



Верховний
Суд

УХВАЛА

15 жовтня 2019 року
м. Київ

*справа № 242/3982/16-к
провадження № 51-7218км18*

Верховний Суд колегією суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі:

головуючого суддів Мазура М. В.,
Матієк Т. В., Яковлевої С. В.,

за участю:
секретаря судового засідання Слободян О. М.
прокурора Сингаївської А. О.,
захисника Пивовара В. П. (в режимі відеоконференції)

розглянув у відкритому судовому засіданні касаційну скаргу захисника засудженого ОСОБА_1 . - Пивовара В. П. на вирок Апеляційного суду Донецької області від 26 квітня 2018 року у кримінальному провадженні № 42015050000000629 за обвинуваченням

ОСОБА_1 , який народився ІНФОРМАЦІЯ_1 в м. Москва, Російської Федерації, проживає за адресою: АДРЕСА_1 ,

у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 [ст. 258-3 Кримінального кодексу України](#) (далі - [КК України](#)).

Рух провадження, зміст судових рішень і встановлені судами першої та апеляційної інстанцій обставини

Згідно з *обвинувальним актом від 16.08.2016*, який було отримано судом першої інстанції 26.08.2016, органом досудового розслідування ОСОБА_1 обвинувачувався в тому, що в період з вересня 2014 року (точної дати під час досудового слідства не встановлено) він, діючи умисно на території м. Донецьк Донецької області, з метою дестабілізації політичної ситуації в Україні, повалення її конституційного ладу та вчинення злочинів проти громадської безпеки, організаційно сприяв діяльності терористичної організації, поняття якої визначено [ст. 1 Закону України «Про боротьбу з тероризмом»](#), під назвою «Донецька народна республіка» (далі «ДНР»), яку утворено 07.04.2014 року у м. Донецьку Донецької області, одним із основних завдань якої є зміна меж території та державного кордону України в спосіб, що суперечить порядку, встановленому [Конституцією України](#) - тобто стійкого об'єднання невизначеної кількості осіб (більше трьох), що створене з метою здійснення терористичної діяльності, у межах якого здійснено розподіл функцій, встановлено правила поведінки, обов'язкові для цих осіб під час підготовки і вчинення терористичних актів, та в якому її структурні підрозділи здійснюють терористичну діяльність з відомих керівників (керівних органів) усієї організації.

До складу так званої «ДНР» увійшли громадяни України та Російської Федерації, а також представники ряду злочинних громадських організацій, зокрема «Народне ополчення Донбасу», «Оплот», тощо. На території України учасники даної терористичної організації займаються вчиненням актів тероризму, залякуванням населення, вбивством громадян, захопленням адміністративних будівель органів державної влади і місцевого самоврядування та інших тяжких та особливо тяжких злочинів, що призводить до дестабілізації суспільно-політичної ситуації у державі.

Основною метою діяльності даної організації, її формувань є насильницька зміна і повалення конституційного ладу, захоплення державної влади в Україні, а також зміна меж території і державного кордону України шляхом створення незаконного державного утворення «ДНР», встановлення своєї терористичної псевдо влади, вчинення терористичних актів, диверсій, військового протистояння правоохоронним органам та Збройним силам України, органам державної влади, фізичне знищення їх особового складу, залякування населення, захоплення адміністративних будівель органів державної влади і місцевого самоврядування та вчинення інших тяжких і особливо тяжких злочинів, що призводить до дестабілізації суспільно-політичної ситуації у державі.

Вказана терористична організація є стійкою, має чітку ієрархію та структуру, яка складається з політичного та силового блоків, а також розподіл ролей між її учасниками.

Так, на учасників політичного блоку покладаються наступні обов'язки:

- створення так званих органів державної влади «ДНР» та організація їх діяльності;
- видача нормативно-правових актів від імені нелегітимних органів державної влади «ДНР»;
- організація та проведення незаконного референдуму на території Донецької області про визнання суверенітету незаконного державного утворення «ДНР»;
- проведення агітаційної роботи серед населення щодо діяльності терористичної організації «ДНР» з метою схилення їх до участі у вказаній терористичній організації та отримання підтримки власної діяльності серед мешканців східних регіонів України;
- організація збору, отримання матеріальної і фінансової допомоги від інших учасників терористичної організації та осіб, лояльно настроєних до їх діяльності, а також її розподілу;
- налагодження взаємодії з іншими незаконними державними утвореннями «Луганська народна республіка» та їх лідерами з метою координації дій, направлених на повалення конституційного ладу та захоплення державної влади в Україні, а також дій, направлених на зміну меж території та державного кордону України на порушення порядку, встановленого [Конституцією України](#);
- налагодження взаємодії з прихильниками злочинної діяльності, що перебувають за кордоном з метою координації дій, отримання матеріальної і гуманітарної допомоги та озброєння, а також залучення іноземних громадян для протидії правоохоронним органам та Збройним силам України;
- налагодження взаємодії з місцевими та закордонними засобами масової інформації з метою їх використання для агітацій, висвітлення діяльності «ДНР», дискредитації діяльності органів державної влади України та осіб, задіяних у ході проведення антитерористичної операції та формування думки серед населення про законність власних дій, а також вчинення за їх допомогою закликів до повалення конституційного ладу і захоплення державної влади в Україні та дій, направлених на зміну меж території та державного кордону України на порушення порядку, встановленого [Конституцією України](#);
- надання матеріальної та організаційної допомоги учасникам бойового блоку «ДНР» організації для забезпечення їх протиправної діяльності;

- забезпечення учасників «ДНР» транспортом, символікою та агітаційними матеріалами.

На учасників силового блоку покладались наступні обов`язки:

- організація та ведення збройного опору, незаконної протидії та перешкоджання виконанню службових обов`язків співробітниками правоохоронних органів і військовослужбовцями Збройних Сил України, задіяними у проведенні антитерористичної операції;
- з метою опору представникам державної влади та унеможливлення припинення злочинної діяльності правоохоронними органами та Збройними силами України, організація у групи осіб, які є прихильниками злочинної діяльності учасників «ДНР», озброєння зазначених осіб та керівництво їхніми діями;
- вербування нових учасників до складу силового блоку та керівництво їхніми діями;
- захоплення населених пунктів, будівель, військових частин та інших об`єктів на території Донецької області;
- скоєння терактів та диверсій на території України;
- захоплення зброї, боєприпасів, вибухових речовин, військової техніки, транспортних засобів та будівництво укріплень з метою протидії діяльності осіб задіяних в ході проведення антитерористичної операції та забезпечення власної злочинної діяльності;
- викрадення осіб з метою отримання матеріальної вигоди та залякування мешканців, які підтримують діючу владу в Україні;
- силова підтримка учасників політичного блоку при проведенні незаконного референдуму на території Донецької області про визнання суверенітету незаконного державного утворення «ДНР», а також укріплення та охорона зайнятих ними будівель та споруд;
- вчинення дій, направлених на унеможливлення проведення виборів Президента України на території Донецької області;
- організація поставок зброї, боєприпасів, вибухових речовин, військової техніки та їх розподіл серед учасників терористичної організації.

На учасників так званої судової системи «ДНР» відповідно до плану спільних злочинних дій покладаються наступні обов'язки:

- створення так званих органів судової влади незаконного державного утворення «ДНР» та організація їх діяльності;
- видання так званих нормативно-правових актів від імені нелегітимних органів судової влади «ДНР»;
- здійснення судочинства не передбаченими законодавством України судовими органами так званої «ДНР».

Постановою незаконно утвореного органу «Совета министров ДНР» № 27 - 2 від 17 серпня 2014 року, з метою здійснення псевдоправосуддя на захопленій терористичною організацією території Донецької області, затверджено і введено в дію «Уголовный Кодекс ДНР», а також взято за основу для використання в своїй злочинній діяльності «Уголовно-процесуальный Кодекс Украины 1960 года», який втратив свою юридичну силу на території України, у зв'язку із вступом нового [КПК України 2012 року](#).

Постановою незаконно утвореного органу «совета министров ДНР» від 22.10.2014 видано наказ «Про судову систему» №40-2, яким затверджено тимчасове положення «додаток №1» (далі положення) про судову систему, відповідно до якого визначено структуру та повноваження судів терористичної організації, та згідно зі ст.ст.19, 24 цього положення передбачено посаду голови верховного суду організації та визначено його повноваження.

Зазначені незаконні нормативно-правові акти, видані представниками терористичної організації «ДНР», якими у своїй діяльності керуються прокурори та судді, що незаконно діють на території терористичної організації «ДНР» та підтримують її діяльність, приймалися всупереч діючого законодавства України є протиправними та такими, що суперечать основоположним [принципам Конституції України](#) та іншим законодавчим актам України.

В свою чергу, обвинувачений, будучи громадянином Російської Федерації, маючи вищу юридичну освіту, розуміючи, що вищевказані нормативні документи є незаконними, оскільки явно прийняті всупереч [Конституції України](#) та діючому законодавству України, після захоплення м. Донецька Донецької області членами незаконної терористичної організації «ДНР», розуміючи протиправний характер своїх дій, приблизно у вересні 2014 року обійняв посаду «голови верховного суду».

Під час виконання своїх обов'язків, покладених на нього представниками терористичної організації «ДНР», всупереч [Конституції України](#) та діючого законодавства України, 08 квітня 2015 року обвинувачений організував та провів на тимчасово непідконтрольній українській владі території брифінг, в ході якого навів статистику судових матеріалів, що знаходяться в провадженні незаконно створених представниками терористичної організації «ДНР» судів, а також структуру її судової системи.

Також, 27 травня 2015 року обвинувачений, будучи головою незаконно створеного верховного суду «ДНР», перебуваючи на захопленій терористичною організацією «ДНР» території України, підписав незаконне розпорядження № 45/а про встановлення місць проведення верховним судом «ДНР» судових засідань.

Крім того, 14 серпня 2015 року ОСОБА_1, за участю представників незаконно створеного органу верховного суду «ДНР» та генеральної прокуратури «ДНР», провів пленум верховного суду «ДНР», де навів статистику про кількість розглянутих та тих, що знаходяться в провадженні судових матеріалів за перше півріччя 2015 року.

Перебуваючи на посаді голови незаконно створеного органу обвинувачений протягом травня 2015 року організував роботу підпорядкованих йому працівників псевдо судової системи, а також координував роботу її псевдо правоохоронних органів.

При цьому, ОСОБА_1, будучи обізнаним у тому, що на території Донецької області діє терористична організація «ДНР», основною метою діяльності якої є насильницька зміна, повалення конституційного ладу, захоплення державної влади в Україні, зміна меж території і державного кордону України та створення нелегітимного державного утворення «ДНР», організаційно сприяв діяльності терористичної організації, діючи на посаді голови верховного суду «ДНР».

Таким чином, за змістом обвинувального акту, ОСОБА_1 своїми умисними діями організаційно сприяв діяльності терористичної організації, чим вчинив кримінальне правопорушення, передбачене ч. 1 [ст. 258-3 КК України](#).

Вироком Селидівського міського суду Донецької області від 12 червня 2017 року ОСОБА_1, визнано невинуватим та виправдано у зв'язку з недоведеністю стороною обвинувачення вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 [ст. 258-3 КК України](#), в якому обвинувачується особа.

Обґрунтовуючи висновок про недоведеність обвинувачення за ч. 1 [ст. 258-3 КК України](#), пред'явленого ОСОБА_1, суд першої інстанції послався на те, що органом досудового розслідування не надано жодного доказу на підтвердження обставин зазначених в обвинувальному акті, не надано доказів існування самої терористичної організації, не зазначено час вчинення злочину, мотив та мету вчинення злочину, момент виникнення умислу на його вчинення. Обвинувальний акт містить формулювання обвинувачення, яке не відповідає кваліфікації інкримінованого злочину.

Крім того, суд першої інстанції визнав недопустимими докази, якими орган досудового розслідування обґрунтовує обвинувачення, оскільки вони отримані з порушенням порядку, встановленому [КПК України](#).

Зокрема, судом визнано недопустимим протокол за результатами проведення негласної слідчої (розшукової) дії (далі - НСРД) від 28.07.2015 року у зв'язку з тим, що відповідно до [ст. 257 КПК України](#) результати НСРД можуть бути використані в іншому кримінальному провадженні тільки на підставі ухвали слідчого судді. Суду надано ухвалу якої дозволено використання НСРД з КП №12015050000000212 в кримінальному провадженні №22015050000000039. Проте в суді розглядається кримінальне провадження №42015050000000629 від 09.11.2015 року, і ухвали слідчого судді на дозвіл використання НСРД в цьому провадженні не надано. Крім того відповідно до [ст. 263 КПК України](#) така НСРД проводиться на підставі ухвали слідчого судді. Але суду не надано ухвали слідчого судді про дозвіл на проведення НСРД в кримінальному провадженні №12015050000000212.

Вироком від 26 квітня 2018 року Апеляційний суд Донецької області скасував вирок Селидівського міського суду Донецької області від 12 червня 2017 року та ухвалив новий вирок, яким ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, визнав винним у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 [ст. 258-3 КК України](#) та призначив покарання у виді позбавлення волі на строк 12 (дванадцяти) років без конфіскації майна.

Окрім іншого, апеляційний суд послався на те, що в матеріалах кримінального провадження міститься ухвала апеляційного суду Донецької області від 08.09.2015 року про надання дозволу на використання матеріалів НСРД, отриманих в ході досудового розслідування кримінального провадження № 12015050000000212 у кримінальному провадженні № 2201550000000039, із якого і виділено кримінальне провадження № 42015050000000629 разом із всіма матеріалами НСРД. Відтак, апеляційний суд визнав відповідні докази допустимими.

Вимоги касаційної скарги і доводи особи, яка її подала

У касаційній скарзі захисник засудженого ОСОБА_1 - Пивовар В. П. просить вирок апеляційного суду скасувати і призначити новий розгляд в суді апеляційної інстанції, у зв'язку з істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону.

В обґрунтування наведеного зазначає, що в порушення вимог [ст. 257 КПК України](#) прокурор не отримав дозвіл суду апеляційної інстанції на використання матеріалів НСРД в кримінальному провадженні № 4201505000000629 від 09 листопада 2015 року, тому докази отримані з порушенням вказаного порядку повинні бути визнані судом апеляційної інстанції недопустимими та не братися до уваги при ухваленні судового рішення.

Також вказує на порушення вимог [ст. 290 КПК України](#), оскільки в судовому засіданні як в суді першої інстанції, так і в апеляційному провадженні стороною обвинувачення не представлена ухвала слідчого судді (суду) про надання дозволу на проведення негласних слідчих (розшукових) дій в рамках досудового розслідування кримінального провадження № 1201505000000212.

Зазначеного процесуального документу не містилося й серед тих матеріалів провадження, які досліджували суди в умовах гласного, публічного і змагального судового розгляду, хоча вони фактично були у розпорядженні сторони обвинувачення на момент звернення до суду з обвинувальним актом й не були відкриті стороні захисту (постанова ВСУ від 12 жовтня 2017 року у справі № 5-237 кс (15) 17).

Вказує, що вирок суду апеляційної інстанції не містить жодного посилання на спростування чи підтвердження інформації, зазначеної у вирокі місцевого суду, (зокрема, що показання, які зафіксовані на відео і аудіозаписах надавалися невстановленій особі, у непередбачений законом спосіб, без дотримання належної правової процедури й за відсутності захисника та те, що особа, яка є на відео і її голос чуто на аудіо, не ідентифікована), а також визнання цих відео та аудіозаписів належними й допустимими доказами.

Крім того зазначає, що порушено вимоги п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав та основоположних свобод в контексті того, що при апеляційному розгляді було порушено право обвинуваченого на розгляд його справи справедливо і відкрито безстороннім і незалежним судом. Так, під час апеляційного перегляду суду було відомо, що слідчим прокуратури Донецької області здійснюється досудове розслідування кримінального провадження № 4201705000000594 від 19 липня

2017 року за ознаками кримінального провадження, передбаченого ч. 1 [ст. 375 КК України](#), та перевіряється факт можливого постановлення суддями Селидівського міського суду Донецької області, вирок якого не набрав законної сили, завідомо неправосудного рішення, а саме: виправдувального вироку у кримінальному провадженні № 42015050000000629 від 09 листопада 2015 року за обвинуваченням ОСОБА_1 за ч. 1 [ст. 258-3 КК України](#). Доказом цього також наводить наявність в матеріалах кримінального провадження ухвал про самовідвід інших суддів Апеляційного суду Донецької області (а.п. 144, 147, 150, 153 т. 2).

Вказує, що прокурор, який брав участь в суді першої інстанції висловив відповідно до ч. 3 [ст. 404 КПК України](#) клопотання про дослідження в судовому засіданні письмові докази, зокрема - укази Захарченка А. №№2, 3 від 09 січня 2015 року (а.к.п.112 - 118 т. 1), протоколи огляду ресурсів мережі Інтернет від 09 вересня 2015 року (а.к.п. 119-141, т. 1). Всупереч правовій позиції Верховного суду, висловленої в постанові від 18 квітня 2018 року (справа № 826/19844/16), електронні носії з приводу дослідженої інформації з мережі Інтернет в матеріалах кримінального провадження відсутні, проте ці докази були враховані апеляційним судом під час ухвалення свого вироку.

Позиції інших учасників судового провадження

Захисник засудженого ОСОБА_1 - Пивовар В. П., який взяв участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції, касаційну скаргу підтримав і просив її задовольнити.

Прокурор заперечила проти касаційної скарги захисника, вважала висновки суду апеляційної інстанції обґрунтованими і просила вирок апеляційного суду залишити без зміни, надавши відповідні пояснення.

Інші учасники судового провадження були належним чином повідомлені про дату, час і місце касаційного розгляду, однак у судові засідання вони не з'явилися. Клопотань про особисту участь у касаційному розгляді, заперечень або повідомлень про поважність причин їх неприбуття до Суду від них не надходило.

Мотиви суду

При розгляді даного кримінального провадження Верховний Суд виходить з того, що згідно зі [ст. 438 Кримінального процесуального кодексу України](#) (далі - [КПК України](#)), до компетенції суду касаційної інстанції не відноситься перевірка обставин, зазначених у статтях [410](#) та [411 КПК України](#), щодо невідповідності висновків суду

першої інстанції фактичним обставинам кримінального провадження, які оскаржуються у касаційній скарзі захисника засудженого.

З урахуванням зазначеного суд касаційної інстанції не має процесуальної можливості надавати оцінку доводам, наведеним в касаційній скарзі в частині оцінки фактичних обставин справи та відповідних доказів, у тому числі протоколів про результати зняття інформації з електронних інформаційних систем, Інтернет-ресурсів.

Відповідно до [ст. 438 КПК України](#) предметом перегляду справи в касаційному порядку можуть бути істотне порушення вимог кримінального процесуального закону, неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність, невідповідність призначеного покарання тяжкості кримінального правопорушення та особі засудженого.

Згідно з вимогами п. 1 ч. 1 [ст. 438 КПК України](#) підставою для скасування або зміни судових рішень при розгляді справи в суді касаційної інстанції є, окрім іншого, істотне порушення вимог кримінального процесуального закону. Істотними порушеннями вимог кримінального процесуального закону є такі порушення вимог цього [Кодексу](#), які перешкодили чи могли перешкодити суду ухвалити законне та обґрунтоване судове рішення (ч. 1 [ст. 412 КПК України](#)).

У відповідності з вимогами ч. 2 [ст. 433 КПК України](#), суд касаційної інстанції переглядає судові рішення судів першої та апеляційної інстанцій у межах касаційної скарги.

Одним із доводів касаційної скарги є посилення захисника на порушення вимог [ст. 290 КПК України](#), оскільки в судовому засіданні як в суді першої інстанції, так і в апеляційному провадженні стороною обвинувачення не представлена ухвала слідчого судді (суду) про надання дозволу на проведення негласних слідчих (розшукових) дій в рамках досудового розслідування кримінального провадження № 12015050000000212.

Як слідує з матеріалів кримінального провадження, обвинувальний акт щодо ОСОБА_1 було складено 16.08.2016, а отриманий судом він був 26.08.2016, тобто до того, як Верховний Суд України (далі - ВСУ) вперше у своїй постанові від 16 березня 2017 року у справі № 5-364кс16 сформулював висновок щодо необхідності визнання недопустимими доказів у зв'язку з невідкриттям у порядку [ст. 290 КПК України](#) процесуальних документів, які стали підставою для їх отримання. У

подальшому цей висновок було розвинуто в постанові ВСУ від 12 жовтня 2017 року у справі № 5-237кс(15)17.

Верховний Суд відзначає, що в кримінальному провадженні, яке розглядається, сторона захисту в суді першої інстанції не оспорювала допустимість результатів НСРД, у тому числі у зв'язку з їх невідкриттям відповідно до [ст. 290 КПК](#), а також не ставила питання про перевірку процесуальних підстав отримання відповідних доказів стороною обвинувачення.

Разом із тим, місцевий суд у вирокі від 12 червня 2017 року визнав протокол за результатами НСРД недопустимим у зв'язку з порушенням вимог [ст. 257 КПК України](#) щодо можливості використання результатів НСРД в іншому кримінальному провадженні тільки на підставі ухвали слідчого судді. Крім того, суд першої інстанції послався на відсутність у матеріалах провадження всупереч положенням [ст. 263 КПК України](#) ухвали слідчого судді про дозвіл на проведення НСРД в кримінальному провадженні №12015050000000212. Питання щодо можливості застосування в даному випадку положень [ст. 290 КПК України](#) у вирокі суду першої інстанції не піднімалося.

Суд апеляційної інстанції, скасовуючи вирок суду першої інстанції та спростовуючи його висновки, зазначив, що в матеріалах кримінального провадження міститься ухвала апеляційного суду Донецької області від 08.09.2015 року про надання дозволу на використання в кримінальному провадженні № 2201550000000039 матеріалів НСРД, отриманих у провадження № 12015050000000212. У подальшому частина матеріалів провадження № 2201550000000039 була виділена в провадження № 42015050000000629, а тому використання в останньому провадженні результатів НСРД, які до цього вже були передані в провадження № 2201550000000039 на підставі ухвали слідчого судді, не потребувало окремого дозволу.

При цьому в судовому засіданні в суді апеляційної інстанції сторона захисту також не ставила питання про порушення вимог [ст. 290 КПК України](#), а лише погодилася з висновком суду першої інстанції.

Уперше про порушення вимог [ст. 290 КПК України](#) і необхідність визнання результатів НСРД недопустимими на цій підставі захисник поставив питання у своїй касаційній скарзі.

Розглянувши доводи касаційної скарги захисника в цій частині, колегія суддів вважає за необхідне відступити від висновку Великої Палати Верховного Суду (далі

- ВП ВС), викладеному в п. 63 постанови від 16 січня 2019 року (справа № 751/7557/15-к), та уточнити висновок, викладений в постанові ВП ВС від 16 жовтня 2019 року (справа № 640/6847/15-к).

Так, у п. 63 постанови ВП ВС від 16 січня 2019 року міститься категоричний висновок, що 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*.

Цей висновок по суті ґрунтується на попередніх висновках ВСУ, що містяться в постановях від 16 березня 2017 року (справа № 5-364кс16) та від 12 жовтня 2017 року (справа № 5-237кс(15)17).

У подальшому ВП ВС уточнила свою позицію щодо тлумачення [ст. 290 КПК України](#) в постанові від 16 жовтня 2019 року, посилаючись на те, що загальні висновки, викладені раніше судами України вищих інстанцій, не охопили повною мірою всіх випадків, які можуть виникати у практиці правозастосування, і проблема загалом не вирішена.

Натомість, колегія суддів вважає, що і остання постанова не вирішила всіх питань, які виникають у судовій практиці в аспекті питання, що розглядається.

Перш за все, колегія суддів вважає за необхідне наголосити, що вона погоджується з більшою частиною аргументів, наведених у згаданих вище постановях ВСУ та ВП ВС.

По-перше, на переконання колегії суддів, необхідність відкриття процесуальних документів, які стали підставою для проведення НСРД, дійсно є важливою умовою забезпечення рівності сторін у судовому процесі, оскільки сторона захисту вправі мати інформацію про всі елементи процесуального порядку отримання стороною обвинувачення доказів, які остання має намір використати проти неї в суді. Інакше це може суттєво обмежити можливості щодо ефективного захисту, поставивши у такий спосіб сторону захисту в явно невігідні умови.

По-друге, колегія суддів безумовно погоджується з твердженнями ВСУ та ВП ВС стосовно того, що відкриття цих матеріалів до початку судового розгляду за загальним правилом є вкрай важливим, оскільки це може вплинути на вибір найкращої тактики захисту. У цілому сторона захисту не повинна ставитися в умови, коли від неї приховуються певні важливі докази чи документи, у зв'язку з чим вона не може належним чином підготуватися до захисту.

Однак на переконання колегії суддів, вищенаведене, тим не менше, не дозволяє зробити категоричний висновок, що невідкриття процесуальних документів, які були підставою для проведення НСРД, саме на стадії закінчення досудового розслідування, слід вважати автоматичною підставою для визнання результатів НСРД недопустимими доказами.

Такого ж висновку фактично дійшла ВП ВС у постанові від 16 жовтня 2019 року. Однак при цьому ВП ВС зазначила лише про одне виключення з указанного правила, поставивши вирішення цього питання в залежність від того, чи вживала сторона обвинувачення належні заходи для розсекречування відповідних документів на стадії досудового розслідування. На думку колегії суддів, такий підхід не повною мірою враховує інший важливий аспект, який має значення в змагальному процесі - поведінку сторони захисту.

Позиція колегії суддів у даному питанні ґрунтується на наступних аргументах.

I. Відповідно до [ст. 2 КПК України](#) завданнями кримінального провадження є: 1) захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень; 2) охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження; 3) забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура.

Указані завдання кримінального провадження вимагають пошуку розумного балансу між необхідністю захистити особу, суспільство і державу від кримінальних правопорушень шляхом забезпечення дієвості кримінальної юстиції та притягнення винних осіб до кримінальної відповідальності, з одного боку, та потребами забезпечення прав підозрюваного, обвинуваченого в кримінальному провадженні - з іншого. Порушення цього балансу може мати наслідком у крайніх проявах або тотальне нехтування правами людини з боку правоохоронних органів і судів,

внаслідок чого кримінальна юстиція може перетворитися на каральний, репресивний механізм, який порушуватиме фундаментальні засади демократичного суспільства і буде небезпечним не тільки для злочинців, але й невинуватих осіб, або навпаки - створення таких надмірних формальних перешкод для діяльності правоохоронних органів, які практично унеможливають їх ефективну роботу, що призведе до недовісти правоохоронної функції держави в цілому та до значного підвищення рівня злочинності, що так само є небезпечним як для всього суспільства, так і для прав і свобод кожної окремої людини.

Пошук цього балансу, серед іншого, ґрунтується на такій засаді кримінального провадження, як змагальність сторін та свобода в поданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості.

Зміст цієї загальної засади кримінального провадження розкрито в [ст. 22 КПК України](#), відповідно до якої кримінальне провадження здійснюється на основі змагальності, що передбачає самостійне обстоювання стороною обвинувачення і стороною захисту їхніх правових позицій, прав, свобод і законних інтересів засобами, передбаченими [КПК України](#). Сторони кримінального провадження мають рівні права на збирання та подання до суду речей, документів, інших доказів, клопотань, скарг, а також на реалізацію інших процесуальних прав, передбачених [КПК України](#). Під час кримінального провадження функції державного обвинувачення, захисту та судового розгляду не можуть покладатися на один і той самий орган чи службову особу. Суд, зберігаючи об'єктивність та неупередженість, створює необхідні умови для реалізації сторонами їхніх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків.

Як показує практика, в умовах змагальності процесу в багатьох випадках досить складно передбачити наперед напрямок розвитку подій під час судового розгляду, оскільки сторона захисту може вільно обирати свою тактику від повного визнання вини до повного її заперечення, вона може визнати певні фактичні обставини або навпаки висловити несподівані аргументи, які потребуватимуть перевірки, вона також може заперечувати допустимість чи достовірність одного, кількох або всіх доказів або навпаки не бачити в цьому сенсу тощо.

Саме така непередбачуваність змагального процесу потребує пошуку судом відповідного балансу конкуруючих інтересів держави, потерпілого, обвинуваченого та інших осіб у кожному конкретному випадку для того, щоб забезпечити справедливість процесу в цілому. Це також вимагає застосування такого підходу до тлумачення норм процесуального права, які мають відомий рівень абстрактності,

щоб це не створило, ані не виправданих переваг однієї зі сторін процесу, ані не виправданих формальних перепон для реалізації сторонами своїх прав і обов'язків. Як зазначив *mutatis mutandis* (з урахуванням відмінностей щодо обставин) Європейський суд з прав людини (далі - ЄСПЛ) «при застосуванні процедурних правил, національні суди повинні уникати як надмірного формалізму, який буде впливати на справедливість процедури, так і зайвої гнучкості, яка призведе до нівелювання процедурних вимог, встановлених законом» (див. рішення від 26.07.2007 у справі «*Walchli v. France*», заява №. 35787/03, § 29).

В аспекті питання, що розглядається, можливі дві крайності в тлумаченні та застосуванні положень [ст. 290 КПК України](#), які, на переконання колегії суддів, є однаково неприйнятними.

Перша з них полягає в не виправданому обмеженні можливостей сторони захисту щодо ознайомлення з процесуальними документами, які були підставою для проведення НСРД, адже це створює істотні складнощі для забезпечення ефективного захисту обвинуваченого, який буде нездатний висловити свої аргументовані заперечення щодо допустимості відповідних доказів. Це ставить сторону захисту в явно не вигідне положення в порівнянні зі стороною обвинувачення, що є порушенням принципу рівності сторін.

Друга крайність полягає в тому, що надмірно категоричний висновок про неможливість використання судом під час судового розгляду вказаних документів, якщо вони не були відкриті стороною обвинувачення до завершення досудового розслідування, фактично створює не виправдану формальну перешкоду для сторони обвинувачення в обстоюванні своєї правової позиції (ст. 22, ч. 3 ст. 89 КПК України) у відповідь на висловлене в судовому засіданні заперечення сторони захисту щодо недопустимості результатів НСРД і виконанні обов'язку сторони обвинувачення щодо доказування належності та допустимості доказів (ч. 2 ст. 92 КПК України). Такий підхід ставить у явно не вигідне положення сторону обвинувачення, що так само не узгоджується з принципом рівності сторін.

На сьогодні практика розгляду відповідних питань судом касаційної інстанції свідчить, що в багатьох кримінальних провадженнях сторона захисту не демонструвала наміру отримати та ознайомитися з відповідними процесуальними документами ані під час досудового розслідування, ані під час судового розгляду, проте посилалася на невідкриття цих документів виключно як на формальну підставу для визнання результатів НСРД недопустимими доказами. У провадженнях, які надійшли до суду до того, як ВСУ в 2017 році вперше

сформулював свій висновок щодо тлумачення [ст. 290 КПК України](#), сторона захисту нерідко взагалі не заперечувала в суді першої інстанції допустимості результатів НСРД, але в подальшому (коли стало відомо про указаний висновок ВСУ) заявляла про це в судах апеляційної та/або касаційної інстанцій, як про істотне порушення судом першої інстанції вимог кримінального процесуального закону, що полягає у використанні недопустимого доказу. У таких випадках скасування судових рішень, у тому числі з призначенням нового судового розгляду в суді першої інстанції, не дозволяє виправити вказаний недолік, адже за змістом висновків ВСУ та ВП ВС відкриття названих матеріалів має відбутися не просто перед початком судового розгляду (коли сторона захисту ще має можливість і час підготуватися до захисту), а виключно на стадії завершення досудового розслідування.

II. Загальні принципи щодо застосування положень [ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод](#) (далі - Конвенція) в аспекті відкриття доказів викладені ЄСПЛ у справах *«Джаспер проти Сполученого Королівства»* (*Jasper v. the United Kingdom*, рішення від 16 лютого 2000 року, заява № 27052/95), *«Мірілашвілі проти Росії»* (*Mirilashvili v. Russia*, рішення від 11 грудня 2008 року, заява № 6293/04), *«Леас проти Естонії»* (*Leas v. Estonia*, рішення від 6 березня 2012 року, заява № 59577/08), *«Матанович проти Хорватії»* (*Matanovic v. Croatia*, рішення від 4 квітня 2017 року, заява № 2742/12), *«Якуба проти України»* (*Yakuba v. Ukraine*, рішення від 12 Лютого 2019 року) та інших.

Так у справі *«Якуба проти України»* ЄСПЛ зазначив:

«43. Як правило, пункт 1 статті 6 вимагає, щоб органи прокуратури розкрили стороні захисту будь-які суттєві докази, що їм відомі, за або проти обвинуваченого (див. *Роу та Девіс проти Сполученого Королівства* [ВП], № 28901/95, п.60, ECHR2000-II). Суд зазначає, що питання доступу до доказів може виникнути в контексті статті 6, у разі, якщо оскаржувані докази стосуються заявника, зокрема, якщо вони суттєво вплинули на обвинувачення, які було висунуто проти нього. Це стосується випадків, коли докази використовувались та були покладені в основу встановлення винуватості заявника або в них містилися такі відомості, які могли б дозволити заявникові виправдати себе або за його зверненням зменшити обсяг обвинувачення, висунутого проти нього. Слід також зазначити, що такими доказами у наведеному контексті є не лише докази, які безпосередньо пов'язані з фактами справи, але й інші докази, які можуть стосуватися допустимості, достовірності та повноти перших (див. *Матанович проти Хорватії*, № 2742/12, п.161, від 4 квітня 2017 року із подальшими посиланнями).

44. Однак право на розкриття відповідних доказів не є абсолютним правом. У будь-якому кримінальному провадженні можуть виникати конкуруючі інтереси, наприклад, національна безпека або необхідність захищати свідків, що піддаються ризику репресій, або зберігати таємні поліцейські методи розслідування злочинів, які повинні бути урівноважені з правами обвинувачених. У деяких випадках може бути необхідним отримання певних доказів від сторони захисту, щоб зберегти основні права іншої особи або захистити важливий суспільний інтерес. Проте лише такі заходи, які обмежують право на захисті є суворо необхідними, є також припустимими згідно з пунктом 1 статті 6. Крім того, для того, щоб гарантувати обвинуваченому справедливий судовий розгляд, будь-які труднощі, які викликають обмеження прав захисту, повинні бути належним чином компенсовані процедурами, яких дотримуються судові органи (*див. «Роу та Девіс проти Сполученого Королівства» як зазначено вище, п. 61*).

45. У випадках, коли докази приховано від захисту на підставі публічного інтересу, це не завдання Європейського суду вирішувати, чи було таке нерозголошення гостро необхідним, оскільки, як правило, національним судам необхідно оцінювати докази, що надходять до них. Натомість, завдання Європейського суду полягає у тому, щоб переконатися, чи застосована процедура прийняття рішень у кожному конкретному випадку, наскільки це можливо, відповідає вимогам змагальності та рівності сторін, включаючи належні гарантії захисту інтересів обвинуваченого (там само, п. 62).

46. Зокрема, пунктом 3 (b) статті 6 гарантовано обвинуваченому «достатній час і можливість для підготовки свого захисту», а отже, означає, що реальна діяльність щодо захисту з його боку може включати все, що є "необхідним" для підготовки до основного судового розгляду справи. Обвинувачений повинен мати можливість організувати свій захист належним чином і без обмежень щодо можливості викласти всі належні захисту аргументи у суді першої інстанції і таким чином вплинути на результат судового розгляду. Крім того, засоби, якими повинен користуватись кожен, кого звинувачено у вчиненні кримінального злочину, включають можливість ознайомитись з результатами розслідувань, проведених протягом провадження, з метою підготовки судового захисту (*див. Леас проти Естонії*; № 59577/08, п.80, від 6 березня 2012 року, із наступними посиланнями)...

У справі *«Матанович проти Хорватії»* ЄСПЛ також наголосив:

«157. Відмова розкрити захисту матеріали, які містять такі подробиці, які могли б дозволити обвинуваченому звільнити його або її, або помякшити вирок, складатиме

відмову в можливостях, необхідних для підготовки захисту, і тому складатиме порушення права, гарантованого статтею 6 Конвенції (див. *C.G.P. проти Нідерландів* (ріш.), № 29835/96, 15 січня 1997 року). Проте від обвинуваченого можливо очікувати наведення певних аргументів у своєму клопотанні (див. *Бенденун проти Франції*, 24 лютого 1994 року, § 52, Серія А, № 284) і національні суди вправі перевірити обґрунтованість цих аргументів (див. *C.G.P.*, наведена вище, *Натунен*, наведена вище, § 43, *Джанатуйнен проти Фінляндії*, № 28552/05, § 45, 8 грудня 2009 року; і *Леас*, наведена вище, § 81).

158. Проте, у будь-якому випадку, у системах, в яких органи прокуратури зобов'язані відповідно до закону враховувати факти на користь і проти підозрюваного - процедура, відповідно до якої органи прокуратури самостійно намагаються оцінити, що може мати або не матиме значення для справи, без будь-яких наступних процесуальних гарантій прав захисту, не може відповідати вимогам статті 6 § 1 (див. *Натунен*, наведена вище, §§ 47-49).

159. Наприкінці, Суд повторює, що право на справедливий суд також передбачає право доступу до матеріалів справи. Суд вже визнав, що необмежений доступ до матеріалів справи та необмежене використання будь-яких записів, у тому числі, якщо це необхідно, можливість отримання копій відповідних документів є важливими гарантіями справедливого судового розгляду. Відмова надати такий доступ вплинула на оцінку Судому при прийнятті рішення про порушення принципу рівності сторін (дивіться *Берару*, наведена вище, § 70). У цьому контексті важливе значення надається виступам в суді, а також підвищеній чутливості до справедливого здійснення правосуддя. Повага до прав на захист вимагає, щоб обмеження доступу обвинувачуваного або його адвоката до суду не перешкоджало тому, щоб докази були доступні обвинуваченому до судового розгляду і обвинувачений отримав можливість прокоментувати їх за допомогою його адвоката в усних заявах (див. *Оджалан проти Туреччини* [ВП], №. 46221/99, § 140, ЄСПЛ 2005-IV)».

Отже, у справі «*Джаспер проти Сполученого Королівства*» ЄСПЛ не знайшов порушення ст. 6 Конвенції в ситуації, коли частина секретних доказів не була відкрита стороні захисту. При цьому Суд виходив з того, що попри нерозкриття доказів стороні захисту, національному судді було відомо як зміст цих секретних доказів, так і характер справи заявника, і, таким чином, він на основі існуючих законодавчих процедур і відповідно до чітких роз'яснень з цього питання апеляційного суду ретельно розглянув указане питання, зіставивши зацікавленість заявника в розкритті доказів з громадським інтересом в їх збереженні в секреті.

На відміну від цього, у справі *«Мірілашвілі проти Росії»* ЄСПЛ встановив порушення ст. 6 Конвенції у зв'язку з невідкриттям стороні захисту матеріалів, пов'язаних з наданням дозволу на прослуховування телефонних розмов, оскільки це рішення ґрунтувалося виключно на формальному твердженні, що вони пов'язані з оперативно-розшуковою діяльністю (при цьому суддя ознайомився з цими матеріалами без участі сторін). ЄСПЛ зауважив, що в протигагу англійським суддям, російський суд не проаналізував, чи можуть ці матеріали бути яким небудь чином корисні для цілей захисту, і чи зможе їх розкриття, хоча б потенційно, завдати шкоди якомусь певному суспільному інтересу. Отже, рішення суду було засновано на типі матеріалів (матеріали, що відносяться до оперативно-розшукової діяльності), а не на аналізі їх змісту.

У справі *«Леас проти Естонії»* порушення ст. 6 Конвенції було встановлено через те, що всупереч рішенням двох судів, які задовольнили аргументоване клопотання заявника про доступ до матеріалів спостереження, поліція зрештою надала йому доступ не до всіх матеріалів, а лише до тих, які були відібрані стороною обвинувачення і долучені до матеріалів справи, що позбавило сторону захисту можливості зробити власний відбір матеріалів, які вона вважала за необхідне продемонструвати суду. Попри те, що суд ознайомився зі змістом всіх матеріалів, стороні захисту про це не було відомо під час судового розгляду, а сам суд не навів чітких підстав того, чому була прийнятною відмова заявникові в доступі до невідкритої інформації у матеріалах спостереження.

У справі *«Матанович проти Хорватії»* скарга щодо невідкриття матеріалів стороні захисту стосувалася трьох окремих груп матеріалів.

Так, ЄСПЛ не встановив порушення щодо першої групи матеріалів, а саме матеріалів спостереження, якими було обґрунтовано засудження заявника. Заявник скаржився, що незважаючи на неодноразові спроби, захист був позбавлений можливості отримання копії записів, а отримав лише стенограми цих записів. При цьому за національним законодавством стенограми не були доказом, а лише інструментом технічної допомоги сторонам і що єдиним доказом у провадженні, яким відповідні факти можуть встановлені для засудження особи, були секретні записи спостереження. Однак ЄСПЛ при цьому виходив з того, що стенограми були доступні для захисту під час ознайомлення з обвинувальним актом, а самі записи були відтворені в суді і заявник мав достатні можливості, щоб порівняти їх зі змістом стенограм. З урахуванням зауважень сторони захисту щодо неточностей у цих стенограмах судом першої інстанції були отримані додаткові стенограми, які були доступні для захисту свого часу після їх виготовлення. Тому ЄСПЛ зробив висновок,

що (див пункти 39, 48 52 і 57 вище). Тому, ЄСПЛ за цих обставин не знайшов підстав зробити висновок про те, що заявник був позбавлений можливості адекватно підготувати свій захист у зв'язку з цими доказами.

Не було встановлено порушення ст. 6 Конвенції і щодо другої групи матеріалів - 194 CD та чотирьох записів на DVD про таємне спостереження за заявником та іншим обвинуваченим, які були включені до матеріалів справи, але не були використані для засудження заявника. Як зауважив ЄСПЛ, відповідно до його прецедентної практики, можна очікувати, що обвинувачений наведе конкретні підстави у своєму клопотанні про розкриття такого матеріалу, а національні органи влади мають право перевірити обґрунтованість цих підстав. Оскільки заявник мав доступ до звітів про свої розмови з третіми особами, підготовленими в ході застосування заходів таємного спостереження, це надало можливість заявникові звернутися до суду першої інстанції з проханням визнати їх доказами та дослідити ці частини записів як докази. Заявник не навів будь-якого конкретного аргументу, який би вказував, що невідкриття цих записів вплинуло на справедливість процесу.

Водночас ЄСПЛ встановив порушення ст. 6 Конвенції у зв'язку з невідкриттям стороні захисту третьої категорії матеріалів - 98 записів на CD, що стосувалися інших осіб, які не стали в подальшому обвинуваченими в кримінальному провадженні. ЄСПЛ зауважив, що вони були отримані шляхом таємного спостереження в контексті більш масштабного розслідування, проведеного у тій самій справі, проте, на відміну від другої категорії доказів, суд першої інстанції відмовив стороні захисту у доступі до будь-якої інформації про ці записи на тій підставі, що вони стосувалися приватного життя інших осіб, і ці записи повинні бути знищені згідно з відповідним національним законодавством. У той же час не було запроваджено жодної процедури, яка б дозволила компетентному суду, за зверненням заявника, оцінити їх відношення до справи, зокрема, чи містять вони такі дані, які могли б дозволити заявнику виправдати себе чи зменшив обсяг обвинувачення, або вони стосувалися допустимості, достовірності та повноти доказів, поданих під час провадження. Отже, не можна звинувачувати заявника в тому, що він не подав конкретного клопотання про доступ до цієї конкретної частини записів. Таким чином, сторона захисту була усунута від можливості брати участь у прийнятті рішення щодо відбору та відкриття тих чи інших матеріалів, які можуть мати значення для кримінального провадження, що порушило принцип рівності сторін у процесі.

У справі *«Якуба проти України»* факт сбуту заявником наркотичних засобів таємному агенту міліції був зафіксований на відео прихованою камерою. Під час досудового слідства слідчий міліції в присутності двох понятих провів перегляд

відеозапису і зазначав у протоколі слідчої дії, що за результатами перегляду встановлено збут наркотичних засобів заявником особою П. Адвокат заявника заявив клопотання щодо перегляду відеозапису, проте йому було відмовлено на тій підставі, що особа П. підлягала особливому захисту, тоді як перегляд відеозапису міг призвести до розкриття його особистості, що могло загрожувати його життю і здоров'ю. Цей протокол слідчої дії без відеозапису був долучений до справи, яка була направлена в суд. Під час судового розгляду кримінальної справи заявник звернувся до суду із клопотанням про надання стороні захисту доступу до відеозапису, але це клопотання було відхилено судом без наведення відповідних мотивів. У зв'язку з наведеним, ЄСПЛ дійшов висновку, що процедура була такою, що дозволяла стороні обвинувачення визначити зміст цього обвинувального матеріалу поза межами будь-якої перевірки не тільки стороною захисту, але й національними судами. Стислий виклад відео, було підготовлено слідчим, а не незалежною стороною під судовим контролем (на відміну від справи *Матановича*). Національні суди не зважали на інтереси сторони захисту, не вдаючись до очевидного вивчення питання про те, чи існує реальна потреба захистити особу П., обґрунтовували засудження заявника певною мірою на невідкритих матеріалах, із якими лише стороні обвинувачення було дозволено ознайомитися, і зміст яких органи прокуратури визначали поза межами будь-якого контролю. Це зробило провадження у справі загалом несправедливим, у зв'язку з чим було встановлено порушення вимог ст. 6 Конвенції.

Наведений загальний огляд практики ЄСПЛ, який в цілях лаконічності, не містить всіх деталей відповідних справ та аргументів Суду, дає можливість зробити деякі висновки.

За загальним правилом, потреби забезпечення рівності сторін в кримінальному провадженні вимагають, щоб наявні у сторони обвинувачення матеріали справи були відкриті стороні захисту.

Проте право на розкриття відповідних доказів не є абсолютним правом. У деяких справах, коли певні секретні матеріали не були відкриті стороні захисту, ЄСПЛ не знаходив порушення ст. 6 Конвенції, якщо таке рішення супроводжувалося чіткими процесуальними гарантіями, які забезпечували можливість сторони захисту брати участь у прийнятті відповідного рішення шляхом викладення своїх аргументів і клопотань, які суд розглядав, виходячи з необхідності пошуку балансу між конкуруючими інтересами, а рішення суду про відмову в задоволенні відповідного клопотання містило конкретні та переконливі аргументи щодо необхідності збереження таємниці.

Хоча ЄСПЛ указує на важливість відкриття стороні захисту матеріалів, у тому числі тих, які стосуються допустимості доказів, в аспекті забезпечення права обвинуваченого мати достатній час для підготовки захисту, у його прецедентному праві відсутня вимога, що таке відкриття має обов'язково відбутися саме на стадії закінчення досудового розслідування і не може мати місце на стадії судового розгляду. Навпаки, оскільки мова, як правило, йде про необхідність пошуку балансу між конкуруючими інтересами сторони захисту у доступі до певних матеріалів і держави чи інших осіб у збереженні секретності цих матеріалів, у прецедентному праві ЄСПЛ визначено, що в певних ситуаціях відкриття тих чи інших доказів чи документів може залежати від наявності аргументованого клопотання сторони захисту, яке має бути розглянуте саме судом.

Таким чином, ні текст Конвенції, ні практика ЄСПЛ не містять положень, які би вимагали тлумачити положення [ст. 290 КПК України](#) як такі, що категорично забороняють суду посилаючись на процесуальні документи, які стосуються підстав проведення НСРД і не були відкриті на стадії закінчення досудового розслідування, але в подальшому були відкриті під час судового розгляду як тільки сторона захисту заявила про це клопотання або заперечила проти допустимості відповідних доказів. Так само ні Конвенція, ні практика ЄСПЛ не вимагають за таких обставин визнавати такі докази недопустимими.

III. Частинами 1-10 [статті 290 КПК України](#) визначено порядок відкриття матеріалів іншій стороні на стадії закінчення досудового розслідування.

Зокрема, відповідно до ч. 2 цієї статті прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний надати доступ до матеріалів досудового розслідування, які є в його розпорядженні, у тому числі будь-які докази, які самі по собі або в сукупності з іншими доказами можуть бути використані для доведення невинуватості або меншого ступеня винуватості обвинуваченого, або сприяти пом'якшенню покарання.

Разом із тим, ч. 11 цієї ж статті зобов'язує сторони кримінального провадження здійснювати відкриття одне одній додаткових матеріалів, отриманих до або під час судового розгляду. При цьому вказана норма не містить жодних застережень стосовно того, що саме слід вважати «додатковими матеріалами, отриманими до або під час судового розгляду», як і не містить заборони щодо відкриття на стадії судового розгляду процесуальних документів, які доводять допустимість тих чи інших доказів, які не були долучені до матеріалів провадження під час досудового розслідування та відповідно не були відкриті під час закінчення досудового

розслідування, оскільки мали гриф секретності. Очевидно, що в межах буквального змісту цієї норми, указані процесуальні документи цілком можна вважати «додатковими матеріалами», які були отримані до або під час судового розгляду за результатами відповідної процедури зняття грифу секретності.

Відповідно до положень ч. 12 [ст. 290 КПК України](#), «якщо сторона кримінального провадження не здійснить відкриття матеріалів відповідно до положень цієї статті, суд не має права допустити відомості, що містяться в них, як докази». Буквальний зміст цієї норми говорить про неможливість допуску судом у якості доказів матеріалів, які не були відкриті «відповідно до положень цієї статті», тобто ані в порядку частин 1-10 [ст. 290 КПК України](#) під час досудового розслідування, ані в порядку ч. 11 цієї статті під час судового розгляду.

У зв'язку з цим, колегія суддів вважає неправильним розцінювати зміст цієї норми як своєрідну процесуальну санкцію, якою «карається» сторона за невідкриття матеріалів на певному етапі.

Так, ч. 12 [ст. 290 КПК України](#) встановлює звичайне процесуальне правило щодо порядку використання в судовому процесі доказів за певних обставин, яке в даному випадку забороняє суду посилатися як на докази на матеріали, які взагалі не були відкриті ані під час досудового розслідування (частини 1-10 [ст. 290 КПК України](#)), ані на стадії судового розгляду (частина 11 [ст. 290 КПК України](#)). Схоже процесуальне правило, для прикладу, міститься в ч. 4 [ст. 95 КПК України](#), відповідно до якої суд може обґрунтовувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання або отриманих у порядку, передбаченому [статтею 225 КПК України](#); суд не вправі обґрунтовувати судові рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилатися на них.

Більше того, ч. 12 [ст. 290 КПК України](#) не містить жодних виключень із правила, передбаченого ч. 11 цієї статті, яка *не просто дозволяє, а зобов'язує* сторони відкрити одне одній додаткові матеріали, отримані до або під час судового розгляду.

Враховуючи викладене, колегія суддів вважає необґрунтованим твердження ВП ВС про те, що «документи, які стали правовою підставою проведення НСРД (зокрема, не розсекречені на момент звернення до суду з обвинувальним актом), не можуть вважатися *додатковими матеріалами до результатів проведених негласних слідчих (розшукових) дій*, отриманими до або під час судового розгляду, оскільки є їх частиною» (п. 57 постанови ВП ВС від 16 січня 2019 року у справі № 751/7557/15-к). Так, ч. 11 [ст. 290 КПК України](#) жодним чином не класифікує матеріали будь-якої слідчої дії на «основні» та «додаткові», натомість за змістом цієї норми термін

«додаткові матеріали» указує лише на часові межі отримання та відкриття матеріалів - «додатковими» є ті матеріали, які були отримані та відкриті після відкриття основної частини матеріалів.

Не погоджується колегія суддів і з твердженнями, які містяться в постановках ВСУ від 16 березня 2017 року (справа № 5-364кс16) та від 12 жовтня 2017 року (справа № 5-237кс(15)17), про те, що «надання стороною обвинувачення у суді матеріалів, до яких не було надано доступ стороні захисту, і долучення їх як доказів на стадіях судового розгляду порушує право обвинуваченого на захист, оскільки змушує його захищатися від так званих нових доказів без надання достатніх можливостей і часу для їх спростування. Отже, факт ознайомлення з матеріалами справи після закінчення розслідування не є достатнім для відстоювання стороною захисту своєї позиції у кримінальному процесуальному змаганні. За таких умов, коли стороні обвинувачення відомі всі докази, а сторона захисту не володіє інформацією про них до завершення розслідування, порушується баланс інтересів у кримінальному процесі».

Як правильно вказано в постанові ВП ВС від 16 жовтня 2019 року, 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.

Беручи до уваги те, що [КПК України](#) містить чіткі положення процесуальних підстав проведення НСРД, а в протоколі про результати проведення НСРД завжди вказується, на підставі якого рішення такі дії проводилися, неможливо говорити, що для сторони захисту в цілому буде неочікуваним побачити відповідний процесуальний документ, якщо він буде відкритий не на стадії закінчення досудового розслідування, а дещо пізніше.

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

Принцип диспозитивності ([ст. 26 КПК України](#)), який відноситься до основних засад кримінального провадження, передбачає, що сторони кримінального провадження є вільними у використанні своїх прав у межах та у спосіб, передбачених [КПК України](#), а слідчий суддя, суд у кримінальному провадженні вирішують лише ті питання, що винесені на їх розгляд сторонами та віднесені до їх повноважень цим Кодексом.

У зв'язку з цим, розумно очікувати сумлінної процесуальної поведінки не тільки від сторони обвинувачення, але й від сторони захисту. Отже, якщо сторона захисту, ознайомившись із відкритими їй матеріалами досудового розслідування, виявить що в них наявний протокол про результати НСРД, але відсутні процесуальні документи, які стали підставою проведення цих дій, і вона вважатиме за необхідне ознайомитися з цими документами, цілком розумно очікувати, 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 ЄСПЛ).

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

Натомість сформульований ВСУ підхід щодо тлумачення [ст. 290 КПК України](#), на переконання колегії суддів, навпаки, на практиці невинуватно порушує баланс інтересів сторін не на користь сторони обвинувачення, адже, з одного боку, дає стороні захисту можливість не стільки заперечувати проти допустимості доказів по суті, скільки використовувати суто формальний привід для визнання недопустимим

навіть тих доказів, які були отримані цілком законно, водночас позбавляючи сторону обвинувачення можливості виконати свій процесуальний обов'язок доказування допустимості відповідного доказу.

Більше того, такий формальний підхід у деяких ситуаціях може не допомогти, а навпаки зашкодити стороні захисту. Наприклад, якщо результати НСРД міститимуть інформацію, яка свідчатиме не лише на користь обвинувачення, але й у певній частині на користь сторони захисту (скажімо, доводячи наявність провокації злочину), то невідкриття процесуальних документів щодо підстав проведення НСРД, за змістом висновків ВСУ та ВП ВС, означатиме, що суд у будь-якому разі не може посилатися на ці матеріали, не дивлячись на те, що сторона захисту не мала наміру оскаржувати допустимість цього доказу.

Наведені вище міркування дають підстави дійти висновку про необхідність часткового відступу від указаних вище висновків Великої Палати Верховного Суду та уточнення підходу щодо тлумачення і застосування [ст. 290 КПК України](#) з огляду на такі засади кримінального провадження, як верховенство права, рівність сторін, змагальність і диспозитивність.

На думку колегії суддів, висновок щодо застосування норм права має бути сформульований таким чином:

1. За загальним правилом, процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД (ухвали, постанови, клопотання) мають бути завчасно розсекречені стороною обвинувачення, долучені до матеріалів провадження разом із результатами таких дій і відкриті стороні захисту до закінчення досудового розслідування.

2. Однак, якщо такі документи не були долучені до матеріалів провадження та не були відкриті на стадії закінчення досудового розслідування з огляду на те, що гриф секретності не було знято в установленому законом порядку, сторона захисту має право під час попереднього судового засідання чи судового розгляду заявити клопотання про надання їй можливості отримати доступ до цих документів з метою перевірки допустимості відповідних доказів, або безпосередньо в судовому засіданні заявити свої заперечення щодо допустимості цих доказів. У такому разі суд повинен надати стороні обвинувачення можливість відкрити зазначені процесуальні документи й надати їх стороні захисту та суду, після чого надати стороні захисту час для ознайомлення з цими документами та для підготовки до захисту.

3. У випадку, якщо сторона обвинувачення протягом встановленого судом розумного строку не виконає свій обов'язок щодо доказування допустимості доказів і не відкриє стороні захисту відповідні процесуальні документи, суд може розглянути по суті клопотання чи заперечення сторони захисту щодо недопустимості результатів НСРД з урахуванням стандартів, сформульованих у практиці ЄСПЛ.

4. Якщо процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД, без невиправданих затримок були розсекречені до або під час судового розгляду, і сторона захисту у змагальному процесі могла довести перед судом свої аргументи щодо допустимості доказів, отриманих у результаті НСРД, в сукупності з оцінкою правової підстави для їх проведення, то суд повинен оцінити отримані докази та вирішити питання про їх допустимість.

Враховуючи наведене та керуючись ч. 4 [ст. 434-1 КПК України](#),

Верховний Суд ухвалив:

Кримінальне провадження за касаційною скаргою захисника засудженого ОСОБА_1 - Пивовара В. П. передати на розгляд Великої Палати Верховного Суду.

Ухвала суду касаційної інстанції набирає законної сили з моменту її проголошення та оскарженню не підлягає.

Судді

М. В. Мазур

Т. В. Матієк

С. В. Яковлева