суд дослідив, давши їм належну оцінку.

2.9. Постанова від 06.06.2019, справа №756/13170/14 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 82420478

Проте, як убачається з матеріалів кримінального провадження, в результаті дослідження в суді апеляційної інстанції носія інформації «Micro SD 2 GB Aрасer» (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.

2.10. Постанова від 03.11.2020, справа №419/2016/19 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 92765503

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 колегиї 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.

2.11. Постанова від 30.09.2020, справа №563/1118/16-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 91998609

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.

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

2.12. Постанова від 10.12.2020, справа №464/710/18 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 93564752

Щодо посилань захисника Доль Р.Б. на незазначення ідентифікаційних ознак та технічних характеристик засобів фіксації, які застосовувалися при проведенні процесуальних

дій у цьому кримінальному провадженні, то це порушення не може вважатися істотним та свідчити про наявність підстав для визнання недопустимими зафіксованих результатів НСРД.

2.13. Постанова від 31.08.2020, справа №133/1089/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 91397475

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.

2.14. Постанова від 15.04.2020, справа №229/4266/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 88857314

Вищезазначені обставини свідчать, що на момент ухвалення рішення слідчим суддею у порядку статті 257 КПК можливість використання інформації, отриманої у ході проведення НСРД в рамках кримінального провадження № 1201705020000109 від 01 лютого 2017 року, у кримінальному провадженні стосовно ОСОБА_2 не розглядалася. А тому апеляційний суд дійшов обґрунтованого висновку, що докази покладені в основу обвинувачення ОСОБА_2 є недопустимими внаслідок порушення процедури їх отримання, з чим погоджується і колегія суддів.

2.15. Постанова від 10.12.2020, справа №761/19749/13-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 93709241

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 ЄДРП, 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.

2.16. Постанова від 29.09.2020, справа №234/3501/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 91818866

Твердження захисника щодо відсутності відомостей у протоколі про розміщення на свідку ОСОБА_2 спеціальної апаратури для здійснення аудіо-, відеоконтролю особи, є також недоречним, зважаючи на те, що відомості про таку апаратуру є інформацією з обмеженим доступом і не підлягають розголошенню, з чим погоджується і колегія суддів. А зауваження про технічні описки в протоколі щодо року його складання і посилання на інший протокол огляду в цьому випадку не спростовує його якості.

2.17. Постанова від 11.11.2020, справа №164/973/18 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 92934820

Твердження захисника щодо відсутності відомостей у протоколі про розміщення на свідку ОСОБА_2 спеціальної апаратури для

здійснення аудіо-, відеоконтролю особи, є також недоречним, зважаючи на те, що відомості про таку апаратуру є інформацією з обмеженим доступом і не підлягають розголошенню, з чим погоджується і колегія суддів. А зауваження про технічні описки в протоколі щодо року його складання і посилання на інший протокол огляду в цьому випадку не спростовує його якості.

2.18. Постанова від 02.12.2020, справа №738/2153/18 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 93438381

З матеріалів провадження вбачається, що під час проведення негласної слідчої (розшукової) дії аудіо-, відеоконтролю особи ОСОБА_7 було порушено вимоги кримінального процесуального закону.

Так, в приміщенні Менського райвідділу поліції Чернігівської області із застосуванням відео фіксації, як негласної слідчої дії, неповнолітнього ОСОБА_7 фактично було допитано, однак без роз'яснення йому прав передбачених КПК та без участі захисника та законного представника.

2.19. Постанова від 22.08.2019, справа №712/8320/15-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 84092501

Вказане сторона обвинувачення підтверджує аудіозаписами телефонних розмов. Втім, ОСОБА_1 категорично заперечував, що на цих аудіозаписах під час проведення НСРД звучить саме його голос, стверджував, що в цей період його телефон вже був у нього викрадений. У суді першої інстанції факт дзвінків і розмов саме з ОСОБА_1 не підтвердила і свідок ОСОБА_3.

Разом з тим, судова фоноскопична експертиза, за допомогою якої можливо встановити належність записаного на аудіо голосу конкретній особі, не проводилася, клопотань про призначення такої експертизи сторона обвинувачення не подавала; заходи щодо встановлення даних геолокації цього телефону станом на 01 липня 2014 року не вживалися.

Суд погоджується із висновками судів про відсутність достатніх і допустимих доказів, якими б підтверджувалися ті факти, що саме ОСОБА_1 по телефону давав вказівки свідку ОСОБА_3 забрати кошти у ОСОБА_2, що саме з ним говорили телефоном ОСОБА_2 і ОСОБА_3 при передачі коштів в автомобілі, що голос на аудіозаписах належить ОСОБА_1, що в сукупності із дотриманням принципу презумпції невинуватості є недостатнім для визнання пред'явленого обвинувачення встановленим.

2.20. Постанова від 03.07.2018, справа №703/4196/15-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 75215498

Втім висновок судів першої та апеляційної інстанцій про колізію процесуальних норм - статей 41 та 246 КПК України, та про те, що прокурор, доручивши згідно постанови від 19 травня 2015 року проведення НСРД оперативному підрозділу, вийшов за межі своїх повноважень, а отже оперативний підрозділ здійснював контроль за вчиненням злочину без належних правових підстав, Суд вважає передчасним. З огляду також й на ту обставину, що досудове розслідування проводилось слідчим прокуратури та постанову про контроль за вчиненням злочину видано старшим прокурором групи у цьому кримінальному провадженні.

2.21. Постанова від 17.05.2018, справа №544/673/13-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 74158361

Зокрема, апеляційний суд визнав недопустимими дані відеозаписів проведення негласних слідчих (розшукових) дій (далі НСРД) за участю свідка ОСОБА_4, які зроблені за допомогою спеціального обладнання, наданого працівниками правоохоронних органів цьому свідку, хоча передбаченого законом дозволу на проведення таких НСРД щодо нього не надавалося. Суд зазначив, що матеріали справи усупереч ст. 271 КПК України не містять постанови прокурора про контроль за

вчиненням злочину, винесеної відповідно до вимог ст. 251 цього Кодексу, яка повинна була містити відомості про особу, що буде проводити цю НСРД та обґрунтування неможливості отримання відомостей про злочин та особу, яка його вчинила, в інший спосіб.

Обґрунтовано апеляційний суд послався і на те, що особа, яка брала участь у проведенні зазначеної НСРД - ОСОБА_4, на час його звернення до правоохоронних органів із заявою про вимагання грошей була засуджена вироком від 18 квітня 2012 року за ч. 3 ст. 358, ч. 3 ст. 190 КК України, що може свідчити про певну залежність зазначеної особи від правоохоронних органів.

2.22. Постанова від 22.11.2018, справа №263/6618/15-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 78297744

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.

2.23. Постанова від 27.02.2019, справа №753/19835/14-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 80183442

За відсутності в матеріалах провадження постанови прокурора про проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії, як контроль за вчиненням злочину, неможливо встановити і у якій формі вона мала бути проведена, чи передбачала використання спеціальних

імітаційних засобів, кому було доручено її проведення та чи було дотримано в цьому випадку порядок і тактику її проведення відповідно до вимог законодавства.

З огляду на це апеляційний суд зробив правильний висновок, що протокол за результатами виконання постанови від 31 липня 2014 року №21/2-1737т про проведення контролю за вчиненням злочину від 1 серпня 2014 року, протокол огляду та вручення грошових коштів від 31 липня 2014 року з додатками у вигляді ксерокопій 120-ти грошових купюр, є недопустимими доказами, оскільки сторона обвинувачення не надала суду доказів на підтвердження наявності передбачених законом підстав для проведення контролю за вчиненням злочину.

2.24. Постанова від 10.10.2019, справа №593/1248/16 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 85175396

Статтею 250 КПК визначено порядок проведення негласної слідчої (розшукової) дії 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 Бережанського ВП ГУНП України в Тернопільській області 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.

**2.25. Постанова від 07.06.2018,
справа № 604/1071/14-к Верховний
Суд. Касаційний кримінальний суд.
Номер справи в ЄДРСР – 74630432**

Крім того, судом першої інстанції правильно встановлено, що негласні слідчі дії у вигляді контролю за вчиненням злочину, відповідно до ч. 2 ст. 246 КПК України, можуть проводитись щодо тяжких та особливо тяжких злочинів. Проте, інкриміноване ОСОБА_1 кримінальне правопорушення було перекваліфіковане за ч. 3 на ч. 1 ст. 368 КК України 20 червня 2014 року, тобто в день вчинення інкримінованого правопорушення. Відповідно до ст. 12 КК України, злочин, передбачений ч. 1 ст. 368 КК України є злочином середньої тяжкості, а тому результати негласних слідчих дій правильно визнані недопустимими доказами. З даним висновком місцевого суду погодився апеляційний суд, навівши відповідні мотиви прийнятого рішення.

**2.26. Постанова від 21.02.2019,
справа № 698/1151/15-к Верховний
Суд. Касаційний кримінальний суд.
Номер справи в ЄДРСР – 80112373**

З'ясувавши, що зазначені докази отримані за результатами негласних слідчих (розшукових) дій, дозвіл на проведення яких надано щодо іншої особи, а у матеріалах кримінального провадження щодо ОСОБА_1 відсутня відповідна ухвала слідчого судді про використання результатів вказаних негласних слідчих дій у іншому кримінальному провадженні, як того вимагає ч.1 ст.257 КПК України, то всі докази, здобуті внаслідок проведених негласних слідчих (розшукових) дій відносно іншої особи, а саме ОСОБА_2, суд правильно визнав недопустимими.

**2.27. Постанова від 04.04.2019,
справа №727/4888/16-к Верховний
Суд. Касаційний кримінальний суд.
Номер справи в ЄДРСР – 81079567**

Разом із тим, зі змісту протоколу про результати проведення спостереження за особою від 16 лютого 2016 року, на який посилався апеляційний суд як на основний доказ винуватості ОСОБА_3, ОСОБА_1 і ОСОБА_4 у кримінальному провадженні, внесеному у ЄДР за № 12015260040002369, видно, що дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії у виді візуального спостереження за ОСОБА_1 був наданий ухвалою слідчого судді Апеляційного суду Чернівецької області від 26 січня 2016 року в межах іншого кримінального провадження, а саме внесеного до ЄДР за № 12015260040003887. При цьому дані про об'єднання матеріалів зазначених кримінальних проваджень, як і ухвала слідчого судді, постановлена в порядку ст. 257 КПК, відсутні, що залишилося поза увагою апеляційного суду.

**2.28. Постанова від 21.05.2019,
справа №220/298/16-к Верховний
Суд. Касаційний кримінальний суд.
Номер справи в ЄДРСР – 82120702**

Крім того, посилання місцевого суду як на підставу для визнання незаконним прийняття прокурором процесуальних рішень про проведення негласних слідчих (розшукових) дій щодо осіб, які є працівниками правоохоронного органу, з огляду на вимоги ч. 2 ст. 247 КПК України колегія суддів вважає безпідставним, зважаючи на положення ст. 5 КПК України, відповідно до якої процесуальна дія проводиться, а процесуальне рішення приймається згідно з положеннями цього Кодексу, чинними на момент початку виконання такої дії або прийняття такого рішення.

Законом України від 15 липня 2015 року № 613-VIII «Про внесення зміни до статті 247 Кримінального процесуального кодексу України», який набрав чинності 16 серпня 2015 року, ст. 247 КПК України було доповнено частиною другою, зміст якої регламентував, що «розгляд клопотань про надання дозволу на проведення негласних слідчих (розшукових) дій щодо працівників правоохоронних органів та/або у приміщеннях правоохоронних органів, який віднесено до повноважень слідчого судді, може здійснюватися слідчим суддею Апеляційного суду Автономної Республіки Крим, апеляційного суду області, міст Києва та Севастополя поза межами територіальної юрисдикції органу досудового розслідування, який здійснює досудове розслідування». Тобто на момент прийняття процесуального рішення та проведення процесуальної дії діяла редакція ст. 247 КПК України зі змінами, внесеними Законом від 14 жовтня 2014 року №1698-VII.

Тому висновок місцевого суду про незаконність проведення негласних слідчих (розшукових) дій, передбачених статтями 260, 263, 268, 269 КПК України, з огляду на положення статей 246-248 КПК України і відповідно про недопустимість доказів, отриманих за результатами проведення вказаних слідчих дій, є необґрунтованим та таким, що суперечить вищевказаним нормативно-правовим актам.

2.29. Постанова від 31.10.2019, справа №321/954/14-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 85443532

Протоколи про проведення негласних слідчих дій з додатками не пізніше ніж через 24 години з моменту припинення зазначених негласних слідчих дій передаються прокурору (ч. 3 ст. 252 КПК України), проте вказаних положень процесуального закону слідчий також не дотримався, оскільки відеоконтроль за особою було проведено 24 квітня 2014 року, а протокол, з невідомих причин, слідчим складено лише 07 травня 2014 року.

Крім того, під час дослідження протоколу відеоконтролю особи від 07 травня 2014 року суд дійшов до правильного висновку, що він не відповідає вимогам ст. 252 КПК України, оскільки не містить відомостей про осіб, залучених до його проведення, зокрема, зі змісту протоколу не зрозуміло, кому саме слідчий доручив проводити відеофіксацію.

2.30. Постанова від 10.09.2019, справа №761/8589/15-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 84229858

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.

2.31. Постанова від 09.04.2020, справа №727/6578/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 88749345

Згідно протоколу виготовлення несправжніх (імітаційних) засобів, проведеного під час такої негласної слідчої (розшукової) дії, як контроль за вчиненням злочину, співробітниками правоохоронних органів були підготовлені таблетки, які за зовнішніми ознаками схожі з таблетками із маркуванням «Tesla», що були придбані ОСОБА_1. Заміна зазначених таблеток здійснювалася в зоні митного контролю, у подальшому з метою імітування обстановки злочину поштове відправлення із вказаним вмістом було направлено адресату та отримано ним для подальшої передачі ОСОБА_1. Таким чином, зазначені слідчі дії було здійснено у повній відповідності до вимог закону, отримані при цьому дані є належними та допустимими доказами.

Повноваження осіб, які проводять НСРД

3.1. Постанова від 17.06.2020, справа №455/2776/15 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 89929190

У цьому провадженні, окрім НСРД, які вимагають отримання дозволу слідчого судді на їх проведення, здійснювався контроль за вчиненням злочину, надавалися доручення оперативним підрозділам на проведення НСРД, а, отже, твердження прокурора про те, що вимоги статті 290 КПК були недотриманні лише у зв'язку з нерозсекречуванням апеляційними судами ухвал про надання дозволів на проведення НСРД є явно недостатніми для визнання причин невиконання вимог статті 290 КПК поважними.

3.2. Постанова від 19.02.2020, справа №295/7911/18 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 87826881

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.

3.3. Постанова від 15.01.2020, справа №161/5306/16-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 87053591

Щодо посилання прокурора на порушення, допущене судом апеляційної інстанції в частині

відмови у долученні та дослідженні протоколів за результатами проведення НСРД з додатками, колегія суддів виходить з наступного.

У чинному КПК використовуються такі терміни як «дублікат документа» (частина 4 статті 99 КПК) та «копія документа».

Терміни «копія» і «дублікат» не є синонімічними.

Колегія суддів не вбачає жодних перепон у можливості надання до суду дублікатів протоколів процесуальних дій, а також матеріалів фотозйомки, звукозапису, відеозапису та інших носіїв інформації (у тому числі електронних), виготовлених слідчим, прокурором із залученням спеціаліста, які визнаються судом як оригінал документа.

З огляду на зазначене вище, Суд вважає, що посилання судів першої та апеляційної інстанції на положення частини 3 статті 254 КПК в редакції, яка діяла до внесення до неї змін відповідно до Закону України № 187-ІХ від 04 жовтня 2019 року, є безпідставним.

3.4. Постанова від 05.08.2020, справа №700/361/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 90906016

Поза увагою апеляційного суду, який погодився з оцінкою суду першої інстанції щодо допустимості як доказу протоколу НСРД - контролю за вчиненням злочину у виді спеціального слідчого експерименту від 17 березня 2017 року, залишилось те, що в матеріалах кримінального провадження відсутнє процесуальне рішення слідчого чи прокурора про залучення ОСОБА_3 (який є заявником та свідком згідно зі статтями 60, 65 КПК) до проведення негласної слідчої (розшукової) дії, яка здійснювалась на підставі

постанови прокурора від 13 березня 2017 року. 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.

3.5. Постанова від 01.10.2020, справа №359/1982/15 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 92021182

Отже, враховуючи, що співробітники оперативного підрозділу органів безпеки здійснювали НСРД за дорученням слідчого відповідно до ст. 41 КПК України, то вони були уповноважені як проводити ці дії, так і фіксувати їх хід у протоколах, адже користувалися повноваженнями слідчого.

3.6. Постанова від 01.07.2020, справа №643/10749/14-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 90202735

Також, відповідно до п. 1 ч. 7 ст. 271 КПК України встановлено вимогу, що прокурор у своєму рішенні про проведення контролю за вчиненням злочину, крім відомостей, передбачених статтею 251 цього Кодексу, зобов'язаний викласти обставини, які свідчать про відсутність під час негласної слідчої (розшукової) дії провокування особи на вчинення злочину.

Однак, як вбачається з матеріалів кримінального провадження, в постановках про про-

ведення контролю за вчиненням злочину від 05 березня 2014 року та 14 квітня 2014 року прокурор посилається лише на те, що злочин, передбачений ч. 2 ст. 307 КК України неможливо задокументувати іншим шляхом, аніж проведенням оперативної закупівлі особливо небезпечного наркотичного засобу.

Водночас, проведення НСРД у вигляді контролю за вчиненням злочину від 05 березня 2014 року та 14 квітня 2014 року не було підтверджено показаннями легендованої особи - ОСОБА_2, оскільки стороною обвинувачення не було вжито відповідних заходів щодо забезпечення явки вказаної особи у судові засідання, що знайшло своє відображення в ухвалі апеляційного суду.

3.7. Постанова від 01.04.2020, справа №607/15414/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 88602316

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.

3.8. Постанова від 07.10.2020, справа №628/3400/15 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 92173713

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.

3.9. Постанова від 12.02.2019, справа №489/3/15-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 80181362

Як видно з протоколу про результати контролю за здійсненням злочину, після завершення оперативної закупки ОСОБА_8, ІНФОРМАЦІЯ_2 (далі - ОСОБА_8.), працівникам оперативного підрозділу було добровільно видано медичний шприц із рідиною коричневого кольору об'ємом 6 мл, який на місці було поміщено у полімерний пакет, прошито та опечатано разом із бірками з підписами ОСОБА_8 та оперативного працівника (т. 1, а.с. 65-67).

Чи є ОСОБА_3, який був залучений органом досудового розслідування до проведення оперативної закупки, та ОСОБА_8, який після її завершення видав оперативним працівникам медичний шприц, однією і тією ж особою, суд не з'ясував.

3.10. Постанова від 03.03.2020, справа №221/2901/15-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 88016662

Слід зазначити, що в період вчинення засудженим злочину існувала реальна терористична загроза, а тому для її подолання та збереження територіальної цілісності України 14 квітня 2014 року було введено в дію рішення Ради національної безпеки і оборони України (таємне) про відповідні невідкладні заходи, які

реалізовувались і через положення Закону України № 374-IV від 26 грудня 2002 року «Про контррозвідувальну діяльність» зі змінами до нього.

У цьому провадженні заходи здійснювалися в особливий період у районі проведення антитерористичної операції, де представники Департаменту контррозвідки Служби безпеки України (далі - ДКР СБУ) документували протиправну діяльність осіб задля подолання терористичної загрози в Україні, виходячи з інтересів національної безпеки, тобто публічний інтерес мав пріоритет.

До того ж, як видно зі справи, слідчі органи зверталися до ДКР СБУ з проханням легалізації всіх матеріалів НСРД, однак з урахуванням указаних інтересів їм було надано лише протокол від 7 травня 2015 року, який за змістом не суперечить ст. 252 КПК, був предметом безпосереднього дослідження суду за участі сторін кримінального провадження і захист мав можливість представити свої докази на спростування відомостей, відображених у зазначеному документі.

Відповідно до ч. 2 ст. 93 КПК одним зі шляхів збирання доказів є проведення НСРД, які у цьому провадженні здійснювали співробітники СБУ у відповідності з положеннями згаданого закону «Про контррозвідувальну діяльність».

Отже, немає підстав стверджувати, що такі заходи були проведені неналежним суб'єктом, а зазначену співробітником ДКР СБУ в протоколі від 7 травня 2015 року оперативну інформацію було отримано з істотним порушенням встановленого законом порядку.

3.11. Постанова від 12.11.2020, справа №682/488/18 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 92902850

У зв'язку із цим не може залишатися поза увагою те, що згідно з положеннями ч. 2 ст. 246 КПК НСРД, передбачені, зокрема, статтями 260, 263 КПК - аудіо-, відеоконтроль особи, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (у частині дій, що проводяться на підставі

ухвали слідчого судді), ст. 271 КПК - контроль за вчиненням злочину, проводяться виключно у кримінальному провадженні щодо тяжких або особливо тяжких злочинів. Проте злочин, передбачений ч. 1 ст. 303 КК, з огляду на положення ст. 12 КК відноситься до злочину середньої тяжкості.

З огляду на викладене цілком обґрунтовано постає питання щодо законності постанови прокурора від 16 серпня 2017 року, а також його подальших постанов про проведення контролю за вчиненням злочину у формі оперативної закупки в ОСОБА_1, які здійснювалися 06 грудня 2017 року та 04 січня 2018 року, а також ухвал слідчого судді від 17 серпня та 14 листопада 2017 року, постановлених у порядку статей 260, 263 КПК.

3.12. Постанова від 01.12.2020, справа №750/9145/18 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 93268469

У зв'язку з цим апеляційному суду необхідно перевірити, з врахуванням службових обов'язків голови садового товариства, чи належить він до таких осіб та чи не було внесення відомостей до ЄДР за ч. 3 ст. 368 КК України необґрунтованим і направленим на штучне створення умов для проведення НСРД з огляду на те, що ст. 246 КПК України визначено надання дозволу на проведення НСРД у кримінальному провадженні лише щодо тяжких та особливо тяжких злочинів.

3.13. Постанова від 09.12.2020, справа №756/12749/18 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 93505778

На думку колегії суддів, спілкування у приміщенні управління поліції затриманої особи, яка перебуває під контролем працівників поліції, з працівниками поліції не може вважатися приватним, а проведена слідча дія за своїм змістом є допитом ОСОБА_1. На це вказує характер спілкування працівників поліції з

ОСОБА_1. Зокрема, ОСОБА_1 їм повідомляє про те, як вони з ОСОБА_2 готувались до нападу на ОСОБА_6, відслідковували режим його дня, наявність собаки, автомобіля, а також розкриває інші обставини вчинення нападу.

Однак, органом досудового розслідування викривальні показання ОСОБА_1 стосовно себе отримані саме як результат проведення НСРД щодо аудіо-, відеоконтролю особи. Таким чином, органом досудового розслідування було порушено право особи не свідчити проти себе, а також усупереч вимогам ст. 52 КПК України в ході слідчої дії, яка за своїм змістом є допитом особи, яка підозрюється у вчиненні особливо тяжкого злочину, не було забезпечено участі захисника.

3.14. Постанова від 05.03.2019, справа №127/24890/15-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 80889488

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, 13 жовтня 2014 року працівниками оперативного підрозділу поліції у справі проводилися НСРД у вигляді контролю за вчиненням злочину у формі оперативної закупки із залученням залегенованої особи ОСОБА_3, ІНФОРМАЦІЯ_2.

Відповідно до ч. 4 ст. 246 та ст. 271 КПК НСРД у вигляді контролю за вчиненням злочину у формі оперативної закупки проводяться виключно на підставі постанови прокурора. Однак така постанова в матеріалах провадження відсутня, і чи приймалося таке рішення прокурором, суд першої інстанції не з'ясував.

Працівники оперативного підрозділу поліції із залученням вказаної залегенованої особи у справі проводили дві оперативні закупки - 13 жовтня 2014 року та 26 серпня 2015 року.

Питання, чи було залучено цю залегеновану особу для проведення оперативної закупки з додержанням вимог ст. 275 КПК, місцевий суд теж не вивчав.

3.15. Постанова від 17.11.2020, справа №459/1786/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 93053766

Не вирішеним залишилося й питання недопустимості доказів, отриманих за результатами проведення негласної слідчої (розшукової) дії - контролю за вчиненням злочину, у виді оперативної закупки, яка мала місце 28 серпня 2015 року, через відсутність протоколу, в якому за положеннями ст. 252 КПК України повинні бути зафіксовані її результати.

3.16. Постанова від 03.12.2019, справа №425/217/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 86241456

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).

3.17. Постанова від 03.12.2019, справа №676/7748/14-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 86505793

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.

3.18. Постанова від 05.11.2019, справа №344/11299/15-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 85743614

Колегія суддів, проаналізувавши зміст виправдувального вироку щодо ОСОБА_1 дійшла висновку, що суд першої інстанції правильно встановив, що згідно постанови прокурора про проведення контролю за вчиненням злочину від 21.05.2015 дозвіл на проведення негласних слідчих (розшукових) дій - контроль за вчиненням злочину шляхом оперативної закупки психотропної речовини, надано слідчому Іванюку Р.З., а не старшому оперуповноваженому ВБНОН УМВС України в Івано-Франківській області Ковалику Ю.О., який фактично проводив ці негласні слідчі (розшукові) дії. Будь-яких доручень працівнику оперативного підрозділу на здійснення негласних слідчих (розшукових) дій у даному провадженні слідчим надано не було.

Зважаючи на наведене, колегія суддів погоджується з висновком суду першої інстанції про те, що контроль за вчиненням злочину, всупереч положенням ч. 6 ст. 246 КПК, було проведено не уповноваженою на такі процесуальні дії особою, що є безумовною підставою для визнання таких доказів недопустимими.

3.19. Постанова від 11.03.2020, справа №583/3508/18 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 88265271

За змістом ст. 257 КПК законодавець зобов'язує отримання дозволу слідчого судді на викорис-

тання 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.

3.20. Постанова від 06.11.2019, справа №748/3070/15-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 85541582

З матеріалів кримінального провадження щодо ОСОБА_1 вбачається, що суд першої інстанції, аналізуючи та оцінюючи постанови про проведення негласної слідчої (розшукової) дії - контролю за вчиненням злочину від 02 та 22 липня 2015 року (які були розсекречені після неодноразового роз'яснення стороні обвинувачення вимог ч. 2 ст. 92 КПК та надані під час судового розгляду в районному суді 15 лютого 2016 року) в сукупності з іншими доказами, встановив, з чим погоджується і суд касаційної інстанції, що у вказаних постановках відсутні відомості про конкретних осіб, які будуть проводити НСРД, а є вказівка щодо доручення проведення оперативної закупки особі, яка буде підібрана ВБНОН УМВС України в Чернігівській області, що не відповідає вимогам п. 5 ч. 1 ст. 251 КПК.

Разом із тим, суд першої інстанції встановив, що матеріали кримінального провадження не містять даних про правові підстави для проведення слідчих дій працівниками оперативного підрозділу, а саме: оперуповноваженим сектора ВБНОН УМВС України в Чернігівській області Прядко О. А.

3.21. Постанова від 16.09.2020, справа №335/9433/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 91702554

Судами попередніх інстанцій встановлено, що контроль за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту 23 травня 2017 року закінчився відкритим фіксуванням - проведенням обшуку, вилученням імітаційного засобу - дозволу на викиди забруднюючих

речовин в атмосферне повітря, що підтверджується протоколом обшуку від 23 травня 2017 року. За результатами проведення контролю за вчиненням злочину, слідчим було складено протокол 18 липня 2017 року, тобто майже через два місяці з дня закінчення негласної слідчої (розшукової) дії, що є порушенням ч. 3 ст. 252 КПК.

Зазначений протокол всупереч ч. 4 ст. 271 КПК складено у відсутність особи, відносно якої здійснювався контроль за вчиненням злочину - ОСОБА_1, чим грубо порушено право на захист обвинуваченої.

3.22. Постанова від 31.07.2019, справа №826/8426/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 83379484

Також посилання ОСОБА_1 на те, що він діяв як громадянин відповідно вимог Закону України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 року № 1700-VII, касаційним судом не приймається до уваги, оскільки судами першої та апеляційної інстанцій під час розгляду справи встановлено, що ОСОБА_1 діяв в інтересах юридичної особи, діяв як адвокат і на нього розповсюджується саме спеціальне законодавство, яке регламентує діяльність адвоката у тому числі норми частини 2 статті 275 Кримінального процесуального кодексу України, якою прямо забороняється залучення адвокатів до конфіденційного співробітництва під час проведення негласних слідчих дій.

3.23. Постанова від 21.11.2019, справа №154/1350/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 85903551

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 (т. 2, а.к.п. 107), 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.

3.24. Постанова від 24.01.2019, справа №344/16316/15-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 79439770

Зважаючи на викладені положення закону, наявність рішень прокурора про проведення контролю за вчиненням злочину підлягає обов'язковій перевірці, оскільки це має істотне значення для визнання чи невизнання,

у відповідності до ст. 94 КПК, належними, допустимими, достовірними докази, якими у вирокі обґрунтована доведеність вчинення засудженим інкримінованих злочинів.

Водночас, матеріали кримінального провадження щодо ОСОБА_3 таких постанов прокурора взагалі не містять, що не може не викликати певних сумнівів щодо законності проведення оперативних заходів.

Протоколи про результати контролю за вчиненням злочину у формі оперативної закупки наркотичного засобу у ОСОБА_3 не можуть замінити рішення прокурора про проведення такої негласної слідчої дії, як контроль за вчиненням злочину.

Провокація вчинення злочину

4.1. Постанова від 13.01.2021, справа №663/2885/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 94194562

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.

4.2. Постанова від 08.07.2020, справа №373/2562/15-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 90329695

Крім того, суди першої та апеляційної інстанцій не взяли до уваги, що на дотримання вимог ч. 7 ст. 271 КПК у постановках 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.

4.3. Постанова від 28.01.2020, справа №409/1006/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 87211865

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.

4.4. Постанова від 12.02.2020, справа №485/1576/16-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 87703476

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.

4.5. Постанова від 02.04.2020, справа №734/2421/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 88834279

Таким чином, у разі виявлення за матеріалами кримінального провадження ознак, притаман-

них провокації злочину правоохоронними органами, суд у судовому засіданні має це перевірити шляхом дослідження відповідних обставин і лише після цього зробити висновок щодо наявності (відсутності) такого факту, і, як наслідок, щодо належності, допустимості й достатності доказів у справі для прийняття відповідного процесуального рішення.

4.6. Постанова від 17.11.2020, справа №722/1436/18 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 92973773

Зокрема, апеляційний суд дійшов висновку, що працівники правоохоронних органів не обмежувалися пасивним розслідуванням, а впливали на ОСОБА_1 , схилиючи його до вчинення кримінального правопорушення з метою його подальшого викриття, яке б він не вчинив, якби орган досудового розслідування не сприяв цьому, тобто мало місце провокування.

При цьому апеляційний суд виходив з того, що ініціатором збуту наркотичних засобів був саме ОСОБА_2 , який користуючись знайомством і товариськими відносинами, фактично підбурював ОСОБА_1 до вчинення кримінального правопорушення і саме своєю поведінкою та розмовами схилив останнього до вчинення кримінального правопорушення, оскільки першим в день проведення НСРД зателефонував ОСОБА_1 та ініціював розмови про наркотичні засоби.

Також апеляційний суд указав, що в матеріалах кримінального провадження відсутні відомості про те, що відносно ОСОБА_1 заводилась оперативно-розшукова справа, та про те, що він раніше збував наркотичні засоби, третім особам, крім особи, до якої застосовані заходи безпеки, а також не встановлено походження наркотичних засобів.

4.7. Постанова від 12.08.2020, справа №520/14112/14-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 91010360

При цьому, визнавши надалі недопустимими доказами матеріали НСРД й ще деякі докази

та відкинувши їх, іншу сукупність доказів, що залишилася й раніше була досліджена безпосередньо місцевим судом, суд апеляційної інстанції визнав недостатньою для доведення винуватості особи у вчиненні інкримінованих злочинів, однак достатньою для встановлення факту провокації злочину, хоча більшість доказів з цієї залишкової сукупності колегія суддів апеляційного суду не досліджувала безпосередньо, зокрема й ті докази, на які вказує прокурор у касаційній скарзі, наголошуючи на порушенні апеляційним судом принципу безпосередності дослідження доказів, а саме покази свідків ОСОБА_14, ОСОБА_21, ОСОБА_22, ОСОБА_17.

4.8. Постанова від 03.03.2020, справа №750/9855/16-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 88401704

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.

4.9. Постанова від 16.12.2020, справа №661/4683/13-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 93780341

Таким чином, за обставин цього кримінального провадження ОСОБА_3, фактично передбачаючи зміст розмови, яка відбудеться, не випадково, а підготовлено (завчасно взявши з собою диктофон), цілеспрямовано, таємно та безконтрольно записував його розмову з ОСОБА_1, тобто фактично здійснював оперативно-розшукову діяльність із застосуванням пристрою технічної фіксації розмови.

4.10. Постанова від 17.12.2019, справа №229/3901/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 86566249

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.

4.11. Постанова від 06.03.2018, справа №727/6661/15-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 72670494

Як убачається з перевічених 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 спонування до вчинення злочину ОСОБА_1, а в суду наявні всі можливості перевірити такі твердження засудженого, що і стало предметом перегляду у суді апеляційної інстанції.

4.12. Постанова від 12.02.2020, справа №583/2808/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 87640592

У зв'язку з цим, захисник вказує на ознаки провокації, які полягають, крім іншого, в тому, що особа, яка була залучена під вигаданим прізвиськом до участі у відповідній НСРД, була особисто зацікавлена у її певному результаті, вживала заходів для його досягнення.

З огляду на це, аспекти щодо порядку й процедури залучення та участі ОСОБА_2 у відповідній негласній слідчій (розшуковій) дії підлягали ретельній перевірці, чого апеляційним судом зроблено не було.

4.13. Постанова від 12.09.2019, справа №688/3641/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 84305089

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, не погоджуючись із постановленим вироком, засуджений ОСОБА_1 та його захисник, звернулися з апеляційними скаргами на вказане судові рішення в яких зазначали доводи про те, що суд першої інстанції не з'ясував, чи не було з боку легендарної особи провокаційних дій щодо ОСОБА_1, не надав належної оцінки тому факту, що засуджений не був затриманий після проведення першої оперативної закупки, коли нібито вже був досягнутий позитивний результат. ОСОБА_1 указував на неправдивість показань легендарної особи, стверджував, що останній оговорював його, давав надумані показання на прохання працівників правоохоронних органів, чим ввів суд в оману. Засуджений наголошував на тому, що дії негласного агента ОСОБА_2 мали провокаційний характер, оскільки він сам телефонував йому або домовлявся кожного разу про зустріч, вказував кількість наркотичного засобу, яку з кожним разом збільшував, спокушуючи ОСОБА_1 до протиправних дій, при цьому знаючи про хворобу його внука, тим самим підбурював засудженого до вчинення злочину.

Судапеляційної інстанції, розглядаючи апеляційні скарги засудженого та захисника залишаючи їх без задоволення, не зазначив докладні мотиви з яких виходив при постановленні ухвали і положення закону, яким він керувався, а також мотивовані підстави, з яких апеляційні скарги визнано необґрунтованими, не перевірів і не спростував доводи, викладені в апеляційних скаргах. Одночасно суд апеляційної інстанції формально погодився з висновками місцевого суду про доведеність винуватості ОСОБА_1 у вчиненні кримінального правопорушення за ч. 2 ст. 307 КК України.

4.14. Постанова від 17.12.2019, справа №682/1595/17 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 86566127

Твердження засудженого про те, що в органів досудового розслідування не було підстав для попередньої кваліфікації його дій за кваліфікуючою ознакою «вимагання», у зв'язку з чим докази, отримані внаслідок незаконного, на думку засудженого, проведення НСРД, є недопустимими, Суд не бере до уваги, оскільки питання правильності кваліфікації дій винного при внесенні відомостей до ЄРДР не є предметом розгляду касаційного суду. Законом передбачено право органів досудового розслідування змінювати кваліфікацію дій підозрюваного /обвинуваченого (ст. 279 КПК), при цьому відповідно до вимог ч. 1 ст. 337 КПК судовий розгляд проводиться лише стосовно особи, якій висунуте обвинувачення, і лише в межах висунутого обвинувачення відповідно до обвинувального акта.

4.15. Постанова від 11.02.2020, справа №266/3474/15-к Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 87902035

Таким чином, перед проведенням контролю за вчиненням злочину працівники правоохоронних органів володіли достатнім обсягом інформації про готування ОСОБА_2 до вчинення особливо тяжкого злочину, вступали у злочин на етапі його підготовки, поведінка агента була пасивною.

4. ПРОВОКАЦІЯ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ

Доводи касаційної скарги захисника про відмову від замовлення останньої миті спростовується матеріалами провадження та діями самої ОСОБА_2, яка зустрілася з виконавцем після виконання її замовлення на вбивство, отримала

він нього докази - фото з реквізитами рахунку для остаточної оплати виконаних робіт, поклала до власної сумки, яку мала при собі, надалі була затримана працівниками поліції. З цих підстав доводи захисника є неспроможними.

Інша судова практика суду касаційної інстанції

5.1. Постанова від 22.10.2019, справа №9901/918/18 Велика Палата Верховного Суду., номер справи в ЄДРСР – 85776326

«61. Велика Палата Верховного Суду зазначає, що відомості, необхідні Комісії для здійснення своїх повноважень, можуть бути отримані з будь-яких джерел у порядку, встановленому законодавством. Тому Комісія витребувала та отримала необхідні для ухвалення оскаржуваного рішення копії матеріалів кримінального провадження, дозвіл на використання яких у межах дисциплінарного провадження відповідно до статті 222 КПК України надано безпосередньо прокурором.

67..... Беручи до уваги наведене, Велика Палата Верховного Суду вважає помилковими доводи позивача про те, що матеріали НСРД не можуть бути доказами в дисциплінарному провадженні...»

5.2. Постанова від 29.01.2019, справа №9901/728/18 Велика Палата Верховного Суду, номер справи в ЄДРСР – 79958129

Посилання позивача на те, що інформація отримана у результаті негласних слідчих (розшукових) дій не може бути предметом доказу в дисциплінарному провадженні є необґрунтованими, оскільки частина шоста статті 46 Закону № 1697-VII надає право члену Комісії ознайомлюватися з документами, що стосуються предмета перевірки.

5.3. Постанова від 07.10.2020, справа №725/1199/19 Верховний Суд. Касаційний кримінальний суд. Номер справи в ЄДРСР – 92173671

Процесуальна поведінка і позиція сторони захисту під час досудового розслідування, судового розгляду та апеляційного перегляду щодо надання та оцінки доказів, спростування доводів обвинувачення, не була пасивною та стосувалася відстоювання оцінок та аргументів щодо визнання окремих доказів недопустимими, зокрема протоколів обшуку і НСРД, а також обстоювання своїх правових позицій про відсутність в діянні засудженої окремих елементів та ознак інкримінованого злочину (об'єктивної та суб'єктивної сторони, суб'єкту злочину), що доводить належне усвідомлення засудженою суті обвинувачення за ч. 3 ст. 368 КК.

5.4. Постанова від 28.11.2019, справа №825/788/17 Верховний Суд. Касаційний адміністративний суд. Номер справи в ЄДРСР – 85999860

Протокол огляду документів від 20.03.17 року, яким оглядалися отримані за результатами проведення негласних слідчих (розшукових) дій протоколи зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж не можуть бути прийняті як доказ у справі про адміністративне правопорушення, оскільки вони здобуті як доказ в рамках НСРД у кримінальному провадженні, що є порушенням вимог ст. 255 Кримінального процесуального кодексу України. Інших доказів, що підтверджують вчинення ОСОБА_1

адміністративного правопорушення, матеріали справи не містять.

5.5. Постанова від 20.05.2019, справа №815/2658/17 Верховний Суд. Касаційний адміністративний суд. Номер справи в ЄДРСР – 81818098

«79. Доводи скаржника про неможливість використання матеріалів негласних слідчих дій при розгляді даної адміністративної справи Суд вважає необґрунтованим та безпідставним.

80. Суд зазначає, що будь-які свідчення та інші матеріали, зібрані в рамках кримінального провадження, повинні бути оцінені органами слідства і судом. В кожній із стадій процесу оцінка доказів має свої особливості, які пояснюються відмінними умовами і задачами даної стадії. Так, оцінка доказів, здійснена в стадії досудового слідства, носить лише попередній характер. Вирішення питання кримінального судочинства про винуватість чи невинуватість особи, притягнутої до кримінальної відповідальності,

здійснюється тільки судом на основі доказів, досліджених в ході судового розгляду.

81.Натомість, колегія суддів зауважує, що підставою для винесення відповідачем оскаржуваного наказу стали обставини вчинення позивачем дій, що порочать звання прокурора і можуть викликати сумнів у її об'єктивності, неупередженості та незалежності, у чесності та непідкупності органів прокуратури, тобто судом в рамках розгляду даної справи не досліджується питання наявності або відсутності вини в діях позивача, а надається правова оцінка обставинам наявності або відсутності вчинення нею дисциплінарного проступку.

82.Таким чином, суди попередніх інстанцій мали повноваження оцінювати матеріали досудового слідства, що здійснюється стосовно позивача, виключно як доказ підтвердження факту наявності у ОСОБА_1 позаслужбових стосунків з третіми особами, спілкування з ними щодо процесуальних дій, які планувалося вчинити у кримінальному провадженні №12016160160000974

Увага. При підготовці цього огляду використовувалися судові рішення, які є відкритими та оприлюдненими в електронній формі у Єдиному державному реєстрі судових рішень. З повним текстом судових рішень можна ознайомитися на веб-сайті Єдиного державного реєстру судових рішень - <https://reyestr.court.gov.ua/>
