

6. Zakon o kaznenom postupku, 26. rujna 1997. Narodne Novine; Number: NN 121/11. URL: <https://www.zakon.hr/z/174/Zakon-o-kaznenom-postupku>

7. Про Вищий антикорупційний суд : Закон України від 07 червня 2018 р. № 2447-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2447-19>

8. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=7440&skl=9.

9. Про судову експертизу : Закон України від 25 лютого 1994 р. № 4038-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4038-12#n80>

DOI <https://doi.org/10.36059/978-966-397-292-3-67>

**ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ КОНЦЕПЦІЇ «НЕІСТОТНОГО»
ПОРУШЕННЯ ВИМОГ КРИМІНАЛЬНОГО
ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНУ
В ДІЯЛЬНОСТІ АНТИКОРУПЦІЙНИХ ОРГАНІВ**

Маленко О. В.

*кандидат юридичних наук,
адвокат, керуючий партнер*

*Адвокатського об'єднання «Юридична компанія «ІНТЕРЛЕГУМ»
м. Київ, Україна*

В корупційних кримінальних провадженнях кримінальна процесуальна діяльність сторін та суду, як правило, зосереджена навколо недопустимості фактичних даних як доказів. З цього приводу в юридичній спільноті на сьогодні простежуються дві основні тенденції:

1) обмеженого застосування недопустимості, що передбачає визнання фактичних даних як доказів недопустимими тільки у виняткових випадках – порушення вимог КПК України повинно буде настільки фундаментальним, що не лише порушувати кримінальні процесуальні норми, але й певним чином впливати на права обвинуваченого.

Аргументами прихильників цього підходу є твердження, що під час досудового розслідування кожного кримінального провадження сторона обвинувачення допускає певні порушення приписів КПК України, тобто не існує ідеально розслідуваних кримінальних проваджень (як в Україні, так і в інших державах), тому суд під час

розгляду кримінального провадження повинен надати оцінку того настільки істотним було порушення, а також як таке порушення вплинуло на права обвинуваченого, адже навіть десятки та сотні «неістотних» порушень вимог КПК України не тягнуть визнання фактичних даних як доказів недопустимими.

2) широкого застосування недопустимості, що означає визнання фактичних даних як доказів недопустимими при наявності встановленого судом порушення вимог КПК України незалежно від ступеня його істотності (суттєвості).

Кожна з наведених позицій характеризується як перевагами, так і недоліками, й очевидно єдиної та правильної відповіді на таке складене питання не може бути, однак і законодавець, і практика застосування КПК України мають забезпечувати баланс прав та інтересів всіх учасників кримінального провадження.

Судова практика виробила концепцію «істотності та неістотності» порушення норм КПК України згідно якої фактичні дані як докази можна визнати недопустимими лише при істотному порушенні вимог КПК України.

Істотними порушеннями норм КПК України є:

1) безумовний критерій – порушення прав та основоположних свобод людини (ч. 2 ст. 87 КПК України), коли фактичні дані як докази мають обов'язково визнаватися недопустимими, тобто суд при ухваленні судового рішення на них не може посылатися;

2) умовний критерій – порушення норм КПК України, які унеможливають забезпечення достовірності фактичних даних як доказів. Умовою застосування даної підстави є встановлена під час судового розгляду кримінального провадження неможливість усунення процесуальними засобами сумнівів в достовірності відповідних фактичних даних як доказів через допущені стороною обвинувачення процесуальні порушення.

Якщо з приводу порушення прав та основоположних свобод людини все зрозуміло, то проблематика визнання фактичних даних як доказів недопустимими при інших порушеннях вимог КПК України викликає численні дискусії як у практичній діяльності, так і в доктрині кримінального процесу.

Вивчення судової практики в корупційних кримінальних правопорушеннях, особливо тих, які підслідні Вищому антикорупційному суду та Апеляційній палаті Вищого антикорупційного суду, дозволяє стверджувати про переважання обмеженої концепції щодо визнання фактичних даних як доказів недопустимими. Такий стан речей негативно впливає на процесуальну діяльність суб'єктів кримінального провадження, які реалізуючи свої

процесуальні права та обов'язки, не лише випадково (помилково) порушують приписи КПК України, а й умисно ігнорують норми кримінального процесуального закону.

В умовах, коли суд належним чином не реагує на прояви нехтування законодавчими приписами (окремі ухвали, визнання фактичних даних як доказів очевидно недопустимими тощо), у представників сторони обвинувачення все частіше виникає відчуття всездозволеності та безкарності, а також впевненість, що суд під час розгляду кримінального провадження забезпечить «процесуальне прикриття» допущених «неістотних» порушень кримінальних процесуальних норм.

До прикладу, аналіз судової практики Вищого антикорупційного суду та Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду свідчить, що недотримання стороною обвинувачення імперативних приписів ч. 3 ст. 252 КПК України щодо строків передання прокурору протоколів за результатами проведення НСРД має системний характер, але в усіх випадках визнається судом неістотним порушенням вимог КПК України, таким, що не впливає на допустимість фактичних даних як доказів, які містяться в протоколах за результатами проведення НСРД та додатках до них.

Такий стан речей обумовлює запровадження у правоохоронних органах практики, коли виготовлення та передання прокурору протоколів за результатами проведення НСРД здійснюється з порушенням встановленого кримінальним процесуальним законом строку (на дні, тижні, а інколи й місяці).

В одній зі справ, яка перебувала у провадженні Вищого антикорупційного суду, детективи НАБУ проводили НСРД відносно обвинуваченого згідно ухвали слідчого судді про досвід на НСРД від 23.05.2017 року (аудіо- та відеоконтроль особи), а з 25.05.2017 року згідно постанови прокурора також НСРД – контроль за вчиненням злочину в формі спеціального слідчого експерименту [1].

25.05.2017 року детективи НАБУ задокументували факт нібито одержання обвинуваченим неправомірної вигоди, але продовжили проведення НСРД (аудіо- та відеоконтроль особи) щодо обвинуваченого і тільки 12.07.2017 року передали прокурору протоколи за результатами проведення вказаних НСРД за період з 23.05.2017 року по 12.07.2017 року [1].

Проте навіть на вказаному етапі прокурор не реалізував повноваження, передбачені ч. 5 ст. 249 КПК України, й не припинив проведення НСРД через нібито встановлення під час проведення НСРД (вже після вчинення діяння у якому обвинувачували особу) ознак вчинення обвинуваченим іншого кримінального правопорушення.

Після завершення строку дії ухвали слідчого судді на проведення НСРД від 23.05.2017 року сторона обвинувачення одержала аналогічну ухвалу на проведення НСРД відносно обвинуваченого від 04.08.2017 року і продовжила проведення НСРД.

16.08.2017 року заявник по першому епізоду відповідного кримінального провадження звертається з іншою заявою щодо нібито прохання обвинуваченим надати неправомірну вигоду, й 17.08.2017 року відомості за таким фактом були внесені до ЄРДР і 31.08.2017 року детективи НАБУ задокументували нібито повторне одержання обвинуваченим неправомірної вигоди й затримали його в порядку ст. 208 КПК України [1].

Сторона обвинувачення під час розгляду кримінального провадження у Вищому антикорупційному суді обґрунтовувала свою позицію тим, що прокурор тільки 12.07.2017 року одержав протоколи за результатами проведення НСРД (з 23.05.2017 року по 12.07.2017 року) і тому не міг згідно ч. 5 ст. 249 КПК України припинити проведення НСРД відносно обвинуваченого за закінченим злочином (першим епізодом), адже не був поінформований про хід проведення НСРД і не знав, що ще 25.05.2017 року було складено протокол за результатами НСРД – контроль за вчиненням злочину в формі спеціального слідчого експерименту, яким задокументовано факт нібито одержання неправомірної вигоди обвинуваченим [1].

За твердженням сторони обвинувачення з 27.06.2017 року обвинувачений розпочав вчинення іншого кримінального правопорушення (однак відомості про нього були внесені до ЄРДР тільки 17.08.2017 року) і тому станом на 12.07.2017 року прокурор в силу приписів ст. 2 КПК України (щодо виконання завдань кримінального провадження) не міг зупинити проведення НСРД [1].

Результат розгляду відповідного кримінального провадження виявився для детективів НАБУ та прокурорів САП досить невтішним, оскільки Вищий антикорупційний суд констатував істотне порушення вимог КПК України при проведенні досудового розслідування вказаного кримінального провадження в частині повторного епізоду, зокрема:

1) проведення НСРД відносно обвинуваченого на підставі ухвал слідчих суддів від 23.05.2017 року та 04.08.2017 року здійснювалося до внесення відомостей за заявою заявника про відповідне кримінальне правопорушення до ЄРДР (17.08.2017 року), тобто сторона обвинувачення почала проведення процесуальних дій (НСРД) до внесення відомостей за відповідним злочином до ЄРДР та проводила НСРД з 27.06.2017 року без дозволу суду (ухвали слідчих суддів на проведення НСРД від 23.05.2017 року та 04.08.2017 року були одержані

ще до того моменту, коли сторона обвинувачення дізналася про можливе вчинення злочину обвинуваченим й слідчі судді не надавали дозволу на проведення негласних заходів для встановлення обставин кримінального правопорушення досудове розслідування якого НАБУ розпочало лише 17.08.2017 року);

2) факт проведення НСРД відносно обвинувачення до внесення відомостей за повторним епізодом до ЄРДР з урахуванням інших обставин у їх сукупності свідчить про наявність провокації з боку правоохоронців та їх «таємних агентів» щодо обвинуваченого, тому всі зібрані стороною обвинувачення фактичні дані як докази з 27.06.2017 року є недопустимими.

Викладене дає підстави стверджувати, що стимулювання судами активного застосування концепції «неістотного» порушення вимог кримінального процесуального закону під час судового розгляду кримінальних проваджень має наслідком системне ігнорування стороною обвинувачення дотримання приписів чинного КПК України, що в подальшому тягне за собою допущення вже таких порушень вимог КПК України, які актуальна судова практика визначає як «істотні», внаслідок чого фактичні дані як докази визнаються недопустимими.

Література:

1. Вирок Вищого антикорупційного суду від 17.08.2022 року по справі №626/1948/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105766132>

DOI <https://doi.org/10.36059/978-966-397-292-3-68>

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ДІЇ СУДУ (КРИМІНАЛІСТИЧНИЙ АСПЕКТ)

Мирошніченко Ю. М.

кандидат юридичних наук,

голова Іллічівського районного суду м. Маріуполя Донецької області

м. Мукачєво, Україна

Провадження, процес немислимі без діяльності та поза діяльністю, спрямованою на досягнення певних результатів [1]. Процесуальна діяльність судді у кримінальному провадженні включає кілька аспектів, найважливішим з яких є пізнавальний. З цього погляду вся його