

not considered force majeure in judicial practice, despite the existing extraordinary circumstances during martial law.

In summary, we note that even under the conditions of martial law, force majeure is not an automatic basis for exemption from the fulfilment of obligations under contractual relations and from the obligation to compensate for damage in non-contractual obligations. The party to the contract must confirm not only the fact of the occurrence of force majeure circumstances but also their ability to influence the real possibility of fulfilling the obligation. Although the letter of the Chamber of Commerce attributes the fact of war to force majeure. However, this fact alone is not enough to establish the legality of a person's failure to fulfil obligations due to such circumstances – the law provides for a specific method of confirming force majeure by obtaining a corresponding certificate from the Chamber of Commerce and Industry of Ukraine. In turn, in court practice (not having a prejudicial character) it is considered and evaluated on a par with all other evidence.

Key words: cases, martial law, treaty, commitment, substantial change of circumstances (hardship), the contract, impossibility of performance, irresistible force, agreement, force majeure.

DOI: <https://doi.org/10.33994/kndise.2023.68.25>
УДК 343.13

Олександр Васильович Маленко
кандидат юридичних наук, адвокат, керуючий партнер

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2098-0363>
E-mail: oleksandr.malenko@interlegum.com.ua

Адвокатське об'єднання «Юридична компанія «INTERLEGUM»

**АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ
ОБВИНУВАЧЕНОГО В КОРУПЦІЙНИХ КРИМІНАЛЬНИХ
ПРОВАДЖЕННЯХ ЗА УЧАСТІ КОНФІДЕНТІВ
(В ЧАСТИНІ ПОРЯДКУ ЗАЛУЧЕННЯ КОНФІДЕНТА
УПОВНОВАЖЕНИМ СУБ'ЄКТОМ)**

В статті розглядається проблематика порядку залучення слідчим особи до конфіденційного співробітництва та проведення негласних слідчих (розшукових) дій під час досудового розслідування корупційних кримінальних проваджень та його вплив на допустимість доказів. На основі вивчення судової практики Вищого антикорупційного суду зроблено висновок про значне різноманіття у підходах до відповідної процедури. Автором запропоновано власний алгоритм залучення конфідента до кримінального провадження.

Ключові слова: кримінальний процес, негласні слідчі (розшукові) дії, використання конфіденційного співробітництва, конфідент, реалізація права на захист.

Постановка проблеми. Формування системи негласних заходів у сфері кримінального судочинства розпочалося ще в стародавні часи та пройшовши століття свого становлення і розвитку тільки на початку 1990-х рр. отримало своє легальне закріплення в нормах законодавства нашої держави. З цього моменту розпочинається відлік процесуальних можливостей для захисту прав та законних інтересів обвинуваченого щодо встановлення законності дій правоохоронних органів під час проведення оперативно-розшукових заходів та її впливу на допустимість доказів у кримінальному провадженні. Одним із вказаних заходів є конфіденційне співробітництво, яке вперше було передбачено п. 13 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність». З набуттям чинності КПК України 2012 року досліджувана правова категорія була віднесена законодавцем до негласних слідчих (розшукових) дій (надалі – НСРД) та закріплена безпосередньо в кримінальному процесуальному законі.

Новизна як загалом інституту негласних заходів, так і недостатня теоретична розробленість власне використання конфіденційного співробітництва у сфері кримінальної юстиції, зумовлює істотні дискусії й складнощі в доктрині кримінального процесу та правозастосовній практиці. За такого стану речей для сторони захисту набуває важливого значення перевірка дотримання обвинуваченням норм кримінального процесуального закону щодо здійснення НСРД за участі конфідентів, що включає, серед іншого, вивчення особливостей порядку залучення відповідних осіб до проведення досудового розслідування, а також впливу допущених порушень на стан забезпечення захисту прав та законних інтересів обвинуваченого в кримінальному провадженні. Актуальності та практичного інтересу порушені питання набувають у корупційних кримінальних провадженнях, де з урахуванням істотної латентності протиправних діянь, сторона обвинувачення широко використовує НСРД за участі інших осіб, зокрема й конфідентів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Тематика використання конфіденційного співробітництва висвітлена у доктринальних працях вітчизняних вчених-процесуалістів, які займаються питаннями НСРД, зокрема таких як: О.П. Бабіков, М.В. Багрій, О.А. Білічак, А.А. Венедіктов, О.М. Дроздов, В.А. Колесник, Ю.В. Колесник, В.В. Комашко, Л.М. Лобойко, В.В. Луцик, О.В. Музиченко, В.Т. Нор, М.А. Погорецький, В.М. Тertiшник, Р.М. Шехавцов, М.Є. Шумило та інших. Більш детально порушена проблематика розглянута в наукових роботах наступних представників науки кримінального процесу: К.В. Антонов, Ю.І. Гекова, Н.О. Гольдберг, П.В. Горбенко, В.І. Максимов, С.М. Мороз, В.Д. Музиченко, Д.Б. Сергєєва, С.М. Салтиков, В.В. Стріжук, О.О. Подобний, Я.О. Тализіна, С.Р. Тагієв, І.Р. Шинкаренко. Водночас вивчення теоретичних здобутків вітчизняних вчених у галузі кримінального судочинства свідчить про активну увагу до аспектів діяльності сторони обвинувачення. Реалізація функції захисту під час застосування процесуального інституту конфіденційного співробітництва в кримінальному провадженні залишається на сьогодні недостатньо вивченою у доктрині, що й зумовлює актуальність даної публікації.

Мета дослідження. Науковий та практичний аналіз сучасного стану правового регулювання порядку (алгоритму) залучення особи до конфіденційного співробітництва в кримінальному провадженні, вивчення судової практики по корупційним кримінальним провадженням для забезпечення реалізації функції захисту обвинуваченого й врахування актуального правозастосування при формуванні стратегії й тактики захисту, вироблення практичних рекомендацій щодо внесення змін до КПК України.

Виклад основного матеріалу. На сьогодні нормативне регулювання використання конфіденційного співробітництва у кримінальному судочинстві передбачено ст. 275 КПК України. За ч. 1 ст. 275 КПК України під час проведення НСРД слідчий має право використовувати інформацію, отриману внаслідок конфіденційного співробітництва з іншими особами, або залучати цих осіб до проведення НСРД у випадках, передбачених КПК України [1]. З аналізу наведеної норми можна зробити такі висновки: (1) використовувати конфіденційне співробітництво в кримінальному провадженні має право виключно слідчий (проблематика реалізації прокурором такого повноваження розкривалась нами в інших публікаціях); (2) конфіденційне співробітництво може використовуватися тільки при проведенні НСРД; (3) сутність конфіденційного співробітництва полягає у використанні слідчим інформації, отриманої внаслідок конфіденційного співробітництва з іншими особами, або в залученні таких осіб до проведення НСРД; (4) залучення слідчим конфідента до проведення НСРД можливо у випадках, передбачених КПК України.

Відповідно до ч. 2 ст. 275 КПК України забороняється залучати до конфіденційного співробітництва під час проведення НСРД адвокатів, нотаріусів, медичних працівників, священнослужителів, журналістів, якщо таке співробітництво буде пов'язане з розкриттям конфіденційної інформації професійного характеру [1]. В науковій літературі відзначається, що недотримання такої заборони під час проведення НСРД є підставою для визнання отриманих за їх результатами фактичних даних недопустимими доказами [2, с. 694]. Законодавець визначив певне коло суб'єктів, які в силу своїх професійних обов'язків отримують інформацію, яка має ознаки охоронюваної таємниці, на засадах фідучіарності (довіри), тому її розголошення може підірвати авторитет професійної діяльності таких осіб, що обумовлює пріоритетність захисту інформації, а також не зважають на будь-які суспільні інтереси у сфері здійснення кримінального правосуддя.

Для цілей нашого дослідження варто вивчити порядок залучення особи до конфіденційного співробітництва, оскільки його недотримання може використовуватися для обґрунтування недопустимості доказів, які отримані за участі конфідентів. Аналіз КПК України свідчить про відсутність будь-яких вимог до проведення відповідної процедури. Така лапідарність правового регулювання досліджуваного інституту є суттєвим недоліком КПК України, що не відповідає вимогам щодо належного рівня захисту прав обвинуваченого.

В доктринальних джерелах відзначається, що порядок і тактика залучення конфідента до конфіденційного співробітництва визначається чинним законодавством України [3, с. 601]. Пошук конфідентів може здійснюватися оперативними працівниками з використанням власних

інформаторів, застосовуючи певну методику й тактику негласного співробітництва. Однак згодом, коли про підготовку чи вчинення кримінального правопорушення слідчий/прокурор повідомляється рапортом оперативника, або до правоохоронних органів звертається безпосередньо заявник (потерпілий, викривач) в порядку ст. 214 КПК України, після внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань, конфідент має залучитися до кримінального провадження в порядку, визначеному КПК України. З огляду на відсутність нормативної регламентації порушеного питання в процесуальному законі, варто проаналізувати актуальну судову практику по корупційним кримінальним провадженням (підсудних Вищому антикорупційному суду) з цього приводу.

З вивчення правозастосування вбачається, що використання конфіденційного співробітництва найчастіше оформляється таким чином: 1) подання особою слідчому заяви про згоду на залучення до конфіденційного співробітництва та участь в НСРД, що підтверджує факт добровільності волевиявлення; 2) прийняття слідчим постанови про залучення конфідента до конфіденційного співробітництва та участь в проведенні НСРД.

З ухвали Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду (надалі – ВАКС) від 13.12.2022 р. по справі №991/10566/20 слідує, що факт конфіденційного співробітництва підтверджується наявністю: 1) заяви про надання добровільної згоди на залучення до проведення НСРД та конфіденційного співробітництва з правоохоронними органами; 2) постанови детектива про залучення особи до конфіденційного співробітництва та проведення НСРД [4]. З вироку ВАКС від 12.07.2021 р. по справі №757/13635/17 вбачається, що участь конфідента в кримінальному провадженні оформлена таким чином: 1) письмова згода особи на залучення до конфіденційного співробітництва та проведення НСРД; 2) постанова слідчого про залучення особи до конфіденційного співробітництва та проведення НСРД [5]. За змістом ст. 275 КПК України відсутня потреба отримувати будь-яку згоду від особи щодо її конфіденційного співробітництва та участь в проведенні НСРД. Зазначене підтверджується правовим висновком, який викладено в постанові Касаційного кримінального суду в складі Верховного Суду від 19.02.2020 р. по справі №295/7911/18 [6]. Хоча законодавець і не встановлює певних вимог до порядку залучення конфідента за ст. 275 КПК України, сторона обвинувачення активно застосовує напрацьований практикою алгоритм, водночас в кожному конкретному провадженні мають місце деякі особливості його реалізації.

Зустрічаються випадки, де в заяві про надання добровільної згоди на залучення до проведення НСРД та конфіденційного співробітництва з правоохоронцями, конфідент зазначає, що будь-які заходи фізичного чи психологічного впливу до нього не застосовувалися [7]. КПК України не вимагає встановлення ознаки добровільності участі особи в кримінальному провадженні на підставі ст. 275 КПК України, але досить часто у назві відповідної заяви або в її тексті акцентується увага саме на добровільному характері співробітництва суб'єкта-конфідента з правоохоронними органами.

Судова практика йде шляхом того, що письмова згода може надаватися конфідентом в будь-який час після початку досудового розслідування і не

залежить від прийняття інших процесуальних рішень. До прикладу, в одній зі справ ВАКС відхилив доводи захисту щодо недопустимості доказів, які були отримані за результатами НСРД за участі конфідента, що обґрунтовувалося неможливістю отримання згоди від особи та її залучення до проведення НСРД до винесення прокурором постанови про проведення контролю за вчиненням злочину. У вирокі наголошується, що згода особи на конфіденційне співробітництво, отримана до винесення постанови про проведення НСРД, об'єктивно не впливає на правомірність подальшого проведення контролю за вчиненням злочину, адже він проведений за попередньої добровільної згоди конфідента [8]. Тобто суб'єкт-конфідент може надавати письмову згоду на участь в кримінальному провадженні на будь-якій стадії досудового розслідування (до моменту проведення НСРД, після початку їх здійснення).

З огляду на відсутність нормативних вимог до змісту заяви, яка надається конфідентом, в практичній діяльності часто в ній зазначається: 1) про заборону при проведенні НСРД провокувати осіб на вчинення злочину, роз'яснюється зміст ст. 43 КК України й міститься попередження про кримінальну відповідальність за розголошення даних досудового розслідування [9]; 2) про підтвердження роз'яснення детективом, що при виконанні НСРД заборонено провокувати (підбурювати) особу до вчинення злочину [7]. У відповідній заяві навряд чи доцільно вказувати будь-які додаткові відомості, крім тих, які дозволяють ідентифікувати конфідента та слідчого, встановити у межах якого кримінального провадження, з приводу чого (для попередження чи розкриття якого саме злочину залучається особа) та дату звернення. З урахуванням того, що заява має односторонній характер й підписується виключно заявником, виникають сумніви з приводу того, що сам собі заявник може щось роз'яснити (права й обов'язки, заборони) або сам себе здатен попередити про відповідальність за розголошення відомостей досудового розслідування. Наявні випадки, коли про вказані заборони та роз'яснення зазначається спершу в заяві особи-конфідента, а згодом слідчим складається окремий протокол, де повторно вказується така інформація [9]. Доцільність «подвійного» попередження та інформування особи щодо особливостей її участі в кримінальному провадженні на підставі ст. 275 КПК України видається сумнівним.

КПК України не містить вимог з приводу строку, на який залучається конфідент до конфіденційного співробітництва та проведення НСРД. Вивчення практичної діяльності свідчить, що найчастіше в постанові про залучення конфідента до конфіденційного співробітництва та проведення НСРД будь-які строки взагалі не зазначаються, водночас інколи вказується, що конфідент залучається на строк дії ухвали слідчого судді про надання дозволу на проведення НСРД, але без конкретного строку, оскільки КПК України не встановлює такого (залучення на весь період дії ухвал) [10]; деякі детективи в постановах встановлюють 60 денний строк на залучення особи до конфіденційного співробітництва та проведення НСРД й ознайомлюють конфідента під розпис про таке рішення [9]. КПК України не вимагає проводити ознайомлення конфідента з текстом постанови про його залучення до

конфіденційного співробітництва та проведення НСРД. Однак така процесуальна дія є виправданою, адже надання особою згоди ще не означає, що її обов'язково буде залучено в порядку ст. 275 КПК України. В практичній діяльності є випадки, коли період між надання особою письмової згоди та прийняттям слідчим постанови становить дні й навіть тижні. Саме ознайомлення конфідента з вказаною постановою дасть можливість встановити точну дату залучення особи до конфіденційного співробітництва та участі в НСРД (визначити момент набуття суб'єктом статусу конфідента).

В практиці правоохоронних органів є випадки погодження керівником органу досудового розслідування постанови слідчого в порядку ст. 275 КПК України. У вироку ВАКС від 25.09.2020 р. по справі №752/4292/16 зазначено, що конфідента було залучено шляхом: 1) надання письмової згоди останнього на його залучення до конфіденційного співробітництва та НСРД; 2) прийняття постанови детективом, погоджену з начальником Другого підрозділу (відділу) детективів Головного підрозділу детективів, про залучення громадянина до конфіденційного співробітництва та проведення інших НСРД [11]. Згідно ст. 275 КПК України не вимагається будь-яких погоджень рішення слідчого з керівником органу досудового розслідування. Як правило, випадки погодження обумовлені тим, що в процесуальних рішеннях слідчого вказується як про залучення конфідента згідно ст. 275 КПК України, так і про виконання ним спеціального завдання на підставах, передбачених ст. 272 КПК України.

З вироку ВАКС від 17.03.2021 р. по справі №758/1780/17 вбачається, що хоча в матеріалах провадження наявна постанова детектива про залучення особи до проведення слідчих дій у кримінальному провадженні, в якій, поряд із ст. 275 КПК України, є посилання на ст. 43 КК України та ст. 272 КПК України, що регламентують правові підстави виконання особою спеціального завдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації, однак зі змісту постанови та досліджених в засіданні результатів НСРД слідує, що конфідента фактично залучено до проведення НСРД в межах конфіденційного співробітництва за ст. 275 КПК України. Таке процесуальне рішення є дискрецією детектива й погодження з керівником органу досудового розслідування не потребує, на відміну від ч. 2 ст. 272 КПК України [12]. У вироку ВАКС від 22.03.2021 р. по справі №991/3921/20 наголошено й на відсутності потреби в погодженні постанови згідно п. 5 ч. 2 ст. 39 КПК України, адже керівник органу досудового розслідування погоджує проведення слідчих (розшукових) дій та продовжує строк їх проведення тільки у випадках, передбачених КПК України, водночас ст. 275 КПК України передбачає, що таке рішення приймає слідчий самостійно [13]. Аналогічні висновки викладено в інших вироках ВАКС [11; 5] та ухвалах Апеляційної палати ВАКС [14]. Тобто будь-якого рішення слідчого, де міститься посилання на ст. 275 КПК України, достатньо для підтвердження факту належного оформлення участі конфідента в кримінальному провадженні. Недотримання при прийнятті процесуального рішення інших вимог закону (не передбачених ст. 275 КПК України) для цілей залучення особи до конфіденційного співробітництва не має значення.

Трапляються випадки, коли участь особи-конфідента забезпечується у такому порядку: 1) заява конфідента про добровільну згоду на конфіденційне співробітництво з правоохоронцями; 2) постанова прокурора про проведення НСРД – контроль за вчиненням злочину в формі спеціального слідчого експерименту.

В одній зі справ ВАКС, відмовляючи в задоволенні клопотання захисту щодо недопустимості доказів, які були отримані за результатами проведення НСРД, вказав, що відповідно до постанови про проведення НСРД – контроль за вчиненням злочину в формі спеціального слідчого експерименту, конфіденту надано роз'яснення, що при виконанні НСРД йому заборонено провокувати осіб на вчинення злочину, його заява підтверджує добровільну згоду на конфіденційне співробітництво з детективами, а залучення до участі у проведенні НСРД аудіо-, відеоконтроль особи – не заборонено КПК України [15]. У вирокі ВАКС від 18.05.2022 р. по справі №991/10566/20 зазначено, що за ч. 6 ст. 246 КПК слідчий чи прокурор своїм рішенням визначають осіб, яких слід залучити до проведення НСРД, коло яких не обмежується й участь яких сприятиме належному проведенню процесуальної дії. Конфідент є іншою особою, тому, залучаючи його до проведення НСРД, прокурор реалізував свої дискреційні повноваження [7]. Тобто реалізація конфіденційного співробітництва в кримінальному провадженні на підставі ст. 275 КПК України може здійснюватися як шляхом прийняття слідчим окремої постанови, так і через вказівку про участь конфідента в проведенні НСРД при прийнятті постанови прокурора про проведення НСРД – контроль за вчиненням злочину.

Алгоритм залучення суб'єкта до конфіденційного співробітництва може бути й більш складним, наприклад: 1) письмова згода особи на залучення до конфіденційного співробітництва та проведення НСРД; 2) протокол попередження про недопустимість розголошення відомостей досудового розслідування та роз'яснення прав особи, залученої до проведення слідчих дій; 3) постанова прокурора про залучення особи до проведення слідчих дій у кримінальному провадженні [16]; 1) письмова згода особи на залучення до конфіденційного співробітництва та проведення НСРД; 2) постанова детектива, погоджена з керівником органу досудового розслідування, про залучення громадянина до конфіденційного співробітництва та проведення інших НСРД; 3) протокол попередження особи про недопустимість розголошення відомостей досудового розслідування та роз'яснення прав особи, залученої до конфіденційного співробітництва [11]; 1) згода особи на конфіденційне співробітництво та участь в НСРД; 2) постанова про залучення особи до конфіденційного співробітництва та проведення НСРД; 3) протокол попередження про недопустимість розголошення відомостей досудового розслідування; 4) протокол роз'яснення прав і обов'язків конфідента [17]. Такий підхід видається більш виправданим, оскільки подання заяви про згоду на конфіденційне співробітництво та участь в НСРД підтверджує волевиявлення особи, прийняття постанови за ст. 275 КПК України визначає момент залучення особи (набуття нею статусу конфідента), а складання протоколів забезпечує

інформування суб'єкта про його правовий статус, межі участі в НСРД та правові наслідки у випадку порушення заборон.

На переконання вітчизняної дослідниці інституту конфіденційного співробітництва в кримінальному провадженні Я.О. Тализіної, аби правоохоронні органи могли гарантувати безпеку конфідента, а отримані в результаті використання конфіденційного співробітництва докази були допустимими, слід встановити такий алгоритм залучення особи до конфіденційного співробітництва в порядку ст. 275 КПК України: 1) письмова згода особи-конфідента адресована слідчому; 2) постанова слідчого про залучення особи до конфіденційного співробітництва; 3) протокол попередження про недопустимість розголошення відомостей досудового розслідування та/або пам'ятка про процесуальні права та обов'язки конфідента, що складається слідчим, який виніс відповідну постанову; 4) повідомлення прокурору про факт залучення особи до конфіденційного співробітництва; 5) в разі потреби – постанова слідчого, прокурора про застосування заходів безпеки до особи конфідента та передача такої постанови на виконання органу, на який покладено здійснення заходів безпеки (може передавати безпосередньо процедурі залучення особи до конфіденційного співробітництва [18, с. 110-111]. Можливість надання (вручення) конфіденту пам'ятки про його права та обов'язки в доктрині кримінального процесу пропонувалася й іншими вченими, зокрема С.М. Салтиковим [19, с. 130]. Такі пропозиції навряд чи є виправданими, оскільки володіння (зберігання) конфідентом будь-якими документами (в т.ч. пам'яткою про права та обов'язки) з приводу використання конфіденційного співробітництва в кримінальному провадженні, може поставити під загрозу як таємність його участі в НСРД, так і власне факт проведення НСРД, а також створити небезпеку безпосередньо для особи-конфідента.

В одному з кримінальних проваджень, які розглядалися ВАКС, захист посилалася на незаконність постанови детектива про залучення особи до конфіденційного співробітництва та проведення НСРД через її постановлення за відсутності нагляду прокурора. Суд вказав на безпідставність таких доводів, оскільки за ст. 275 КПК України повноваження щодо залучення осіб до конфіденційного співробітництва належать виключно слідчому [20]. Варто погодитися з пропозиціями науковців щодо доповнення КПК України нормою про інформування прокурора з приводу залучення слідчим особи до конфіденційного співробітництва, адже саме прокурор уповноважений вирішувати питання про проведення НСРД – контроль за вчиненням злочину, тому він має володіти необхідними відомостями про наявність конфідента.

Аналіз практики застосування процесуального закону про корупційним кримінальним провадженням свідчить, що дотримання слідчим відповідного алгоритму насправді є формальністю, яка зводиться до підписання суб'єктом, який залучається до конфіденційного співробітництва та участі в НСРД, заяви та протоколу (протоколів). В дійсності ніхто не роз'яснює особливостей правового статусу конфідента й тим паче того, що таке провокація, її ознаки, в чому полягає заборона провокувати особу тощо. Навіть більше, сторона обвинувачення прямо зацікавлена у нерозумінні особою-конфідентом характерних рис

провокативної поведінки для забезпечення можливості маніпулювання нею з метою досягнення цілі – затримати «на гарячому» «злочинця» та прозвітувати перед суспільством про свою діяльність. Подальші процесуальні дії на стадії судового провадження не стосуються оперативних працівників та слідчого (детектива), адже навіть у разі встановлення провокації, «відповідальність» перекладається на суд, захисників тощо. Вважаємо, що є потреба в складенні окремого протоколу про роз'яснення під розписку конфіденту поняття провокації, її характерних ознак, заборони провокувати (підбурювати) інших осіб до вчинення злочину, правові наслідки порушення таких заборон як для особи-конфідента (кримінально-правові), так і для кримінального провадження загалом (кримінальні процесуальні).

В практичній діяльності правоохоронних органів під час досудового розслідування корупційних кримінальних проваджень трапляються випадки, коли матеріали провадження взагалі не містять будь-яких документів стосовно залучення особи до конфіденційного співробітництва за ст. 275 КПК України.

До прикладу, у вироку ВАКС від 04.02.2022 р. по справі №623/2988/18 суд відхилив доводи захисту з приводу недопустимості як доказів фактичних даних, одержаних за результатами проведення НСРД за участі конфідента, які обґрунтовувалися тим, що всупереч положенням ч. 6 ст. 246, ч. 1 ст. 275 КПК України, матеріали досудового розслідування не містять жодного процесуального рішення про залучення конфідента до конфіденційного співробітництва, його письмової згоди, підтвердження роз'яснення йому прав під час конфіденційного співробітництва, оскільки за ст. 110 КПК України процесуальними рішеннями є всі рішення органу досудового розслідування та прокурора й повинні прийматися у формі постанови, що виноситься у випадках, передбачених КПК України, а також коли слідчий, прокурор визнає це за необхідне. Натомість суд зауважив, що за ч. 6 ст. 246, ч. 1 ст. 275 КПК України за рішенням прокурора та слідчого під час проведення НСРД можуть бути залучені особи, в тому числі в режимі конфіденційного співробітництва. Вказані норми не передбачають специфічної форми рішення (постанови) про залучення особи до проведення НСРД та використання конфіденційного співробітництва, тому відсутність у матеріалах провадження окремого письмового процесуального рішення з цього приводу не є підставою для визнання доказів, здобутих за наслідками проведення НСРД, недопустимими, адже про прийняття означеного рішення особою, яка проводить НСРД, можуть вказувати інші матеріали кримінального провадження (показання конфідента та відеозаписи, отримані за наслідками проведення НСРД, вказують, що останній дійсно конфіденційно співпрацював з правоохоронцями й ніщо не свідчить, що така співпраця не ґрунтувалась на добровільній згоді, а КПК України не вимагає під час залучення до НСРД конфідента його письмової згоди на це чи підтвердження роз'яснення йому прав під час конфіденційного співробітництва) [21]. У вироку ВАКС від 10.08.2022 р. по справі №550/101/18 зазначається, що твердження захисту щодо відсутності в матеріалах провадження процесуального рішення про залучення особи до конфіденційного співробітництва не змінюють правового змісту проведених процесуальних дій в межах НСРД

та не ставлять під сумнів адекватність, правову обізнаність або добровільність на проведення таких дій цієї особи [20]. Як бачимо, суди прийшли до висновку, що порядок залучення особи за ст. 275 КПК України може підтверджуватися опосередковано, а не прямо. Такий підхід навряд чи узгоджується із засадами кримінального провадження та не відповідає завданням кримінального судочинства. Зазначені міркування зводять нанівещь потребу в інформуванні конфідента про його процесуальний статус, відповідальність за розголошення відомостей досудового розслідування, фактично заперечується необхідність роз'яснення особі поняття провокації, ознак провокативних дій, меж дозволеного тощо.

Для цілей реалізації функції захисту в кримінальному провадженні доцільно розглянути проблематику процесуальних наслідків недотримання порядку залучення конфідента до конфіденційного співробітництва та проведення НСРД. В одному з вироків ВАКС зазначив, що Верховний Суд у своїй постанові від 01.12.2020 р. по справі №318/2921/18 звернув увагу на те, що норми ст. 87 КПК України не передбачають, що будь-яке формальне недотримання вимог кримінального процесуального закону при отриманні доказу автоматично тягне необхідність визнання доказу недопустимим [22]. Натомість закон зобов'язує суд дати оцінку доказу з точки зору його допустимості з урахуванням того, чи було допущене порушення КПК України істотним, та яким чином воно перешкоджало забезпеченню та реалізації прав і свобод особи. На переконання суду, недотримання органом досудового розслідування норм КПК України під час залучення особи до конфіденційного співробітництва не є істотним, оскільки не зумовлює порушення прав та свобод людини, гарантованих законами, Конституцією України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а тому не має наслідком визнання результатів проведеної НСРД недопустимими доказами. Та обставина, що в матеріалах провадженнях відсутні підтвердження встановлення конфіденційного співробітництва з особою не змінюють правового змісту проведених процесуальних дій в межах НСРД та не ставлять під сумнів адекватність, правову обізнаність або добровільність на проведення таких дій цієї особи. На думку колегії суддів, оскільки залучення особи до НСРД без документального підтвердження його конфіденційного співробітництва, але за його згодою, не заборонено КПК України, дане порушення є формальним і не відміняє факту проведення такої НСРД, а тому не впливає на допустимість доказів у цьому кримінальному провадженні [20]. Запропонований судом підхід являє собою продовження практики, яка підтримана Великою Палатою Верховного Суду в її постанові від 31.08.2022 р. по справі №756/10060/17 [23], й покладає додатковий, прямо не встановлений законом тягар доказування на сторону захисту з доведення того, які саме й чий права і свободи було порушено й в чому це виражалось. Крім того, означена позиція фактично позбавляє будь-якого практичного сенсу низку законодавчих вимог щодо унормування належної правової процедури, що, зрештою, нівелює її значення в системі завдань кримінального провадження [24, с. 91-92]. В інших вироків ВАКС взагалі констатується неможливість визнання фактичних

даних як доказів, які були отримані стороною обвинувачення за результатами проведення НСРД за участі особи, що конфіденційно співпрацювала з правоохоронними органами, недопустимими з огляду на таке: 1) прийняття рішення про залучення особи до конфіденційного співробітництва має за мету забезпечення її захистом держави, а тому наявність чи відсутність такого рішення у жодному разі не може вказувати на порушення прав обвинуваченого у кримінальному провадженні та впливати на допустимість доказів [25; 21]; 2) ухвалення рішення про залучення особи до конфіденційного співробітництва має за мету забезпечення її захистом держави і не впливає на допустимість доказів [7]. Твердження про відсутність впливу порядку залучення конфідента до конфіденційного співробітництва та проведення НСРД на допустимість доказів прямо суперечить КПК України, зокрема принципам кримінального судочинства, оскільки фактично участь конфідента презюмується апріорі законною за будь-яких умов і докази, які одержані за його участі в результаті НСРД, мають заздалегідь встановлену допустимість (завідомо допустимі), й взагалі не перевіряються судом на предмет допустимості.

Висновки. Для забезпечення юридичної визначеності та належної правової процедури, вважаємо за необхідне передбачити в КПК України такий порядок залучення конфідента слідчим або прокурором (в інших публікаціях автор підтримує ідею надання відповідного повноваження за ст. 275 КПК України й прокурору): 1) письмова згода конфідента на добровільне залучення до конфіденційного співробітництва та проведення НСРД на ім'я слідчого/прокурора; 2) постанова слідчого/прокурора про залучення особи до конфіденційного співробітництва та проведення НСРД з якою конфідента має бути ознайомлено під розписку; 3) протокол попередження конфідента про недопустимість розголошення відомостей досудового розслідування, складений слідчим/прокурором, що виніс постанову; 4) протокол роз'яснення конфіденту його прав та обов'язків під час досудового розслідування, складений слідчим/прокурором, що виніс постанову; 5) протокол роз'яснення поняття та ознак провокації й повідомлення про заборону проковувати (підбурювати) інших осіб до вчинення кримінального правопорушення, а також про правові наслідки порушення такої заборони, складений слідчим/прокурором, що виніс постанову; 6) повідомлення прокурору про залучення особи до конфіденційного співробітництва та проведення НСРД (якщо залучає слідчий); 7) за необхідності – прийняття постанови слідчим/прокурором про застосування заходів безпеки до конфідента й передача її компетентному органу для виконання.

Перелік посилань

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. №9-10, 11-12, 13. Ст. 8.

References

1. Criminal Procedure Code of Ukraine dated April 13, 2012. *Information of the Verkhovna Rada of Ukraine*. 2013. No. 9-10, 11-12, 13. Art. 8. (in Ukrainian).

2. Бандурка О. М., Блажівський Є. М., Бурдоль Є. П. Кримінальний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар: в 2 т. Харків: Право, 2012. Т. 1. 768 с.
2. Bandurka, O. M., Blazhivskiy, Ye. M., Burdol, Ye. P. (2012). Criminal Procedure Code of Ukraine. Scientific and practical commentary: in 2 volumes. Kharkiv. Vol. 1. 768 p. (in Ukrainian).
3. Гончаренко В.Г., Нор В.Т., Шуμιло М.Є. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за заг. ред. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шуμιла. Київ: Юстініан. 2012. 1224 с.
3. Honcharenko, V. H., Nor, V. T., Shumylo, M. Ye. (Eds.) (2012). Criminal Procedure Code of Ukraine. Scientific and practical commentary. Kyiv. 1224 p. (in Ukrainian).
4. Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 13 грудня 2022 року по справі №991/10566/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107897973> (access date 10.04.2023)
4. Decision of the Appeals Chamber of the Higher Anti-Corruption Court dated December 13, 2022 in case No. 991/10566/20. Retrieved from: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107897973> (access date 10.04.2023)
5. Вирок Вищого антикорупційного суду від 12 липня 2021 року по справі № 757/13635/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98232600> (дата звернення 10.04.2023)
5. Verdict of the High Anti-Corruption Court dated July 12, 2021 in case No. 757/13635/17. Retrieved from: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98232600> (access date 10.04.2023) (in Ukrainian).
6. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 19 лютого 2020 року по справі №295/7911/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87826881> (дата звернення 10.04.2023)
6. Resolution of the Criminal Court of Cassation as part of the Supreme Court dated February 19, 2020 in case No. 295/7911/18. Retrieved from: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87826881> (access date 10.04.2023) (in Ukrainian).
7. Вирок Вищого антикорупційного суду від 18 травня 2022 року по справі №991/10566/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104371206> (дата звернення 10.04.2023)
7. Verdict of the High Anti-Corruption Court dated May 18, 2022 in case No. 991/10566/20. Retrieved from: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104371206> (access date 10.04.2023) (in Ukrainian).
8. Вирок Вищого антикорупційного суду від 01 березня 2023 року по справі №203/94/18. URL: reyestr.court.gov.ua/Review/109276097
8. Verdict of the High Anti-Corruption Court dated March 1, 2023 in case No. 203/94/18. Retrieved from: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109276097> (access date 10.04.2023) (in Ukrainian).
9. Вирок Вищого антикорупційного суду від 02 вересня 2021 року по справі №349/508/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99349432> (дата звернення 10.04.2023)
9. Verdict of the High Anti-Corruption Court dated September 2, 2021 in case No. 349/508/16. Retrieved from: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99349432> (access date 10.04.2023) (in Ukrainian).
10. Вирок Вищого антикорупційного суду від 14 січня 2022 року по справі № 369/10079/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/102623071> (дата звернення 10.04.2023)
10. Verdict of the High Anti-Corruption Court dated January 14, 2022 in case No. 369/10079/17. Retrieved from: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/102623071> (access date 10.04.2023) (in Ukrainian)

11. Вирок Вищого антикорупційного суду від 25 вересня 2020 року по справі №752/4292/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91800240> (дата звернення 10.04.2023)
12. Вирок Вищого антикорупційного суду від 17 березня 2021 року по справі №758/1780/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95601523> (дата звернення 10.04.2023)
13. Вирок Вищого антикорупційного суду від 22 березня 2021 року по справі № 991/3921/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95786421> (дата звернення 10.04.2023)
14. Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 11 січня 2021 року по справі №752/4292/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/1078979> (дата звернення 10.04.2023)
15. Вирок Вищого антикорупційного суду від 30 липня 2021 року по справі №752/7440/18/ URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98685039> (дата звернення 10.04.2023)
16. Вирок Вищого антикорупційного суду від 20 липня 2022 року по справі №161/12522/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105339466> (дата звернення 10.04.2023)
17. Вирок Вищого антикорупційного суду від 12 травня 2021 року по справі №757/38626/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96838212> (дата звернення 10.04.2023)
18. Тализіна Я. О. Використання конфіденційного співробітництва у кримінальному провадженні: монографія. Київ: Алерта, 2023. 304 с.
19. Салтиков С. М. До питання процесуального оформлення слідчим конфіденційного співробітництва в кримінальному провадженні. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. Вип. 6. Т. 1. С. 128-132.
20. Вирок Вищого антикорупційного суду від 10 серпня 2022 року по справі
11. Verdict of the High Anti-Corruption Court dated September 25, 2020 in case No. 752/4292/16. Retrieved from: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91800240> (access date 10.04.2023) (in Ukrainian).
12. Verdict of the High Anti-Corruption Court dated March 17, 2021 in case No. 758/1780/17. Retrieved from: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95601523> (access date 10.04.2023) (in Ukrainian).
13. Verdict of the High Anti-Corruption Court dated March 22, 2021 in case No. 991/3921/20. Retrieved from: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95786421> (access date 10.04.2023). (in Ukrainian).
14. Resolution of the Appeals Chamber of the Higher Anti-Corruption Court dated January 11, 2021 in case No. 752/4292/16. Retrieved from: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94176224> (access date 10.04.2023)
15. Verdict of the Higher Anti-Corruption Court dated July 30, 2021 in case No. 752/7440/18/ Retrieved from: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98685039> (access date 10.04.2023) (in Ukrainian)
16. Verdict of the High Anti-Corruption Court dated July 20, 2022 in case No. 161/12522/18. Retrieved from: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105339466> (access date 10.04.2023) (in Ukrainian).
17. Verdict of the High Anti-Corruption Court dated May 12, 2021 in case No. 757/38626/17. Retrieved from: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96838212> (access date 10.04.2023) (in Ukrainian).
18. Talyzina, Ya. O. (2023) The use of confidential cooperation in criminal proceedings: a monograph. Kyiv. 304 p. (in Ukrainian).
19. Salytkov, S. M. (2017). To the issue of procedural registration by investigators of confidential cooperation in criminal proceedings. *Topical problems of domestic jurisprudence*. Issue 6. Vol. 1. P. 128-132. (in Ukrainian).
20. Verdict of the High Anti-Corruption Court dated August 10, 2022 in case

- №550/101/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105668400> (дата звернення 10.04.2023)
21. Вирок Вищого антикорупційного суду від 04 лютого 2022 року по справі №623/2988/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/102970928> (дата звернення 10.04.2023)
22. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 01 грудня 2020 року по справі №318/2921/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93438380> (дата звернення 10.04.2023)
23. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 31 серпня 2022 року по справі №756/10060/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/10614157> (дата звернення 10.04.2023)
24. Дроздов О. М. До проблеми допустимості доказів, отриманих прокурором на початку досудового розслідування. *Кримінальний процес: сучасний вимір та проспективні тенденції*: IV Харків. кримінал. процесуал. полілог, присвяч. 100-річчю від дня народж. докт. юрид. наук, проф. С.А. Альперта «Пів століття служіння науці та освіті» (м. Харків, 24 березня 2023 р.): зб. ст. / за заг. ред.: О. В. Капліної, В. В. Вапнярчука, С. Б. Фоміна. Харків: Право, 2023. С. 85-92.
25. Вирок Вищого антикорупційного суду від 17 жовтня 2022 року по справі №502/1960/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106766112> (дата звернення 10.04.2023)
- No. 550/101/18. Retrieved from: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105668400> (access date 10.04.2023) (in Ukrainian).
21. Verdict of the High Anti-Corruption Court dated February 4, 2022 in case No. 623/2988/18. Retrieved from: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/102970928> (access date 10.04.2023) (in Ukrainian).
22. Resolution of the Criminal Court of Cassation as part of the Supreme Court dated December 1, 2020 in case No. 318/2921/18. Retrieved from: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93438380> (access date 10.04.2023). (in Ukrainian).
23. Resolution of the Grand Chamber of the Supreme Court dated August 31, 2022 in case No. 756/10060/17. Retrieved from: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106141457> (access date 10.04.2023). (in Ukrainian).
24. Drozdov, O. M. (2023) To the problem of admissibility of evidence obtained by the prosecutor at the beginning of the pre-trial investigation. *Criminal process: modern dimension and prospective trends: IV Kharkiv criminal procedural polylogue, dedicate to the 100th anniversary of the birth dr. law Sciences, Prof. Alpert S. A. «Half a century of service to science and education»* (Kharkiv, March 24): collection of articles. Kharkiv P. 85-92. (in Ukrainian).
25. Verdict of the High Anti-Corruption Court dated October 17, 2022 in case No. 502/1960/17. Retrieved from: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106766112> (access date 10.04.2023) (in Ukrainian).

TOPICAL ISSUES OF PROTECTING THE RIGHTS AND LEGITIMATE INTERESTS OF THE ACCUSED IN CORRUPTION CRIMINAL PROCEEDINGS INVOLVING CONFIDANTS (REGARDING THE PROCEDURE FOR ATTRACTING A CONFIDANT BY AN AUTHORIZED ENTITY)

O. Malenko

In the scientific article, the author examines the theoretical and practical problems of the procedure for the investigator's involvement of a person in confidential cooperation and conducting covert investigative (search) actions during the pre-trial investigation of corruption criminal proceedings. It also reveals the issue of the use by the defence side of the established violations in the algorithm of

involving the relevant person in criminal proceedings in order to justify the inadmissibility of evidence obtained as a result of covert investigative (search) actions with the participation of the confidant.

Based on the analysis of the judicial practice of the High Anti-Corruption Court and the Appeals Chamber of the High Anti-Corruption Court, the author concluded that there is no uniform application of Article 275 of the Criminal Procedure Code of Ukraine in the activities of law enforcement agencies. Most often, investigators attract confidants by selecting an application for voluntary consent to confidential cooperation and participation in covert investigative (search) actions and the adoption of a corresponding resolution. There are cases of a decision on the participation of a confidant in criminal proceedings by the prosecutor when adopting a resolution on the conduct of covert investigative (search) actions – control over the commission of a crime (with the written consent of the person). The author has researched judicial practice in cases where the materials of criminal proceedings do not contain any procedural documents regarding the involvement of a confidant in covert investigative (search) actions and confidential cooperation.

The article stated the fact that the High Anti-Corruption Court and the Appeals Chamber of the High Anti-Corruption Court ignored all violations of the prosecution regarding the implementation of Article 275 of the Criminal Procedure Code of Ukraine.

Key words: criminal proceedings, covert investigative (search) actions, use of confidential cooperation, confidant, a realization of the right to defence.

DOI: <https://doi.org/10.33994/kndise.2023.68.26>
УДК 343.9

Ярослав Валентинович Неділько
асистент кафедри кримінального процесу та криміналістики

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1483-3479>
E-mail: nedilkoyaroslav@gmail.com

*Навчально-науковий інститут права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

**ПРАКТИЧНЕ ЗНАЧЕННЯ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ
КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ,
ПЕРЕДБАЧЕНИХ РОЗДІЛОМ XVI КК УКРАЇНИ**

Стаття присвячена дослідженню практичного значення криміналістичної характеристики кримінальних правопорушень, передбачених Розділом XVI КК України. Проаналізовано кореляційні зв'язки між елементами криміналістичної характеристики кримінальних правопорушень, передбачених статтею 361-1 КК України. Запропоновано при формуванні криміналістичної характеристики вказаних протиправних діянь використовувати можливості штучного інтелекту.