

*Маленко О. В.,**кандидат юридичних наук,**адвокат, керуючий партнер**Адвокатського об'єднання INTERLEGUM*

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ ОБВИНУВАЧЕНОГО В КОРУПЦІЙНИХ КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ ЗА УЧАСТІ КОНФІДЕНТІВ (ЩОДО СУБ'ЄКТА, ЯКИЙ УПОВНОВАЖЕНИЙ ЗАЛУЧАТИ КОНФІДЕНТА)

Анотація. В запропонованій статті розкривається теоретична та практична проблематика використання інституту конфіденційного співробітництва у кримінальному провадженні по корупційним кримінальним правопорушенням. Автором акцентовано увагу на відсутності чіткого нормативно-правового регулювання кола суб'єктів, які уповноважені вирішувати питання про залучення конфідента до здійснення досудового розслідування, що негативно впливає на правозастосовну практику. Також висвітлюються проблеми протиріч між нормами кримінального процесуального закону щодо проведення негласних слідчих (розшукових) дій за участі конфіденційних осіб та доктринальні дискусії з цього приводу в науці кримінального процесу.

Автором проведено вивчення судової практики Вищого антикорупційного суду та Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду за останні роки (2019-2023) щодо особливостей вирішення питання про участь конфідента в корупційних кримінальних провадженнях на підставі чого зроблено висновки про наявність значної кількості поглядів з приводу повноважень прокурора та слідчого залучати відповідних осіб та порядку оформлення такого рішення.

На відміну від інших доктринальних робіт з означеної проблематики, в даній статті наводяться міркування стосовно впливу сучасного стану правової регламентації використання конфіденційного співробітництва та актуальної судової практики в частині реалізації відповідних приписів кримінального процесуального закону на стан дотримання прав та законних інтересів обвинуваченого. Автором на основі вивчення вироків Вищого антикорупційного суду та ухвал Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду стверджується, що будь-які порушення сторони обвинувачення з приводу залучення конфідента на сьогодні визнаються неістотними, а тому не мають ніякого процесуального значення.

Водночас в правозастосовній практиці зустрічаються виправдувальні вирокі, які мотивовані невідповідністю порядку прийняття рішення про участь конфідента в корупційному кримінальному провадженні (неналежний суб'єкт ухвалення процесуального рішення), що зумовлює недопустимість доказів, які сторона обвинувачення отримує в результаті проведення негласних слідчих (розшукових) дій, проте це не є певною тенденцією, а швидше виняток із правила. Окрім того, в подальшому такі вирокі скасовуються судами вищих інстанцій.

На основі аналізу норм кримінального процесуального закону, практики його застосування та доктринальних здо-

бутків науки кримінального судочинства, автором констатується факт недоцільності формування позиції сторони захисту на спростуванні допустимості доказів сторони обвинувачення на підставі залучення конфідента неуповноваженим суб'єктом або ж неналежного процесуального оформлення прийняття ним відповідного рішення.

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

Постановка проблеми. Набуття чинності КПК України 2012 року було пов'язано з запровадженням у кримінальному процесі України інституту негласних слідчих (розшукових) дій, які до цього в кримінальному судочинстві нашої держави існували лише в межах оперативно-розшукової діяльності. Новизна вказаного кримінального процесуального явища та недоліки у його нормативно-правовій регламентації викликають істотні дискусії в доктрині вітчизняного кримінального процесуального права, а також складнощі в практичній діяльності щодо застосування відповідних приписів кримінального процесуального закону.

Серед негласних слідчих (розшукових) дій проблематика використання конфіденційного співробітництва в кримінальному провадженні викликає найбільше науково-теоретичних суперечок, зокрема, одні вчені-процесуалісти взагалі заперечують наявність такої самостійної негласної слідчої (розшукової) дії й розглядають її як допоміжний засіб, інші навпаки вважають його особливою негласною слідчою (розшуковою) дією. Водночас і представники юридичної науки, і практикуючі юристи наголошують на неналежному рівні нормативно-правового регулювання досліджуваного кримінального процесуального інституту, в т.ч. й з приводу суб'єкта, який уповноважений вирішувати питання про залучення конфідента до конфіденційного співробітництва. При таких обставинах надзвичайний доктринальний та практичний інтерес викликає судово-практика з порушеного питання та її вплив на стан захисту прав та законних інтересів обвинуваченого в кримінальному провадженні.

Стан дослідження. Проблематиці проведення негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному судочинстві України присвячені праці таких вітчизняних вчених-процесуалістів 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.О. Шилін, В.В. Шум, М.Є. Шумило, А.А. Щадило, А.М. Янчук та інших.

Безпосередньо актуальним проблемам використання конфіденційного співробітництва в кримінальному провадженні приділено увагу в наукових роботах наступних вчених в галузі кримінального процесуального права: 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 опрацювання відповідних теоретичних джерел свідчить, що поза увагою представників доктрини кримінального процесу залишаються питання реалізації функції захисту прав та законних інтересів обвинуваченого в кримінальному провадженні, оскільки в переважній більшості випадків досліджуються різноманітні аспекти діяльності сторони обвинувачення.

Мета статті полягає у вивченні сучасного стану нормативно-правового регулювання порядку залучення особи (щодо суб'єкта, який уповноважений вирішувати дане питання) до конфіденційного співробітництва в кримінальному провадженні, аналізі судової практики стосовно застосування положень КПК України, з'ясуванні особливостей впливу правозастосування на стан захисту прав і законних інтересів обвинуваченого в корупційних кримінальних провадженнях.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 8 Конституції України в Україні визнається і діє принцип верховенства права [1]. В галузі кримінального судочинства засада верховенства права означає закріплену в КПК України гарантію досягнення завдань кримінального провадження, що спрямована на забезпечення прав і свобод учасників кримінального провадження, захист від невинуватого втручання в права людини з боку суб'єктів кримінальної процесуальної діяльності, узгодження і баланс протилежних інтересів у кримінальному провадженні шляхом застосування конвенційних стандартів [2, с. 47]. З наведеного слідує, що вказаний принцип кримінального провадження має на меті досягнення завдань кримінального провадження до яких згідно ст. 2 КПК України, серед іншого, віднесено застосування належної правової процедури до кожного учасника кримінального провадження.

Категорія правова процедура в кримінальному процесі розглядається як встановлена кримінальним процесуальним законодавством система ієрархічно побудованих алгоритмів дій учасників кримінального провадження, модель розвитку кримінальних процесуальних відносин [3, с. 218]. Застосування належної процедури як завдання кримінального провадження означає таку діяльність всіх учасників кримінального провадження, яка здійснюється в суворій відповідності з нормами кримінального процесуального закону, та відповідає засадам кримінального судочинства.

Аналіз чинного КПК України дає підстави стверджувати, що у правовій регламентації проведення негласних слідчих (розшукових) дій наявні істотні прогалини, які свідчать про відсутність правової процедури (а отже, й можливості забезпечення її належності) щодо проведення окремих процесуальних дій (в т.ч. й переліку суб'єктів, які уповноважені їх здійснювати), а відповідно в практичній діяльності по захисту прав та законних інтересів обвинуваченого виникають істотні

труднощі з приводу допустимості доказів, які одержуються стороною обвинувачення за результатами проведення названих негласних заходів. Особливо гостро вказані проблемні питання проявляються в корупційних кримінальних провадженнях, де негласні слідчі (розшукові) дії мають надзвичайно широке застосування, й досить часто (наприклад, при одержанні неправомірної вигоди) ключовими або ж навіть єдиними доказами обвинувачення є фактичні дані, що здобуті внаслідок їх проведення.

Варто погодитися з міркуваннями М.А. Погорецького, що найбільш вразливими та незахищеними права особи стають в процесі здійснення негласних слідчих (розшукових) дій, адже тут відбувається найсуттєвіше втручання у них. Негласні засоби отримання доказової інформації можуть бути як ефективним засобом отримання доказів, так і засобом грубого порушення прав, свобод і законних інтересів осіб, які потрапляють до його сфери. Тому застосування таких засобів у кримінальному процесі потребує як постійного удосконалення його оперативності, так і процесуальних гарантій законності такого застосування та використання його результатів у кримінальному процесуальному доказуванні [4, с. 186]. Тобто самі по собі негласні слідчі (розшукові) дії становлять серйозне втручання у сферу прав, свобод та законних інтересів особи навіть у випадку їх проведення згідно порядку, передбаченого кримінальним процесуальним законом, а у разі відсутності або нечіткості відповідних кримінальних процесуальних приписів можливості для зловживань з боку правоохоронних органів суттєво збільшуються.

Чинний кримінальний процесуальний закон України передбачає можливість використання конфіденційного співробітництва у кримінальному судочинстві. Відповідний інститут є новелою для вітчизняного кримінального процесу, адже до 2012 року досліджуваний інструмент теоретично розроблявся та легально регулювався виключно в межах оперативно-розшукової діяльності. На сьогодні використання конфіденційного співробітництва в кримінальному провадженні має досить поверхневу регламентацію, оскільки його нормативне закріплення забезпечується лише ст. 275 КПК України.

За ч. 1 ст. 275 КПК України під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій слідчий має право використовувати інформацію, отриману внаслідок конфіденційного співробітництва з іншими особами, або залучати цих осіб до проведення негласних слідчих (розшукових) дій у випадках, передбачених КПК України [5]. Отже, в кримінальному судочинстві України конфіденційне співробітництво може використовуватися у таких двох формах: (1) для одержання інформації від конфідента та (2) залучення конфідента до проведення негласних слідчих (розшукових) дій.

Аналіз нормативно-правового регулювання досліджуваного кримінального процесуального інституту свідчить, що відсутня чітка регламентація тих, хто залучає до співпраці, як використовується інформація, як вона формалізується, по яких негласних слідчих (розшукових) діях можна використовувати конфідентів та під час розслідування яких злочинів [6, с. 112]. Як бачимо, використання конфіденційного співробітництва в сучасному кримінальному процесі України викликає суттєві теоретичні та практичні проблеми, які потребують нагального вирішення з боку законодавця. Для цілей нашого дослідження варто зосередитися на питаннях переліку суб'єктів, які упов-

новажені залучати конфідента до участі в кримінальному провадженні.

Очевидною проблемою, яка слідує з правового аналізу ч. 1 ст. 275 КПК України, є можливість залучення особи до конфіденційного співробітництва лише слідчим, адже про прокурора в даній кримінальній процесуальній нормі мова не йде взагалі. Такий підхід законодавця видається дивним, оскільки за таких обставин слідчий має більший обсяг повноважень у кримінальному провадженні, ніж прокурор, який здійснює процесуальне керівництво досудовим розслідуванням й згідно норм кримінального процесуального закону може самостійно проводити слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії.

Відповідно до ч. 6 ст. 246 КПК України за рішенням слідчого чи прокурора до проведення негласних слідчих (розшукових) дій можуть залучатися також інші особи [5]. З урахуванням того, що до проведення негласних слідчих (розшукових) дій можуть залучатися інші особи як слідчим, так і прокурором, правозастосовна практика переважно йде шляхом того, що прокурор наділений повноваженнями приймати рішення про участь конфідента в кримінальному провадженні.

У вирокі Вищого антикорупційного суду від 20 липня 2022 року по справі №161/12522/18 зазначено, що особа залучалась до конфіденційного співробітництва в кримінальному провадженні постановою прокурора, тобто після об'єднання кримінальних проваджень вказана особа вважається належним чином залученою до проведення негласних слідчих дій у об'єднаному кримінальному провадженні, а зібрані за участю такої особи докази по кожному окремому епізоду провадження вважаються належними і допустимими [7]. На переконання суду, винесення прокурором постанови про залучення конфідента до конфіденційного співробітництва згідно ст. 275 КПК України є законним, а відповідно докази отримані за участі такого суб'єкта є допустимими.

Згідно ч. 4 ст. 246 КПК України виключно прокурор має право прийняти рішення про проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії, як контроль за вчиненням злочину [5]. Вивчення правозастосовної практики свідчить, що практично завжди в постановях прокурора про проведення контролю за вчиненням злочину (в корупційних кримінальних провадженнях, як правило, у формі спеціального слідчого експерименту) прокурор вказує про залучення конфідента до конфіденційного співробітництва, хоча ні приписами ст. 251 КПК України, ні положеннями ч. 7 ст. 271 КПК України зазначене від прокурора не вимагається. Фактично йдеться про використання конфіденційного співробітництва у формі залучення конфідента до проведення негласних слідчих (розшукових) дій на підставі ч. 1 ст. 275 КПК України. З аналізу судової практики в корупційних кримінальних провадженнях вбачається, що часто сторона захисту посилається на недопустимість доказів, які були отримані обвинуваченням за результатами проведення негласних слідчих (розшукових) дій, якщо рішення про залучення конфідента до конфіденційного співробітництва прийняв прокурор шляхом оформлення постанови про контроль за вчиненням злочину.

У вирокі Вищого антикорупційного суду від 18 травня 2022 року по справі №991/10566/20 вказано, що прокурор, здійснюючи нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням, уповноважений доручати слідчому,

органу досудового розслідування проведення у встановлений прокурором строк слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій або давати вказівки щодо їх проведення чи брати участь у них, а в необхідних випадках – особисто проводити слідчі (розшукові) та процесуальні дії в порядку, визначеному КПК України. Відповідно до ч. 4 ст. 246 КПК України виключно прокурор має право прийняти рішення про проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії, як контроль за вчиненням злочину. Зі змісту ч. 6 ст. 246 КПК України випливає, що слідчий чи прокурор своїм рішенням визначають осіб, яких слід залучити до проведення негласних слідчих (розшукових) дій. В даній нормі не обмежене коло осіб, які можуть залучатися слідчим чи прокурором до проведення негласних слідчих (розшукових) дій, тобто до їх проведення залучаються ті особи, участь яких сприятиме належному проведенню процесуальної дії. Отже, до дискреційних повноважень прокурора належить вирішення того, кого конкретно слід залучити до проведення будь-якої негласної слідчої (розшукової) дії. В контексті ч. 6 ст. 246 КПК України конфідент був іншою особою, а тому, залучаючи його до проведення негласних слідчих (розшукових) дій, прокурор, здійснюючи процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, реалізував свої дискреційні повноваження, передбачені зазначеною нормою. Посилання захисника на незаконність відповідного рішення прокурора є неспроможними [8]. Таким чином, прокурор уповноважений вирішувати питання про участь конфідента в кримінальному провадженні шляхом його залучення до проведення негласних слідчих (розшукових) дій при реалізації свого виключного повноваження щодо надання дозволу на проведення контролю за вчиненням злочину (без прийняття окремого рішення, в т.ч. й у формі постанови).

Відповідні міркування суду обґрунтовуються протиріччям між приписами ч. 6 ст. 246 КПК України та ч. 1 ст. 275 КПК України, де передбачено право залучення «інших осіб» до проведення негласних слідчих (розшукових) дій: у першому випадку – слідчим та прокурором, а в другому випадку – виключно слідчим. В доктрині кримінального процесу наявні дві протилежні думки з цього питання: (1) сутність першого підходу полягає в тому, що категорії «інші особи» у ч. 6 ст. 246 КПК України та в ч. 1 ст. 275 КПК України є тотожними й право залучати інших осіб (в т.ч. й конфідентів) належить і прокурору, і слідчому; вказану розбіжність слід усунути шляхом внесення змін до ч. 1 ст. 275 КПК України щодо надання відповідних повноважень прокурору поряд зі слідчим [9, с. 88-89]; (2) протилежна позиція зводиться до того, що поняття «інші особи» в ч. 6 ст. 246 КПК України передбачає участь оперативних працівників, спеціалістів, співробітників технічних підрозділів, перекладачів, заявників, потерпілих, свідків, викривачів тощо (їх участь у проведенні негласних слідчих (розшукових) дій полягає у сприянні та наданні певної допомоги в організації таких негласних заходів), а термін «інші особи» в ч. 1 ст. 275 КПК України охоплює виключно конфідентів, що характеризується як співробітництво (спільна діяльність конфідента та правоохоронного органу) [10, с. 343-345].

Враховуючи факт відсутності на сьогодні спеціального статусу в конфідента згідно положень кримінального процесуального закону України, передчасно вести мову про будь-яку відмінність між конфідентом-свідком (заявником, потерпілим) у відповідності до ч. 1 ст. 275 КПК України та свідком, потер-

пілим, заявником за ч. 6 ст. 246 КПК України. Разом з цим, в майбутньому не виключаємо можливість внесення змін до КПК України з приводу нормативної регламентації специфіки конфідента як учасника кримінального провадження, що потребуватиме удосконалення кримінальних процесуальних норм з метою усунення тих чи інших протиріч. Водночас запровадженню означених новел має передувати ґрунтовна теоретико-правова розробка досліджуваної кримінальної процесуальної категорії та її відмежування від конфіденційного співробітництва й правового положення конфідента в науці та практиці оперативно-розшукової і контррозвідувальної діяльності.

В науковій юридичній літературі з проблематики кримінального судочинства цілком справедливо наголошується, що мають місце ситуації, коли необхідна блискавична реакція з боку правоохоронних органів (наприклад, коли заявник із повідомленням про злочин звертається до прокурора). У таких випадках передача кримінального провадження, зареєстрованого прокурором, з органу прокуратури до органу досудового розслідування, призначення слідчих у кримінальному провадженні, ознайомлення їх з матеріалами, підготовка клопотань про надання дозволу на проведення негласних слідчих (розшукових) дій, які ще необхідно погоджувати у прокурора перед подачею слідчому судді на розгляд, призведе лише до затягування часу. У той час як прокурор може самостійно здійснити всі необхідні слідчі (розшукові) дії, негласні слідчі (розшукові) дії й інші процесуальні дії у відповідному кримінальному провадженні. І все це за умови, що до конфіденційного співробітництва заявника чи іншу особу прокурор залучить самостійно і в жодному своєму процесуальному рішенні не буде залежати від слідчого [11, с. 257]. Наведені міркування заслуговують на увагу, адже хоча за концепцією чинного кримінального процесуального закону України функція проведення досудового розслідування кримінального провадження покладена на слідчого, а функція здійснення нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва реалізується прокурором, останній не позбавлений можливості самостійно проводити слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії, що очевидно потребує надання можливості залучати конфідента до конфіденційного співробітництва прокурором.

У практичній діяльності поширені випадки, коли особу до конфіденційного співробітництва залучає спершу слідчий (в порядку ч. 1 ст. 275 КПК України), а згодом і прокурор (згідно ч. 6 ст. 246 КПК України) під час прийняття ним рішення про проведення контролю за вчиненням злочину. Зокрема, у вироку Вищого антикорупційного суду від 01 березня 2023 року по справі №203/94/18 суд відмовляючи в доводах сторони захисту щодо недопустимості протоколів про проведення негласних слідчих (розшукових) дій, виходячи з відсутності у прокурора повноважень залучати особу до конфіденційного співробітництва, вказав, що в матеріалах кримінального провадження наявна заява конфідента про надання добровільної згоди на залучення до проведення негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному провадженні, яка адресована слідчому, а постановою слідчого про залучення особи до проведення негласних слідчих (розшукових) дій конфідента було залучено до їх проведення, отже, вимоги ч. 1 ст. 275 КПК України у цьому випадку дотримані. Факт того, що згода особи на конфіден-

ційне співробітництво отримана до винесення постанови про проведення негласних слідчих (розшукових) дій, об'єктивно не впливає на правомірність подальшого проведення контролю за вчиненням злочину, адже він проведений за попередньої добровільної згоди особи [12]. У вироку Вищого антикорупційного суду від 18 травня 2022 року по справі №991/10566/20 зроблено висновок, що прокурор своєю постановою залучав конфідента до проведення негласних слідчих (розшукових) дій, адже саме останнього обвинувачений просив надати неправомірну вигоду, у зв'язку з чим лише конфідент міг на виконання відповідних домовленостей передати неправомірну вигоду обвинуваченому. Суд наголошує, що прокурор не залучав потерпілого до конфіденційного співробітництва, адже останній був залучений як конфідент на підставі постанови детектива Національного антикорупційного бюро України [8]. Як бачимо, відсутність належної правової регламентації використання конфіденційного співробітництва в чинному КПК України зумовлює потребу кілька разів приймати рішення про залучення однієї і тієї ж особи до конфіденційного співробітництва в кримінальному провадженні, що призводить до зайвої витрати процесуальних ресурсів правоохоронних органів та ускладнення для сторони захисту обґрунтування недопустимості доказів обвинувачення.

Аналіз актуальної практики застосування норм кримінального процесуального закону України по корупційним кримінальним провадженням свідчить про наявність випадків, коли залучення прокурором конфідента до конфіденційного співробітництва у кримінальному провадженні визнається незаконним. Я.О. Талізін зазначає, що судова практика ставить під сумнів право прокурора користуватись повноваженнями з приводу використання конфіденційного співробітництва, визнаючи протиправним відповідну постанову прокурора, а за правилом «плодів отруєного дерева» всі докази, які були отримані під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій за участі конфідентів, є недопустимими, що призводить до ухвалення виправдувальних вироків і не притягнення винуватих осіб до відповідальності, передбаченої законом, виключно з підстав процесуальних порушень [9, с. 86-87]. З такими доводами не можна погодитися, оскільки на сьогодні застосування судом відповідних норм КПК України свідчить про протилежні тенденції. В одних випадках, визнаючи постанови про залучення конфідентів до конфіденційного співробітництва в кримінальному провадженні незаконними, суд вказує на істотність порушення вимог КПК України й визнає докази недопустимими, однак в багатьох інших кримінальних провадженнях судом за результатами констатації незаконності таких постанов прокурорів наголошується на неістотності допущених порушень кримінального процесуального закону, а тому докази обвинувачення є допустимими.

У вироку Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 23 липня 2019 року по справі №243/7153/16 зазначається, що згоду конфідент на конфіденційне співробітництво надав 18 лютого 2016 року, а його залучення до конфіденційного співробітництва під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій відбулося лише постановою прокурора про проведення негласної слідчої (розшукової) дії – контроль за вчиненням злочину, від 29 березня 2016 року. За змістом постанови конфідента залучено до конфіденційного співробітництва під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій

у цьому кримінальному провадженні, а не лише під час здійснення контролю за вчиненням злочину. Згідно ст.ст. 36 та 271 КПК України не передбачено право прокурора залучати осіб до конфіденційного співробітництва. Імперативною нормою ст. 275 КПК України чітко передбачені повноваження слідчого щодо використання інформації, отриманої внаслідок конфіденційного співробітництва з іншими особами, або залучати цих осіб до проведення негласних слідчих (розшукових) дій у випадках, передбачених КПК України. Прокурором порушено вимоги ст. 275 КПК України, отже залучення конфідента до проведення негласних слідчих (розшукових) дій, яке було здійснено постановою прокурора, відбулось шляхом реалізації прокурором повноважень, не передбачених КПК України [13]. Аналогічна правова позиція викладена у виправдувальному вирокі Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 01 листопада 2019 року по справі №243/6086/18 [14]. На переконання суду, означені порушення вимог кримінального процесуального закону є істотними, що має процесуальним наслідком визнання доказів сторони обвинувачення недопустимими та ухвалення виправдувального вироку. Однак згодом дані вирокі були скасовані судом апеляційної інстанції.

У вирокі Вищого антикорупційного суду від 03 червня 2021 року по справі №754/10882/17 колегія суддів дійшла висновку, що при прийнятті прокурором постанови про проведення негласних слідчих (розшукових) дій – контроль за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту, конфідента було залучено до конфіденційного співробітництва. Матеріали кримінального провадження не містять окремого процесуального рішення детектива чи прокурора про залучення конфідента до конфіденційного співробітництва, що узгоджується з приписами кримінального процесуального закону [15]. Йдеться про відсутність потреби винесення окремої постанови слідчим чи прокурором з приводу залучення конфідента до конфіденційного співробітництва в кримінальному провадженні.

Тим не менш, при апеляційному перегляді вказаного вироку Апеляційна палата Вищого антикорупційного суду в ухвалі від 18 січня 2022 року по справі №754/10882/17 вирішила, що міркування суду першої інстанції з приводу залучення прокурором конфідента постановою про проведення негласних слідчих (розшукових) дій – контроль за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту, є помилковими. Прокурор у вказаній постанові тільки констатував одержання згоди від особи на її залучення до конфіденційного співробітництва та проведення негласних слідчих (розшукових) дій. КПК України не містить вимоги щодо окремого оформлення у формі постанови рішення щодо залучення особи до участі в проведенні негласних слідчих (розшукових) дій, тому відсутність у матеріалах кримінального провадження рішення про відповідне залучення із даними про особу, яка залучала конфідента до конфіденційного співробітництва, не свідчить про наявність таких порушень, які б могли призвести до ухвалення незаконного та/або необґрунтованого рішення; залучення конфідента до участі в контролі за вчиненням злочину було обумовлено об'єктивними обставинами та відповідає положенням ч. 6 ст. 246 КПК України [16]. З наведеного вбачаються такі висновки: (1) залучення конфідента в порядку ч. 1 ст. 275 КПК України не передбачає прийняття слідчим рішення, а тому й не потребує винесення ним будь-якої окремої постанови; (2) прокурор

може залучати конфідента до участі в проведенні негласних слідчих (розшукових) дій на підставі ч. 6 ст. 246 КПК України, однак в цьому випадку має місце не прийняття ним рішення про участь особи в негласних заходах, а виключно констатація факту добровільної згоди такого суб'єкта на співробітництво з правоохоронними органами; (3) враховуючи відсутність рішення прокурора чи слідчого з вказаного питання як у формі постанови, так і в будь-якій іншій формі, яка відповідає вимогам, що висуваються до постанови, а також потреби у наявності такого процесуального документа з огляду на приписи кримінального процесуального закону, виключаються будь-які порушення (як істотні, так і не істотні) норм КПК України при залученні особи до конфіденційного співробітництва.

Такі висновки щодо допустимості доказів обвинувачення, які були отримані за результатами проведення негласних слідчих (розшукових) дій за участі конфідентів, без письмового рішення слідчого чи прокурора про його залучення до конфіденційного співробітництва в кримінальному провадженні, підтверджується вивченням актуальної судової практики по корупційним кримінальним провадженням.

Зокрема, у вирокі Вищого антикорупційного суду від 12 травня 2021 року №757/38626/17 наголошується, що відсутність у матеріалах кримінального провадження процесуального рішення слідчого чи прокурора про залучення конфідента до проведення негласних слідчих (розшукових) дій не відповідає положенням ч. 6 ст. 246 КПК України. Разом з цим, таке порушення не є істотним, а тому не має наслідком визнання недопустимими доказів. Відсутність в матеріалах кримінального провадження підтвердження встановлення конфіденційного співробітництва з особою не змінюють правового змісту проведених процесуальних дій в межах негласних слідчих (розшукових) дій та не ставлять під сумнів адекватність, правову обізнаність або добровільність на проведення таких дій цієї особи. Згідно ст. 275 КПК України не передбачено отримання заяви чи укладення угоди про конфіденційне співробітництво з особою, як не передбачено і прийняття відповідного рішення стосовно цієї обставини. Під час розгляду кримінального провадження встановлена відсутність провокації з боку залученого до проведення негласних слідчих (розшукових) дій конфідента, а факт такої участі він підтвердив та повно й послідовно давав пояснення про обставини цієї негласної слідчої (розшукової) дії в судовому засіданні, що свідчить про добровільну згоду на участь у ній [17].

Аналогічна правова позиція викладена у вирокі Вищого антикорупційного суду від 17 жовтня 2022 року №502/1960/17, де суд відхиляючи доводи сторони захисту щодо відсутності в матеріалах кримінального провадження жодного процесуального рішення про залучення особи до конфіденційного співробітництва, вказав, що за ч. 6 ст. 246, ч. 1 ст. 275 КПК України за рішенням прокурора та слідчого під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій можуть бути залучені особи, які діють в режимі конфіденційного співробітництва. Дані норми не передбачають для слідчого чи прокурора специфічної форми рішення (у формі постанови тощо) про залучення особи до проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання конфіденційного співробітництва. Відсутність окремого письмового процесуального рішення слідчого чи прокурора про залучення особи до конфіденційного співробітництва не є підставою для визнання доказів, здобутих за наслідками про-

ведення негласних слідчих (розшукових), недопустимими. Про прийняття такого рішення можуть вказувати інші матеріали кримінального провадження (показання конфідента та відеозаписи, які одержані під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій, заяви конфідента про надання згоди на участь у проведенні гласних та негласних слідчих (розшукових) дій), що свідчить про добровільність співпраці конфідента з правоохоронцями [18].

Аналіз наведених судових рішень дає підстави дійти таких висновків: (1) залучення прокурором та слідчим конфідента до проведення негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному провадженні (як на підставі ч. 6 ст. 246 КПК України, так і в порядку ч. 1 ст. 275 КПК України) здійснюється без оформлення будь-якого письмового рішення; (2) факт залучення конфідента повинен підтверджуватися доказами, які наявні в матеріалах кримінального провадження, а не процесуальними рішеннями уповноважених суб'єктів; (3) ключове значення має ознака добровільності конфіденційного співробітництва між конфідентом та правоохоронцями.

З приводу останнього в чинному КПК України не міститься будь-яких вимог, тому видається дивним надмірне акцентування уваги колегією суддів на такій характеристиці взаємовідносин «конфідент-сторона обвинувачення», адже очевидно, що навіть у випадку відмови конфідента від визнання добровільності його залучення до кримінального провадження (під тиском, погрозами, шантажем, підкупом тощо), суд навряд чи визнає відповідні докази недопустимими з цієї підстави.

Варто звернути увагу на твердження, які наводяться судами під час розгляду корупційних кримінальних проваджень для спростування будь-яких доводів сторони захисту, зокрема: (1) ухвалення рішення про залучення особи до конфіденційного співробітництва має за мету забезпечення її захистом держави і не впливає на допустимість доказів [8]; (2) 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 [18]. Тобто порядок залучення конфідента до конфіденційного співробітництва у кримінальному провадженні не впливає на права та законні інтереси обвинуваченого в кримінальному судочинстві, а тому докази, одержані за участі такого суб'єкта, не можуть визнаватися недопустимими (йдеться про концепцію «завідомої» допустимості доказів обвинувачення).

Висновки. Правовий аналіз судової практики в корупційних кримінальних провадженнях за участі конфідентів свідчить, що такі особи залучаються до конфіденційного співробітництва слідчим та/або прокурором наступними способами: (1) окремою постановою слідчого; (2) окремою постановою прокурора; (3) постановою прокурора про проведення негласної слідчої (розшукової) дії – контроль за вчиненням злочину; (4) спершу постановою слідчого, згодом постановою прокурора; (5) без прийняття будь-якого письмового процесуального рішення слідчим або прокурором. Однак для сторони захисту не має особливого значення яким рішенням та хто з суб'єктів зі сторони обвинувачення залучив конфідента в кримінальне провадження,

адже на допустимість доказів це не впливає, за винятком поодиноких випадків у судовій практиці, що навряд чи можна враховувати при розробці стратегії та тактики захисту клієнтів по досліджуваній категорії кримінальних проваджень.

Література:

1. Конституція України від 28 червня 1996 року. *Відомості Верховної Ради*. 1996. №30. Ст. 141.
2. Михайленко В.В. Реалізація засади верховенства права у кримінальному провадженні: монографія. Київ: Паливода А.В. 2019. 256 с.
3. Циганюк Ю.В. «Належна правова процедура» як системна правова категорія вітчизняного кримінального процесу. *Порівняльно-аналітичне право*. 2014. №3. С. 217-219.
4. Погорельський М.А. Проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у доказуванні. *Актуальні питання досудового розслідування слідчими органів внутрішніх справ: проблеми теорії та практики*: Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Дніпропетровськ, 18-19 квітня 2013 р.). Київ. 2013. С. 186-192.
5. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. №9-10, 11-12, 13. Ст. 8.
6. Багрий М.В., Луцик В.В. Процесуальні аспекти негласного отримання інформації: вітчизняний та зарубіжний досвід: монографія. Харків: Право. 2017. 376 с.
7. Вирок Вищого антикорупційного суду від 20 липня 2022 року по справі №161/12522/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105339466>
8. Вирок Вищого антикорупційного суду від 18 травня 2022 року по справі №991/10566/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104371206>
9. Тализіна Я.О. Використання конфіденційного співробітництва у кримінальному провадженні: монографія. Київ: Алерта. 2023. 304 с.
10. Бабіков О.П. Негласні слідчі (розшукові) дії: правове регулювання, організація проведення, тактика, зразки процесуальних документів. *Наук.-дослід. ін-т публ. права*. Київ: ТОВ «НВП «Інтерсервіс». 2022. 392 с.
11. Тализіна Я.О. Повноваження слідчого, прокурора та співробітника оперативного підрозділу щодо залучення інших осіб до конфіденційного співробітництва у кримінальному провадженні. *Проблеми законності*. Харків, 2020. Вип. 150. С. 253-265.
12. Вирок Вищого антикорупційного суду від 01 березня 2023 року по справі №203/94/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109276097>
13. Вирок Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 23 липня 2019 року по справі №243/7153/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83188198>
14. Вирок Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 01 листопада 2019 року по справі №243/6086/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85338600>
15. Вирок Вищого антикорупційного суду від 03 червня 2021 року по справі №754/10882/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97399938>
16. Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 18 січня 2022 року по справі №754/10882/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/102720962>
17. Вирок Вищого антикорупційного суду від 12 травня 2021 року по справі №757/38626/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96838212>
18. Вирок Вищого антикорупційного суду від 17 жовтня 2022 року по справі №502/1960/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106766112>

Malenko O. Actual problems of protecting the rights and legitimate interests of the accused in corruption criminal proceedings with the participation of confidants (regarding the entity authorized to involve the confidant)

Summary. The proposed article reveals the theoretical and practical issues of using the institute of confidential cooperation in criminal proceedings on corruption criminal offenses. The author focused attention on the lack of clear regulatory and legal regulation of the range of subjects authorized to decide on the involvement of a confidant in pre-trial investigation, which negatively affects law enforcement practice.

Problems of contradictions between the norms of the Criminal Procedural Law regarding the conduct of covert investigative (search) actions with the participation of confidential persons and doctrinal discussions on this issue in the science of criminal procedure are also highlighted.

The author conducted a study of the judicial practice of the High Anti-Corruption Court and the Appeals Chamber of the High Anti-Corruption Court in recent years (2019-2023) regarding the peculiarities of solving the issue of the participation of a confidant in corruption criminal proceedings, on the basis of which conclusions were drawn about the existence of a significant number of views regarding the right of the prosecutor and investigator to involve relevant persons and the procedure for making such a decision.

In contrast to other doctrinal resources on this issue, this article provides considerations regarding the influence of the current state of legal regulation of the use of confidential cooperation and current judicial practice regarding

the implementation of the provisions of the Criminal Procedural Law in this part on the state of compliance with the rights and legitimate interests of the accused. Based on the study of the judgments of the High Anti-Corruption Court and the decisions of the Appeals Chamber of the High Anti-Corruption Court, the author claims that any violations by the prosecution regarding the involvement of a confidant are currently recognized as insignificant and, accordingly, have no procedural significance.

At the same time, in law enforcement practice, acquittals are found, which are motivated by the inadequacy of the procedure for making a decision on the participation of a confidant in corruption criminal proceedings (improper person making a procedural decision), which causes the inadmissibility of evidence that the prosecution receives as a result of covert investigative (search) actions, however, this is not a definite trend, but rather an exception to the rule. In addition, in the future, such sentences are canceled by the courts of higher instances.

On the basis of the analysis of the norms of the Criminal Procedural Law, the practice of its application and the doctrinal achievements of the science of criminal justice, the author states the fact of the inexpediency of structuring the position of the defense on refuting the admissibility of the evidence of the prosecution on the basis of the involvement of a confidant by an unauthorized subject or the improper procedural design of the relevant decision.

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