

Категорія справи № 712/6585/16-к: **Кримінальні справи (з 01.01.2019); Кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг; Зловживання впливом.**

Надіслано судом: **21.12.2019**. Зареєстровано: **23.12.2019**. Оприлюднено: **24.12.2019**.

Дата набрання законної сили: **18.12.2019**

Номер судового провадження: **11-кп/821/387/19**

Номер кримінального провадження в ЄРДР: **4201625000000082**



ЧЕРКАСЬКИЙ АПЕЛЯЦІЙНИЙ СУД

Провадження № 11-кп/821/387/19 **Справа № 712/6585/16-к** Категорія: **ч.2,3 ст. 369-2 КК України** Головуючий у I інстанції **Башенко С. М.** Дповідач в апеляційній інстанції **Соломка І. А.**

УХВАЛА

ІМЕНЕМ УКРАЇНИ

18 грудня 2019 року Колегія суддів судової палати з розгляду кримінальних справ Черкаського апеляційного суду в складі:

головуючого-судді Соломки І.А., суддів Поєдинка І.А., Ятченка М.О., з участю: секретаря судового засідання прокурора Єгорової С.А., Макаренка А.І., обвинуваченого захисників ОСОБА_1 , ОСОБА_2 , ОСОБА_3 ,

розглянувши у відкритому судовому засіданні в м. Черкаси матеріали кримінального провадження № 4201625000000082 за апеляційною скаргою прокурора у кримінальному провадженні Макаренка А.І. на вирок Соснівського районного суду м. Черкаси від 05 серпня 2019 року, яким

ОСОБА_1 , ІНФОРМАЦІЯ_1 , уродженця с. Косарі Кам'янського району Черкаської області, громадянина України, з вищою освітою, працюючого начальником навчально-методичного відділу Черкаського інституту пожежної безпеки імені Героїв Чорнобиля Національного університету цивільного захисту України, одруженого, маючого на утриманні двох малолітніх дітей, зареєстрованого за адресою: АДРЕСА_1 , фактично проживаючого за адресою: АДРЕСА_2 , раніше не судимого , -

визнано невинуватим та виправдано за ч.2,3 ст. 369-2 КК України у зв'язку з відсутністю в його діях складу кримінального правопорушення.

Скасовано запобіжний захід відносно ОСОБА_1 у вигляді особистого зобов'язання.

По набуттю вироком чинності, скасовано арешт на майно ОСОБА_1 , а саме: на 1/3 частину житлового будинку, розташованого за адресою: АДРЕСА_3 та на 1/3 частину квартири, розташованої за адресою: АДРЕСА_4 , накладений ухвалою слідчого судді Придніпровського районного суду м. Черкаси від 19.11.2016.

В порядку ст. 100 КПК України вирішена доля речових доказів.

в с т а н о в и л а :

Органом досудового розслідування ОСОБА_1 обвинувачується в тому, що він, відповідно до наказу № 15 від 22.01.2015, перебуває на посаді начальника навчально-методичного відділу Черкаського інституту пожежної безпеки імені Героїв Чорнобиля Національного університету цивільного захисту України.

У відповідності до посадової інструкції начальника навчально-методичного відділу Черкаського інституту пожежної безпеки ім. Героїв Чорнобиля Національного університету цивільного захисту України, затвердженої 02.04.2014 т.в.о. проректора Національного університету - начальника Черкаського інституту пожежної безпеки ім. Героїв Чорнобиля Національного університету цивільного захисту України, начальник навчально-методичного відділу Черкаського інституту пожежної безпеки ім. Героїв Чорнобиля Національного університету цивільного захисту України, наділений наступними повноваженнями: здійснення керівництва діяльністю навчально-методичного відділу, несе відповідальність за організацію та планування навчального процесу, реалізацію навчальних планів і програм, планування роботи відділу, дотримання законодавства при проведенні навчально-виховного процесу, забезпечення дисципліни, порядку і організованості серед підлеглих, визначає ступінь їх відповідальності, проводить з ними індивідуальну виховну роботу; контролює виконання співробітниками відділу вимог наказів та документів, які поступають із вищестоящих органів, рішень та вказівок, які приймаються на оперативних нарадах при начальнику інституту, особисто начальником; особисто готує наказ про організацію навчально-виховного процесу в інституті; організовує своєчасну і якісну розробку розкладів навчальних занять, графіків показових та відкритих занять на семестр, графіків проведення консультацій науково-педагогічним складом, контрольного відвідування занять керівництвом інституту, виділення автотранспорту та спеціальної техніки для проведення практичних занять та вносить до них, у разі потреби, необхідні доповнення та зміни; у визначенні терміни контролює підведення підсумків успішності курсантів, аналізує і узагальнює стан успішності за семестр, навчальний рік, розробляє практичні заходи щодо її покращення; вирішує питання про термін перескладання незадовільних оцінок, отриманих курсантами на семестрових та річних екзаменах, вносить на розгляд вченої ради інституту пропозиції щодо надання дозволу курсантам останнього курсу навчання на перескладання екзаменів, з яких раніше ними були отримані оцінки «задовільно» або «добре», але не більше двох; організовує та проводить засідання комісії з аналізу успішності курсантів, які не встигають у навчанні за підсумками семестру, навчального року тощо; здійснює контроль за відвідуванням занять та організацією самопідготовки курсантів, вживає термінові і дієві заходи щодо усунення виявлених недоліків; бере участь в організації та проведенні вступних, семестрових, перевірних та державних екзаменів в інституті; очолює комплексні перевірки кафедр інституту; вживає заходи, які спрямовані на підвищення кваліфікації підлеглих; вивчає психологічний мікроклімат в колективі, проводить індивідуально-виховну роботу спрямовану на виявлення та попередження конфліктних ситуацій серед особового складу відділу; розробляє плани індивідуальної виховної роботи; організовує та здійснює контроль за роботою підлеглих, з своєчасним наданням, у разі необхідності, методичної допомоги, узагальнює та аналізує результати контролю, обговорює їх на нараді відділу та визначає заходи щодо усунення виявлених недоліків; вносить пропозиції щодо заохочення підлеглих і притягнення їх до дисциплінарної відповідальності.

Отже, будучи начальником навчально-методичного відділу Черкаського інституту пожежної безпеки ім. Героїв Чорнобиля Національного університету цивільного захисту України, ОСОБА_1 є особою, яка постійно обіймає в державній установі посаду, пов'язану з виконанням організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій, а тому, відповідно до п. 1 Примітки ст. 364 КК України, з моменту призначення на вказану посаду ОСОБА_1 є службовою особою.

Так, 10.03.2016, начальник навчально-методичного відділу Черкаського інституту пожежної безпеки ім. Героїв Чорнобиля Національного університету цивільного захисту України ОСОБА_1 зустрівся із начальником кафедри будівельних конструкцій Черкаського інституту пожежної безпеки ім. Героїв Чорнобиля Національного університету цивільного захисту України ОСОБА_4 в приміщенні службового кабінету № 248, який знаходиться на другому поверсі Черкаського інституту пожежної безпеки ім. Героїв Чорнобиля Національного університету цивільного захисту України, розташованого за адресою: вул. Онопрієнка, 8, м. Черкаси, Черкаської області.

У ході зустрічі ОСОБА_4 повідомив ОСОБА_1, що у низки слухачів відділення заочного навчання виникають проблеми із допуском та здачею екзаменаційної сесії, в тому числі у слухача 1-го курсу (термін навчання 1 рік 9 місяців) освітнього рівня «магістр» за спеціальністю 8.17020301 «Пожежна безпека» відділення заочного навчання Черкаського інституту пожежної безпеки ім. Героїв Чорнобиля Національного університету цивільного захисту України ОСОБА_5 зі складання іспиту з дисципліни «Економіка цивільного захисту».

В ході розмови у ОСОБА_1 виник злочинний умисел, направлений на одержання неправомірної вигоди для себе за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави. Реалізуючи свій злочинний умисел, ОСОБА_1 повідомив ОСОБА_4 про те, що він виконає дії, спрямовані на успішне складання ОСОБА_5 екзамену, лише за умови передачі йому неправомірної вигоди в сумі 1500 (одна тисяча п'ятсот) гривень. При цьому ОСОБА_1 дав зрозуміти, що без надання неправомірної вигоди ОСОБА_5 не складе екзамен, що призведе до не здачі сесії.

У подальшому 16.03.2016 о 11 годині 21 хвилині ОСОБА_1 умисно, з корисливих мотивів, з метою особистого збагачення під час зустрічі із ОСОБА_4, в приміщенні службового кабінету № 248, який знаходиться на другому поверсі Черкаського інституту пожежної безпеки ім. Героїв Чорнобиля Національного університету цивільного захисту України, розташованого за адресою: вул. Онопрієнка, 8, м. Черкаси, Черкаської області, шляхом вимагання, одержав неправомірну вигоду у розмірі 1500 (одна тисяча п'ятсот) гривень, за вплив на завідувача кафедри управління у сфері цивільного захисту (економіки та управління) Черкаського інституту пожежної безпеки ім. Героїв Чорнобиля Національного університету цивільного захисту України ОСОБА_6 на прийняття позитивного рішення на користь ОСОБА_5 за результатами складання іспиту з дисципліни «Економіка цивільного захисту».

Крім того, діючи повторно, умисно, з корисливих мотивів, з метою особистого збагачення 16.03.2016 року о 15 годині 00 хвилині ОСОБА_1 під час зустрічі із ОСОБА_4, в приміщенні службового кабінету № 248, який знаходиться на другому поверсі Черкаського інституту пожежної безпеки ім. Героїв Чорнобиля Національного університету цивільного захисту України, розташованого за адресою: вул. Онопрієнка, 8, м. Черкаси, Черкаської області, одержав від останнього неправомірну вигоду у розмірі 1500 (одна тисяча п'ятсот) гривень, за вплив на працівників Черкаського інституту пожежної безпеки ім. Героїв Чорнобиля Національного університету цивільного захисту України на прийняття позитивних рішень на користь слухача 1-го курсу (термін навчання 2 роки) освітнього рівня «бакалавр» за спеціальністю 6.170203 «Пожежна безпека» відділення заочного навчання Черкаського інституту пожежної безпеки ім. Героїв Чорнобиля Національного університету цивільного захисту України ОСОБА_7 під час здачі екзаменаційної сесії.

Вказані дії обвинуваченого ОСОБА_1 органом досудового розслідування кваліфіковані за ч.2 ст. 369-2, ч.3 ст. 369-2 КК України, як одержання неправомірної вигоди для себе за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, поєднане з вимаганням такої вигоди.

Судом першої інстанції, дотримуючись принципу презумпції невинуватості та забезпечення доведеності вини, встановленого ст. 17 КПК України, виправдано ОСОБА_1 у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч.2,3 ст. 369-2 КК України.

Виправдовуючи ОСОБА_1, суд виходив з того, що стороною обвинувачення не доведено, що в діях останнього наявний склад кримінальних правопорушень, передбачених ч.2,3 ст. 369-2 КК України.

В апеляційній скарзі прокурор у кримінальному провадженні ставить питання про скасування вироку районного суду через істотне порушення вимог кримінального процесуального законодавства, неправильне застосування закону про кримінальну відповідальність та невідповідність висновку суду, викладених у судовому рішенні, фактичним обставинам кримінального провадження та призначення нового розгляду у суді першої інстанції.

Прокурор зазначає, що суд першої інстанції допустив істотні порушення вимог КПК України, оскільки висновок про відсутність в діях ОСОБА_1 складу інкримінованих кримінальних правопорушень, передбачених ч.2,3 ст. 369-2 КПК України, побудував, не дослідивши та належним чином не перевіrivши докази, надані стороною обвинувачення. Водночас, суд, розглядаючи справу, упереджено та однобічно підійшов до доказів, на яких ґрунтується обвинувачення, і свій висновок про виправдання ОСОБА_1 побудував фактично на показаннях самого обвинуваченого та свідків захисту, не взявши до уваги та належним чином не перевіrivши докази, зібрані органом досудового слідства.

Вважає, що показання свідків ОСОБА_5, ОСОБА_8 суд виклав в спотвореному вигляді, а показання свідків ОСОБА_9, ОСОБА_10 взагалі у віроці відсутні

Крім того вказує, що звукозапис судового засідання від 02.08.2016 є неякісним та частково відсутнім, що є порушенням вимог Інструкції та КПК України. Також відсутній технічний носій інформації, на якому зафіксовано судові провадження в суді першої інстанції у трьох засіданнях від 14.04.2017, 16.11.2017 та 04.04.2019 тоді як на цей день були призначені судові засідання.

Також суд безпідставно визнав недопустимими доказами матеріали негласних слідчих (розшукових) дій, та взяв до уваги докази, а саме скріншоти електронної переписки ОСОБА_7 з ОСОБА_10, які надані стороною захисту, однак, не звернув увагу, що вони здобуті в порушення вимог ст. 31 Конституції України.

Місцевим судом у вироді зазначено про відсутність законодавчо визначеного переліку осіб, уповноважених на виконання функцій держави, в розумінні диспозиції ст. 369-2 КК України через втрату чинності Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції», однак вказані висновки апелянт вважає неспроможними.

Апелянт, посилаючись на матеріали справи, вказує на наявність як об'єкту, так і об'єктивної сторони складу інкримінованих обвинуваченому кримінальних правопорушень. Водночас, у ході проведення судового засідання, яке відбулося 30.06.2016, на запитання суду - чи визнає ОСОБА_1 вину у вчиненні кримінальних правопорушень, останній повідомив, що визнає вину частково, однак судом не з'ясовано в якій частині обвинувачений вину визнає, а в якій не визнає. Незважаючи на це, судом вказано у вироді, що ОСОБА_1 вину не визнає.

Місцевим судом допущено суперечності між мотивувальною частиною вироду, у якій зазначено про необхідність виправдання через недоведеність вини, та резолютивною частиною, відповідно до якої ОСОБА_1 визнано невинуватим за відсутністю в його діях складу злочину, що відповідно до положень ч.1 ст. 373 КПК України є зовсім різними підставами. Окрім цього, мотивуючи рішення суду, указав на наявність нібито у діях працівників правоохоронних органів провокації (підбурювання) ОСОБА_1 до отримання неправомірної вигоди. Вказані твердження взагалі ніякими конкретними доказами судом не обґрунтовано, та суперечать іншим висновкам суду про відсутність доказів щодо прийняття пропозиції чи одержання ОСОБА_1 неправомірної вигоди.

Обвинувачений ОСОБА_1 та його захисник подали заперечення на апеляційну скаргу в якому зазначають, що твердження прокурора у поданій апеляції є упередженими безпідставними та надуманими і не ґрунтуються на матеріалах судового розгляду справи. Судом першої інстанції відповідно до вимог ст. 40, 131, 132, 154-157, 370-376 КПК України об'єктивно і ретельно перевірено всі дані стосовно особи обвинуваченого його сімейного та матеріального стану, фактичні обставини інкримінованого йому кримінального правопорушення та інше. Вважають, що вирок Соснівського районного суду м. Черкаси стосовно ОСОБА_1 є законним та обґрунтованим, а тому його необхідно залишити без змін, а апеляційну скаргу прокурора без задоволення.

Заслухавши доповідь судді, думку прокурора Макаренка А.І., який підтримав апеляційну скаргу, просив її задовольнити; думки обвинуваченого ОСОБА_1 і його захисників Демчика В.І. та Хвостика О.І., які заперечили проти задоволення апеляційної скарги прокурора, дослідивши матеріали кримінального провадження та перевіривши доводи апеляційної скарги, колегія суддів вважає, що апеляційна скарга прокурора підлягає до часткового задоволення, виходячи з наступних підстав.

Згідно ст. 370 КПК України вирок суду повинен бути законним, обґрунтованим та вмотивованим. Законним є рішення, ухвалене компетентним судом, згідно з нормами матеріального права з дотриманням вимог щодо кримінального провадження, передбачених цим Кодексом. Обґрунтованим є рішення, ухвалене судом на підставі об'єктивно з'ясованих обставин, які підтверджені доказами, дослідженими під час судового розгляду та оціненими судом відповідно до ст. 94 цього Кодексу. Вмотивованим є рішення, в якому наведені належні і достатні мотиви та підстави його ухвалення.

Вказаним вимогам Закону вирок суду першої інстанції не відповідає.

Згідно п.3 ч.1 ст. 409, ч.1 ст. 412, ст. 415 КПК України підставою для скасування вироду суду є істотні 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 судові рішення.

Згідно п.7 ч.2 ст. 412 КПК України судові рішення у будь-якому разі підлягає скасуванню, якщо у матеріалах провадження відсутній журнал судового засідання або технічний носій інформації на якому зафіксовано судові провадження в суді першої інстанції.

Відповідно до п.1 ч.1 ст. 415 КПК України суд апеляційної інстанції скасовує вирок суду і призначає розгляд у суді першої інстанції, якщо встановлено порушення, передбачені п.7 ч.2 ст. 412 КПК України.

В частинах 4 та бст.107КПК України зазначено, що фіксування за допомогою технічних засобів кримінального провадження в суді під час судового провадження є обов'язковим. Незастосування технічних засобів фіксування кримінального провадження у випадках, якщо воно є обов'язковим, тягне за собою недійсність відповідної процесуальної дії та отриманих внаслідок її вчинення результатів, за винятком випадків, якщо сторони не заперечують проти визнання такої дії та результатів її здійснення чинними.

Під час судового розгляду забезпечується повне фіксування судового засідання за допомогою звукозаписувального технічного засобу. Офіційним записом судового засідання є лише технічний запис, здійснений судом у порядку, передбаченому КПК України. Якщо у матеріалах провадження відсутній технічний носій інформації, на якому зафіксоване судові провадження в суді першої інстанції, і така фіксація була обов'язковою, судові рішення підлягає скасуванню (ч.5 ст. 27 КПК України). Недотримання наведених процесуальних вимог має місце і у випадку наявності технічного носія, однак відсутності на ньому зафіксованого судового провадження.

Апелянт вказує на те, що слухання справи призначалося на 14.04.2017, 16.11.2017 та 04.04.2019, однак в матеріалах справи відсутній технічний носій інформації на якому зафіксовано дані судові засідання. Також звукозапис судового засідання від 02.08.2016 є неякісним та частково відсутнім, у зв'язку з чим неможливо з'ясувати, які покази надавали свідки ОСОБА_11 та ОСОБА_4 в даному судовому засіданні, з метою перевірки відповідності їх показів показам, викладеним у вирокі суду.

Як встановлено колегією суддів, згідно довідок (т.1 а.с. 116, т.1 а.с. 174) головуючий суддя Башенко С.М. 14.04.2017 перебував на лікарняному, а 04.04.2019 в нарадчій кімнаті по іншому кримінальному провадженню, у зв'язку з чим було знято з розгляду кримінальне провадження відносно ОСОБА_1 ..

Згідно даних, які містяться на дисках, що знаходяться в матеріалах кримінального провадження (т.1 а.с. 244-245) технічний запис судового засідання за 16.11.2017 відсутній, хоча слухання справи на вказану дату призначалося, про що свідчать повістки (т.1 а.с. 128-129). Крім того в матеріалах кримінального провадження містить лист від 16.11.2017, за підписом головуючого судді ОСОБА_12 (т.1 а.с. 132), що вказує на перебування останнього на робочому місці. Будь яких довідок про те, що слухання справи не відбулося з тих чи інших причин матеріали кримінального провадження не містять, у зв'язку з чим неможливо з'ясувати, які події відбувалися в даному судовому засіданні.

З витребуваних з районного суду архівних копій дисків з записами судових засідань вбачається, що на них також відсутній перебіг судового засідання за 16.11.2017.

Відповідно до журналу судового засідання 02.08.2016 (т.1 а.с. 216) було допитано свідків ОСОБА_11 та ОСОБА_4 , однак колегією суддів в судовому засіданні апеляційного суду було досліджено звукозапис даного судового засідання, з якого вбачається, що чітко розпізнається лише голос головуючого судді, однак покази свідків ОСОБА_11 та ОСОБА_4 не прослуховуються, тому незрозуміло, які показання вони давали в судовому засіданні.

На думку колегії суддів вказані порушення є істотними порушеннями вимог кримінального процесуального закону, які перешкодили суду ухвалити законне та обґрунтоване судові рішення.

Виходячи з вищенаведеного, колегія суддів приходять до висновку, що вирок районного суду постановлений з істотними порушеннями вимог КПК України, тому підлягає до скасування з

призначенням нового розгляду в суді першої інстанції, під час якого слід з дотриманням вимог кримінального та кримінального процесуального законодавства прийняти законне та обґрунтоване рішення .

За наявності вказаних підстав для скасування вироку та призначення нового розгляду в суді першої інстанції, колегія суддів не входить в обговорення вищенаведених доводів, викладених в апеляційній скарзі прокурора, та вважає, що вони повинні бути враховані місцевим судом та їм надана відповідна оцінка під час нового розгляду даного кримінального провадження.

Керуючись ст. 404, 405, п.6 ч.1 ст. 407, ст. 418, 419 КПК України, колегія суддів судової палати, -

у х в а л и л а :

Апеляційну скаргу прокурора у кримінальному провадженні Макаренка А.І. задовольнити частково, вирок Соснівського районного суду м.Черкаси від 05 серпня 2019 року щодо ОСОБА_1 скасувати і призначити новий розгляд в суді першої інстанції.

Ухвала суду апеляційної інстанції набирає законної сили з моменту її проголошення і оскарженню в касаційному порядку не підлягає.

Головуючий :

Судді :