

**ЗАКЛАД ВИЩОЇ ОСВІТИ
«ЛЬВІВСЬКИЙ УНІВЕРСИТЕТ БІЗНЕСУ ТА ПРАВА»
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ «ЛЬВІВСЬКА ПОЛІТЕХНІКА»
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ**

Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису

ЗАТОЛОЧНИЙ ВІТАЛІЙ СЕМЕНОВИЧ

УДК 343.9 (477)

**ДИСЕРТАЦІЯ
КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЗАВІДОМО
НЕЗАКОННЕ ЗАТРИМАННЯ, ПРИВІД, ДОМАШНІЙ
АРЕШТ, ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ**

12.00.08 – кримінальне право та криминологія; кримінальновиконавче право.

Подається на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело

_____ В. С. Затолочний

Науковий керівник – Гумін Олексій Михайлович, доктор юридичних наук, професор

Львів – 2022

АНОТАЦІЯ

Затолочний В.С. Кримінальна відповідальність за завідомо незаконне затримання, привід, домашній арешт, тримання під вартою. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.08 – кримінальне право та криминологія; кримінальновиконавче право. – Заклад вищої освіти «Львівський університет бізнесу та права», Національний університет «Львівська політехніка», Львів, 2022.

Дисертація присвячена аналізу питання кримінальної відповідальності за завідомо незаконне затримання, привід, домашній арешт, тримання під вартою. У результаті виконаної роботи отримано певні науково-теоретичні результати, які мають значення не лише для науки, а й для діяльності правоохоронних органів.

Історико-правовий аналіз джерел вітчизняного кримінального права дав змогу встановити, що елементи такого роду норм містились ще у Руській Правді та Литовських статутах, проте вперше норми, що прямо передбачали кримінальну відповідальність уповноважених посадових осіб за незаконне застосування кримінально-процесуальних засобів примусу, були передбачені лише в статті 649 глави 37 Кримінального уложення 1903 р.

Дослідження зарубіжних КК дозволило встановити, що практично всі кримінальні кодекси т.-зв. «старих» держав Європейського Союзу (наприклад, ФРН, Франції, Іспанії) закріплюють кримінальне правопорушення, яке посягає на волю особи. Кримінальне законодавство східноєвропейських держав із соціалістичним минулим (наприклад, Польща, Болгарія) у розділах про кримінальні правопорушення проти правосуддя, як правило, не передбачає спеціальної норми, яка встановлює відповідальність за незаконне кримінально-процесуальне позбавлення чи обмеження волі, тоді як відповідальність за незаконне застосування заходів

процесуального примусу, пов'язаних з позбавленням волі, настає за загальними нормами про кримінальні правопорушення проти особистої свободи та кримінальні правопорушення по службі (посадові злочини). Кримінальне законодавство держав, які свого часу входили до складу СРСР, містять самостійну норму (норми), яка (які) встановлює (встановлюють) кримінальну відповідальність за незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою.

Виходячи з базових (основних) принципів криміналізації діяння, а також з аналізу останніх з прив'язкою до досліджуваної кримінально-правової норми, можна констатувати, що криміналізація незаконного затримання, приводу, домашнього арешту або тримання під вартою є повною мірою виправданою, зі збігом часу не втратила своєї актуальності і в подальшому має бути збереженою як у чинному КК України, так і у майбутньому КК України, проєкт якого зараз активно розробляється.

Родовим об'єктом кримінального правопорушення, передбаченого статтею 371 КК України, є правосуддя, а основним безпосереднім об'єктом – регламентована законодавством діяльність суду та інших правоохоронних органів по реалізації мети та завдань правосуддя (у його широкому розумінні) у частині забезпечення законного затримання, приводу, домашнього арешту та тримання під вартою, водночас, додатковим обов'язковим об'єктом – життя і здоров'я особи, її свобода і особиста недоторканість, а також майнові та інші права та законні інтереси.

Об'єктивна сторона складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 статті 371 КК України, проявляється у незаконному затриманні та приводі, а ч. 2 статті 371 КК України – у незаконному домашньому арешті та триманні під вартою.

З урахуванням запропонованих у науці кримінального права теоретичних підходів до розуміння поняття «завідомості», слід визнати, що використання в диспозиції ч. 1 та ч. 2 статті 371 КК України цієї ознаки

свідчить про усвідомлення особою об'єктивно існуючих якостей, властивостей вчиненого нею діяння, його фактичних ознак і вказує на можливість вчинення завідомо незаконних затримання, приводу, домашнього арешту або тримання під вартою виключно з прямим умислом.

Суб'єкт кримінального правопорушення, передбаченого статтею 371 КК України, – спеціальний.

Стаття 371 КК України у частині 3 передбачає кваліфікуючі ознаки такого діяння як завідомо незаконне затримання, привід, домашній арешт та тримання під вартою. До них відносяться спричинення відповідними діяннями тяжких наслідків та вчинення цих діянь з корисливих мотивів або в інших особистих інтересах.

Суттєвими критеріями відмежування кримінальних правопорушень, передбачених статтею 371 КК України, від суміжних складів кримінальних правопорушень, зокрема передбачених ст. 364, ст. 365, ст. 146 та ст. 146-1 КК України, є їх родовий та безпосередній об'єкти, а також суб'єктний склад, що обмежується службовими особами, уповноваженими за законом застосовувати запобіжні заходи, привід.

Викладені у роботі висновки і пропозиції можуть бути використані у: науково-дослідній сфері як підґрунтя для подальших загальнотеоретичних наукових досліджень проблем кримінального права; навчальному процесі при викладанні Загальної та Особливої частин кримінального права та відповідних спецкурсів, підготовки навчальних посібників, підручників, науково-практичних коментарів, проведення науково-дослідних робіт; нормотворчому процесі при розробці пропозицій щодо подальшого вдосконалення кримінального законодавства України; правозастосовній діяльності для удосконалення діяльності судових органів у сфері їх професійної діяльності.

Розділ 1 «Історико-правовий розвиток та соціальна обумовленість кримінально-правових норм про відповідальність за завідомо незаконне

затримання, привід, домашній арешт, тримання під вартою» містить три підрозділи.

У підрозділі 1.1 *«Історичний розвиток законодавства про кримінальну відповідальність за завідомо незаконне обмеження чи позбавлення волі особи у кримінальному провадженні»* вказано, що хоча кримінальна відповідальність за несправедливе (нечесне) рішення осіб, уповноважених чинити правосуддя, була історично притаманна вітчизняному праву ще з давніх часів, проте, окрема норма, яка передбачала б покарання за незаконний арешт, була передбачена лише в статті 649 глави 37 *«Про злочинні діяння по службі державній і громадській»* Кримінального уложення 1903 р.

У підрозділі 1.2 *«Кримінальна відповідальність за завідомо незаконне затримання, привід, домашній арешт, тримання під вартою за зарубіжним законодавством»* проведено аналіз кримінально-правових інститутів, які встановлюють відповідальність за діяння, пов'язані з незаконним затриманням, приводом, домашнім арештом та триманням під вартою, у зарубіжних державах.

Дослідження зарубіжних КК дозволяє зробити висновок, що практично всі кримінальні кодекси т.-зв. «старих» держав Європейського Союзу (наприклад, ФРН, Франції, Іспанії) закріплюють кримінальне правопорушення, яке посягає на волю особи. Тільки КК Швейцарії та КК Голландії не віднесли до самостійного складу кримінального правопорушення явно незаконне взяття під варту чи утримання під вартою, а криміналізують згадані діяння загальними нормами.

Кримінальне законодавство східноєвропейських держав із соціалістичним минулим (наприклад, Польща, Болгарія) у розділах про кримінальні правопорушення проти правосуддя, як правило, не передбачає спеціальної норми, яка встановлює відповідальність за незаконне кримінально-процесуальне позбавлення чи обмеження волі, тоді як відповідальність за незаконне застосування заходів процесуального

примусу, пов'язаних з позбавленням волі, настає за загальними нормами про кримінальні правопорушення проти особистої свободи та кримінальні правопорушення по службі (посадові злочини).

Кримінальне законодавство держав, які свого часу входили до складу СРСР, містять самостійну норму (норми), яка (які) встановлює (встановлюють) кримінальну відповідальність за незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою.

У підрозділі 1.3 «Соціальна обумовленість виділення норм про кримінальну відповідальність, підстави та принципи криміналізації завідомо незаконного затримання, приводу, домашнього арешту, тримання під вартою» здійснено аналіз соціальних передумов криміналізації завідомо незаконного затримання, приводу, домашнього арешту, тримання під вартою. Доведено, що виходячи з базових (основних) принципів криміналізації діяння, а також з аналізу останніх з прив'язкою до досліджуваної кримінально-правової норми, однозначно можна констатувати, що криміналізація незаконного затримання, приводу, домашнього арешту або тримання під вартою є повною мірою виправданою, зі збігом часу не втратила своєї актуальності і в подальшому має бути збереженою як у чинному КК України, так і у майбутньому КК України, проєкт якого зараз активно розробляється.

Розділ 2 «Юридичний аналіз складу кримінального правопорушення «Завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою»» охоплює чотири підрозділи.

У підрозділі 2.1 «Об'єкт складу кримінального правопорушення, передбаченого статтею 371 КК України» зазначено, що родовим об'єктом досліджуваного кримінального правопорушення потрібно вважати правосуддя, основним безпосереднім об'єктом – регламентовану законодавством діяльність суду та інших правоохоронних органів по реалізації мети та завдань правосуддя (у його широкому розумінні) у частині забезпечення законного затримання, приводу, домашнього арешту

та тримання під вартою, а додатковим обов'язковим об'єктом – життя і здоров'я особи, її свободу і особисту недоторканість, а також майнові та інші права та законні інтереси.

Підрозділ 2.2 «Об'єктивна сторона складу кримінального правопорушення «Завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою» доводить, що остання проявляється у формі діяння, а саме незаконного затримання та приводу (ч. 1 статті 371 КК України) та незаконного домашнього арешту та тримання під вартою (ч. 2 статті 371 КК України).

Кримінальне правопорушення, передбачене частинами 1 і 2 статті 371 КК України, є закінченим з моменту вчинення передбачених у них дій, а саме з моменту порушення права особи бути затриманою, заарештованою або триматися під вартою лише на встановлених в законі підставах та відповідно до особливої процедури.

У підрозділі 2.3 «Ознаки суб'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, передбаченого статтею 371 КК України» зазначається, що з урахуванням запропонованих у науці кримінального права теоретичних підходів до розуміння поняття «завідомості», слід визнати, що використання в диспозиції ч. 1 та ч. 2 статті 371 КК України цієї ознаки свідчить про усвідомлення особою об'єктивно існуючих якостей, властивостей вчиненого нею діяння, його фактичних ознак і вказує на можливість вчинення завідомо незаконних затримання, приводу, домашнього арешту або тримання під вартою виключно з прямим умислом. Виходячи з усвідомленості службовими особами органів розслідування, прокуратури та суду протиправності дій, що вчиняються всупереч вимогам кримінального процесуального законодавства, яка, у свою чергу, ґрунтується на своерідній презумпції обізнаності таких осіб у процедурних питаннях, можна з впевненістю стверджувати, що зазначені особи цілком усвідомлюють не тільки небезпечність, але й протиправність вчинених діянь.

Підрозділ 2.4 «Характеристика суб'єкта кримінального правопорушення «Завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою» наголошує, що суб'єкт кримінального правопорушення передбаченого статтею 371 КК України – спеціальний.

Суб'єктами кримінального правопорушення у формі завідомо незаконного приводу є слідчий суддя, який прийняв рішення про здійснення незаконного приводу та суд, який виніс ухвалу про незаконний привід особи, а суб'єктами таких складів кримінального правопорушення як завідомо незаконний домашній арешт та тримання під вартою виступають в першу чергу слідчий суддя, який виносить ухвалу про застосування даних видів запобіжних заходів до особи. Крім слідчого судді суб'єктами також можуть виступати як прокурор, так і особа, яка здійснює нагляд за затриманою особою, начальник установи, де особа відбуває даний запобіжний захід. Крім цього, до числа суб'єктів завідомо незаконного затримання належать і уповноважені службові особи – органу дізнання, слідчий і прокурор.

Розділ 3 «Спеціальні питання кримінальної відповідальності за завідомо незаконне затримання, привід, домашній арешт, тримання під вартою» містить два підрозділи.

У підрозділі 3.1 *«Характеристика кваліфікуючих ознак складу кримінального правопорушення, передбаченого статтею 371 КК України»* автор доводить, що стаття 371 КК України у частині 3 передбачає кваліфікуючі ознаки такого діяння як завідомо незаконне затримання, привід, домашній арешт та тримання під вартою, а саме спричинення відповідними діяннями тяжких наслідків та вчинення цих діянь з корисливих мотивів або в інших особистих інтересах.

Під тяжкими наслідками, як видається, слід розуміти самогубство чи замах на самогубство потерпілого; його тяжке соматичне або психічне захворювання; загибель важкохворих близьких, які залишилися без нагляду внаслідок взяття потерпілого під варту; позбавлення його життя

іншими затриманими чи заарештованими; втрату потерпілим майна, що сталося внаслідок арешту; втрату роботи та інші наслідки, прирівнювані за вагою до перелічених вище.

Що ж стосується корисливих мотивів та вчинення кримінального правопорушення з інших суспільних інтересів, то слід вважати, що під такою кваліфікуючою ознакою як корисливий мотив слід розуміти виключно бажання одержати матеріальні блага для себе або для інших осіб, одержати чи зберегти певні майнові права, уникнути матеріальних витрат чи обов'язків або досягти іншої матеріальної вигоди.

Під іншими особистими інтересами передбачають прагнення винного отримати для себе вигоду нематеріального характеру, наприклад, просування по службі, отримання чергового звання чи класного чину, нагороди, й можуть бути зумовлені такими спонуканнями, як кар'єризм, помста, заздрість, бажання приховати свою некомпетентність тощо.

У підрозділі 3.2 *«Особливості кваліфікації завідомо незаконного затримання, приводу, домашнього арешту, тримання під вартою»* зазначається, що суттєвими критеріями відмежування кримінальних правопорушень, передбачених статтею 371 КК України, від суміжних складів кримінальних правопорушень, зокрема, передбачених ст. 364, ст. 365, ст. 146 та ст. 146-1 КК України, є їх родовий та безпосередній об'єкти, а також суб'єктний склад, що обмежується службовими особами, уповноваженими за законом застосовувати запобіжні заходи, привід.

Дії винного, що були спрямовані на завідомо незаконне затримання особи з метою примушення її до дачі показань, повинні кваліфікуватися лише за статтею 373 КК України. За відсутності такої спрямованості має місце реальна сукупність зазначених кримінальних правопорушень.

Ключові слова: суддя, прокурор, слідчий, службова особа, спеціальний суб'єкт, арешт, затримання, кримінальна відповідальність, кримінальне правопорушення, покарання.

SUMMARY

Zatolochnyy V.S. Criminal Liability for Apprehension, Detention, House Arrest and Remand Known to Be Illegal. Qualifying Research Paper as Manuscript.

The dissertation on competition of a scientific degree of the Candidate of Juridical Sciences on a specialty 12.00.08 - Criminal law and criminology; criminal executive law. – Lviv University of Business and Law Higher Education Institution, Lviv Polytechnic National University, Lviv, 2022.

The Thesis is dedicated to the analysis of the issue of criminal liability for apprehension, detention, house arrest and remand known to be illegal. As a result of the work carried out, certain scientific and theoretical results have been obtained, which are important not only for science, but also for the activities of law enforcement agencies.

The historical and legal analysis of the sources of domestic criminal law revealed that elements of such rules were contained in Rus'ka Pravda (Rus' Justice) and Lithuanian charters, but for the first time the rules directly establishing criminal liability of authorized officials for the illegal use of criminal coercive measures were specified only in Article 649 Chapter 37 of the Criminal Code of 1903.

The study of foreign criminal codes made it possible to establish that almost all criminal codes of the founding members of the European Union (for example, Germany, France, Spain) enshrine a criminal offence that infringes on the freedom of the individual. The criminal law of the Eastern European countries with a socialist past (for example, Poland, Bulgaria) in the sections on crimes against justice, as a rule, does not provide for a special rule establishing liability for illegal criminal deprivation or restriction of freedom, while liability for unlawful application of measures of procedural coercion associated with deprivation of freedom occurs according to the general rules of criminal offences against personal freedom and criminal offences in public office

(malfeasance). The criminal law of the countries that were once part of the USSR contains an independent rule (rules) that establishes (establish) criminal liability for illegal apprehension, detention, house arrest or remand.

Based on the basic principles of criminalization of an act and the analysis of these principles with reference to the criminal law rule under study, it can be stated that the criminalization of illegal apprehension, detention, house arrest or remand is fully justified, still relevant today and must continue to be preserved both in the current Criminal Code of Ukraine and in the future Criminal Code of Ukraine, the draft of which is now being actively developed.

The generic object of a criminal offence under Article 371 of the Criminal Code of Ukraine is justice, and the main direct object is the legally regulated activities of the court and other law enforcement agencies to implement the goals and objectives of justice (in its broadest sense) in terms of ensuring lawful apprehension, detention, house arrest and remand, and the additional obligatory object is life and health of the individual, their freedom and personal integrity, as well as property and other rights and legal interests.

A physical element of the body of a criminal offence under Article 371 Part 1 of the Criminal Code of Ukraine is manifested as illegal apprehension and detention, and under Article 371 Part 2 of the Criminal Code of Ukraine, as illegal house arrest and remand.

Taking into account the theoretical approaches to understanding the concept of «actual knowledge» proposed in the science of criminal law, it should be recognized that the use in disposition of Part 1 and Part 2 of Article 371 of the Criminal Code of Ukraine of this element suggests the person's awareness of the objectively existing qualities and actual attributes of the act committed by it, and indicates the possibility to execute the apprehension, detention, house arrest or remand known to be illegal, solely with direct intent.

The subject of a criminal offence under Article 371 of the Criminal Code of Ukraine is a special one.

Article 371 of the Criminal Code of Ukraine in Part 3 provides for the qualifying attributes of such act as apprehension, detention, house arrest and remand known to be illegal. These include causing grave consequences by relevant acts and committing these acts for selfish motives or in other personal interests.

The essential criteria for distinguishing criminal offences under Article 371 of the Criminal Code of Ukraine from related elements of criminal offences, including those provided for in Article 364, Article 365, Article 146 and Article 146-1 of the Criminal Code of Ukraine, are their generic and direct objects, as well as subject elements, limited by officials authorized by law to use preventive measures, remand.

The conclusions and suggestions presented in this work can be used in the research field as the basis for further general theoretical scientific research of the problems of criminal law; in the educational process when teaching the General and Special Parts of Criminal Law and relevant special courses and making study guides, textbooks, scientific and practical commentaries, conducting research work; in the rulemaking process when developing proposals for further improvement of the criminal law of Ukraine; in law enforcement activities to improve the activities of judicial bodies in the field of their professional activity.

The chapter 1 «Historical and legal development and social conditionality of criminal law rules on liability for apprehension, detention, house arrest and remand known to be illegal» contains three subchapters.

The subchapter 1.1 «Historical development of legislation on criminal liability for restriction or deprivation of freedom of the individual known to be illegal in criminal proceedings» states that although criminal liability for an unjust (dishonest) decision of persons authorized to administer justice has been historically inherent in domestic law for a long time, however, a separate rule, which would provide for punishment for unlawful arrest was stipulated only in Article 649 Chapter 37 «On criminal acts in public office» of the Criminal Code of 1903.

The criminal law institutions that establish liability for acts related to illegal apprehension, detention, house arrest and remand in foreign countries are analysed *in the subchapter 1.2 «Criminal liability for apprehension, detention, house arrest and remand known to be illegal under foreign law»*.

The study of foreign criminal codes allows concluding that almost all criminal codes of the founding members of the European Union (for example, Germany, France, Spain) enshrine a criminal offence that infringes on the freedom of the individual. Only the Swiss Criminal Code and the Dutch Penal Code did not classify an obviously illegal remand or taking into custody as an independent element of a criminal offence, but criminalize these acts by general rules.

The criminal law of the Eastern European countries with a socialist past (for example, Poland, Bulgaria) in the sections on crimes against justice, as a rule, does not provide for a special rule establishing liability for illegal criminal deprivation or restriction of freedom, while liability for unlawful application of measures of procedural coercion associated with deprivation of freedom occurs according to the general rules of criminal offences against personal freedom and criminal offences in public office (malfeasance in office).

The criminal law of the countries that were once part of the USSR contains an independent rule (rules) that establishes (establish) criminal liability for illegal apprehension, detention, house arrest or remand.

The subchapter 1.3 «Social conditionality of distinguishing the rules of criminal liability, grounds and principles of criminalization of apprehension, detention, house arrest and remand known to be illegal» analyses the social prerequisites for the criminalization of apprehension, detention, house arrest and remand known to be illegal. It has been proved that based on the basic principles of criminalization of an act and on the analysis of these principles with reference to the criminal law rule under study, it can be stated that the criminalization of illegal apprehension, detention, house arrest or remand is fully justified, still relevant today and must continue to be preserved both in the current Criminal

Code of Ukraine and in the future Criminal Code of Ukraine, the draft of which is now being actively developed.

The chapter 2 «Legal analysis of the body of a criminal offence «Apprehension, detention, house arrest and remand known to be illegal» contains four subchapters.

The subchapter 2.1 «The object of a criminal offence under Article 371 of the Criminal Code of Ukraine» states that justice should be considered the generic object of a criminal offence under study, the main direct object is the legally regulated activities of the court and other law enforcement agencies to implement the goals and objectives of justice (in its broadest sense) in terms of ensuring lawful apprehension, detention, house arrest and remand, and the additional obligatory object is life and health of the individual, their freedom and personal integrity, as well as property and other rights and legal interests.

The subchapter 2.2 «A physical element of the body of a criminal offence «Apprehension, detention, house arrest and remand known to be illegal», proves that the latter is manifested as an act, namely illegal apprehension and detention (Article 371 Part 1 of the Criminal Code of Ukraine) and illegal house arrest and remand (Article 371 Part 2 of the Criminal Code of Ukraine).

The criminal offence under parts 1 and 2 of Article 371 of the Criminal Code of Ukraine, is completed from the moment of the acts stipulated therein, namely from the moment of violation of the person's right to be detained, arrested or taken into custody only on the grounds established by law and in accordance with special procedure.

The subchapter 2.3 «Attributes of a mental element of the body of a criminal offence under Article 371 of the Criminal Code of Ukraine» indicates that taking into consideration the theoretical approaches to understanding the concept of «actual knowledge» proposed in the science of criminal law, it should be recognized that the use in disposition of Part 1 and Part 2 of Article 371 of the Criminal Code of Ukraine of this element suggests the person's awareness of the objectively existing qualities and actual attributes of the act

committed by it, and indicates the possibility to execute the apprehension, detention, house arrest or remand known to be illegal, solely with direct intent. Based on the awareness of the officials of investigative bodies, prosecuting agencies and court of the illegality of acts committed in violation of the requirements of criminal procedure law, which, in turn, is based on the presumption of awareness of such persons in procedural matters, it is safe to say that such persons are fully aware of not only danger, but also the illegality of committed acts.

The subchapter 2.4 «Characteristics of the subject of a criminal offence «Apprehension, detention, house arrest and remand known to be illegal» points out that the subject of a criminal offence under Article 371 of the Criminal Code of Ukraine is a special one.

The subjects of a criminal offence in the form of detention known to be illegal are the investigating judge who made a decision on the illegal detention and the court that ruled on the illegal detention of a person. The subjects of such elements of a criminal offence as house arrest and taking into custody known to be illegal are, first of all, the investigating judge making a decision on the application of these types of preventive measures to a person. In addition to the investigating judge, both the prosecutor and the person supervising a detainee, the head of the institution where a person undergoes this preventive measure, can also act as subjects. Besides, the subjects of detention known to be illegal include authorized officials of the agency of inquiry, investigator and prosecutor.

The chapter 3 «Special issues of criminal liability for apprehension, detention, house arrest and remand known to be illegal» contains two subchapters.

In the subchapter 3.1 «Characteristics of the qualifying elements of a criminal offence under Article 371 of the Criminal Code of Ukraine», the author argues that Article 371 of the Criminal Code of Ukraine in part 3 provides for qualifying attributes of such act as apprehension, detention, house arrest and

remand known to be illegal, namely causing grave consequences by relevant acts and committing these acts for selfish motives or in other personal interests.

The grave consequences should be apparently understood to mean suicide or attempted suicide of the victim; severe somatic or mental illness of the victim; death of seriously ill relatives left unattended as a result of taking the victim into custody; deprivation of victim's life by other detainees or arrestees; loss of property by the victim resulting from the arrest; job loss and other consequences equal to those listed above.

As for the selfish motives and committing a criminal offence in the public interest, it should be considered that such qualifying element as personal gain should be understood only as the desire to obtain material benefits for themselves or others, to obtain or retain certain property rights, to avoid material costs or obligations or to achieve other material gain.

Other personal interests include the desire of the perpetrator to obtain intangible benefits, such as promotion, obtaining a rank, title or award, and can be induced by such incentives as careerism, revenge, envy, desire to hide own incompetence, etc.

The subchapter 3.2 «Features of the qualification of apprehension, detention, house arrest and remand known to be illegal» points out that the essential criteria for distinguishing criminal offences under Article 371 of the Criminal Code of Ukraine from related elements of criminal offences, including those provided for in Article 364, Article 365, Article 146 and Article 146-1 of the Criminal Code of Ukraine, are their generic and direct objects, as well as subject elements, limited by officials authorized by law to use preventive measures, remand.

The perpetrator's acts, aimed at the illegal detention of a person with the purpose of forcing this person to depose, should be qualified only under Article 373 of the Criminal Code of Ukraine. Without this course of action, the cumulative criminal offences mentioned above apply.

Key words: judge, prosecutor, investigator, service person, special subject, arrest, arrest, criminal conviction, criminal offense, punishment.

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

1. Zatolochnyy, Vitaliy (2021). On the social conditionality of criminalization of illegal detention, crime, house arrest and detention. *Social and Human Sciences. Polish-Ukrainian scientific journal* (<https://issn2391-4165.webnode.com.ua/>), 02 (30).
2. Затолочний В.С. Особливості суб'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 371 КК України. *Журнал східноєвропейського права*. 2021. №95. С. 96-101.
3. Затолочний В.С. Питання визначення суб'єкта кримінального правопорушення, передбаченого ст. 371 КК України. *Наше право*. 2020. №2 С. 222-226.
4. Затолочний В.С. Становлення вітчизняного законодавства про кримінальну відповідальність за завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою. *Європейські перспективи*. 2022. №1. С. 119-124.
5. Затолочний В.С. Об'єкт складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 371 КК України. *Право.UA*. 2022. №1. С. 148-154.

які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

1. Затолочний В.С. Питання розмежування ст. 371 та ст. 146 КК України. *Актуальні проблеми забезпечення захисту прав та свобод людини в умовах інтеграції України в європейський простір: міжнародна конференція* (м. Львів, 29 жовтня 2021 року). Львів: Видавництво «Львівська політехніка», 2021. С. 94-96.
2. Затолочний В.С. Питання розмежування ст. 371 та ст. 146 КК України. *Дослідження інновацій та перспективи розвитку науки і*

- техніки XXI століття*: міжнародна конференція (м. Рівне, 25-26 листопада 2021 року). Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2021. С. 73-75.
3. Затолочний В.С. Завідомо незаконне затримання особи як вид діяння, криміналізованого ст. 371 КК України. *Сучасні погляди на актуальні питання правових наук*: міжнародна конференція (м. Запоріжжя, 26-27 листопада 2021 року). Запоріжжя: Запорізька міська громадська організація «Істина», 2021. С. 72-74.
 4. Затолочний В.С. Завідомо незаконний привід особи як вид діяння, криміналізованого ст. 371 КК України. *Новітні тенденції сучасної юридичної науки*: міжнародна конференція (м. Дніпро, 3-4 грудня 2021 року). Дніпро: ГО «Правовий світ», 2021. С. 45-47.
 5. Затолочний В.С. Питання мотивів вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ст. 371 КК України. *Актуальні питання юридичної теорії та практики: наукові дискусії*: міжнародна конференція (м. Харків, 3-4 грудня 2021 року). Харків: Східноукраїнська наукова юридична організація, 2021. С. 99-101.

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ	21
ВСТУП	22
РОЗДІЛ 1. ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ РОЗВИТОК ТА СОЦІАЛЬНА ОБУМОВЛЕНІСТЬ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ НОРМ ПРО ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЗАВІДОМО НЕЗАКОННЕ ЗАТРИМАННЯ, ПРИВІД, ДОМАШНІЙ АРЕШТ, ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ	33
1.1. Історичний розвиток законодавства про кримінальну відповідальність за завідомо незаконне обмеження чи позбавлення волі особи у кримінальному провадженні	33
1.2. Кримінальна відповідальність за завідомо незаконне затримання, привід, домашній арешт, тримання під вартою за зарубіжним законодавством.....	47
1.3. Соціальна обумовленість виділення норм про кримінальну відповідальність, підстави та принципи криміналізації завідомо незаконного затримання, приводу, домашнього арешту, тримання під вартою.....	57
Висновки до розділу 1.....	64
РОЗДІЛ 2. ЮРИДИЧНИЙ АНАЛІЗ СКЛАДУ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ «ЗАВІДОМО НЕЗАКОННІ ЗАТРИМАННЯ, ПРИВІД, ДОМАШНІЙ АРЕШТ АБО ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ»	68
2.1. Об'єкт складу кримінального правопорушення, передбаченого статтею 371 КК України.....	68
2.2. Об'єктивна сторона складу кримінального правопорушення «Завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою».....	90
2.3. Ознаки суб'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, передбаченого статтею 371 КК України.....	113

2.4. Характеристика суб'єкта кримінального правопорушення «Завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою».....	124
Висновки до розділу 2.....	150
РОЗДІЛ 3. СПЕЦІАЛЬНІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЗАВІДОМО НЕЗАКОННЕ ЗАТРИМАННЯ, ПРИВІД, ДОМАШНІЙ АРЕШТ, ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ.....	155
3.1. Характеристика кваліфікуючих ознак складу кримінального правопорушення, передбаченого статтею 371 КК України.....	155
3.2. Особливості кваліфікації завідомо незаконного затримання, приводу, домашнього арешту, тримання під вартою	162
Висновки до розділу 3.....	178
ВИСНОВКИ.....	180
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	190
ДОДАТКИ.....	206

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

ВРУ – Верховна Рада України
ВСУ – Верховний Суд України
ГПУ – Генеральна прокуратура України
ЄРДР – Єдиний реєстр досудових розслідувань
ЗУ – Закон України
КК України – Кримінальний кодекс України
КМУ – Кабінет Міністрів України
КпАП – Кодекс про адміністративні правопорушення України
КПК – Кримінальний процесуальний кодекс України
КСУ – Конституційний Суд України
МВС України – Міністерство внутрішніх справ України
Мін'юст – Міністерство юстиції України
НАН України – Національна академія наук України
НП України – Національна поліція України
ООН – Організація Об'єднаних Націй
РЄ – Рада Європи
СБУ – Служба безпеки України
УМВСУ – Управління Міністерства внутрішніх справ України
ЦК – Цивільний кодекс України

ВСТУП

Обґрунтування вибору теми дослідження. Імперативна правова норма передбачає неможливість обмеження права особи на свободу й особисту недоторканність, окрім як у випадках та порядку, передбачених законом. Право кожної особи на свободу й особисту недоторканність передбачає, зокрема, й Конституція України. Будь-яка людина може бути заарештована чи триматися під вартою тільки на основі обґрунтованого рішення суду та на підставах і в порядку, передбачених законом. Позбавлення або обмеження волі особи за відсутності законних підстав або з порушенням встановленого процесуальним законодавством порядку, у процесі здійснення судочинства, не лише шкодять інтересам правосуддя, але й посягають на закріплену в Конституції України свободу й особисту недоторканність людини. А відповідно до ст. 29 Загальної декларації прав людини при реалізації своїх прав і свобод кожна особа може піддаватися лише таким обмеженням, які встановлені законом виключно з метою забезпечення належного визнання і поваги прав і свобод інших та забезпечення справедливих вимог моралі, громадського порядку і загального добробуту.

Втручання держави шляхом застосування заходів примусового характеру у приватне життя осіб заради захисту інших своїх громадян, а точніше їхніх прав, свобод та законних інтересів, не є порушенням Конституції України чи Загальної декларації прав людини, навпаки, виступає однією з гарантій їхніх прав і свобод. Норма, передбачена ст. 371 Кримінального кодексу України (далі – КК України), охороняє суспільні відносини щодо охорони встановленого порядку кримінального провадження, свободи й особистої недоторканності особи.

Аналіз статистичних показників щодо діяльності правоохоронних органів, звітних доповідей та виступів Уповноваженого Верховної Ради з прав людини, джерел практики Європейського суду з прав людини вказує на те, що хоч і наявні численні факти порушення права особи на свободу й

особисту недоторканність, кількість порушень за такими фактами кримінальних проваджень є дуже незначною, коли порівнювати із загальною кількістю таких порушень, а покарано за таку діяльність осіб взагалі обмаль.

Різні питання, пов'язані з проблематикою кримінальної відповідальності та покарання за вчинення кримінальних правопорушень у сфері правосуддя досліджували у своїх працях такі вчені: М. Бажанов, О. Бантишев, А. Воронцов, В. Грищук, О. Гумін, В. Навроцький, Л. Палюх, І. Сень та ін.

Питання кримінальних правопорушень проти правосуддя розглядали й зарубіжні вчені, серед них: В. Алексєєв, С. Алтухов, Н. Власов, С. Денисов, А. Карташов, Я. Кульберг, Л. Лобанова, С. Молдабаєв, Ю. Попова, Ш. Рашковська, П. Сурілін та ін.

Безпосередньо проблеми завідомо незаконних затримання, приводу, домашнього арешту та тримання під вартою вивчало доволі мало вітчизняних дослідників, серед них варто згадати Н. Бойко, О. Веремеєнка, Р. Мельника, В. Осадчого.

Важливо наголосити, на в наш час системне вивчення цих питань набуває особливої значущості у зв'язку з тими докорінними перетвореннями, які відбулися внаслідок трансформації національного законодавства на виконання завдання розбудови України та становлення її як правової і демократичної держави. Водночас відсутність достатньої уваги з боку представників наукових кіл до вказаних питань формує значний інформаційний вакуум, який не дає правозастосовцям можливості практично впровадити теоретично обґрунтовані засоби викриття осіб, винних у вчиненні кримінально-караних діянь, криміналізованих статтею 371 КК України. Саме тому особливо актуальними є наукові дослідження, які мають на меті виявити та подолати причини, що заважають належному відправленню правосуддя у сфері кримінального судочинства, щоб створити умови для невідворотного настання

кримінальної відповідальності за вчинення діянь, пов'язаних з умисним порушенням конституційного права особи на свободу й особисту недоторканність.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами, грантами. Дисертацію виконано відповідно до положень розділу 4 Стратегії сталого розвитку «Україна – 2020», схваленої Указом Президента України від 12.01.2015 № 5/2015; розділу 4 Національної стратегії у сфері прав людини, затвердженої Указом Президента України від 25.08.2015 № 511/2015; Постанови НАН України від 20.12.2013 № 179 «Про Основні наукові напрями та найважливіші проблеми фундаментальних досліджень у галузі природничих, технічних і гуманітарних наук Національної академії наук України на 2014–2018 роки» та рекомендацій Ради президентів академій наук України для ВНЗ щодо виконання досліджень за Пріоритетними науковими напрямами досліджень (п. 3.4. Політико-правові науки); у межах науково-дослідної роботи Приватного вищого навчального закладу «Львівський університет бізнесу та права». Тему дисертації затверджено на засіданні Вченої ради ПВНЗ «Львівський університет бізнесу та права», протокол № 51/3 від 29.10.2015.

Мета і завдання дослідження. Метою дисертаційної роботи є комплексне вивчення найбільш значущих теоретичних та практичних питань кримінальної відповідальності за завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт і тримання під вартою, а також вироблення на цій основі пропозицій щодо вдосконалення чинних кримінально-правових норм, а також оптимізації чинної правозастосовної практики.

Відповідно до сформульованої мети поставлено такі **завдання**:

- з'ясувати історію розвитку вітчизняного законодавства за завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт і тримання під вартою;

- дослідити кримінальне законодавство зарубіжних держав щодо завідомо незаконних затримання, приводу, домашнього арешту і тримання під вартою;

- проаналізувати соціальну обумовленість виділення норм про кримінальну відповідальність, підстави та принципи криміналізації завідомо незаконного затримання, приводу, домашнього арешту, тримання під вартою;

- визначити зміст родового та безпосереднього об'єктів складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 371 КК України;

- дослідити елементи об'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 371 КК України;

- визначити ознаки суб'єкта складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 371 КК України;

- дослідити ознаки суб'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 371 КК України;

- охарактеризувати кваліфікуючі ознаки складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 371 КК України;

- дослідити особливості кваліфікації завідомо незаконного затримання, приводу, домашнього арешту, тримання під вартою;

- запропонувати шляхи вирішення проблемних питань, що виникають у зв'язку з реалізацією положень ст. 371 КК України.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, які виникають у зв'язку з незаконним затриманням, приводом, домашнім арештом, триманням під вартою.

Предмет дослідження – кримінально-правова характеристика завідомо незаконних затримання, приводу, домашнього арешту та тримання під вартою.

Методи дослідження. Мета і завдання дисертаційної роботи обумовили вибір конкретних загальнотеоретичних та спеціально-наукових методів: порівняльно-правового, логіко-правового, статистичного,

історико-правового та інших. За допомогою логіко-правового методу, а також методу системного аналізу вдалося проаналізувати об'єктивні і суб'єктивні ознаки кримінальних правопорушень, передбачених ст. 371 КК України, а також виявити недоліки в побудові вказаної норми. Історико-правовий метод дозволив проаналізувати історичні етапи становлення і розвитку не лише кримінально-процесуальних приписів, які закріплювали порядок затримання й арешту, але й кримінально-правових положень, які встановлювали відповідальність за незаконне застосування останніх. Із використанням статистичного методу було обґрунтовано теоретичні висновки і твердження дисертаційної роботи.

Нормативну базу дослідження становлять Конституція України, чинне кримінальне процесуальне та кримінальне законодавство України і низки зарубіжних держав, чинні міжнародно-правові акти, а також інші нормативні акти, які покликані регулювати питання, пов'язані із застосуванням запобіжних заходів, що обмежують право людини на свободу й особисту недоторканність.

Теоретичною основою послужили наукові дослідження провідних українських та зарубіжних учених у сфері загальної теорії права, кримінально-процесуального і кримінального права, кримінології, соціології, філософії, а також в інших галузях знань.

Емпірична база дослідження охоплює статистичні дані, матеріали слідчої та судової практики у справах щодо кримінальних правопорушень, які передбачають кримінальну відповідальність за завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт та тримання під вартою.

Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що дисертація є першим в Україні комплексним і системним дослідженням проблем кримінальної відповідальності за постановлення суддею (суддями) завідомо незаконного рішення щодо затримання, приводу, домашнього арешту та тримання під вартою.

У праці сформульовано й обґрунтовано (або додатково аргументовано) низку висновків, теоретичних положень і пропозицій, що містять ознаки наукової новизни. Зокрема,

уперше:

- спростовано наявну в науці думку, що кримінальна відповідальність за незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою на українських землях вперше була передбачена в Судебнику 1550 р. Доведено, що елементи подібних норм містилися ще в «Руській правді» та Литовських статутах, проте вперше норми, що прямо передбачали кримінальну відповідальність уповноважених посадових осіб за окреслені діяння, були встановлені лише в ст. 649 глави 37 Кримінального уложення 1903 р.;

- спростовано позицію вчених, які зазначають, що в більшості держав Європи спеціальних норм, які встановлюють відповідальність за незаконні затримання, взяття під варту та утримання під вартою, немає. Проведений аналіз кримінального законодавства держав Європи (т. зв. «старих» членів Європейського Союзу, східноєвропейських держав із соціалістичним минулим та держав, які свого часу входили до складу СРСР), які традиційно зараховуються до романо-германської правової сім'ї, дає підстави стверджувати, що карність незаконного кримінально-процесуального позбавлення волі традиційно забезпечується в них саме завдяки виділенню спеціальних норм, які передбачають кримінальну відповідальність за незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою;

- встановлено, що основним безпосереднім об'єктом складу кримінального правопорушення «завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою» є регламентована законодавством діяльність суду та правоохоронних органів з реалізації мети і завдань правосуддя (в його широкому розумінні) щодо забезпечення законного затримання, приводу, домашнього арешту та тримання під вартою, а

додатковим обов'язковим об'єктом – життя і здоров'я особи, її свобода й особиста недоторканність, а також майнові та інші права й законні інтереси;

- доведено, що закріплення в диспозиції ч. 1 ст. 371 КК України відповідальності за завідомо незаконний привід суперечить принципу формування кримінально-правової норми через відмінність основного безпосереднього об'єкта цього кримінального правопорушення від основного безпосереднього об'єкта завідомо незаконних затримання, домашнього арешту чи тримання під вартою, оскільки привід виступає різновидом кримінально-процесуальної санкції, застосовуваної до певних учасників кримінального судочинства в разі невиконання покладеного на них обов'язку з'являтися за викликом компетентних органів, тоді як затримання й домашній арешт є запобіжними заходами, покликаними запобігти неналежній поведінці підозрюваного або обвинуваченого;

- доведено, що у випадку розслідування кримінального правопорушення групою слідчих, суб'єктом завідомо незаконного затримання має вважатись член цієї групи, що діяв відповідно до наданих йому керівником групи повноважень, а також сам керівник, якщо він діяв як слідчий або використав для цього процесуально підлеглого йому слідчого, який перебував в омані щодо законності вчинюваного ним діяння. За умови усвідомленої спільної діяльності цих суб'єктів має місце співвиконавство у вчиненні завідомо незаконного затримання;

удосконалено:

- підходи до визначення суб'єкта складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 371 КК України, у зв'язку з чим встановлено, що для визначення ознак, які формують статус суб'єктів завідомо незаконних затримання, приводу, домашнього арешту і тримання під вартою, варто виходити з понять загальної та спеціальної кримінально-процесуальної правоздатності, що встановлюють як загальноююридичні умови, які дозволяють визначити потенційну спроможність суб'єкта кримінально-процесуальних правовідносин здійснювати процесуальну

діяльність, відповідно до його функціональних обов'язків, так і додаткові умови, які визначають здатність такого суб'єкта мати зазначені процесуальні повноваження, необхідні для здійснення конкретних процесуальних дій;

- позицію щодо того, що об'єктивна сторона кримінального правопорушення, передбаченого ст. 371 КК України, зводиться до, як правило, активної поведінки особи – дії, що полягає в самому факті незаконного затримання, приводу, домашнього арешту чи тримання під вартою. Аналізуючи незаконне тримання під вартою службовими особами, можна стверджувати, що це кримінальне правопорушення може бути вчинене і шляхом бездіяльності, коли, наприклад, саме затримання, домашній арешт або взяття під варту (дія) запроваджені на законних підставах, але після закінчення встановлених у законі строків винний умисно не звільняє (бездіяльність) затриманого або заарештованого. У таких випадках саме з моменту невиконання обов'язку звільнити особу затримання, арешт або утримання під вартою стають незаконними і тягнуть за собою відповідальність за ст. 371 КК України;

- позиції вчених, що родовим об'єктом складу кримінального правопорушення «завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт та тримання під вартою» виступають суспільні відносини у сфері правосуддя, під якими потрібно розуміти суспільні відносини, пов'язані з процесуальною діяльністю компетентних державних органів (дідання, досудового слідства, прокуратури, суду та органів виконання судових рішень) із розслідування, судового розгляду, прийняття та виконання рішень, вироків, ухвал і постанов у кримінальних, цивільних та адміністративних справах;

- позицію щодо розуміння поняття «тяжкі наслідки» в контексті ч. 3 ст. 371 КК України. Доведено, що під ними потрібно розуміти: самогубство чи замах на самогубство потерпілого; його тяжке соматичне або психічне захворювання; загибель важкохворих близьких, які

залишилися без нагляду через взяття потерпілого під варту; позбавлення його життя іншими затриманими чи заарештованими; втрату потерпілим майна внаслідок арешту; втрату роботи та інші наслідки, прирівнювані за вагою до перелічених вище;

набули подальшого розвитку:

- пропозиції щодо доцільності збереження в КК України кримінальної відповідальності за завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою. На підставі базових (основних) принципів криміналізації діянь, таких як суспільна небезпека та відносна поширеність цих діянь, пропорційність позитивних і негативних наслідків їх криміналізації, системно-правова несуперечність криміналізації та конституційна адекватність, а також їх аналізу з прив'язкою до досліджуваної кримінально-правової норми, однозначно доведено, що криміналізація незаконних затримання, приводу, домашнього арешту або тримання під вартою є повною мірою виправданою, зі збігом часу не втратила своєї актуальності і в подальшому має бути збережена і в чинному КК України, і в майбутньому КК України, проєкт якого зараз активно розробляється;

- думки вчених, що кримінальні правопорушення, передбачені ч. 1 і ч. 2 ст. 371 КК України, можуть бути вчинені переважно з мотиву хибно зрозумілих інтересів служби, адже саме в цьому мотиві з найбільшою виразністю проявляється зв'язок спонукальних причин, які зумовили вчинення кримінального правопорушення, зі сферою діяльності службової особи. При цьому основною ознакою вчинення кримінальних правопорушень, згідно із цим мотивом, є прагнення розкрити кримінальне правопорушення і покарати «правопорушника», що провокує фальсифікацію матеріалів кримінальних справ і застосування незаконних методів і засобів розкриття кримінальних правопорушень і викриття винних;

- позиції вчених, що кримінальне правопорушення, передбачене

ч. 1 і ч. 2 ст. 371 КК України, є закінченим з моменту порушення права особи бути затриманою, заарештованою або триматися під вартою лише на встановлених в законі підставах та відповідно до особливої процедури;

- думки низки вчених, щодо розуміння поняття «інші особисті інтереси (мотиви)» у контексті ч. 3 ст. 371 КК України, до яких потрібно зарахувати кар'єризм, протекціонізм, конформізм, ревності, сімейність, помсту, заздрість, ненависть, бажання отримати взаємну послугу, заручитися підтримкою у вирішенні певного питання, приховати свою некомпетентність тощо.

Практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що їх можна використати у: *науково-дослідній сфері* як підґрунтя для наступних загальнотеоретичних та спеціальних наукових розвідок питань кримінального права; *навчальному процесі* – під час викладання Загальної й Особливої частин кримінального права, а також відповідних спецкурсів, у процесі написання підручників, навчальних посібників, науково-практичних коментарів, виконання науково-дослідних робіт; *нормотворчому процесі* – для розробки пропозицій щодо подальшого покращення і вдосконалення чинного кримінального законодавства України; *правозастосовній діяльності* – для покращення функціонування судових органів у частині їхньої професійної діяльності.

Апробація матеріалів дисертації. Основні теоретичні положення й результати дисертаційного дослідження доповідались та обговорювались на міжнародних та всеукраїнських наукових і науково-практичних конференціях: «Актуальні проблеми забезпечення захисту прав та свобод людини в умовах інтеграції України в європейський простір» (м. Львів, 29 жовтня 2021 р.); «Дослідження інновацій та перспективи розвитку науки і техніки у суспільстві» (м. Рівне, 25–26 листопада 2021 р.); «Сучасні погляди на актуальні питання правових наук» (м. Запоріжжя, 25–26 листопада 2021 р.); «Актуальні питання юридичної теорії та практики:

наукові дискусії» (м. Харків, 3 грудня 2021 р.); «Новітні тенденції сучасної юридичної науки» (м. Дніпро, 4 грудня 2021 р.).

Публікації. Основні результати дослідження відображено в десяти наукових працях, а саме: у чотирьох наукових статтях, опублікованих у наукових виданнях України, визнаних фаховими з юридичних наук, одній статті, опублікованій у науковому виданні іноземної держави, яка входить до Європейського Союзу, та у п'ятьох тезах наукових доповідей.

Структура та обсяг дисертації. Дисертація складається зі вступу, трьох розділів, які охоплюють дев'ять підрозділів, висновків, списку використаних джерел (159 найменувань на 16 сторінках) та додатків (3 додатки на 7 сторінках). Загальний обсяг дисертації становить 212 сторінок, з яких 189 – основний текст.

РОЗДІЛ 1

ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ РОЗВИТОК ТА СОЦІАЛЬНА ОБУМОВЛЕНІСТЬ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ НОРМ ПРО ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЗАВІДОМО НЕЗАКОННЕ ЗАТРИМАННЯ, ПРИВІД, ДОМАШНІЙ АРЕШТ, ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ

1.1 Історичний розвиток законодавства про кримінальну відповідальність за завідомо незаконне обмеження чи позбавлення волі під час здійснення судочинства

Перед тим, як розглядати проблеми кримінальної відповідальності за завідомо незаконний привід, домашній арешт або тримання під вартою, з'ясуємо історичні передумови становлення у кримінальному праві України відповідних норм, щоб краще зрозуміти тенденції розвитку кримінального законодавства щодо правової охорони відповідних суспільних відносин.

Передусім слід звернутися до найвизначнішого збірника стародавнього україно-руського права «Руська Правда». Згідно цього кодифікованого акту, майже не існувало заходів процесуального примусу, які б обмежували особисту свободу осіб. Проте з розвитком суспільних відносин ускладнився і порядок провадження в суді, у зв'язку з чим виникли нові заходи примусу, які запроваджувалися з метою ефективного виконання покарань, і обмежували особисту свободу осіб. Насамперед, передбачалось накладення кайданів на винного до винесення судового рішення. Однак, слід звернути увагу на те, що цей захід застосовувався лише у тому випадку коли було рішення спеціально уповноважених осіб та була відсутня особа, яка б могла поручитися за винного. У Київській Русі функції охорони громадського порядку і судові функції не були відділені від адміністрації, тобто князівської влади. Всю повноту влади, в тому числі і суддівської, вершив князь особисто, тому право надавати дозвіл на

накладення кайданів на особу до винесення судового рішення, мав сам князь та «княжі люди» – чиновники, які уповноважувалися князем здійснювати правосуддя. У разі недотримання даних вимог родичі ув'язненої особи могли оскаржити ці дії, і у випадку задоволення їхньої скарги, особу, яка була взята в кайдани, звільняли, а осіб, які були винні у протиправності застосування даного заходу зобов'язували сплатити матеріальну шкоду потерпілому [2, с. 800].

З XIV століття більшість українських земель перебувало у складі Великого князівства Литовського, у якому серед законодавства діяли три Литовські статuti прийняті у 1529, 1566 та 1588 рр. Протягом кількох століть Литовські Статuti були основними джерелами права на українських землях і у тій частині, яка була приєднана до Польщі. Вони були головним джерелом українського права на Гетьманській Україні і становили основне джерело кодексу «Права, по котoryм судится Малороссийский народ» [3, с. 1303].

Найдосконалішим був Литовський статут 1588 р. – класичний кодекс феодального права, що всебічно регулював найважливіші суспільні відносини того історичного періоду, містив норми практично всіх галузей права.

Як будь-який правовий документ, створений у соціально-становому суспільстві, статут захищав насамперед інтереси провідної верстви, хоча і проголошував єдність права для всіх громадян. У Статуті встановлювалось обмеження влади монарха, відмежування судової влади від адміністрації, проголошувався пріоритет писемного права. Були також закріплені неприпустимість арешту без законних підстав, покарання без суду, право на адвокатську допомогу, зокрема для осіб, нездатних її оплатити [4].

Проте аналізуючи Литовські статuti, можна сказати, що такого поняття як арешт і незаконне затримання і відповідальності за їх незаконне застосування закріплено не було. Лише у розділі 12 Литовського статуту 1566 р. під назвою «Про головщину і навізки людей простих і про таких

людей і челядь, які від панів своїх відходять, а також про слуг приказних» Артикул 11 передбачав, що «Хто бы въ голодъ самъ себе або сына або тежъ которого человѣка вольного въ неволю продалъ, и листъ на то далъ; таковой листъ не маеть быти держанъ, але яко голодъ минеть, а онъ пенезей добудеть, маеть ему пенези отдати. Нижли естли бы хто челядь свою неволную продалъ; тая ведле продажи маеть вѣчнѣ держана быти», а Артикул 21 вказував хто може бути невільником [5].

З 1654 року значна частина українських земель перебували в складі Російської імперії. На територію України значний час продовжувало поширюватися попереднє законодавство, зокрема, Литовські статuti.

Стаття 70 Судебника 1550 р. – нововведення, спрямоване на впорядкування намісницького суду шляхом контролю з боку виборного управління за діями намісників та володарів під час проведення ними арештів та передання на поруки місцевих жителів. Стаття визнає незаконним арешт і накладення кайданів на людей, які потребували поруки, без відома виборних від дворянства влади – «приказників та городових», які виконували судові обов'язки та були присутніми на суді, намісника як представники влади, а також дворського, старости та цілувальників, тобто представників повітового дворянства.

Якщо родичі заарештованих пред'являть виборній владі скаргу на незаконний арешт, заарештований мав бути звільнений на поруки родичів. Розкриваючи характер поруки, М. Владімірській-Буданов пише: «Людина, яку заковують, терпить приниження, яке відбивається і на її рідних, тим більше що при цьому виникає припущення, що родичі не хотіли допомогти родичу. В той же час, родичі просто могли не знати, що така порука потрібна. З іншого боку, вони, не врятувавши родича свого часу, могли заявляти претензію пізніше» [6, с. 506].

У той час була досить поширена так звана розшукова форма кримінального процесу, яка передбачала право слідчих органів на здійснення арешту підозрюваних осіб з метою подальшого допиту та

провадження дізнання за вчинений злочин. Так, у Соборному Уложенні, яке було прийняте 1649 р. царем Олексієм Михайловичем, запроваджена процесуальна форма, яка передбачала розслідування державних злочинів і можливість переходу приватних справ у державні. Під час розслідування справ здійснювали арешт особи, до того ж часто поєднануваний з катуванням. Катування застосовували не тільки до підозрюваного, але і до так званого «донощика». «Донощиками» за царювання Олексія Михайловича вважалися також і свідки, як потенційні співучасники, що не повідомили про державний злочин. Дослідники зазначають, що ці засоби, пов'язані із застосуванням катування до осіб, привели до того, що такий засіб як арешт, переріс у спосіб викриття особи у вчиненні злочину [7, с. 27].

Катерина II здійснила спробу запровадити більш гуманний підхід до процедури взяття особи під варту. Зокрема, нею було запроваджено процедуру оскарження особами незаконного арешту, засновані Совісні суди. Також наказом 1776 р. було закріплено приблизний перелік доказів, необхідних для ув'язнення особи [8, с. 372]. Під час свого правління Катерина II намагалася втілити у життя процедуру повідомлення особи про суть обвинувачення перед її ув'язненням.

Проте, варто зазначити, що протягом кількох століть застосування такого запобіжного заходу як арешт залишалося недостатньо врегульованим державою, що на практиці спричиняло зловживання певних посадових осіб, порушення прав та особистої свободи через недосконалу процедуру обмеження свободи громадян, що нерідко мала каральний характер.

Як вже зазначалося, довгий час на території України, що входила до складу Російської імперії, діяли попередні джерела права. Відповідні правові норми були зібрані у кодифікований збірник у 1743 р., відомий як «Права, за якими судиться малоросійський народ». Саме у цьому збірнику було вперше закріплено перелік і умови застосування запобіжних заходів.

Передбачалось, що їх застосування повинно відповідати тяжкості вчиненого злочину та обсягу і силі доказів. Також було врегульовано кримінально-правові відносини, що виникали з приводу неправомірного застосування службовими особами таких запобіжних заходів як арешт та триманням під вартою. Зокрема, саме розділ 20 містить норми щодо злочинів проти честі і свободи особи. Практично весь розділ стосується «шляхти та військового звання людей». Проте специфіка викладення матеріалу та встановлення покарань у розділі, не дає можливості більш чіткої систематизації нормативного матеріалу і цим самим не дозволяє чітко встановити, у яких саме артикулах розділу міститься відповідальність службових осіб за неправомірне застосування арешту чи тримання під вартою [9, с. 37].

З прийнятим 1845 р. Уложенням про покарання кримінальні та виправні ситуація дещо змінилась, оскільки, у останньому значну увагу було приділено правовій охороні діяльності державних органів. Серед інших передбачалася відповідальність за порушення або невиконання покладених на службовців обов'язків. Зокрема, стаття 477 Уложення про покарання кримінальні та виправні 1845 р. передбачала, що за самовільне утримання кого-небудь під вартою «не в місці, для цього призначеному, і без особливих до того поважних причин винний у тому, виходячи з мотивів, якими він керувався при цьому відступі від правил, а також від місця, обраного для утримання арештованого, та від соціального становища, звання, віку і статі цієї особи» карається: «1) відстороненням на строк від шести місяців до одного року від служби; 2) звільненням з посади; 3) або виключенням з числа осіб, які можуть в подальшому обіймати службові посади [10, с. 154].

В Уложенні про покарання кримінальні та виправні 1845 р. міститься глава 1 «Про невиконання указів, розпоряджень та законних по службі вимог», яка містить декілька статей, що встановлюють відповідальність за

невиконання та неналежне виконання обов'язків уповноваженими на те особами, а отже, і за незаконне взяття під варту або утримання під вартою.

Так, стаття 358 встановлювала відповідальність за «неприведення до виконання високих указів і наказів, що проголошуються в установленому порядку з легковажності і нестачі уваги до такого важливого обов'язку служби». Винна в таких діях посадова особа, виходячи з обставин, які тією чи іншою мірою збільшують або зменшують вину, відсторонялась від посади або зовсім звільнялась зі служби.

Коли ж ця особа не виконала найвищого указу чи наказу з корисливого чи іншого подібного умислу, вона підлягала позбавленню всіх прав стану і заслання на каторжні роботи у фортецях на строк від десяти до дванадцяти років.

У статті 359 містилась санкція за «неприведення на виконання указів Урядового сенату, коли винні в цьому посадові особи дозволили собі або допустили таке, а після повторного отримання цих указів, не надали протягом встановленого строку пояснень щодо причин своїх дій, вони, виходячи з обставин, які тією чи іншою мірою збільшували або зменшували їх вину, підлягали відстороненню від посади або звільненню зі служби».

У даному Уложенні була також глава 2 «Про перевищення влади та протизаконну бездіяльність», що містила статті 367 та 370. Які встановлювали, що особою, яка перевищила владні повноваження, визнається та особа, яка за званням, посадою, місцем або особливим дорученням, вчинить дії всупереч існуючим законам, установам, статутам або їх приписам, або ж усупереч встановленому порядку припише або вживе такого заходу, який не інакше може бути вжито, як на підставі нового закону, або, привласнить собі право, яке їй не належить, самовільно вирішить будь-яку справу, яку можна вирішувати лише колективно, або ж дозволить собі якусь дію чи розпорядження, на які потрібен був дозвіл вищого начальства, не отримавши його належним чином» (Ст. 367) .

У статті 370 йдеться, що «винний у перевищенні влади чи незаконній бездіяльності карається, виходячи з важливості справи та обставинами, що супроводжували її, звільненню з посади або звільненню зі служби або ж ув'язненню у фортеці на строк від одного року до двох років, або у випадках, особливо тяжких, позбавленню всіх належних йому особливих, сімейних і станових прав та переваг і заслання на проживання до губерній Томської або Тобольської, з ув'язненням на строк від одного року до двох років».

У згаданій главі Уложення про покарання кримінальні і виправні 1845 р. також містилася стаття 377, яка встановлювала відповідальність за незаконне взяття під варту. «За взяття під варту будь-кого, хоч і з законних, вартих поваги причин, але без дотримання встановлених на те правил, винна в тому посадова особа засуджується, виходячи з обставин, які тією чи іншою мірою збільшують або зменшують її вину до покарання у виді суворого зауваження або до суворої догани з внесенням до послужного списку, або до відсторонення від шести місяців до одного року від служби. Коли хтось був узятий під варту без будь-яких вартих поваги причин або коли винний у таких діях не мав на це за законом або особливим дозволом права, то останній підлягає мірі покарання, як за незаконне затримання та ув'язнення, а крім того, якщо взятий ним під варту виявиться таким, що не мав піддаватись такому впливу, то і до покарання у виді безчестя або до офіційного вибачення».

У Уложенні про покарання кримінальні і виправні 1845 р. містилася стаття, яка встановлювала відповідальність за неналежне використання своїх обов'язків, і визначала два випадки, коли особа підлягає відповідальності: «а) коли особа повною мірою не знала своїх обов'язків, тобто вчинила дії з необережності, б) коли вона не виконала своїх обов'язків умисно або з корисливих мотивів». Чиновник, який, провадячи слідство, через недбалість або незнання своїх обов'язків не виконав встановлених для цього законами правил і форм, у тих випадках, коли

постановами про судочинство не передбачено за це особливого стягнення або покарання, має бути покараний доганою з внесенням її до послужного списку, або відстороненням від посади на строк від трьох місяців до одного місяця, або ж переміщенням з вищої посади на нижчу.

Якщо недотримання встановлених правил допущене з метою заподіяти шкоду з корисливих чи інших особистих мотивів, ця особа карається «звільненням з посади, якщо від цього недогляду інші особи зазнали шкоди чи збитку» (стаття 456).

З прийняттям 20 листопада 1864 р. Статуту кримінального судочинства, започаткувалися суттєві перетворення у кримінальному судочинстві. У Статуті було передбачено систему запобіжних заходів, що застосовувалися у кримінальному провадженні. Запобіжні заходи застосовувалися судовими слідчими. Поліція та прокуратура цих прав не отримали. Так, стаття 416 Статуту кримінального судочинства встановлювала систему запобіжних заходів за ступенем обмеження прав обвинуваченого. До них належали: 1) позбавлення посвідки на проживання або підписки про не відлучення з місця проживання; 2) особливий нагляд поліції; 3) поручительство; 4) застава; 5) домашній арешт та 6) взяття під варту.

Закон встановлював певні умови застосування запобіжних заходів. На всіх обвинувачених та підозрюваних осіб, незалежно від обраного запобіжного заходу, поширювалася заборона залишати на період провадження слідства місто або територію слідчої дільниці (стаття 415 Статуту кримінального судочинства) [11, с. 11].

До обвинуваченого застосовувався лише один запобіжний захід, який міг бути замінений протягом слідства. У 1894 р. Комісія з перегляду положень Судових статутів визнала можливість в окремих випадках не застосовувати до обвинувачених запобіжних заходів [12, с. 119].

Домашній арешт відрізнявся від утримання під вартою лише тим, що місцем ув'язнення була квартира обвинуваченого. Застосовувався цей

запобіжний захід у край рідко – щодо важких хворих, матерів-годувальниць та високопоставлених осіб. Так, дослідники зазначають, що наприклад, у 1899 р. домашній арешт не застосовувався жодного разу [13, с. 513].

Умови домашнього арешту не регламентувалися. У одних випадках, в обвинувачених відбирали підписку про незалишення житла, у інших – біля житла виставлялася охорона. Утримання обвинуваченого під вартою (або попередній арешт) мало подвійну мету: по-перше, запобігання втечі обвинуваченого; по-друге, обмеження впливу обвинуваченого в злочині на приховування слідів та доказів вчиненого злочину та вчинення нових злочинів.

Слід зазначити, що законодавець встановив взяття під варту як найсуворіший вид запобіжних заходів, який міг бути застосований лише відносно осіб, підозрюваних у скоєнні тяжких злочинів або щодо осіб без визначеного місця проживання та занять, або особа яких не була встановлена (статті 417-420 Статуту кримінального судочинства). При обранні запобіжного заходу судовий слідчий, крім характеру злочину, повинен був врахувати наявні докази, можливість приховування слідів злочину, стан здоров'я, стать, вік та соціальний статус обвинуваченого (стаття 421 Статуту кримінального судочинства) [14, с. 52]. Норми Статуту кримінального судочинства забороняли взяття під варту вагітних жінок та матерів-годувальниць.

Священнослужителі та ченці піддавалися арешту лише за скоєння «важливих злочинів» та у виняткових випадках. Вони утримувалися окремо від інших в'язнів (статті 1021-1022 Статуту кримінального судочинства). Дослідники зазначають, що таким чином уряд намагався зберегти престиж духовництва. Про арешт особи повідомлялося відповідне духовне (стаття 1023 Статуту), військове або цивільне начальство обвинуваченого (стаття 1241 Статуту) та навчальний заклад (університет). Строків такого повідомлення законодавець не встановлював. На прохання обвинуваченого, слідчий застосовував заходи щодо збереження майна

затриманого та піклування про його малолітніх дітей (стаття 4311 Статуту). Обвинувачений мав право оскаржити постанову удового слідчого про утримання під вартою в окружному суді [15, с. 13].

Наступним кроком у систематизації кримінального законодавства стала нова редакція Кримінального уложення 1903 р., у якому вже чітко було передбачено кримінальну відповідальність службових осіб, які у зв'язку з незнанням своїх обов'язків чи професійною недбалістю незаконно позбавляли волі осіб. Зокрема, у статті 649 глави 37 «Про злочинні діяння по службі державній і громадській» передбачалася кримінальна відповідальність службової особи, яка винна в незаконному позбавленні особистої свободи затриманого, продовження строку затримання чи застосування більш тяжкого виду позбавлення свободи особи, у зв'язку з незнанням своїх обов'язків чи у зв'язку з недбалістю [16, с. 391].

З огляду на наведене вище, цікавим можна вважати підхід кримінального законодавства Австрії та Австро-Угорщини, яке не містило окремих норм, які б встановлювали відповідальність за завідомо незаконні заходи кримінально-процесуального примусу, натомість регламентувало захист потерпілих від такого роду дій загальними положеннями щодо посягання на особу та її волю.

Якщо вести мову про радянський період розвитку кримінального законодавства, що діяло на території України, слід зазначити, що в цей період відбулися радикальні зміни в правовій системі. Так, Декретом про суд №1 від 24 листопада 1917 року було скасовано прокуратуру, загальні судові установи, інститут судового слідчого, адвокатуру. У цей період досить часто на практиці застосовувався такий примусовий захід, як арешт. Кримінально-процесуальний кодекс УСРР 1922 р. закріплював принцип недоторканості особи, а саме у його статтях закріплювалася гарантія яка полягала у тому, що ніхто не може бути позбавлений свободи і взятий під варту інакше як у випадках, передбачених у законі, і в порядку,

визначеному законом. Також було закріплено процесуальний порядок затримання підозрюваного, який застосовувався тільки у разі попередження ухилення особи від слідства [17, с. 152].

Відповідно і у Кримінальному кодексі УСРР, прийнятому 1922 р., було передбачено кримінальну відповідальність за злочини, вчинені посадовими особами органів розслідування, прокуратури та суду. У главі під назвою «Посадові (службові) злочини» передбачалась кримінальна відповідальність за незаконне затримання, привід, примушування до дачі показань при допиті шляхом застосування незаконних заходів, а також взяття під варту як запобіжний захід з особистих чи корисливих спонукань [18, с. 55].

У 1936 р. була проголошена Конституція СРСР, у статті 127 якої зазначалось, що громадянам СРСР гарантується недоторканність особи. Зокрема, відповідно до цієї норми ніхто не може бути арештований інакше як на підставі судового рішення або з санкції прокурора [19]. Проте, ця правова норма не дотримувалась на практиці, оскільки у тридцяті роки досить поширеним явищем було застосування правоохоронними органами незаконних арештів та затримання осіб, які набули масового характеру.

Для боротьби з цим масовим явищем Центральний Комітет ВКП (б) і Рада Народних Комісарів СРСР 17 листопада 1938 р. прийняли Постанову ЦК ВКП(б) і РНК СРСР «Про арешти, прокурорський нагляд і ведення слідства», у якій йшлося про те, що працівники НКВС абсолютно закинули слідчу роботу, вважаючи за краще діяти більш спрощеним способом, шляхом практики масових арештів, не піклуючись при цьому про повноту і високу якість розслідування. У Постанові, насамперед, закріплювався порядок здійснення арештів. Зокрема, при арештах органам НКВС і прокуратури потрібно керуватися наступним:

а) погодження на арешти виробляти в суворій відповідності з Постановою РНК СРСР і ЦК ВКП (б) від 17 червня 1935 р.;

б) при витребуванні від прокурора санкцій на арешт органи НКВС зобов'язані подати вмотивовану постанову і всі матеріали, які обґрунтовують необхідність арешту;

в) органи прокуратури зобов'язані ретельно і по суті перевірити обґрунтованість постанов органів НКВС про арешти, вимагаючи у разі потреби, провадження додаткових слідчих дій або подання додаткових слідчих матеріалів;

г) органи прокуратури зобов'язані не допускати арештів без достатніх підстав.

Також було передбачено, що за кожен неправильний арешт, поряд з працівниками НКВС, несе відповідальність і прокурор, який надав санкцію на арешт [20]. Водночас, практика свідчить про масові репресії у цей період, що фактично відображали політику держави у цій сфері, незважаючи на формальне закріплення в законодавстві гарантій прав особи у кримінальному судочинстві.

У Кримінальному Кодексі УРСР 1960 р. була окремо виділена Глава VIII під назвою «Злочини проти правосуддя», у якій детально були описані склади та ознаки злочинів проти правосуддя. Серед статей цієї глави була визначена стаття 173 КК, що передбачала кримінальну відповідальність за завідомо незаконний арешт, затримання або привід, що, у свою чергу, вказувало у диспозиції статті відповідальність за завідомо незаконний характер вказаних дій [21].

З прийняттям нового Кримінального Кодексу України від 5 квітня 2001 р. розділ «Злочини проти правосуддя» зберігся, а кримінальна відповідальність за завідомо незаконне затримання, привід та арешт була диференційована, сама стаття викладена у новій редакції. Зокрема, спочатку стаття 371 КК України, що передбачала кримінальну відповідальність також за завідомо незаконне тримання під вартою звучала так:

частина 1 статті 371 КК України: «Завідомо незаконне затримання або незаконний привід – караються позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до п'яти років або обмеженням волі на строк до трьох років».

частина 2 статті 371 КК України: «Завідомо незаконні арешт або тримання під вартою – карається обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк».

частина 3 статті 371 КК України: «Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони спричинили тяжкі наслідки або були вчинені з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах, – караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років» [22].

Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення законодавства у відповідність з Кримінальним процесуальним кодексом України» від 11. 08. 2013 р. до статті 371 КК України були внесені зміни, а саме: у назві та абзаці першому частини другої статті 371 слово «арешт» замінено словами «домашній арешт». Таким чином, на даний момент назва статті 371 КК України звучить як «Завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою». Такі зміни були внесені з метою узгодження змісту цієї норми з новим КПК України.

Здійснення аналізу становлення та розвитку кримінальної відповідальності за завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт і тримання під вартою свідчить про те, що протягом тривалої історії вітчизняної законотворчості та правозастосування запобіжні заходи, пов'язані з обмеженням свободи та особистої недоторканності особи (арешт, затримання), виступали як необхідний елемент у механізмі правового регулювання і, являючи собою насильницький вплив уповноважених органів і службових осіб держави на особистість, завжди

були ефективним засобом забезпечення суспільних (державних) інтересів у кримінальному судочинстві. Соціальна обумовленість таких правових обмежень уже на ранньому етапі визначалася, насамперед, інтересами державної безпеки, що часто збігалися з інтересами пануючого класу, а їхній характер і масштабність – дедалі зростаючою необхідністю протидії державним злочинам. Проте відсутність чіткої законодавчої регламентації підстав і порядку їх застосування на сотні років стало благодатним ґрунтом для посадових зловживань, тяганини та корупції.

Вперше норми, що прямо передбачали кримінальну відповідальність уповноважених посадових осіб за незаконний арешт, були передбачені в статті 649 глави 37 «Про злочинні діяння по службі державній і громадській» Кримінального уложення 1903 р.

Кримінальний кодекс УСРР 1922 р. у главі під назвою «Посадові (службові) злочини» передбачав кримінальну відповідальність за незаконне затримання, привід, примушування до дачі показань при допиті шляхом застосування незаконних заходів, а також взяття під варту як запобіжний захід з особистих чи корисливих спонукань. Постанова ЦК ВКП(б) і РНК СРСР «Про арешти, прокурорський нагляд і ведення слідства» від 17.11.1938 р. закріплювала порядок здійснення арештів. Також було передбачено, що за кожен неправильний арешт, поряд з працівниками НКВС, несе відповідальність і прокурор, який надав санкцію на арешт. Кримінальний Кодекс УРСР 1960 р. містив у собі статтю 173, згідно якої передбачалася кримінальна відповідальність за завідомо незаконний арешт, затримання або привід, що, у свою чергу, вказувало у диспозиції статті відповідальність за завідомість незаконних дій.

Прийнятий у 2001 р. Кримінальний Кодекс України передбачав у статті 371 кримінальну відповідальність за завідомо незаконне затримання, привід, арешт та тримання під вартою. На даний момент назва статті 371 КК України звучить як «Завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою».

1.2 Кримінальна відповідальність за завідомо незаконне затримання, привід, домашній арешт, тримання під вартою за зарубіжним законодавством

При розгляді кримінальної відповідальності за українським кримінальним законодавством слід особливу увагу приділяти тому, яким чином та чи інша проблема вирішується у зарубіжному кримінальному законодавстві, такий досвід інших країн може бути надзвичайно корисний при вдосконаленні вітчизняного законодавства.

Почнемо із Голландії. У кримінальному кодексі цієї країни законодавець не закріпив склад, в якому посадова особа свідомо незаконно обмежує або утримує під вартою людину, а закріпив лише злочинне діяння, яке виражене бездіяльністю щодо своїх посадових обов'язків. Це кримінальне правопорушення міститься в главі 28 КК Голландії, яка називається «Злочини, пов'язані зі зловживаннями посадою». Стаття 368 КК Голландії говорить: «громадський службовець, відповідальний за розслідування кримінальних правопорушень, який навмисне не дотримується вимоги доповісти про незаконне позбавлення волі або який навмисне не повідомляє про це вищу владу; публічний службовець, який, дізнавшись під час виконання своїх обов'язків, що особа була незаконно позбавлена волі, навмисне не повідомляє про це громадському службовцю, відповідальному за розслідування кримінальних правопорушень» [23, с. 424]. З цієї статті видно, що це протиправне діяння вчиняється безпосередньо посадовою особою, яка в Голландії називається громадським службовцем.

При аналізі КК Голландії можна дійти висновку, що кримінальне законодавство Голландії не містить безпосередньо кримінального правопорушення та покарання за незаконне ув'язнення або утримання під вартою, але охоплюється загальним складом кримінального правопорушення, який відноситься до кримінальних правопорушень проти

свободи особи, і передбачає відповідальність за вчинення діянь виключно громадським службовцем, який є спеціальним суб'єктом [23, с. 430].

У кримінальному законодавстві Данії у главі 16 «Злочини, вчинені під час здійснення державних функцій» закріплено кримінальне правопорушення (стаття 147) [24, с. 130], у якому зазначається: «якщо якась особа, до чиїх обов'язків належить застосування каральної влади держави, з цією метою використовує незаконні способи отримання зізнання чи докази, або якщо вона застосовує будь-який незаконний арешт, тюремне ув'язнення, обшук або виїмку, вона підлягає штрафу або простому взяттю під варту, або за обтяжуючих обставин – тюремному ув'язненню на будь-який термін, що не перевищує трьох років» [24, с. 131]. Посадовою особою, згідно згаданої статті, є будь-яка особа, до обов'язків якої належить застосування каральної влади держави. У Кримінальному кодексі Данії не зазначено, що посадова особа має знати заздалегідь, що ця дія (ув'язнення або тримання під вартою) є незаконною. Це протиправне діяння виражене у формі дії. Слід зробити висновок, що Кримінальний кодекс Данії, на відміну від кримінального законодавства Голландії, містить і виділяє в самостійний склад досліджуване кримінальне правопорушення, безпосереднім об'єктом якого є свобода людини і громадянина і яке вчиняється посадовою особою, яка здійснює каральну владу держави.

Поряд із кримінальним законодавством Голландії та Данії слід проаналізувати ще й Кримінальний кодекс ФРН, в якому кримінальну відповідальність за незаконні взяття під арешт або утримання під вартою виділено у самостійний склад кримінального правопорушення [25, с. 151]. Стаття 345 забороняє це кримінальне правопорушення під загрозою покарання. Кримінальне правопорушення закріплене у розділі 30 «Посадові злочинні діяння», тому можна дійти висновку, що це кримінальне правопорушення може вчинятись лише посадовими особами. Законодавець назвав його «Виконання вироку щодо невинного»: «хто,

будучи посадовою особою, призначеною для участі у виконанні вироку, пов'язаного з позбавленням волі, або заходах виправлення та безпеки, пов'язаних з позбавленням волі, або у виконанні адміністративного затримання, виконує таке покарання, міру або затримання, хоча за законом вони не можуть бути виконані, той карається позбавленням волі на строк від одного року до десяти років, у менш тяжких випадках – на строк від трьох місяців до п'яти років».

У цьому кримінальному правопорушенні покарання залежить від форми вини: «якщо виконавець діє легковажно, то покаранням є позбавлення волі строком до одного року чи грошовий штраф».

Також у статті вказується потерпілий від кримінального правопорушення: «хто у випадках, крім передбачених пунктом 1, будучи посадовою особою, яка призначена для участі у виконанні покарання або у заходах, виконує покарання або міру, хоча за законом вони не можуть бути виконані, той карається позбавленням волі строком від трьох місяців до п'яти років». Також карається посадова особа, яка за родом своєї служби бере участь у виконанні:

1. поміщення неповнолітнього правопорушника під арешт;
2. покарання як грошового штрафу чи додаткових наслідків при адміністративних порушеннях громадського характеру;
3. покарання у виді грошового штрафу або арешту за порушення громадського порядку або
4. заходів дисциплінарної чи професійної відповідальності, а також суду честі, – і виконує подібні правові наслідки, хоча за законом вони не можуть бути виконані [25, с. 196].

Це кримінальне правопорушення може вчинитись виключно посадовою особою, яка призначена для участі у виконанні вироку та зазіхає на свободу особи. Тут, як і в кримінальному законодавстві Данії та Голландії, не передбачено, що посадова особа мала заздалегідь знати про

незаконність застосування такого запобіжного заходу, як взяття під арешт або утримання під вартою.

У кримінальних кодексах різних країн дається варіативне поняття посадової особи: у Голландії – це громадський службовець, у Данії – це особа, до обов'язків якої належить застосування каральної влади, у ФРН – це посадова особа, яка призначена для участі у виконанні вироку.

Кримінальне законодавство Іспанії закріплює у якості самостійного складу посадове кримінальне правопорушення проти особистої свободи людини. Цей склад закріплено в розділі 5 «Про злочини, вчинені державними службовцями проти конституційних гарантій» відділу 1 «Про злочини, вчинені державними службовцями проти особистої свободи» [26, с. 163]. У відділі 1 про це кримінальне правопорушення йдеться у ст.ст. 530, 531. Розглядуване кримінальне правопорушення вчиняється лише державним службовцем або посадовою особою щодо конституційних та законних гарантій свободи особи. З диспозиції статті 530 видно, що «посадова особа або державний службовець, який, отримавши інформацію про кримінальне правопорушення, призначить, здійснить або продовжить будь-які заходи щодо позбавлення волі затриманому, ув'язненому чи засудженому з порушенням строків чи інших конституційних чи законних гарантій, карається позбавленням права обіймати відповідні посади або державну посаду строком від чотирьох до восьми років» [26, с. 163].

Статті 530 та 531 безпосередньо відносяться до досліджуваного кримінального правопорушення. Основна їх відмінність у тому, що у статті 530 ув'язнення чи утримання під вартою замінюється позбавленням волі, а у статті 531 ізоляцією. «Посадовець або державний службовець, який, отримавши інформацію про кримінальне правопорушення, призначить або продовжить ізоляцію затриманого, ув'язненого або обмеження інших законних гарантій особи, карається позбавленням права обіймати відповідні посади або державну посаду на строк від двох до шести років».

Яскравим прикладом встановлення спеціальної кримінальної відповідальності «осіб, які здійснюють публічні функції» за «посягання на індивідуальну свободу», є Кримінальний Кодекс Франції. Відповідно до статті 432-4 КК Франції, сімома роками тюремного ув'язнення та великим штрафом карається особа, яка є представником державної влади або виконує завдання органів державного апарату, що перебуває при виконанні своїх обов'язків або покладеного на неї завдання, якщо вона незаконно накаже вчинити акт зазіхання на свободу особи. У тому випадку, якщо акт зазіхання полягає у затриманні або арешті протягом більш ніж семи днів, покарання збільшується до тридцяти років ув'язнення та штрафу [27, с. 378].

Прийняття або утримання працівником пенітенціарної установи будь-якої особи без розпорядження, судової ухвали або наказу про взяття під варту, складеного відповідно до закону, або незаконне продовження нею строку тримання під вартою відповідно до статті 432-6 КК Франції карається двома роками тюремного ув'язнення та штрафом.

У Швейцарії законодавець взагалі не передбачив такого складу кримінального правопорушення. Проте поряд із цим законодавець закріпив у КК Швейцарії загальну норму – статтю 312 «Зловживання службовим становищем». Цей склад поміщений у розділ 18 «Злочинні дії проти службових та професійних обов'язків». Зловживання службовим становищем характеризується тим, що «члени виборного органу або чиновники, які зловживають службовою владою, щоб отримати для себе чи інших осіб незаконну вигоду або заподіяти іншій особі шкоду, караються каторжною в'язницею на строк до п'яти років або тюремним ув'язненням» [28, с. 123].

Це кримінальне правопорушення вчиняється членами виборних органів чи чиновниками.

Оскільки законодавець не виділив у самостійний склад посадове кримінальне правопорушення проти свободи особи, відтак, при вчиненні

згаданого кримінального правопорушення у Швейцарії, останнє кваліфікуватиметься як зловживання службовим становищем.

Слід зробити висновок, що в Кримінальному кодексі Швейцарії не виділяється таке кримінальне правопорушення, як незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою і що це кримінальне правопорушення охоплюється складом зловживанням службовими повноваженнями.

Кримінальне законодавство східноєвропейських держав із соціалістичним минулим у правовій регламентації відповідальності за кримінальні правопорушення проти правосуддя за багатьма пунктами відрізняється від нашого. Під кримінальними правопорушеннями проти правосуддя в них прийнято розуміти дії приватних осіб, які виражаються у перешкоджанні здійсненню правосуддя (насильство або загроза щодо судді та інших учасників кримінального процесу, надання неправдивих показань, приховування доказів невинуватості, недонесення про кримінальне правопорушення, розголошення даних попереднього розслідування та ін.) та виконанню судових рішень (самовільне звільнення з місць позбавлення волі, сприяння у втечі, порушення судової заборони та невиконання судового розпорядження та ін.). З цієї причини у розділах про кримінальні правопорушення проти правосуддя КК цих держав, як правило, немає спеціальної норми, яка встановлює відповідальність за незаконне кримінально-процесуальне позбавлення чи обмеження волі. Цей факт, звичайно ж, не можна сприймати як свідчення некарності цих дій. Відповідальність за незаконне застосування заходів процесуального примусу, пов'язаних з позбавленням волі, настає за загальними нормами про кримінальні правопорушення проти особистої свободи та кримінальні правопорушення по службі (посадові злочини).

Наприклад, стаття 189 КК Польщі передбачає відповідальність за позбавлення людини волі. При цьому тривалість строку позбавлення волі врахована законодавцем як обтяжуюча обставина: позбавлення волі

тривалістю до семи днів карається позбавленням волі на строк від трьох місяців до п'яти років, а позбавлення волі тривалістю понад сім днів – позбавленням волі на строк від одного до десяти років [29, с. 146].

Цікавий прийом регламентації кримінальної відповідальності за незаконне кримінальне процесуальне позбавлення волі спостерігається в Болгарії. Відповідно до статті 142а КК Болгарії, протизаконне позбавлення будь-кого свободи карається позбавленням волі на строк до двох років, а ці ж діяння, вчинені посадовою особою (серед яких особливо виділяються особи, які займаються правоохоронною діяльністю) на порушення службових обов'язків або функцій, – позбавленням волі на строк від одного до шести років [30, с. 110]. Серед обтяжуючих обставин зазначені: вчинення цих дій щодо вагітної жінки; особи, яка не досягла 18-річного віку; способом, болісним або небезпечним для здоров'я потерпілого; тривалістю понад дві доби. Таким чином, КК Болгарії встановлює спеціальну кримінальну відповідальність посадових осіб правоохоронних органів у рамках загальної норми щодо незаконного позбавлення волі.

Звернемо окрему увагу на законодавство держав пострадянського простору.

У Кримінальному кодексі Республіки Білорусь законодавець закріпив у самостійний склад посадове кримінальне правопорушення, яке посягає на свободу особи [31, с. 190]. Цей склад виділено у розділі «Злочини проти правосуддя». Аналізоване кримінальне правопорушення закріплене в частині першій і передбачає покарання за свідомо незаконне затримання або ув'язнення або утримання під вартою: «заздалегідь незаконне затримання чи взяття під варту або утримання під вартою карається позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, або виправними роботами на строк до двох років, або арештом строком до шести місяців, або обмеженням волі строком до трьох років, або позбавленням волі той самий строк» [31, с. 193].

Схожими за змістом є ст. 346 КК Республіки Казахстан, ст. 301 КК Російської Федерації, ст. 292 КК Азербайджанської Республіки, ст. 358 КК Республіки Таджикистан, ст. 324 КК Киргизької Республіки, які розташовані у розділах про злочини проти правосуддя [32, с. 517]. Проте серед них КК Азербайджану виглядає більш виграшним у частині карності кримінальних правопорушень, які нами розглядаються: максимальне покарання за свідомо незаконне затримання (злочин, що не становить великої суспільної небезпеки) не може перевищувати двох років позбавлення волі, свідомо незаконні взяття під варту або тримання під вартою (менш тяжкий злочин) караються позбавленням волі строком від двох до чотирьох років, кваліфікований вид цих кримінальних правопорушень (тяжкий злочин) карається позбавленням волі на строк від чотирьох до восьми років [33, с. 158]. Така редакція санкцій різних частин однієї статті КК, між якими виключена «вилка», на наш погляд, дозволяє вже на законодавчому рівні чітко диференціювати відповідальність та покарання залежно від характеру та міри суспільної небезпеки конкретного виду незаконного кримінально-процесуального позбавлення волі.

В КК Латвійської Республіки відповідальність за незаконне кримінально-процесуальне позбавлення волі передбачена двома статтями – свідомо незаконне взяття під варту (стаття 292), свідомо незаконні затримання та привід (стаття 293) [34, с. 156].

Як правило, диспозиція кримінально-правових норм, що встановлюють відповідальність за незаконне затримання, взяття під варту та тримання під вартою, в КК держав пострадянського простору проста. Виняток становить частина 1 статті 234 КК Республіки Узбекистан, у якій ознаки свідомо незаконного затримання викладено в описовій диспозиції: «Свідомо незаконне затримання, тобто короткострокове обмеження волі особи дізнавачем, слідчим чи прокурором за відсутності законних підстав» [35, с. 300]. Вибраний узбецьким законодавцем спосіб опису ознак складу

знімає з порядку денного ряд спірних питань. По-перше, з нього випливає, що під дію цієї норми підпадають лише випадки незаконного кримінально-процесуального затримання (а не адміністративного затримання). По-друге, редакція статті дозволяє однозначно вирішити питання спеціальних суб'єктів незаконного затримання. У той же час, як нам видається, вказівка в тексті статті на «відсутність законних підстав» є надмірною, оскільки незаконність завжди означає відсутність законних підстав. Стаття 234 КК Узбекистану не передбачає кваліфіковані види незаконного затримання, взяття під варту та тримання під вартою [35, с. 301].

Кримінальне законодавство всіх вищерозглянутих держав пострадянського простору серед ознак суб'єктивної сторони незаконного затримання, приводу, домашнього арешту або тримання під вартою називає «завідомість», яку прийнято трактувати як вказівку на форму та вид вини, – прямий умисел.

КК Грузії в питанні, що нас цікавить, має певну особливість, яка полягає в розташуванні норми про відповідальність за умисне незаконне затримання або взяття під варту в системі Особливої частини. Стаття 147 КК Грузії поміщена в главу 23 «Злочини проти прав і свобод людини» розділу 7 «Злочини проти людини» та є сусідами з нормами, що встановлюють відповідальність за незаконне позбавлення волі, незаконне поміщення до психіатричної лікарні, захоплення заручника та ін. Місце аналізованої норми в системі Особливої частини КК свідчить, що, криміналізуючи незаконне затримання та взяття під варту, грузинський законодавець, насамперед, має на меті захистити від суспільно небезпечних посягань такі важливі блага людини, як особиста свобода та недоторканність [36, с. 313].

З аналізу кримінального законодавства європейських країн слід зробити висновок, що практично всі кримінальні кодекси т.-зв. «старих» держав Європейського Союзу (наприклад, ФРН, Франції, Іспанії) закріплюють кримінальне правопорушення, яке посягає на волю особи.

Тільки КК Швейцарії та КК Голландії не віднесли до самостійного складу кримінального правопорушення явно незаконне взяття під варту чи утримання під вартою, а криміналізують згадані діяння загальними нормами. Всі розглянуті джерела кримінального права європейських держав не виділяють ознаку завідомості незаконних взяття під варту або утримання під вартою.

Кримінальне законодавство східноєвропейських держав із соціалістичним минулим (наприклад, Польща, Болгарія) у розділах про кримінальні правопорушення проти правосуддя, як правило, не передбачає спеціальної норми, яка встановлює відповідальність за незаконне кримінально-процесуальне позбавлення чи обмеження волі, тоді як відповідальність за незаконне застосування заходів процесуального примусу, пов'язаних з позбавленням волі, настає за загальними нормами про кримінальні правопорушення проти особистої свободи та кримінальні правопорушення по службі (посадових злочинах).

Кримінальне законодавство держав, які свого часу входили до складу СРСР, містять самостійну норму (норми), яка (які) встановлює (встановлюють) кримінальну відповідальність за незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою. Окрім того, всі вони серед ознак суб'єктивної сторони незаконного затримання, приводу, домашнього арешту або тримання під вартою називають «завідомість», яку прийнято трактувати як вказівку на форму та вид вини, – прямий умисел.

Відтак, проаналізувавши кримінальне законодавство перелічених вище держав ми не можемо погодитись з думкою низки вчених (наприклад, А. Галахової), які вказують, що у більшості держав Європи спеціальних норм, що встановлюють відповідальність за незаконне затримання, взяття під варту та тримання під вартою, немає. Наприклад, згадана вище А. Галахова прямо зазначає: «Тут (у Європі) уже давно склався правовий механізм, який дозволяє притягувати до кримінальної

відповідальності за подібні діяння за загальними нормами, що передбачають відповідальність за посадові зловживання» [37, с. 52].

Звісно ж, підстав для такого широкого узагальнення недостатньо. Проведений нами аналіз кримінального законодавства розвинутих держав Європи, які традиційно зараховуються до романо-германської правової сім'ї, дозволяє стверджувати, що карність незаконного кримінально-процесуального позбавлення волі традиційно забезпечується у них за рахунок виділення спеціальних норм про посягання на свободу особи.

1.3 Соціальна обумовленість, підстави та принципи криміналізації незаконного затримання, приводу, домашнього арешту та тримання під вартою

Застосування до особи заходів кримінально-процесуального примусу, пов'язаних із обмеженням її особистої свободи, зумовлено певними соціальними чинниками, які виникли в процесі розвитку суспільства.

У двадцятому столітті світова спільнота вперше дійшла єдиної думки з приводу фундаментальних людських цінностей і вперше закріпила їх юридично у Загальній декларації прав людини та інших міжнародних документах.

Перша найбільша цінність, дарована людині, – це життя. Друга – свобода.

Звичне слуху, слово «свобода», що досить часто вживається, приховує, однак, надзвичайно складне, багатогранне поняття. І зараз цілком доречні слова англійського філософа Гоббса (17 століття): «...ще жоден автор не пояснив, що таке свобода (воля)».

Той же Гоббс вважає застосовним поняття волі до неживих предметів не менше, ніж до розумних істот. Так, звільняється навіть вода, якщо розбити посудину, в якій вона знаходиться.

Філософськи узагальнюючи поняття свободи можна виділити два аспекти.

Є об'єктивні обставини, що стоять над людиною, серед яких вона не більш ніж піщинка. Людина безсила, скажімо, перед стихією, не вибирає своїх батьків.

Ці та інші подібні фактори визначають абсолютні межі людської свободи, вони – непереборні, тому, мабуть, ми мало над ними замислюємося. Інша справа те, що походить від самої людини, її усвідомлюваних дій.

Саме з волі людей, зрештою, прийнято Загальну декларацію прав людини. З волі людей у кожній державі ухвалюються закони.

Вони також становлять межі свободи людини, але не абсолютної. Рису – межу закону – людина може порушити; однак це вже буде кроком проти суспільства, і воно, суспільство, захищаючи свої інтереси, карає того, хто переступив межу.

Свобода здавна вважається найціннішим благом людини, хоч і не завжди усвідомленим.

Затримання, привід, домашній арешт, тримання під вартою, якими обмежується і позбавляється свобода осіб, підозрюваних та обвинувачених у вчиненні кримінальних правопорушень, є найсуворішими заходами забезпечення кримінального провадження, і застосовувати їх можна за наявності додаткових гарантій дотримання прав громадян.

При взятті під варту на перший план виходить фізична ізоляція від суспільства, у результаті якої різко звужується можливість сховатися від слідства і суду, перешкодити здійсненню завдань кримінального провадження і продовжувати злочинну діяльність.

Ізоляція від суспільства обвинуваченого або підозрюваного шляхом взяття його під варту дозволяє найбільш продуктивно забезпечити ту мету, яка досягається застосуванням цього запобіжного заходу, – з'ясування причетності до вчинення кримінального правопорушення.

Однак, цей захід пов'язаний з істотним обмеженням особистої свободи громадян і тому повинен застосовуватися тільки в тих випадках, коли завдання, що стоять перед запобіжними заходами, без його застосування вирішені бути не можуть.

Тому на цьому етапі потрібно з'ясувати, чи відповідає кримінально-правова заборона завідомо незаконного затримання, приводу, домашнього арешту та тримання під вартою принципам криміналізації і чи є в подальшому потреба в кримінальній охороні цих відносин.

Насамперед, для правильного трактування цього питання потрібно з'ясувати саме поняття криміналізації.

Отже, під криміналізацією розуміють законодавче визнання тих чи інших діянь злочинними, встановлення за них кримінальної відповідальності.

Щодо родового поняття підстав криміналізації у науці немає особливих суперечок.

Криміналізація – це виявлення суспільно небезпечних проявів поведінки людини, визнання державою можливості та необхідності застосування щодо неї заходів кримінально-правового впливу та закріплення у кримінальному законі ознак суспільно небезпечних діянь, оголошених кримінальними правопорушеннями [38, с. 51].

Це термін, яким у науці кримінального права позначають процес (криміналізація в динаміці) і результат віднесення діянь до кримінально-протиправних (криміналізація в статичності).

Однією з аксіом кримінально-правової доктрини є те, що криміналізація того чи іншого діяння має бути обумовлена різними факторами. Ці фактори, ще називають підставами визнання діяння кримінально-протиправним.

Деякі вчені називають їх принципами криміналізації, умовами.

У теорії права виділяють різні погляди щодо підстав криміналізації.

На думку Ю. Александрова підставами криміналізації є:

- 1) необхідність виконання зобов'язань за міжнародними договорами, ратифікованими Верховною Радою України;
- 2) необхідність створення правових механізмів утвердження і забезпечення прав і свобод людини, як базового обов'язку держави;
- 3) необхідність забезпечення реалізації певних положень Конституції України та інших законів України;
- 4) результати кримінологічних досліджень щодо динаміки та поширеності певного діяння, які обґрунтовані необхідністю його кримінально-правової заборони. При цьому, як правило не криміналізованим є діяння, яке не є поширеним, або навпаки, – поширеним настільки, що боротьба з ним кримінально-правовими засобами буде вкрай неефективною;
- 5) громадська думка [39, с. 308].

Г. Злобін поділяє принципи криміналізації на такі групи:

- 1) Соціальні й соціально-психологічні принципи криміналізації:
 - суспільна небезпечність;
 - відносна поширеність;
 - пропорційність позитивних і негативних наслідків криміналізації;
 - кримінально-політична адекватність криміналізації.
- 2) Системно-правові, що підрозділяються на дві групи:
 - А) загально правові:
 - конституційна адекватність;
 - системно-правова неупередженість конкретного діяння;
 - міжнародно-правова необхідність і допустимість криміналізації;
 - можливість процесуального переслідування.
 - Б) кримінально-правові:
 - безпробільність закону й необхідність заборони;
 - визначеність та єдність термінології;
 - повнота складу кримінального правопорушення;
 - відповідність санкції та економія репресії [40, с. 72].

Проаналізуємо, чи відповідають завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою зазначеним підставам (принципам, критеріям) криміналізації.

Суспільна небезпека діянь не є раз і назавжди усталеним поняттям. Її переоцінка здійснюється постійно під впливом певних позитивних чи негативних факторів, які об'єктивно обумовлюють необхідність криміналізації того чи іншого діяння.

З урахуванням теперішньої ситуації в країні та уявлення про об'єкт протиправного посягання і способи заподіяння шкоди, очевидно постає необхідність у криміналізації завідомо незаконних затримання, приводу, домашнього арешту та тримання під вартою.

З роками у суспільстві закріпилась позиція, при вивченні якої стає зрозумілим, що кримінальні правопорушення з боку правоохоронних органів, які полягають у незаконному обмеженні свободи особи, призводять до досить негативних наслідків, а саме – грубе порушення прав і свобод людини, недотримання та унеможливлення виконання завдань, поставлених перед цими органами та й узагалі недосягнення завдань кримінального процесу (судочинства). А найбільшим негативним наслідком такої діяльності стає недовіра народу до посадових осіб правоохоронних органів, представників влади, що призводить до підриву авторитету держави [41, с. 213].

Усе це викликає потребу в кримінально-правовій охороні відносин, що виникають у зв'язку із застосуванням заходів примусу, та постійному вдосконаленні засобів кримінально-правового впливу на осіб, які регулярно порушують кримінально-правові заборони.

Отже, керуючись усім вищевикладеним, можна сказати, що основним критерієм для криміналізації незаконного затримання, приводу, домашнього арешту або тримання під вартою, виступає саме суспільна небезпека зазначених діянь, адже для правомірної криміналізації вона повинна бути достатньо високою, що ми і бачимо на сьогодні.

Розкриваючи сутність принципу відносної поширеності діяння, то можемо сказати, що згаданий вид кримінального правопорушення з роками набуває більших об'ємів в структурі злочинності.

Наприклад, розглядаючи річний звіт правозахисників про стан справ із правами людини датований ще 2009 роком, можна констатувати нехтування владою основними принципами, якими намагаються керуватися правозахисники різних спільнот, а також відсторонене ставлення до практики Європейського суду з прав людини, незважаючи на те, що вже котрий рік поспіль його архів регулярно поповнюється рішеннями, винесеними у справах «проти України» [42]. До сьогодні ситуація не змінилась.

Так навіть у статті газети «Дзеркало тижня» від 16.11.2009 року під назвою «Безправ'я людини: традиції і нові тенденції» правозахисники констатують, що затримання без ухвали суду є правилом, а затримання за ухвалою суду – винятком, всупереч статті 29 Конституції України, яка вимагає, щоб було навпаки. Таким чином, переважна більшість усіх затримань – незаконна. Очевидно, що однією з цілей такого затримання є отримання зізнання у вчиненні кримінального правопорушення. Арсенал засобів, які використовуються з такою метою, звичний для правоохоронців, хоча й незаконний: нересстрація затримання, тиск із метою відмовитися від захисника, використання адміністративного арешту з метою кримінального переслідування, продовження терміну затримання. На цьому фактично тримається вся система дізнання і слідства. Водночас, наприклад, покарано за порушення строків перебування під вартою за 2008 рік лише четверо працівників органів внутрішніх справ [43].

Слід зазначити, що 2011 рік можна вважати переломним, оскільки проблеми незаконного тримання під вартою стали більше обговорюватися у суспільстві через гучні справи проти Ю. Тимошенко й колишніх членів її уряду та інші пов'язані з цим справи. Можна зазначити, що ці справи лише висвітлили ті проблеми, які на системному рівні існують вже давно.

Також, ще одним прикладом поширеності протиправного діяння у формі незаконного затримання та тримання під вартою є звернення адвоката у справі Є. Новицького до Української Гельсінської спілки з прав людини від 27.07. 2007 р. стосовно порушення органами внутрішніх справ прав людини, одним із яких є незаконне утримання під вартою в Київському СІЗО №13 протягом більше 5 місяців [44].

Усе вище вказане тільки підтверджує необхідність криміналізації кримінального правопорушення, що полягає у завідомо незаконному затриманні, приводі, домашньому арешті та триманні під вартою, що відповідає принципу відносної поширеності діяння.

Установлення кримінальної відповідальності згідно принципу пропорційності позитивних та негативних наслідків криміналізації, допустиме лише тоді, коли є переконаність у тому, що соціальні результати застосування кримінального закону істотно перевищать неминучі негативні наслідки криміналізації, такі як негативний вплив на особу засудженого, погіршення становища членів його сім'ї та ін. Адже цей принцип передбачає, що наскільки б не була небезпечна та чи інша поведінка, її криміналізація ніколи не може розглядатися як абсолютне благо, оскільки завжди являє собою жертвування одними інтересами суспільства заради інших, більш значущих.

Розглядаючи системно-правові принципи, варто звернути увагу на принцип системно-правової несуперечності криміналізації діяння та принцип конституційної адекватності, адже для того, щоб удосконалювати будь-які захисні механізми слід мати чітке уявлення про природу охоронюваних відносин.

Так, згідно статті 57 Конституції України кожному гарантується право знати свої права та обов'язки, але суперечності у законодавстві породжують порушення конституційних прав і свобод людини.

У випадку зі статтею 371 КК України ситуація відчутно ускладнюється тим, що терміни, використані в цій нормі, мають

процесуальне походження, що не приносить однозначність у тлумачення кримінально-правових понять.

Отже, керуючись усім вищевикладеним, можна зробити наступні висновки. Виходячи з базових (основних) принципів криміналізації діяння, таких як суспільна небезпека зазначених діянь, відносна поширеність діянь, пропорційність позитивних та негативних наслідків криміналізації, системно-правова несуперечність криміналізації діянь та конституційна адекватність, а також з аналізу останніх з прив'язкою до досліджуваної кримінально-правової норми, однозначно можна констатувати, що криміналізація незаконного затримання, приводу, домашнього арешту або тримання під вартою є повною мірою виправданою, зі збігом часу не втратила своєї актуальності і в подальшому має бути збереженою як у чинному КК України, так і у майбутньому КК України, проект якого зараз активно розробляється.

Висновки до розділу 1

Здійснення аналізу становлення та розвитку кримінальної відповідальності за завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт і тримання під вартою свідчить про те, що протягом тривалої історії вітчизняної законотворчості та правозастосування запобіжні заходи, пов'язані з обмеженням свободи та особистої недоторканності особи (арешт, затримання), виступали як необхідний елемент у механізмі правового регулювання і, являючи собою насильницький вплив уповноважених органів і службових осіб держави на особистість, завжди були ефективним засобом забезпечення суспільних (державних) інтересів у кримінальному судочинстві. Соціальна обумовленість таких правових обмежень уже на ранньому етапі визначалася насамперед інтересами державної безпеки, що часто збігалися з інтересами пануючого класу, а їхній характер і масштабність – дедалі зростаючою необхідністю протидії державним злочинам. Проте відсутність чіткої законодавчої регламентації

підстав і порядку їх застосування на сотні років стало благодатним ґрунтом для посадових зловживань, тяганини та корупції.

Вперше норми, що прямо передбачали кримінальну відповідальність уповноважених посадових осіб за незаконний арешт, були передбачені в статті 649 глави 37 «Про злочинні діяння по службі державній і громадській» Кримінального уложення 1903 р.

Кримінальний кодекс УСРР 1922 р. у главі під назвою «Посадові (службові) злочини» передбачав кримінальну відповідальність за незаконне затримання, привід, примушування до дачі показань при допиті шляхом застосування незаконних заходів, а також взяття під варту як запобіжний захід з особистих чи корисливих спонукань. Постанова ЦК ВКП(б) і РНК СРСР «Про арешти, прокурорський нагляд і ведення слідства» від 17.11.1938 р. закріплювала порядок здійснення арештів. Також було передбачено, що за кожен неправильний арешт, поряд з працівниками НКВС, несе відповідальність і прокурор, який надав санкцію на арешт. Кримінальний Кодекс УРСР 1960 р. містив у собі статтю 173, згідно якої передбачалася кримінальна відповідальність за завідомо незаконний арешт, затримання або привід, що, у свою чергу, вказувало у диспозиції статті відповідальність за завідомість незаконних дій.

Прийнятий у 2001 р. Кримінальний Кодекс України передбачав у статті 371 кримінальну відповідальність за завідомо незаконне затримання, привід, арешт та тримання під вартою. На даний момент назва статті 371 КК України звучить як «Завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою».

З аналізу кримінального законодавства європейських держав слід зробити висновок, що практично всі кримінальні кодекси т.-зв. «старих» держав Європейського Союзу (наприклад, ФРН, Франції, Іспанії) закріплюють кримінальне правопорушення, яке посягає на волю особи. Тільки КК Швейцарії та КК Голландії не віднесли до самостійного складу кримінального правопорушення явно незаконне взяття під варту чи

утримання під вартою, а криміналізують згадані діяння загальними нормами. Всі розглянуті джерела кримінального права європейських держав не виділяють ознаку завідомості незаконних взяття під варту або утримання під вартою.

Кримінальне законодавство східноєвропейських держав із соціалістичним минулим (наприклад, Польща, Болгарія) у розділах про кримінальні правопорушення проти правосуддя, як правило, не передбачає спеціальної норми, яка встановлює відповідальність за незаконне кримінально-процесуальне позбавлення чи обмеження волі, тоді як відповідальність за незаконне застосування заходів процесуального примусу, пов'язаних з позбавленням волі, настає за загальними нормами про кримінальні правопорушення проти особистої свободи та кримінальні правопорушення по службі (посадових злочинах).

Кримінальне законодавство держав, які свого часу входили до складу СРСР, містять самостійну норму (норми), яка (які) встановлює (встановлюють) кримінальну відповідальність за незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою. Окрім того, всі вони серед ознак суб'єктивної сторони незаконного затримання, приводу, домашнього арешту або тримання під вартою називають «завідомість», яку прийнято трактувати як вказівку на форму та вид вини, – прямий умисел.

Відтак, проаналізувавши кримінальне законодавство перелічених вище держав, ми не можемо погодитись з думкою низки вчених (наприклад, А. Галахової), які вказують, що у більшості держав Європи спеціальних норм, що встановлюють відповідальність за незаконне затримання, взяття під варту та тримання під вартою, немає. Наприклад, згадана вище А. Галахова прямо зазначає: «Тут (у Європі) уже давно склався правовий механізм, який дозволяє притягувати до кримінальної відповідальності за подібні діяння за загальними нормами, що передбачають відповідальність за посадові зловживання» [37, с. 52].

Звісно ж, підстав для такого широкого узагальнення недостатньо. Проведений нами аналіз кримінального законодавства розвинутих держав Європи, які традиційно зараховуються до романо-германської правової сім'ї, дозволяє стверджувати, що карність незаконного кримінально-процесуального позбавлення волі традиційно забезпечується у них за рахунок виділення спеціальних норм про посягання на свободу особи.

Виходячи з базових (основних) принципів криміналізації діяння, таких як суспільна небезпека зазначених діянь, відносна поширеність діянь, пропорційність позитивних та негативних наслідків криміналізації, системно-правова несуперечність криміналізації діянь та конституційна адекватність, а також з аналізу останніх з прив'язкою до досліджуваної кримінально-правової норми, однозначно можна констатувати, що криміналізація незаконного затримання, приводу, домашнього арешту або тримання під вартою є повною мірою виправданою, зі збігом часу не втратила своєї актуальності і в подальшому має бути збереженою як у чинному КК України, так і у майбутньому КК України, проект якого зараз активно розробляється.

РОЗДІЛ 2

ЮРИДИЧНИЙ АНАЛІЗ СКЛАДУ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ «ЗАВІДОМО НЕЗАКОННІ ЗАТРИМАННЯ, ПРИВІД, ДОМАШНІЙ АРЕШТ АБО ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ»

2.1 Об'єкт складу кримінального правопорушення, передбаченого статтею 371 КК України

Перш ніж з'ясувати об'єкт складу такого кримінального правопорушення, як «Завідомо незаконні затримання, привід, арешт та тримання під вартою», передбаченого статтею 371 Кримінального кодексу України, потрібно насамперед визначити поняття об'єкта кримінального правопорушення.

Головною початковою точкою для з'ясування сутності будь-якого кримінального правопорушення є визначення саме об'єкта протиправного посягання.

Одним з визначень, що даються науковцями в галузі кримінального права, є таке: об'єкт кримінального правопорушення – це охоронювані кримінально-правовими нормами суспільні відносини, на які посягає кримінальне правопорушення. Саме об'єкт кримінального правопорушення визначає межу дії кримінально-правової норми, сприяє правильній кваліфікації діяння та відмежуванню від інших суміжних кримінальних правопорушень, тим самим дозволяючи з'ясування соціальної та юридичної природи посягання, характер та ступінь суспільної небезпеки.

У кримінально-правовій теорії сформульовані різні позиції щодо сутності об'єкта кримінального правопорушення.

Якщо підсумовувати різні теорії, що пояснюють поняття об'єкта кримінального правопорушення, можна виділити такі підходи до визначення об'єкта кримінального правопорушення: а) об'єкт

кримінального правопорушення як суспільні відносини; б) об'єкт кримінального правопорушення як норма права; в) об'єкт кримінального правопорушення – конкретна людина; г) об'єкт кримінального правопорушення – правове благо (благо, інтереси, діяльність); д) об'єкт кримінального правопорушення як суб'єктивне право людини.

Так, В. Спасович, розглядаючи це питання, не вживає термін «об'єкт кримінального правопорушення», а оперує поняттям «предмет кримінального правопорушення». Дослідник зазначає, що «кримінальне правопорушення – це посягання на чийсь право, яке охороняється державою за допомогою покарань. З цього визначення випливають два дуже важливі висновки: 1) оскільки право буває завжди чийсь, а власниками або суб'єктами прав можуть бути лише люди поодинокі або їх множинність, то кримінальне правопорушення може бути вчинене тільки проти якоїсь особи, отже, предметом кримінального правопорушення може бути лише особа; 2) якщо з якихось причин держава скасує свій захист щодо певного права, остатннє перетвориться на абстрактне поняття.

Річ сама по собі без зв'язку з особою не може бути предметом кримінального правопорушення.

Не може бути предметом кримінального правопорушення тварина. Юридичні відносини існують лише у сукупності та лише між людьми.

Тварина стає предметом кримінального правопорушення тільки як чиясь власність.

Таким чином, предметом кримінального правопорушення може бути приватна особа, сім'я, церква, сукупність осіб, що перебувають у певній місцевості, держава та її право управління, з усіма органами реалізації цього права. Можна сказати, що будь-яке кримінальне правопорушення є кримінальним правопорушенням проти юридичної особи – держави і що безпосереднім його об'єктом є чийсь певне право, а посереднім – весь суспільний устрій, тобто весь державний лад» [45, с. 94].

На думку А. Бернера, об'єктом кримінального правопорушення є «загальне право, бо право порушується кримінальним правопорушенням як таким; ним порушується загальна воля, висловлена в законі, і посередньо завдається шкода навіть самій державі. Але об'єктом кримінального правопорушення виступає також і приватне право, оскільки право порушується не все, а лише до певної міри, у відомих межах; все право, все суспільство, вся держава лише посередньо страждають від кримінального правопорушення...» [46, с. 400].

Ведучи мову про об'єкт кримінального правопорушення, А. Кістяківський пише, що «об'єктом кримінального правопорушення може бути тільки людина з усіма правами та установами, які їй, як істоті суспільній, належать.

Тому, крім життя, здоров'я, свободи, честі, як більш-менш основних об'єктів кримінального правопорушення, створених самою природою, такими є також речі, тварини, установи, навіть певний порядок думок.

Речі є об'єктом кримінального правопорушення внаслідок їх на повернення у власність і володіння людиною. Річ безгосподарна, яка нікому не належить або принаймні не має жодного відношення до людини, не може бути об'єктом кримінального правопорушення.

Тварини, як такі, набувають характеру об'єкта так само тільки у зв'язку їх з людиною та її потребами.

Громадські установи, з усіма їх структурними елементами і порядками, є також об'єктом кримінального правопорушення головним чином тому, що вони служать засобом для охорони основних благ, як базових об'єктів кримінального правопорушення.

Певний порядок думок, вірувань і переконань є об'єктом кримінального правопорушення тільки стосовно громадських інституцій та релігійних установ. Їхня недоторканність від нападів, їх непорушність захищається кримінальним законом не тому, що вони взагалі мають бути непорушними самі по собі, як абсолютна істина, а тому, що вони

становлять теоретичну сторону певних громадських і релігійних установ, так би мовити філософське виправдання останніх. Отже, охороняючи недоторканність певного типу переконань, кримінальний закон цим охороняє недоторканність самих установ» [47, с. 109].

В. Туляков доходить до висновку про необхідність визнання об'єктом кримінального правопорушення конкретних фізичних осіб або їх соціальних спільнот, а предметом кримінального правопорушення – соціальні блага, що належать цим особам [48, с. 237]. З цією позицією, хоч і з певними застереженнями, згоден і В. Ємельянов: «Це загалом правильне уявлення про об'єкт кримінального правопорушення потребує деяких уточнень, оскільки не кожне кримінальне правопорушення зазіхає безпосередньо на людину. Воно може завдати їй шкоди опосередковано, шляхом впливу на умови її життя та те, що її оточує. Вчиняючи кримінальне правопорушення, винний безпосередньо зазіхає не тільки на людей, а й на ті чи інші різновиди, аспекти, прояви життя, діяльності людини, колективів, суспільства, їх безпеку, умови існування та функціонування, інакше кажучи, на конкретні сфери життєдіяльності людей, що охороняються кримінальним законом і які є безпосередніми об'єктами кримінальних правопорушень, як реальні явища дійсності [18, с. 11].

У радянський період протягом десятиліть домінуючою була думка, відповідно до якої об'єктом кримінального правопорушення були найважливіші суспільні відносини, що перебувають під кримінально-правовим захистом. В даний час є чимало критиків зазначеної теорії, які вважають, що ця теорія не може бути універсальною, вказують на її ефімерність, відірваність від життя. Вони вважають, що «суспільні відносини» – не найцінніше, що є у суспільстві. Тоді як кримінальний закон призначений для захисту найважливіших цінностей [47, с. 109].

Ведучи мову про згаданий підхід, С. Гавриш пише, що концепція об'єкта як суспільних відносин є штучною конструкцією з яскраво

вираженим ідеологічним підходом. «З позиції теорії об'єкта як суспільних відносин виходить, – пише С. Гавриш, – що кримінальне право охороняє не матеріальні цінності та блага, життя, здоров'я, навколишнє середовище тощо, а навпаки, якусь форму їх прояву, ті або інші зв'язки між суб'єктами відносин, тоді як насправді таким об'єктом, що охороняється, є «правове благо» як певна цінність» [49, с. 64].

Нормативна теорія розглядає як об'єкт кримінального правопорушення саму норму права, якою забороняється суспільно небезпечне діяння. У нормативній теорії об'єкта кримінального правопорушення зникає будь-яка вказівка на реальний суспільний зміст об'єкта кримінального правопорушення. У зв'язку з цим, саме кримінальне правопорушення розумілося як голе порушення норми, «непослух щодо існуючого правопорядку». Прибічники цієї теорії не вбачали ні дійсного соціального змісту кримінального правопорушення, ні дійсного об'єкта злочину – суспільних відносин. Викликає сумніви зазначена теорія і з позицій сьогодення. Виходить, що від вчинення кримінального правопорушення страждає сама норма кримінального закону, яка забороняє протиправне діяння. Але сама норма абстрактна, умоглядна. Їй не може бути заподіяна шкода.

А. Наумов запропонував визнавати об'єктом кримінального правопорушення ті блага (інтереси), на які посягає протиправне діяння і які охороняються кримінальним законом, тобто схиляється до теорії об'єкта кримінального правопорушення як правового блага [50, с. 149].

Ця теорія була сформульована ще під час Французької революції у працях Ієрінга, Ліста та інших дослідників. Теорія була сприйнята та розвинена видатним російським ученим Н. Таганцевим.

Тут, насамперед, викликає заперечення урівнювання як об'єкта кримінального правопорушення термінів «благо» та «інтерес». Вони мають різний змістовий зміст. Інтерес – це спонукальний мотив, потреба у

чомусь. Благо – це те, що цінне для людини. То що є благо? Річ матеріального світу чи ще щось?

Очевидно, що будь-яке кримінальне правопорушення шкодить тому чи іншому праву людини. Саме в цьому полягає суспільна небезпека кримінального правопорушення. І саме право людини на конкретне благо становить початкову цінність. Суспільні відносини будуються, виходячи з певного правового статусу їх суб'єктів. Через суспільні відносини реалізуються права суб'єктів. У той самий час, самі по собі права людини, не включені у систему суспільних відносин, не мають цінності.

Н. Загородніков на початку 90-х років запропонував вважати об'єктом кримінально-правової охорони конкретні блага біологічного, біосоціального та соціального характеру [51, с. 21].

Є. Фесенко, ведучи мову про об'єкт посягання, пише: «Саме цінності (особисті, громадські, державні) повинні визнаватись об'єктом кримінального правопорушення... Цінності – це різноманітні об'єкти матеріального світу, у тому числі й сама людина, які мають суттєве позитивне значення для окремих осіб, соціальних груп та суспільства в цілому. Тому вони охороняються нормами різних галузей права, найважливіші їх бере під захист кримінальне законодавство. Будь-яке протиправне діяння, спрямоване проти цих найважливіших цінностей, створює загрозу заподіяння або завдає їм шкоди. Саме тому зазначені цінності виступають як об'єкт кримінального правопорушення» [52, с. 72].

У курсі з кримінального права 1999 р. також зазначається, що «...об'єкт кримінального правопорушення – це соціально значущі цінності, інтереси, блага, що охороняються кримінальним законом...» [53, с. 202]. Висловлюється й незвична позиція, відповідно до якої об'єкт кримінального правопорушення – «той, проти кого воно відбувається, тобто, окремі особи чи якась множинність осіб...» [54, с. 135].

Ще один підхід до поняття об'єкта кримінального правопорушення представляє Г. Новосьолов, який пише, що об'єктом будь-якого посягання

є людина. Автор зазначає: «Фізичні особи страждають не лише тоді, коли здійснюється зазіхання на належне їм невідчужуване особисте немайнове благо, через що вони позбавляються можливості жити або можливості працювати (втрата працездатності), а й тоді, коли викрадається, знищується або ушкоджується їхнє майно. Щоразу, як у кримінальному законі йдеться про протиправні наслідки для людини, громадянина, споживача тощо, мається на увазі заподіяння шкоди (завдання шкоди) конкретним індивідам. Вирішення питання не може бути іншим і щодо кримінальних правопорушень, у яких як обов'язкова їх ознака передбачається заподіяння шкоди суспільству чи окремим організаціям. Особливість такого роду кримінальних правопорушень у тому, що ними спричиняються збитки або створюється загроза їх заподіяння певній множинності осіб, коло яких не завжди можливо встановити в кожному окремому випадку як у правозастосовчій, так і у законотворчій діяльності. Але це, звичайно ж, зовсім не означає, що тут ніхто не страждає або не може постраждати... Саме це міркування дозволяє стверджувати, що об'єктом будь-якого кримінального правопорушення, а не лише спрямованого проти особи, виступають люди, які в одних випадках виступають як окремі фізичні особи, в інших – як певного роду множинність осіб, які мають або не мають статусу юридичної особи, порте – як соціум (суспільство)» [55, с. 51].

Вважаємо, що немає підстав відмовлятися від апробованої десятиліттями теорії об'єкта кримінального правопорушення як тих чи інших суспільних відносин, які охороняються кримінальним законом. Ця теорія життєва. Вона дозволяє максимально точно зрозуміти, що захищає кримінальний закон, чому конкретно завдає шкоди кримінальне правопорушення [50, с. 149].

Теорією кримінального права загально визнаною є тричленна класифікація об'єктів «по вертикалі», запропонована В. Меньшагінім ще у 1938 р. Відповідно до цієї теорії розрізняються загальний, родовий

(груповий) та безпосередні об'єкти кримінального правопорушення. Класифікація об'єкта кримінального правопорушення шляхом поділу його на три групи заснована на положенні про співвідношення категорій загального, особливого та конкретного.

У теорії кримінального права виділяють такі структурні елементи суспільних відносин:

- 1) суб'єкти (носії) відносин;
- 2) предмет, з приводу якого існують відносини;
- 3) соціальний зв'язок (суспільна значуща діяльність) як зміст відносин.

Структура будь-яких суспільних відносин є незмінною.

Суб'єктами (учасниками) суспільних відносин можуть виступати держава, різноманітні об'єднання громадян, юридичні та фізичні особи. Безсуб'єктних відносин у суспільстві бути не може. Якщо немає учасників відносин, то не існує й самих відносин, які завжди являють собою певні соціальні зв'язки між їх учасниками. Чітке встановлення кола учасників суспільних відносин, тобто їх суб'єктного складу, а також їх соціальних функцій у самих відносинах, дозволяє визначити та відокремити ті суспільні відносини, які виступають об'єктом того чи іншого кримінального правопорушення.

Предметом суспільних відносин є все те, з приводу чого або у зв'язку з чим існують ці відносини. До предметів відносин належать майно, речі, матеріальні та духовні цінності, а також сама людина. В залежності від особливостей предмета всі суспільні відносини прийнято поділяти на дві основні групи – матеріальні (предметом яких є майно, тварини, рослини тощо) та нематеріальні (державна влада, духовні блага тощо).

Окремо звернемо увагу на питання предмета кримінального правопорушення та його відмежування від об'єкта кримінального правопорушення. Диспозиції статей Особливої частини КК не завжди точно вказують на об'єкт і предмет кримінального правопорушення, тому

за допомогою прийомів логічного тлумачення доводиться встановлювати їх взаємозв'язок і робити висновок, що об'єкт злочинного посягання може бути визначений через опис предмета кримінального правопорушення і, навпаки, правильне з'ясування об'єкта кримінального правопорушення допоможе правильно встановити предмет кримінального правопорушення.

На думку П. Дагеля, «предмет посягання – це елемент об'єкта посягання, впливаючи на який, правопорушник порушує чи намагається порушити суспільні відносини». З цього визначення неможливо зрозуміти, що це за елемент суспільного відношення, якими ознаками та властивостями він володіє, як законодавець фіксує його у процесі законотворчої діяльності.

Далі автор зазначає, що елементами суспільних відносин є суб'єкти відносин, їх діяльність, матеріальні речі. Таке широке за обсягом тлумачення предмета посягання не сприяє його чіткому розумінню і веде нас у бік вчення про об'єктивну сторону кримінального правопорушення та суб'єкт кримінального правопорушення [56, с. 103]. У наведеному визначенні не конкретизується, що це за елемент об'єкта посягання, чи завжди він є матеріальним і в яких ситуаціях правопорушник, здійснюючи суспільно небезпечне посягання на об'єкт кримінально-правової охорони, лише намагається порушити суспільні відносини, але не порушує їх.

З точки зору теорії кримінального права, більш вірним і практично обґрунтованим, буде вважати, що предметом кримінального правопорушення є лише речі, матеріальні субстрати об'єктивного світу, але не дії суб'єктів суспільних відносин і не самих суб'єктів цих відносин.

Вужче і точніше визначення предмета злочину наводить М. Бажанов. Він пише: «Предмет кримінального правопорушення – це конкретна матеріальна річ, у якій виявляються певні властивості суспільних відносин (об'єкта кримінального правопорушення), шляхом фізичного чи психічного впливу на які спричиняється соціально-небезпечна шкода у сфері суспільних відносин» [57, с. 120]. У цьому визначенні вже досить

чітко робиться акцент на речі матеріального світу, виключаються такі елементи, як суб'єкти відносин та їх діяльність.

Наступний позитивний момент у розвитку теорії предмета кримінального правопорушення можна побачити у запропонованому М. Загородніковим визначенні цього феномену. Він пише: «Предмет кримінального правопорушення – це матеріальний (речовий) елемент суспільних відносин, прямо зазначений чи такий, що лише мається на увазі, у кримінальному законі, шляхом протиправного впливу на який порушуються суспільні відносини, тобто відбувається посягання на об'єкт кримінального правопорушення» [51, с. 21].

Звісно ж, як для законодавця, так і для правозастосувача, предмет кримінального правопорушення є своєрідним еталоном, виразником конкретних суспільних відносин у нормах Особливої частини КК. Він наділений притаманними йому юридичними властивостями конкретного складу кримінального правопорушення, може бути усвідомлений з допомогою різних прийомів тлумачення.

Вказівка на предмет кримінального правопорушення в самому кримінальному законі, поза всяким сумнівом, заслуговує на схвалення.

А. Наумов зазначає, що предмет кримінального правопорушення – це зазначений у кримінальному законі об'єкт матеріального світу або інформація, через які винний безпосередньо здійснює посягання на об'єкт кримінального правопорушення. У запропонованому визначенні згадка про інформацію як предмет кримінального правопорушення лише підкреслює, що інформація теж належить до об'єкта матеріального світу. У цій дефініції відсутня згадка про те, що предмет кримінального правопорушення не тільки прямо вказаний у законі, він ще може бути презюмований в нормативному акті [50, с. 116]. Не міститься також вказівки, як і в М. Бажанова, щодо того, в якому взаємозв'язку перебувають об'єкт та предмет кримінального правопорушення.

Об'єкт кримінального правопорушення – це суспільні відносини, яким кримінальне правопорушення завдає шкоди.

У цьому сенсі об'єкт кримінального правопорушення – один із чотирьох елементів складу кримінального правопорушення. У цього елемента є три ознаки – обов'язкова, тобто, сам об'єкт, та факультативні, тобто, предмет кримінального правопорушення та потерпілий.

Факультативними ознаками є предмет кримінального правопорушення і потерпілий, оскільки вони зазначені у законі не у всіх складах кримінальних правопорушень, а лише у деяких.

Предмет кримінального правопорушення – це річ, елемент матеріального світу, на яку здійснюється вплив під час вчинення кримінального правопорушення.

Можна погодитися з позицією, що найчастіше предмет кримінального правопорушення має матеріальну природу. Однак, у ряді випадків предмет кримінального правопорушення не має такої фізичної природи. Наприклад, у кримінальних правопорушеннях, пов'язаних із незаконними діями щодо інформації, предмет кримінального правопорушення може бути представлений у виді інтелектуальної цінності. Отже, інформація може мати не уречевлену форму.

Об'єкт кримінального правопорушення необхідно відрізнити від предмета кримінального правопорушення. Співвідношення об'єкта кримінального правопорушення та його предмета ілюструє наступний приклад. При крадіжці безпосереднім об'єктом є відносини власності, а предметом – речі, товари тощо.

Предмету, на відміну від об'єкта, завжди спричиняється шкода.

Предмет кримінального правопорушення має значення для кваліфікації вчиненого, зокрема, в оцінці протиправних наслідків.

Критерієм віднесення дій до кримінальних також може бути предмет, на який здійснено посягання.

Предмет кримінального правопорушення, якщо він має матеріальну природу, необхідно відрізнити від знарядь і засобів вчинення протиправного діяння. Один і той же предмет матеріального світу може в одному випадку бути предметом кримінального правопорушення, а в іншому – засобом або знаряддям його вчинення.

Людина – це фактично предмет кримінального правопорушення, проте, зважаючи на етичність вживання щодо людини терміна «предмет», у цьому випадку ми зазвичай говоримо про потерпілого.

Ознаки такої людини можуть мати кримінально-правове значення, подібне до значення ознак предмета. Однак, у такому випадку зазвичай використовується поняття «потерпілий», а не «предмет кримінального правопорушення».

Встановлення предмета та об'єкта кримінального правопорушення значною мірою допомагає виявити справжню спрямованість кримінального правопорушення. Значення ознак предмета кримінального правопорушення полягає у його використанні для розмежування злочинної та незлочинної поведінки, а також суміжних складів кримінальних правопорушень.

Соціальний зв'язок як елемент суспільних відносин завжди знаходиться в нерозривному зв'язку з іншими структурними елементами.

Соціальний зв'язок завжди виникає та існує з приводу конкретного предмета суспільних відносин, а тому йому властивий предметний характер. Так само як і суспільні відносини, соціальний зв'язок має об'єктивний прояв, тобто існує у реальній дійсності і проявляється у різних формах людської діяльності (нормальне функціонування органів державної влади; раціональне використання природних ресурсів тощо) [58, с. 34].

З'ясовуючи структуру правовідносин у сфері правосуддя, насамперед, потрібно визначити як і саме поняття «правосуддя», так і родовий об'єкт згаданих кримінальних правопорушень, який є основною

підставою для формування кримінально-правових норм у розділ Особливої частини КК України під назвою «Кримінальні правопорушення проти правосуддя», у який входить і стаття, що передбачає відповідальність за завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт та тримання під вартою.

Конституцією України органи правосуддя, тобто суди, віднесені до самостійної гілки влади. У зв'язку із цим, як видається, посягання на нормальну їх діяльність є кримінальними правопорушеннями, що характеризуються підвищеною суспільною небезпекою.

Визначення поняття «правосуддя» пов'язане із встановленням кола органів, які займаються відповідною діяльністю. З цього питання в теорії кримінального права існують принаймні два підходи до розуміння правосуддя. Суть розбіжностей полягає в тому, чи охоплюється цим поняттям діяльність лише судових, чи й інших правоохоронних органів.

Перша позиція базується на буквальному розумінні слова «правосуддя» як діяльності лише судів з розгляду і вирішення справ, віднесених до їхньої юрисдикції [59, с. 57]. Для такого розуміння правосуддя є певні підстави. Так, у статті 124 Конституції України визначено: «Правосуддя в Україні здійснюється виключно судами». Розділ VIII Конституції України «Правосуддя» регламентує порядок створення і функціонування судової гілки влади. В теоретичних дослідженнях останніх років також чітко простежується точка зору, відповідно до якої судові органи відокремлюються від правоохоронних органів. І законодавець, на відміну від попередніх періодів розвитку кримінального законодавства, сьогодні норми про відповідальність за посягання на судову діяльність, на суддів, зосередив у розділі «Кримінальні правопорушення проти правосуддя», а посягання на діяльність органів Національної поліції, прокуратури, служби безпеки передбачає в розділі «Кримінальні правопорушення проти авторитету органів державної влади, органів

місцевого самоврядування, об'єднань громадян та кримінальні правопорушення проти журналістів».

Прихильники другої наведеної позиції також апелюють до положень Конституції України. Аргументуючи свою точку зору, вказують на те, що в самій Конституції є підміна двох понять [60, с. 318].

По-перше, те, що в розділі VIII Конституції України називається «Правосуддя», насправді стосується судової влади як однієї з трьох гілок влади. По-друге, суд, як і будь-який державний орган, не є самодостатнім, не може діяти без взаємодії з іншими спеціалізованими державними інституціями, зокрема, з тими органами, які готують кримінальні справи до судового розгляду (дівання та досудового слідства) та які займаються виконанням судових рішень.

Отже, можна констатувати, що правосуддя – це суспільні відносини, пов'язані з процесуальною діяльністю компетентних державних органів (дівання, досудового слідства, прокуратури, суду та органів виконання судових рішень) із розслідування, судового розгляду, прийняття і виконання рішень, вироків, ухвал та постанов у кримінальних, цивільних та адміністративних справах.

На окрему увагу заслуговує розуміння місце правосуддя в житті суспільства та його співвідношення з іще одним суміжним поняттям – «справедливість».

Правосуддя – соціальний інститут, створений для дотримання встановлених у суспільстві правил, завдяки яким можливе «мирне співіснування людей у суспільстві». З'явившись як засіб запобігання насильницькому вирішенню конфліктів (спорів) за допомогою посередника, який виконував функції підтримки встановленого порядку, розвиваючись як форма подолання суспільних протиріч, правосуддя стало результатом саморегуляції людського суспільства, неминучим результатом суспільного розвитку. Іншими словами, про правосуддя можна говорити стосовно будь-якої спільноти, що перебуває на будь-якому етапі

еволюційного розвитку, оскільки в основі правосуддя лежить ідея порядку як феномена, який «пов'язує природу та суспільство, визначає форми біологічної та соціальної еволюції».

У свою чергу, ідея порядку є наслідком розумної людської діяльності, адже, усвідомлення необхідності інституту, що вирішує конфлікти, виникає з моменту зародження суспільства, продовжується все його життя і закінчується лише його смертю.

Визнання авторитету особи, що вирішує конфлікти, посередника, наділеного ознакою неупередженості і характерного тим, що як член суспільства має низку прав, вже на початку генези правосуддя тягне його ототожнення зі справедливістю.

Цю думку сформулював видатний правознавець В. Тацій, аналізуючи підстави права: «родоначальник або старійшина, вирішуючи суперечку, давав кожному певний імператив, який визначав його подальшу поведінку у спірному питанні. Цей імператив вказував кожному, по-перше, те, що він «може», тобто що йому дозволено, на що він «має право», по-друге, те, чого він «не може», тобто, що йому заборонено, на що він «не має права», і по-третє, те, чого він «зобов'язаний» дотримуватися. Рішення судді отримувало певну вагу і впливало на тих, хто сперечається; це пояснювалося, з одного боку, їхньою довірою до його авторитету, з іншого боку, справедливістю того, що він ухвалив» [58, с. 35].

Поява держави не означала виникнення правосуддя, а лише надала певних векторів його розвитку, оскільки держава отримала легальну монополію на здійснення правосуддя (яка включає монополію на застосування сили), на визначення того, що є правосуддям і хто може від імені держави здійснювати його [59].

Розвиваючись у державних рамках, правосуддя слідує певній траєкторії руху. Дослідниками зазначається, що така траєкторія в окремо взятій державі (незалежно від відмінностей цивілізаційного характеру), як правило, полягає в наступному: від виділення із сукупності прав та

обов'язків глави держави (монарха) особливої публічної функції – «охорони миру» – до створення міжнародних судових органів; від вирішення главою держави рядових суперечок – до судової системи з організаційним відділенням судової влади від інших її гілок.

Сучасний підхід до розуміння правосуддя та його місця у суспільстві продовжує вибудовуватись на історико-правовому (генетичному) взаємозв'язку правосуддя та справедливості. Цей зв'язок у науці, законодавстві та правових позиціях підкреслюють по-різному: можна сказати, що правосуддя наділене якістю справедливості (оскільки будь-яке рішення за результатами вирішення конкретної справи є пошуком справедливості); можна цей зв'язок пояснити вимогою справедливості, що висувається до правосуддя [61, с. 155].

Відповідно до закріплених Конституцією України принципів, правосуддя по суті може визнаватись таким лише за умови, що воно відповідає вимогам справедливості.

Під правосуддям як об'єктом протиправного посягання слід розуміти лише діяльність, яка відповідає таким ознакам:

1) правосуддя здійснюється у формах цивільного, кримінального, адміністративного, господарського судочинства, вона регламентована Цивільним процесуальним, Господарським процесуальним та Кримінальним процесуальним кодексами України, Кодексом адміністративного судочинства України;

2) правосуддя – це лише правозастосовча діяльність, яка полягає в реалізації норм права стосовно конкретних життєвих ситуацій;

3) діяльність із здійснення правосуддя спрямовано на охорону законних прав та інтересів громадян, суспільства, держави в процесі судочинства, при прийнятті рішень, а також при їх реалізації.

Видові об'єкти кримінальних правопорушень визначають особливості суб'єктів відносин, проти яких спрямовані кримінальні правопорушення зазначеного виду, і блага, які належать цим суб'єктам і

яким може бути заподіяна або спричиняється шкода. Зокрема, можна виділити три групи таких суб'єктів:

- 1) особи як учасники або інші суб'єкти кримінального чи цивільного процесу;
- 2) органи дізнання, слідства, прокуратури, суди загальної юрисдикції;
- 3) органи виконання покарань та судових рішень.

Кримінальні правопорушення проти правосуддя посягають на п'ять різновидів суспільно корисних благ, які належать переліченим вище суб'єктам:

- 1) права та інтереси особи, що охороняються законом, якими вона наділена як учасник або інший суб'єкт кримінального або цивільного процесу;
- 2) інтереси всебічного, повного і неупередженого розслідування і судового розгляду кримінальних справ;
- 3) безпека, честь та гідність суддів;
- 4) інтереси своєчасного присікання та розкриття кримінальних правопорушень;
- 5) інтереси забезпечення неухильного виконання судових рішень та вироків [60, с. 325].

Можна зазначити, що основним безпосереднім об'єктом таких кримінальних правопорушень, як «Завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт та тримання під вартою», передбачених статтею 371 КК України, є регламентована законодавством діяльність суду та правоохоронних органів по реалізації мети та завдань правосуддя (у його широкому розумінні) у частині забезпечення законного затримання, приводу, домашнього арешту та тримання під вартою [62, с. 862].

На думку Л. Палюх, основним безпосереднім об'єктом кримінальних правопорушень, передбачених частинами 1, 2 статті 371 КК України, є суспільні відносини, які встановлюють визначений у законі порядок

здійснення кримінально-процесуальних гарантій прав та законних інтересів особи у процесі затримання, а також затримання з метою приводу цієї особи в рамках кримінального судочинства (ч.1); гарантій прав та законних інтересів особи у випадку вжиття до неї запобіжних заходів в виді домашнього арешту чи тримання під вартою (частина 2 статті 371 КК України) [63, с. 333].

Також важливо зазначити, що у теорії кримінального права безпосередній об'єкт кримінального правопорушення поділяють на такі види: основний, додатковий обов'язковий, додатковий факультативний.

В цьому контексті доцільно виділити, як додатковий обов'язковий об'єкт складу кримінального правопорушення «Завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт та тримання під вартою», життя і здоров'я особи, її свободу і особисту недоторканість, а також майнові та інші права та законні інтереси. Незважаючи на те, що досить багато науковців не погоджується з даною позицією, оскільки охорона цих прав не виходить за рамки правовідносин із приводу правосуддя, вона є основною і домінуючою в кримінально-правовій теорії [64, с. 11].

Свою думку з приводу поділу безпосереднього об'єкту на основний та додатковий цього кримінального правопорушення, висловив О. Бантишев, який звернув увагу на те, що об'єкти у виді прав людини та її свобод у період їх закріплення у Конституції України та правовій охороні, не можуть розглядатись як додаткові [65, с. 69].

У цьому ж питанні існує думка Н. Фасхутдінової, яка, використавши для обґрунтування своєї позиції конституційні положення про примат прав і інтересів людини над інтересами держави, запропонувала перемістити склади зазначених кримінальних правопорушень з глави «Кримінальні правопорушення проти правосуддя» до глави «Кримінальні правопорушення проти волі, честі та гідності особи» [40, с. 107]. Однак, з цією думкою важко погодитись, оскільки право особи на волю та особисту недоторканність, яке як правило часто розглядається як додатковий

безпосередній об'єкт досліджуваних кримінальних правопорушень, є за своїм походженням складовою родового поняття «недоторканність особи», яке у свою чергу характеризує первісний стан людини, зумовлений її природними, а тому органічно невід'ємними від неї властивостями розпоряджатися на свій розсуд собою, психікою, моральністю, безпекою, власністю, визначати своє місце перебування. Становлячи одне з найбільших соціальних благ, яке не тільки створює умови, необхідні для всебічного задоволення потреб особи, а й забезпечує демократичний розвиток суспільства, воно поступово матеріалізувалося в юридичних нормах, де, набувши свого позитивного змісту, стає основою систематизації досить розгалуженої системи конституційних норм, які закріплюють найважливіші права і свободи громадянина [66, с. 384].

Зміст права особи на волю та особисту недоторканність перебуває в тісному зв'язку з цілим комплексом прав та гарантій, якими забезпечується недоторканність особи, але при цьому має власний інформаційний обсяг, вичерпуючись законодавчою формулою, що гарантує особі право не бути підданою арешту або триманню під вартою інакше як на підставі судового рішення й у передбаченому законом порядку [67, с. 406]. Виходячи з цього можна сказати, що норма, яка передбачена статтею 371 КК України, повинна бути закріплена у розділі XVIII Особливої частини Кримінального кодексу України «Кримінальні правопорушення проти правосуддя».

Підсумовуючи усе вищевикладене про право особи на волю та особисту недоторканність, можемо сказати, що необхідним є цілісне сприйняття основного безпосереднього об'єкта досліджуваних діянь як правовідносин, що забезпечують процесуальну діяльність органів досудового розслідування та судового контролю, спрямовану на досягнення завдань правосуддя через реалізацію конституційного права особи на свободу та особисту недоторканність, при застосуванні запобіжних заходів у виді затримання та арешту під час досудового розслідування кримінальної справи [68, с. 170].

Також слід зазначити, що закріплення в диспозиції частини першої статті 371 КК України відповідальності за завідомо незаконний привід суперечить принципу формування кримінально-правової норми через відмінність основного безпосереднього об'єкта цього кримінального правопорушення від основного безпосереднього об'єкта завідомо незаконних затримання, арешту та тримання під вартою, специфічною ознакою якого є особливий характер тих правовідносин, що забезпечують реалізацію законодавчо визначеного права особи на свободу та особисту недоторканність, яке змістовно звужене до права особи не бути підданою попередньому ув'язненню інакше, як у випадках і порядку, визначених у законі. При цьому витоком цієї розбіжності, навіть зважаючи на те, що привід, затримання й арешт є заходами процесуального примусу, є їх різна правова природа. Головна відмінність полягає в тому, що привід виступає різновидом кримінально-процесуальної санкції, застосовуваної до певних учасників кримінального судочинства у разі невиконання покладеного на них обов'язку з'явитися за викликом компетентних органів [69, с. 228].

У свою чергу, затримання, арешт та тримання під вартою є запобіжними заходами, покликаними запобігти неналежній поведінці підозрюваного або обвинуваченого. Отже, саме ретроспективна складова у правовому регулюванні приводу відокремлює цей примусовий захід від затримання та арешту.

Визначаючи в рамках безпосереднього об'єкта розглядуваних кримінальних правопорушень додатковий обов'язковий об'єкт як такий об'єкт, що в даних складах кримінальних правопорушень потерпає завжди, і якому в будь-якому випадку вчинення певного кримінального правопорушення, як і основному, завжди заподіюється шкода, варто виходити з того, що внаслідок неправомірного застосування до особи затримання або арешту завжди зазнає обмежень її особиста свобода, а отже, саме її слід визнати додатковим обов'язковим об'єктом кримінальних правопорушень, передбачених статтею 371 КК України.

Звідси видається слушною аргументація Л. Лобанової, висловлена на користь того, що особиста свобода громадянина в зазначених кримінальних правопорушеннях виступає саме як додатковий об'єкт, оскільки основним об'єктом є не свобода та особиста недоторканність як такі, а суспільні відносини, що виключають застосування процесуального затримання, взяття під варту або тримання під вартою без передбачених на те процесуальним законом підстав або з порушенням установленого цим законом порядку [70, с. 268].

Визначивши основним безпосереднім об'єктом кримінальних правопорушень, передбачених статтею 371 КК України, правовідносини, що забезпечують процесуальну діяльність органів досудового розслідування, прокуратури та судового контролю, спрямовану на досягнення завдань правосуддя шляхом реалізації конституційного права особи на свободу та особисту недоторканність, при застосуванні запобіжних заходів у виді затримання, арешт та тримання під вартою, варто наголосити на тому, що така позиція принципово виключає можливість диференційованого підходу до визначення ступеня суспільної небезпечності порушення цього права з урахуванням особи потерпілого.

Грунтуючись на усьому викладеному, слід зауважити, що розглядувані кримінальні правопорушення можуть вчинятися щодо особи, котра дійсно причетна до вчинення кримінального правопорушення, а тому є всі підстави підозрювати або обвинувачувати її в цьому, а отже, і застосовувати відповідні примусові заходи, так і щодо завідомо невинуватої особи.

Підсумовуючи, можемо констатувати, що родовим об'єктом складу кримінального правопорушення «Завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт та тримання під вартою» виступають суспільні відносини у сфері правосуддя, під якими потрібно розуміти суспільні відносини, пов'язані з процесуальною діяльністю компетентних державних органів (дільництва, досудового слідства, прокуратури, суду та органів виконання

судових рішень) із розслідування, судового розгляду, прийняття і виконання рішень, вироків, ухвал та постанов у кримінальних, цивільних та адміністративних справах .

Під правосуддям як об'єктом протиправного посягання слід розуміти лише діяльність, яка відповідає таким ознакам: 1) правосуддя здійснюється у формах цивільного, кримінального, адміністративного, господарського судочинства, вона регламентована Цивільним процесуальним, Господарським процесуальним та Кримінальним процесуальним кодексами України, Кодексом адміністративного судочинства України; 2) правосуддя – це лише правозастосовча діяльність, яка полягає в реалізації норм права стосовно конкретних життєвих ситуацій; 3) діяльність із здійснення правосуддя спрямовано на охорону законних прав та інтересів громадян, суспільства, держави в процесі судочинства, при прийнятті рішень, а також при їх реалізації.

Видові об'єкти кримінальних правопорушень визначають особливості суб'єктів відносин, проти яких спрямовані кримінальні правопорушення зазначеного виду, і блага, які належать цим суб'єктам і яким може бути заподіяна або спричиняється шкода. Зокрема, можна виділити три групи таких суб'єктів: 1) особи як учасники або інші суб'єкти кримінального чи цивільного процесу; 2) органи дізнання, слідства, прокуратури, суди загальної юрисдикції; 3) органи виконання покарань та судових рішень.

Основним безпосереднім об'єктом складу кримінального правопорушення «Завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт та тримання під вартою», передбаченого статтею 371 КК України, є регламентована законодавством діяльність суду та інших правоохоронних органів по реалізації мети та завдань правосуддя (у його широкому розумінні) у частині забезпечення законного затримання, приводу, домашнього арешту та тримання під вартою, а додатковим обов'язковим

об'єктом – життя і здоров'я особи, її свобода і особиста недоторканість, а також майнові та інші права та законні інтереси.

2.2 Об'єктивна сторона складу кримінального правопорушення «Завідомо незаконні затримання, привід, арешт або тримання під вартою»

Для того, щоб з'ясувати об'єктивну сторону такого складу кримінального правопорушення, як «Завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою», слід насамперед звернутися до визначення поняття об'єктивної сторони складу кримінального правопорушення.

А. Трайнін писав, що специфіка кожного складу кримінального правопорушення знаходить своє вираження, головним чином, в об'єктивній стороні, тут найчастіше проходить грань, що відокремлює одне кримінальне правопорушення від іншого та кримінально-карану дію від не кримінально-караної [61, с. 131].

На думку В. Кудрявцева, без об'єктивної сторони кримінального правопорушення, немає і суб'єктивної сторони кримінального правопорушення як певного відображення об'єктивних ознак дії у свідомості суб'єкта, і, нарешті, відсутній суб'єкт кримінального правопорушення. Разом з іншими елементами кримінального правопорушення об'єктивна сторона визначає ступінь суспільної сторони вчиненого діяння, ступінь вини правопорушника і впливає на характер призначеного йому покарання [71, с. 49].

Також на важливість встановлення ознак об'єктивної сторони кримінального правопорушення акцентує увагу Б. Курінов, який вважає, що об'єктивна сторона складу кримінального правопорушення – це «серцевина» кримінально-караного діяння. Саме у зовнішній стороні

кримінального правопорушення, насамперед, об'єктивується суспільна небезпека діяння [72, с. 69].

Об'єктивна сторона нерозривно пов'язана із суб'єктивною стороною кримінального правопорушення, так як в об'єктивній стороні виражаються мета та намірами суб'єкта.

Об'єктивна сторона кримінального правопорушення характеризується основними та факультативними ознаками.

До основних належать суспільно небезпечне діяння (дія або бездіяльність), суспільно небезпечні наслідки (протиправний результат), причинний зв'язок між суспільно небезпечним діянням та суспільно небезпечними наслідками.

Факультативними ознаками є місце, час, спосіб, засоби та знаряддя вчинення кримінального правопорушення.

Спосіб вчинення кримінального правопорушення можна визначити як зовнішню форму вчинення кримінального правопорушення. У законі спосіб вчинення кримінального правопорушення визначається або як загальна характеристика форми вчинення кримінального правопорушення (таємний, відкритий, насильницький), або через методи та прийоми, що застосовувалися правопорушником (наприклад, обман, зловживання довірою, насильство тощо). У ряді випадків, спосіб вчинення кримінального правопорушення, що збільшує суспільну небезпеку, передбачений у законі як кваліфікуюча ознака.

Нерідко у диспозиціях статей Особливої частини вказується місце вчинення кримінального правопорушення – та територія, де відбувається кримінальне правопорушення. Місце може бути досить значним простором: «відкрите море», «закрита зона», «заповідник», «зона екологічного лиха», «зона надзвичайної екологічної ситуації» – у кримінальних правопорушеннях, пов'язаних з незаконним видобутком водних тварин і рослин, незаконним полюванням.

Час вчинення кримінального правопорушення як обов'язкова ознака об'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, зустрічається в КК досить рідко. Як ознака складу кримінального правопорушення час може характеризуватись певною тривалістю чи іншими юридично значущими характеристиками.

Під обстановкою вчинення кримінального правопорушення слід розуміти об'єктивні умови, за яких відбувається кримінальне правопорушення.

Засоби та знаряддя вчинення кримінального правопорушення представлені у законі досить широко. Можна зазначити, що під засобами вчинення кримінального правопорушення слід розуміти різні предмети та процеси, які використовуються правопорушником під час вчинення кримінального правопорушення. До знарядь вчинення кримінального правопорушення прийнято відносити предмети, яким правопорушник безпосередньо спричиняє шкоду об'єкту посягання, вчиняючи навмисне кримінальне правопорушення.

Оскільки розподіл на обов'язкові та факультативні ознаки носить певною мірою умовний характер, то для конкретного складу кримінального правопорушення відповідна ознака може бути обов'язковою (конструктивною). Інакше кажучи, відсутність такої ознаки призводить до відсутності конкретного складу певних кримінальних правопорушень, що виключає можливість наявності іншого складу кримінального правопорушення.

Серед перерахованих вище факультативних ознак немає жодної, яка для якогось складу не відігравала би ролі обов'язкової (конструктивної) ознаки.

У свою чергу значення конструктивної ознаки складу проявляється в тому, що за даною ознакою: а) кримінальне правопорушення може відмежовуватися від суміжного порушення (адміністративного,

дисциплінарного тощо); б) може проводитися розмежування подібних за складом діянь.

Не будучи конструктивною ознакою простого складу, розглядувана ознака може впливати на ступінь суспільної небезпеки кримінального правопорушення і через це може бути ознакою кваліфікованого (особливо кваліфікованого) складу кримінального правопорушення. Тоді для відповідного складу вона стає обов'язковою і враховується при відмежуванні його від простого складу.

У ряді випадків зазначені ознаки, хоч і не є ознаками складу кримінального правопорушення, але необхідні для констатації інших, як правило, оціночних ознак, зафіксованих у тексті кримінального закону.

Якщо ознака конкретного кримінального правопорушення не є ні конструктивною ознакою простого складу кримінального правопорушення, ні ознакою кваліфікованого складу, тобто не враховується при кваліфікації, то відповідна ознака може бути врахована як пом'якшуюча або обтяжуюча обставина.

Якщо зазначені ознаки не мають вираженого кримінально-правового значення як ознаки конкретного складу якихось кримінальних правопорушень чи обтяжуючих (пом'якшуючих) покарання обставин, то здебільшого вони мають кримінально-процесуальне значення, відносячись до обставин, які підлягають доведенню у справі. Відповідно до КПК України встановленню та доведенню підлягають час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення; характер та розмір шкоди, заподіяної кримінальним правопорушенням та ін.

Викладене дозволяє зробити висновок про те, що, незважаючи на термінологію, факультативні ознаки об'єктивної сторони кримінального правопорушення далеко не завжди «факультативні» (додаткові, другорядні) стосовно конкретного правопорушення та його складу. Облік їх кримінально-правового та кримінально-процесуального значення є запорукою успішної правозастосовної діяльності.

З положень КК випливає, що кримінальне правопорушення є насамперед діянням. Людина, яка не вчинила діяння, не може бути визнана такою, що вчинила кримінальне правопорушення. Саме тому діяння належить до обов'язкових ознак об'єктивної сторони будь-якого кримінального правопорушення. Протиправне діяння (у виді дії чи бездіяльності) є усвідомлена, вольова, цілеспрямована поведінка людини, що викликає певні негативні зміни у оточуючій дійсності [50, с. 47].

Протиправна дія має складний характер, яка включає безліч рухів, що утворюють в цілому акт або систему актів протиправної поведінки, яка викликає суспільно-небезпечні наслідки [73, с. 183].

Своєю чергою, у статті 371 КК України об'єктивна сторона кримінального правопорушення виявляється в незаконному: 1) затриманні; 2) приводі (частина 1); 3) домашньому арешті; 4) триманні під вартою (частина 2).

Незаконним вважається здійснення вказаних діянь не на підставах або не в порядку, що регламентуються КПК України і Законом України «Про попереднє ув'язнення» від 30 червня 1993р. [74, с. 293]

Щоб краще з'ясувати об'єктивну сторону цього кримінального правопорушення слід провести детальний аналіз кожного діяння.

Одним із діянь які передбаченні об'єктивною стороною статті 371 КК України є завідомо незаконне затримання особи.

Для початку з'ясуємо питання, про яке саме затримання йде мова – кримінально-процесуальне, адміністративне чи будь-яке з них?

Під затриманням найчастіше розуміють затримання, яке найчастіше у кримінально-процесуальному порядку застосовується до особи, яка підозрюється у вчиненні кримінального правопорушення.

Чинним кримінальним процесуальним законодавством передбачено підстави законного затримання особи, а саме частиною 1 статті 207 КПК України встановлено, що жодна особа не може бути затримана без ухвали слідчого судді або суду.

Затримання застосовується до особи з метою підтвердження підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення і вирішення питання про обрання до неї запобіжного заходу [75, с. 861].

Стаття 29 Конституції України передбачає, що затримана особа невідкладно звільняється у випадку, якщо їй не вручено обгрунтованого рішення суду щодо тримання під вартою [76].

Кримінально-процесуальне затримання слід відрізнити від адміністративного затримання, яке згідно зі статтею 260 КпАП України та законодавством застосовується для припинення адміністративних правопорушень і лише у тому випадку, коли вичерпано усі інші можливі заходи впливу, застосовується уповноваженими на те службовими особами і на термін, що не перевищує 3 години, якщо інше не встановлено законодавчими актами.

З огляду на наведене вище можна сказати, що між кримінально-процесуальним та адміністративним затриманням є досить багато спільного, адже обидва види не є покаранням, а є превентивними заходами, які застосовуються не за вчинення правопорушення, а для припинення матеріально-правового правопорушення і водночас обидва можуть застосовуватися без попереднього рішення суду [77, с. 17].

Проте основною і напевно найбільш суттєвою ознакою, що відрізняє кримінально-процесуальне затримання від адміністративного є те, що перший вид застосовується лише у тому випадку, коли особа підозрюється у вчиненні кримінального правопорушення [78, с. 25].

На думку Л. Палюх, аргументом на користь ідеї щодо того, що нормою, закріпленою у ст. 371 КК України, охороняється виключно порядок кримінального процесуального затримання, окрім іншого, є ще й те, що в КПК України вживається поняття «затримання» (використане законодавцем серед іншого й у ч. 1 ст. 371 КПК України), в той час, як у ст. ст. 261-263 КпАП використано поняття «адміністративне затримання». Відтак, використовуючи метод систематичного тлумачення згаданої

кримінально-правової норми – співставляючи її положення з відповідними положеннями КПК України й КпАП, можна дійти висновку, що у ст. 271 КК України мова йде виключно про затримання, закріплене в кримінальному процесуальному законі.

Відтак, нормою, окресленою у статті 371 КК України, охороняються лише правовідносини у частині виконання кримінального процесуального затримання. Правовідносини ж щодо виконання адміністративного затримання не входять до родового об'єкту кримінального правопорушення, закріпленого у статті 371 КК України. Потрібно погодитися з тими дослідниками, які наголошують, що завідомо незаконне адміністративне затримання має кваліфікуватися згідно відповідних норм розділу XV Особливої частини КК України [79, с. 140].

Отже, з огляду на те, що законодавчою вимогою законного затримання є вмотивована ухвала слідчого судді чи суду, це виступає основною гарантією забезпечення прав і свобод особи в кримінальному судочинстві.

Із цього випливає, що затримання особи, без ухвали слідчого судді чи суду, якщо інше не передбачене кримінально-процесуальним законодавством і іншим законодавством України, є однією з можливих форм незаконного затримання у розумінні статті 371 КК України.

Також стаття 208 КПК України передбачає основні підстави затримання уповноваженою службовою особою без ухвали слідчого судді, суду, особи, підозрюваної у вчиненні кримінального правопорушення, за яке передбачено покарання у виді позбавлення волі. До таких підстав відносяться:

- 1) особа виявлена під час вчинення кримінального правопорушення чи замаху на вчинення останнього;
- 2) безпосередньо в період вчинення кримінального правопорушення очевидець, серед яких може бути і потерпілий, чи сукупність явних ознак,

які мають місце на тілі, одязі або на місці події, вказують на вчинення кримінального правопорушення саме цією особою;

3) мають місце обґрунтовані підстави припускати, що можливою є втеча для ухилення від кримінальної відповідальності тієї особи, яка підозрюється у вчиненні тяжкого чи особливо тяжкого корупційного кримінального правопорушення, яке віднесене законом до виключної підслідності Національного антикорупційного бюро України;

4) мають місце обґрунтовані підстави припускати, що можливою є втеча для ухилення від кримінальної відповідальності тієї особи, що підозрюється у вчиненні кримінального правопорушення, криміналізованого ст.ст. 255, 255¹, 255² КК України [80].

Про це ж веде мову й В. Осадчий, пишучи, що затримання особи вважається незаконним, якщо слідчий чи прокурор виступають ініціаторами застосування згаданого тимчасового запобіжного заходу за відсутності наявних підстав, закріплених у статті 177 КПК України, чи якщо ці особи завідомо помилково оцінюють у сукупності значимість наявних доказів щодо вчинення підозрюваним або обвинуваченим певного кримінального правопорушення, а також інші обставини, перелічені у статті 178 КПК України. Передбачення у клопотанні щодо застосування тимчасового запобіжного заходу у виді затримання особи явно неправдивих обставин має кваліфікуватись як готування до кримінального правопорушення, передбаченого частиною 1 статті 371 КК України. Скерування згаданого клопотання слідчим прокурору з метою погодження має кваліфікуватись як замах на це кримінальне правопорушення.

Аналогічна процедура здійснюється, якщо згадані дії здійснює самостійно прокурор, скеровуючи клопотання до слідчого судді чи суду. Підробка даних досудового слідства має кваліфікуватись окремо ще й як вчинення службового підроблення. Відтак, з часу фактичного затримання певної особи (стаття 209 КПК України) кримінальне правопорушення вважатиметься закінченим [81, с. 135].

Затримання особи буде незаконним у випадку ігнорування вимог, передбачених у статті 208 КПК України, у частині підстав для затримання особи. Кримінальним правопорушенням незаконне затримання буде від моменту, коли цю особу силою чи на виконання вимог наказу змусили залишатися біля уповноваженої службової особи або в приміщенні, окресленому згаданою уповноваженою службовою особою (стаття 209 КПК України).

Затримання особи буде незаконним і у випадку: якщо до підозрюваного чи обвинуваченого вжито запобіжний захід, який не пов'язано із триманням останнього під вартою, однак, всупереч цьому, особу затримують [81, с. 136].

Прикладом завідомо незаконного затримання, тобто затримання без передбачених законом підстав є кримінальне провадження стосовно слідчого одного з районних відділів міліції УМВСУ в Тернопільській області за фактом незаконного затримання неповнолітнього.

Слідчий, проводячи досудове розслідування у кримінальному провадженні за фактом грабежу, затримав за підозрою у вчиненні даного кримінального правопорушення неповнолітнього. Правоохоронець, усвідомлюючи, що кримінальне правопорушення за фактом грабежу відноситься до злочинів середньої тяжкості, грубо порушив положення частини 2 статті 492 КПК України, відповідно до якого затримання та тримання під вартою можуть застосовуватись до неповнолітнього лише у разі, якщо він підозрюється або обвинувачується у вчиненні тяжкого чи особливо тяжкого злочину [82].

Вирішуючи питання про правомірність затримання, необхідно зазначити, що деякі категорії осіб мають додаткові гарантії і щодо них застосовується певні особливості щодо порядку притягнення до кримінальної відповідальності, затримання і обрання запобіжного заходу.

До таких осіб згідно статті 480 КПК України віднесено:

- 1) народних депутатів України;

2) суддів, суддів Конституційного Суду України, суддів Вищого антикорупційного суду, а також присяжних на час виконання останніми обов'язків в суді, Голову, заступника Голови, членів Вищої ради правосуддя, Голову, заступника Голови, членів Вищої кваліфікаційної комісії суддів України;

3) кандидатів в Президенти України;

4) Уповноваженого Верховної Ради України із прав людини;

5) Голову, інших членів Рахункової палати;

6) депутатів місцевих рад;

7) адвокатів;

8) Генерального прокурора, його заступника, прокурора Спеціалізованої антикорупційної прокуратури;

9) Директора та працівників Національного антикорупційного бюро України;

10) Голову Національного агентства із питань запобігання корупції, його заступника [3].

Отже, однією із форм незаконного затримання є затримання осіб, до яких відповідно до норм національного законодавства цей запобіжний захід застосовується з певними особливостями, якщо таке затримання відбулося з порушенням передбаченої законодавством процедури.

Щодо поняття приводу слід зазначити, що привід – це захід процесуального примусу, який передбачає примусове доставлення підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, потерпілого чи свідка органами внутрішніх справ та військовою службою правопорядку у Збройних Силах України (щодо військовослужбовців та працівників Збройних Сил України) в органи дізнання, до слідчого, прокурора або в суд [75, с. 861].

Привід, як і затримання, вважається незаконним, якщо здійснюється за відсутності вказаних у законі підстав, або з порушенням умов, які визначають порядок його застосування.

Згідно зі статтею 140 КПК України привід полягає у примусовому супроводженні особи, до якої він застосовується, особою, яка виконує ухвалу про здійснення приводу, до місця її виклику в зазначений в ухвалі час.

Рішення про використання приводу приймається: в процесі досудового розслідування – слідчим суддею за клопотанням слідчого, прокурора чи з власної ініціативи, а в період судового провадження – судом за клопотанням сторони кримінального провадження, потерпілого, представника юридичної особи, стосовно якої здійснюється провадження, чи з власної ініціативи. Рішення про здійснення приводу приймається в формі ухвали.

Привід може бути призначений щодо підозрюваного, обвинуваченого чи свідка. Привід свідка неприпустимий стосовно неповнолітніх осіб, вагітних жінок, осіб, визнаних інвалідами першої чи другої груп, осіб, які самостійно виховують дітей віком до 6 років чи дітей із інвалідністю, а також до осіб, що згідно із КПК України не можуть бути допитані у якості свідків. Застосування приводу співробітників кадрового складу розвідувальних органів України в період виконання останніми своїх службових обов'язків допустимий виключно в присутності офіційних представників згаданих органів [80].

Тобто першою підставою правомірності застосування приводу є набуття особою відповідного процесуального статусу – підозрюваного, обвинуваченого або свідка.

Другою ж підставою законного застосування приводу є попереднє встановлення факту неявки особи без поважних причин або неповідомлення про причини свого неприбуття за викликом до слідчого, прокурора, слідчого судді, суду, тобто навмисне ігнорування попереднього виклику [83, с. 11].

За словами В. Осадчого, привід має вважатись незаконним у випадку: 1) вчинення приводу особою, що проводить досудове

розслідування, при відсутності на те ухвали слідчого судді; 2) підроблення клопотання щодо приводу особи; 3) приводу будь-яких інших осіб, окрім підозрюваного, обвинуваченого, свідка; 4) приводу осіб, що не можуть бути допитані у якості свідків [81, с. 143].

Установлення такого факту передбачає насамперед спосіб, у який особа отримала попередній виклик. Це може бути відірваний корінець бланка з повістки з підписом особи про її одержання, підпис особи в документації в установах зв'язку про отримання телеграми або телефонограми.

Також потрібно з'ясувати наявність чи відсутність поважних причин неявки. Так стаття 138 КПК України містить перелік поважних причин неприбуття особи на виклик, які можуть проявлятися у:

- 1) затриманні, триманні під вартою чи відбуванні покарання;
- 2) обмеженні свободи пересування через дії закону чи судового рішення;
- 3) обставинах непереборної сили (епідеміях, військових подіях, стихійних лихах чи інших подібних обставинах);
- 4) відсутності особи в місці постійного проживання протягом тривалого часу у зв'язку з відрядженням, подорожжю тощо;
- 5) тяжкою хворобою чи перебуванням у закладі охорони здоров'я в зв'язку із лікуванням чи вагітністю у випадку неможливості навіть тимчасово залишити згаданий заклад;
- 6) смертю близьких родичів, членів сім'ї або інших близьких осіб чи серйозною загрозою їхньому життю;
- 7) несвоєчасним одержанням повістки про виклик;
- 8) іншими обставинами, що об'єктивно унеможливають своєчасне з'явлення особи на виклик [80].

Привід може застосовуватися і без попереднього виклику обвинуваченого чи підозрюваного, проте лише у тому випадку, коли вони ухиляються від слідства чи не мають постійного місця проживання.

Згідно з частиною 3 статті 142 КПК України, слідчий суддя чи суд, встановивши, що особа, котра зобов'язана з'явитися за викликом слідчого, прокурора, слідчого судді або суду, була викликана в установленому КПК України порядку (серед іншого, має місце підтвердження отримання останньою повістки щодо виклику чи ознайомлення зі змістом цієї повістки іншим шляхом), проте не з'явилася без наявності поважних причин чи не проінформувала про наявність причин свого неприбуття, виносить ухвалу щодо здійснення приводу цієї особи [80].

Одним з прикладів такого застосування є випадок, коли суд кваліфікував як завідомо незаконний привід дії оперуповноважених відділення карного розшуку Зарічанського ВМ ХМВ УМВС України в Хмельницькій області П. та К., які 28 липня 2004 року за усною вказівкою начальника відділення карного розшуку С., без ухвали про привід, на порушення вимог чинного законодавства, із застосуванням фізичної сили, незаконно доставили до відділення міліції жителя м. Хмельницького гр. С. [84].

Враховуючи усе вище сказане, можна стверджувати, що об'єктивними ознаками вчинення незаконного приводу є застосування його за відсутності до цього формальних та юридичних підстав, вказаних у кримінально-процесуальному законі.

Домашній арешт полягає в забороні підозрюваному, обвинуваченому залишати житло цілодобово або у певний період доби.

Домашній арешт може бути застосований до особи, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення, за вчинення якого законом передбачено покарання у виді позбавлення волі.

Застосування такого запобіжного заходу як домашній арешт здійснюється виключно за вмотивованою ухвалою слідчого судді чи суду і строк його дії не може перевищувати двох місяців, крім випадків, передбачених законом.

Порядок виконання ухвал про обрання запобіжного заходу у вигляді домашнього арешту на сьогоднішній момент закріплено у Інструкції Міністерства внутрішніх справ України про порядок виконання органами Національної поліції ухвал слідчого судді, суду про обрання запобіжного заходу у вигляді домашнього арешту та про зміну раніше обраного запобіжного заходу на запобіжний захід у вигляді домашнього арешту [85].

Згідно з цією Інструкцією, ухвали слідчого судді або суду підлягають невідкладному виконанню органами Національної поліції одразу після їх оголошення підозрюваному чи обвинуваченому.

Орган Національної поліції, слідчий підрозділ якого здійснює досудове розслідування щодо підозрюваного чи обвинуваченого, якому призначено домашній арешт, одразу ж засобами факсимільного зв'язку чи електронною поштою повідомляє про прийняття ухвали слідчого судді чи суду орган Національної поліції за місцем постійного проживання підозрюваного чи обвинуваченого.

У випадку застосування домашнього арешту, при якому забороняється залишати житло протягом всієї доби, до підозрюваного або обвинуваченого, якого уже було затримано, відповідно з вимогами частини третьої статті 202 КПК України орган поліції, уповноваженим представником якого було затримано підозрюваного чи обвинуваченого, забезпечує його невідкладне звільнення з-під варти і доставляння до місця постійного проживання.

Факт прибуття підозрюваного чи обвинуваченого до власного житла, вказаного в ухвалі слідчого судді чи суду, а також початку виконання останнім передбачених ухвалою слідчого судді або суду обов'язків працівник відповідного органу Національної поліції зазначає в рапорті після першого відвідування згаданого місця проживання.

З часу фіксації моменту початку виконання підозрюваним чи обвинуваченим передбачених обов'язків органом Національної поліції починається здійснення контролю за поведінкою останнього.

Облік підозрюваних та обвинувачених, стосовно яких вжито запобіжного заходу у виді домашнього арешту, здійснюється в базі даних, яка входить до загальної інформаційної системи МВС України, що створена згідно з вимогами чинного законодавства. До цієї бази даних МВС передбачається можливість цілодобового доступу працівників поліції, які здійснюють контроль за поведінкою осіб, котрі знаходяться під домашнім арештом.

Інформацію до бази даних МВС невідкладно вносить працівник органу Національної поліції, який повинен здійснювати прямий контроль за поведінкою підозрюваного чи обвинуваченого. Якщо працівник є не авторизованим користувачем згаданої бази даних МВС, відомості невідкладно вносять керівник або, за дорученням останнього, уповноважена особа структурного підрозділу, котра є авторизованим користувачем.

Керівником органу Національної поліції одразу після отримання ухвали слідчого судді чи суду щодо підозрюваного або обвинуваченого, котрий проживає на його території, враховуючи особливості кримінального провадження, визначається підпорядкований йому структурний підрозділ, який буде проводити контроль за дотриманням підозрюваним чи обвинуваченим своїх обов'язків, покладених на останнього ухвалою судді чи суду, та відразу доручається його керівникові внести до обліку підозрюваного чи обвинуваченого і здійснювати контроль за поведінкою останнього.

При отриманні ухвали слідчого судді чи суду, у якій вказано місце проживання підозрюваного чи обвинуваченого, яке не належить до територіальної підпорядкованості органу поліції, його начальник повинен негайно вжити заходи щодо надсилання згаданої ухвали до того органу Національної поліції, що знаходиться за місцем проживання підозрюваного чи обвинуваченого.

Як вже зазначалося, зважаючи на зміни у кримінально-процесуальному законодавстві, були внесені і зміни у кримінальне законодавство, а саме, – у зв'язку з виключенням з переліку запобіжних заходів такого як арешт і включення у перелік поняття домашнього арешту, у статті 371 КК України поняття завідомо незаконного арешту, було замінено на завідомо незаконний домашній арешт.

Проте, порівнюючи ці запобіжні заходи, можна дійти висновку, що підстави їх застосування дещо схожі між собою. Наприклад, як арешт, так і домашній арешт застосовується до особи яка підозрюється у вчиненні кримінального правопорушення, яким передбачено покарання у виді позбавлення волі.

Враховуючи усе вище сказане, можна дійти висновку, що завідомо незаконний домашній арешт, як і арешт (взяття під варту) може виявлятися і в застосуванні такого заходу до особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, за яке законом не передбачено покарання у виді позбавлення волі, а так само за відсутності вмотивованої ухвали слідчого судді чи суду.

Ще одним видом діянь передбачених об'єктивною стороною статті 371 КК України є завідомо незаконне тримання під вартою (частина 2 статті 371 КК України).

Згідно з чинним законодавством тримання під вартою є винятковим запобіжним заходом, який застосовується виключно у разі, якщо прокурор доведе, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів не зможе забезпечити мети і підстав їх застосування.

Запобіжний захід у виді тримання під вартою не може бути призначений, окрім випадків передбачених частиною 2 статті 183 КПК України, а саме:

- 1) особі, що підозрюється чи обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення, за яке законом передбачене у якості основного покарання, покарання у виді штрафу у розмірі понад 3000

неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, – лише у випадку, якщо прокурором буде встановлено, що підозрюваний чи обвинувачений не здійснив обов'язків, покладених на нього при призначенні іншого, до цього обраного запобіжного заходу, чи не виконав в установленому порядку вимоги стосовно внесення коштів у якості застави і надання документа, який це підтверджує;

2) раніше судимій особі, котра підозрюється чи обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення, за яке законом встановлено покарання у виді позбавлення волі на строк не більше трьох років, лише у випадку, якщо прокурором буде встановлено, що, перебуваючи на свободі, зазначена особа вчиняла дії щодо переховування від органу досудового розслідування або суду, вчиняла перешкоди кримінальному провадженню чи їй було повідомлено про підозру в вчиненні іншого кримінального правопорушення;

3) раніше не судимій особі, котра підозрюється або обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення, за яке законом передбачається покарання у виді позбавлення волі на строк не більше п'яти років, – лише у випадку, якщо прокурором буде встановлено, що перебуваючи на свободі, ця особа вчиняла дії щодо переховування від органу досудового розслідування або суду, здійснювала перешкоди кримінальному провадженню чи їй було повідомлено про підозру в вчиненні іншого кримінального правопорушення;

4) раніше не судимій особі, котра підозрюється чи обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення, за яке законом передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк більше п'яти років;

5) раніше судимій особі, яка підозрюється чи обвинувачується в вчиненні кримінального правопорушення, за яке законом передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк більше трьох років;

6) особі, розшукуваній компетентними органами іноземної держави за вчинення кримінального правопорушення, на підставі чого може бути

прийняте рішення про видачу особи (екстрадицію) згаданій державі для притягнення її до кримінальної відповідальності чи виконання вироку, у порядку та на підставах, перелічених у розділі IX КПК України чи у міжнародному договорі, згода на обов'язковість якого передбачена Верховною Радою України [80].

В юридичній літературі стосовно об'єктивної сторони завідомо незаконного тримання особи під вартою існувала позиція про те, що воно може бути вчинене у таких формах:

- тримання під вартою понад установлений строк;
- тримання під вартою в межах строку, але за відсутності до того підстав чи за наявності прямої вказівки про звільнення особи;
- незаконне продовження тримання під вартою [86, с. 35].

З цим можна погодитися, адже безперечно, одним з основних критеріїв законності тримання особи під вартою є дотримання встановлених у статті 197 КПК України строків, згідно яких строк дії ухвали слідчого судді, суду про тримання під вартою не може перевищувати шістдесяті днів. Зазначений строк може бути продовжений виключно слідчим суддею у межах терміну досудового розслідування, але в сукупності останній не має перевищувати шести місяців – стосовно кримінального провадження щодо нетяжкого злочину та дванадцяти місяців – стосовно кримінального провадження стосовно тяжкого або особливо тяжкого злочину [80].

Клопотання про продовження строку тримання під вартою має право подати прокурор, слідчий за погодженням з прокурором не пізніше ніж за п'ять днів до закінчення дії попередньої ухвали про тримання під вартою з вказівкою на обставини, які змушують даних службових осіб подовжити цей строк відповідно до ст. 184 та ч.3 ст. 199 КПК України.

За відсутності таких обставин продовження тримання особи під вартою необхідно визнати незаконним.

Підставами ж для звільнення особи з-під варти є скасування запобіжного заходу, його зміна, закінчення передбаченого у законі строку тримання під вартою як запобіжного заходу, якщо цей строк не було продовжено в установленому законом порядку.

Частина 4 статті 202 КПК України передбачає, що підозрюваний чи обвинувачений звільняється з-під варти одразу після внесення ним застави, визначеної слідчим суддею чи судом в ухвалі щодо застосування запобіжного заходу у виді тримання під вартою, якщо в уповноваженій службової особи місця відбування покарання, де він перебуває під вартою, відсутнім є інше судове рішення, яке набрало законної сили та прямо вказує на необхідність тримання цього підозрюваного чи обвинуваченого під вартою.

Після отримання і перевірки документа, який підтверджує внесення належної застави, уповноважена службова особа місця відбування покарання, де перебуває під вартою підозрюваний чи обвинувачений, одразу видає розпорядження щодо його звільнення з-під варти і повідомляє про це усно та письмово слідчого, а також прокурора та слідчого суддю, а якщо заставу було внесено під час судового провадження, – то лише прокурора і суд. Перевірка документа, який підтверджує внесення належної застави, не може тривати понад один робочий день.

З часу звільнення з-під варти в зв'язку із внесенням застави підозрюваний чи обвинувачений визнається таким, до якого вжито запобіжний захід у виді застави [80].

Проте на практиці трапляються випадки, коли ці вимоги ігноруються.

Наприклад гр. М. більше місяця перебував під вартою, без відповідного рішення суду про продовження строку тримання під вартою, який було продовжено постановою апеляційного суду Кіровоградської

області тільки 16 вересня 2003 року, тимчасом як попередній строк закінчився 29 липня 2003 року [87].

Однак, провівши аналіз рішень, опублікованих на сайті Єдиного державного реєстру судових рішень, можна із відповідною впевненістю заявити про відсутність судової практики, коли суд відповідні діяння кваліфікував за статтею 371 КК України.

Із цього можна зробити тільки один висновок: мало отримати гарний закон, треба кожний раз змушувати уповноважених осіб його виконувати.

Це кримінальне правопорушення кваліфікується як закінчене тоді, коли виконано діяння, яке є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони, а саме – протиправне тримання під вартою [88, с. 304].

Об'єктивна сторона кримінального правопорушення, передбаченого статтею 371 КК України, полягає, як правило, в активній поведінці особи – дії, що полягає у самому факті незаконного приводу, затримання, арешту або в триманні під вартою. Однак, аналізуючи незаконне тримання під вартою службовими особами, кримінальне правопорушення може бути вчинене й шляхом бездіяльності, коли, наприклад, саме затримання, домашній арешт або взяття під варту (дія) запроваджені на законних підставах, але після закінчення встановлених у законі строків винний умисно не звільняє (бездіяльність) затриманого або заарештованого. У таких випадках, саме з моменту невиконання обов'язку звільнити особу, затримання, арешт або тримання під вартою стають незаконними і тягнуть за собою відповідальність за статтею 371 КК.

Стосовно складів кримінальних правопорушень, перелічених у статті 371 КК України «Завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою», варто зазначити, що нечітке визначення законодавцем ознак об'єктивної сторони названих складів кримінальних правопорушень викликає труднощі при тлумаченні норм, закріплених цієї статтею.

В. Грищук слушно вказує, що в згаданих нормах передбачені т.-зв. оціночні поняття, які створюють потенційну ситуацію, яка може сприяти зловживанню правом в діяльності суду або інших правозастосовних органів [89, с. 93].

В. Тютюгін слушно наголошує, що будь-яке із діянь, перелічених в статті 371 КК України, завжди несе у собі незаконний характер, оскільки вчиняється з недотриманням відповідних норм КПК [90, с. 571]. Проте проблема полягає у тому, які конкретно порушення тягнуть за собою кримінальну відповідальність згідно з цією статтею, зокрема, у якому випадку відповідні діяння набувають такої риси, як суспільна небезпека, а у якому випадку порушення процедури названих вище затримання, приводу, застосування інших запобіжних заходів містять склад лише дисциплінарного правопорушення?

Дослідники звертають увагу, що кримінально-карним потрібно вважати те затримання, яке здійснене при відсутності підстав, прямо передбачених у кримінально-процесуальному законодавстві [90, с. 259]. Варто погодитися з тим, що незначне порушення процедури затримання має тягнути дисциплінарну відповідальність. З цього приводу Д. Гончаров прямо вказує, що порушення граничного терміну складання протоколу безпосередньо не обмежує права певного громадянина на свободу та особисту недоторканність, оскільки підозрюваний і так вже затриманий. Отже, на підставі аналізу кримінально-процесуального законодавства можна констатувати, що ознаки об'єктивної сторони складів кримінальних правопорушень, передбачених ч.ч. 1, 2 ст. 371 КК України, наявні у наступних випадках:

По-перше, у випадку застосування вказаних заходів безпідставно, тобто коли відсутні передбачені КПК України підстави для їх застосування.

По-друге, таке порушення має місце у випадку тримання під вартою особи в установі попереднього ув'язнення довше встановленого законом

строку, затримання особи довше визначених кримінальним процесуальним законодавством строків – понад 72 години із самого моменту затримання (частина 1 статті 211 КПК України).

По-третє, значне, грубе порушення встановленої кримінальним процесуальним правом процедури затримання (наприклад, підробка протоколу про затримання, порушення граничного часу затримання, взагалі не складення протоколу про затримання) [90, с. 140].

Беручи ж до уваги об'єктивну сторону незаконного затримання, що вчиняється у формі активної поведінки, то можна сказати, що це дії, спрямовані на порушення встановленого в законі порядку застосування зазначеного запобіжного заходу. При цьому винний не виходить за межі своїх звичайних повноважень, порушення ж полягає в тому, що в даних конкретних обставинах він не повинен був ці повноваження здійснювати. Службова особа використовує надані їй законом повноваження всупереч інтересам служби на стадії досудового розслідування кримінального правопорушення.

Засобом вчинення цих дій є складання процесуальних документів, що здатні впливати на правове становище особи.

З урахуванням того, що склад зазначеного кримінального правопорушення є за своєю побудовою формальним, кримінальне правопорушення вважається закінченим з моменту порушення права особи триматися під вартою лише на встановлених в законі підставах та відповідно до особливої процедури [91, с. 233].

Отже, зважаючи на викладене вище, можна зробити такі висновки.

Об'єктивна сторона складу кримінального правопорушення, передбаченого частиною 1 статті 371 КК України проявляється у незаконному затриманні та приводі.

Об'єктивна сторона складу кримінального правопорушення, передбаченого частиною 2 статті 371 КК України у свою чергу передбачає незаконний домашній арешт та тримання під вартою.

Під затриманням розуміють затримання, яке найчастіше у кримінально-процесуальному порядку застосовується до особи, яка підозрюється у вчиненні кримінального правопорушення, за яке може бути призначено покарання у виді позбавлення її волі до 72 годин. Затримання застосовується до особи з метою підтвердження підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення і вирішення питання про обрання до неї запобіжного заходу.

Привід – це захід процесуального примусу, який передбачає примусове доставлення підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, потерпілого чи свідка органами внутрішніх справ та військовою службою правопорядку у Збройних Силах України (щодо військовослужбовців та працівників Збройних Сил України) в органи дізнання, до слідчого, прокурора або в суд.

Привід, як і затримання, вважається незаконним, якщо здійснюється за відсутності вказаних у законі підстав, або з порушенням умов, які визначають порядок його застосування.

Домашній арешт полягає в забороні підозрюваному, обвинуваченому залишати житло цілодобово або у певний період доби.

Домашній арешт може бути застосований до особи, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення, за вчинення якого законом передбачено покарання у виді позбавлення волі.

Застосування такого запобіжного заходу як домашній арешт здійснюється лише за вмотивованою ухвалою слідчого судді, суду і строк її дії не може перевищувати двох місяців, крім випадків передбачених законом.

Ще одним видом діянь, передбачених об'єктивною стороною статті 371 КК України, є завідомо незаконне тримання під вартою. Згідно з чинним законодавством тримання під вартою є винятковим запобіжним заходом, який застосовується виключно у разі, якщо прокурор доведе, що

жоден із більш м'яких запобіжних заходів не зможе забезпечити мети і підстав їх застосування.

Кримінальне правопорушення, передбачене частинами 1 і 2 ст 371 КК України, є закінченим з моменту передбачених у них дій, а саме урахуванням того, що склади зазначених кримінальних правопорушень є за своєю побудовою формальними, кримінальне правопорушення вважається закінченим з моменту порушення права особи бути затриманою, заарештованою або триматися під вартою, підданою домашньому арешту, приводу лише на встановлених в законі підставах та відповідно до особливої процедури.

2.3 Ознаки суб'єктивної сторони кримінального правопорушення, передбаченого статтею 371 КК України

Дослідження суб'єктивної сторони кримінального правопорушення дає змогу здійснити правильну його кримінально-правову кваліфікацію та відмежувати це кримінальне правопорушення від іншої протиправної поведінки.

Суб'єктивна сторона кримінального правопорушення є обов'язковим елементом складу кримінального правопорушення. Більшість вчених у галузі кримінального права визначають суб'єктивну сторону як психічну діяльність особи, безпосередньо пов'язану із вчиненням кримінального правопорушення.

За своїм змістом суб'єктивна сторона є психічним ставленням винного до вчиненого ним суспільно небезпечного діяння, передбаченого кримінальним законом як кримінальне правопорушення [92, с. 25].

Вона утворює психологічний, тобто суб'єктивний зміст кримінального правопорушення, виступає його внутрішньою стороною [93, 134].

Незважаючи на широке коло авторів, які зверталися до вивчення суб'єктивної сторони [94, 56, 40, 95], далеко не всі питання у цій сфері мають у науковій літературі однозначне тлумачення. Так, наприклад, викликає суперечки кількісний набір ознак, що визначають суб'єктивну сторону.

Деякі вчені ототожнюють суб'єктивну сторону і вину, вважаючи, що інтелектуально-вольова діяльність людини пов'язана з мотиваційною та емоційною діяльністю [96, с. 10].

Інші дослідники, і їх більшість, вважають, що суб'єктивна сторона кримінального правопорушення розкривається, окрім вини, ще й з допомогою таких юридичних ознак, як мотив і мета [97, с. 291].

Приєднаємося до думки останніх, оскільки вина, мотив та мета характеризують різні форми психічної активності людини.

Разом з тим, перелічені ознаки органічно пов'язані між собою і, більш того, є взаємозалежними. Що, однак, не виключає їх самостійного психологічного змісту: жодна з ознак не включає в себе інші як складову частину.

Вина є центральною ознакою суб'єктивної сторони складу кримінального правопорушення і має ряд особливостей. На відміну від інших ознак складу кримінального правопорушення, які можна тим чи іншим чином побачити і охарактеризувати, вина є внутрішнім ставленням особи до вчиненого діяння і наслідків цього діяння. Визначивши об'єкт кримінального правопорушення, об'єктивну сторону та суб'єкта кримінального правопорушення, необхідно встановити, чи справді цей суб'єкт винний у вчиненні протиправного діяння. Тому разом із складом кримінального правопорушення у кримінальному праві всебічно вивчаються питання, що стосуються вини, а також її форм [98, с. 79].

Вина, як психічне ставлення особи до вчиненого нею суспільно небезпечного діяння (у матеріальних складах – та його наслідків),

становить обов'язкову ознаку будь-якого кримінального правопорушення, основну частину суб'єктивної сторони кримінального правопорушення.

Проте її встановлення не відповідає на запитання: чому й навщо винна особа вчинила кримінальне правопорушення?

Зазначені питання розкривають мотив та мету кримінального правопорушення, що становлять факультативні ознаки суб'єктивної сторони складу кримінального правопорушення. Під мотивом кримінального правопорушення розуміються обумовлені певними потребами та інтересами внутрішні спонукання, що викликають в особи рішучість вчинити кримінальне правопорушення. Мета кримінального правопорушення є уявленням особи про ідеальну модель майбутнього протиправного результату, якого вона прагне [73, с. 342].

Важливу думку висловлює О. Полякова, зазначаючи, що мотив і мету кримінального правопорушення відносять до факультативних ознак складу кримінального правопорушення, але вони можуть ставати обов'язковими у випадку, якщо на їх обов'язкову присутність вказує законодавець. Мотив є внутрішнім спонуканням особи до вчинення кримінального правопорушення. Мета кримінального правопорушення є тим результатом, якого прагне особа, вчиняючи кримінальне правопорушення [98, с. 79].

Про форми та види вини у кримінальних правопорушеннях з формальними складами, у кримінально-правовій літературі висловлено різні точки зору.

Деякі автори, виходячи із соціального розуміння суспільно небезпечних наслідків кримінального правопорушення, вважають, що у зазначених кримінальних правопорушеннях вина є психічним ставленням до суспільно небезпечного діяння і, одночасно, і до суспільно небезпечних наслідків.

Вони вважають, що «у формальних кримінальних правопорушеннях суспільно небезпечний результат органічно входить у дію. У цих випадках

вчинення кримінального правопорушення є водночас і спричиненням результату, при цьому передбачати результат окремо від дії тут не можна. Навпаки, свідомість у зазначених випадках повністю охоплює всю суспільно небезпечну ситуацію». З цього робиться й наступний висновок, що «прямий умисел, як і непрямий, є формою ставлення не до дії, а до наслідку», і що «умисел у всіх випадках є ставленням не до самої дії, а до соціальної суті діяння» [40, с. 188].

П. Дагель та інші вчені піддали вказану позицію справедливій критиці, з приведенням вагомих аргументів щодо її нелогічності [99, с. 74].

Інші вчені ґрунтувалися на кримінально-правовому розумінні наслідків кримінального правопорушення. Вони визнавали такими ті суспільно небезпечні наслідки, які включені до диспозиції статей Особливої частини КК і вважали, що при вчиненні кримінального правопорушення з формальним складом зміст умислу завжди полягає у усвідомленні суспільно небезпечного характеру дії, яка вчиняється, і в бажанні вчинити цю дію. Такий умисел є прямим, і він притаманний умисним кримінальним правопорушенням, які мають формальний склад. Ці кримінальні правопорушення не можуть відбуватися з непрямим умислом. На користь цієї позиції виступає і думка про те, що «дія завжди бажана, якщо вона не обумовлена впливом непереборної сили або фізичного примусу». Також обґрунтовується і неможливість існування у формальних складах злочинів самовпевненості та недбалості [100, с. 39].

Звертаючи увагу на різноманітні наукові підходи вчених до ознак суб'єктивної сторони кримінального правопорушення, передбаченого статтею 371 КК України, можна стверджувати, що існує досить поширена думка, що їх суб'єктивна сторона характеризується виключно прямим умислом, на що вказує така ознака, як «завідомість» [101, с. 139].

Це пояснюється тим, що завідомість, характеризується усвідомленням особою тієї чи іншої фактичної обставини, що завжди означає достовірність знання винним про цю обставину, виключаючи

вчинення зазначених дій з необережності або з непрямим умислом [102, с. 13].

З огляду на те, що за юридичною природою завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою являють собою особливий вид зловживання владою, винний не виходить за межі своїх звичайних повноважень, проте він усвідомлює, що в даних конкретних обставинах він не повинен був ці повноваження здійснювати, а здійснюючи їх, він усвідомлює, що це стало можливим виключно завдяки його службовому становищу, і його поведінка йде врозріз із діяльністю того правоохоронного органу, у якому він працює [103, с. 104].

Поряд з усвідомленням фактичних ознак діяння, відповідальність за умисні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою настає тільки в разі усвідомлення особою їхньої соціальної ознаки – суспільної небезпечності, що характеризується здатністю заподіювати шкоду певним суспільним відносинам, охоронюваним кримінальним законом, а також здатністю створювати загрозу заподіяння такої шкоди. При цьому суб'єкт може точно не знати, на який безпосередній об'єкт посягає його діяння, однак, обмежуючи право особи на свободу та особисту недоторканність всупереч належній правовій процедурі, він, будучи покликаний за службовим обов'язком боронити законність, безумовно, здатен усвідомлювати суспільну небезпечність таких дій, уже закладену в порушенні конституційних прав громадян [104, с. 97].

Особливу увагу при характеристиці суб'єктивної сторони кримінальних правопорушень, передбачених статтею 371 КК України, варто приділити усвідомленню службовою особою протиправності діяння.

Згідно з принципом «Незнання закону не звільняє від відповідальності» (*ignorantia juris non excusat* – лат.) усвідомлення протиправності діяння традиційно не включається в поняття умисної форми вини, з урахуванням того, що склади досліджуваних кримінальних правопорушень містять бланкетні диспозиції, а отже, є складами зі

змішаною протиправністю, унаслідок чого незаконність зазначених діянь визначається не тільки тим, що вони прямо передбачені кримінальним законом, але й тим, що вони завжди виражаються в порушенні приписів процесуальних законів.

У цьому випадку слід виходити з усвідомленості службовими особами органів розслідування, прокуратури та суду протиправності дій, що вчиняються всупереч вимогам кримінального процесуального законодавства, яка, у свою чергу, ґрунтується на своєрідній презумпції обізнаності таких осіб з процедурними питаннями.

Слушність такого підходу, по-перше, зумовлена тим, що права й обов'язки зазначених осіб при застосуванні примусових заходів досить чітко регламентовані в нормативних актах, що виключає їх нерозуміння або неоднозначне тлумачення, а по-друге, тими особливими вимогами, які ставляться до цієї категорії службових осіб при призначенні їх на посаду, зокрема, це наявність вищої юридичної освіти та певного досвіду роботи, що, відповідно, передбачає наявність у них достатніх знань і навичок [105, с. 188].

Отже, у цих складах зазначені особи цілком усвідомлюють не тільки суспільну небезпечність, але й протиправність вчиненого діяння [106, с. 210].

Так само повинно вирішуватися питання й про кримінальну відповідальність учасників правовідносин, що виникають у зв'язку з прийняттям рішення про взяття особи під варту й продовженням термінів тримання під вартою, а саме – слідчого судді, прокурора та суду. Кожен з них несе самостійну відповідальність за вчинення зазначених дій, тому що процесуально наділений правом вивчати всі необхідні матеріали кримінального провадження, які були підставою для ініціювання цієї процедури. Зазначені особи не можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності лише у випадку введення їх в оману, наприклад, шляхом надання сфальсифікованих матеріалів розслідування [107, с. 167].

Так, під час розслідування кримінальної справи, порушеної за ознаками частини 3 статті 371 КК України прокуратурою Центрально-Міського району м. Горлівки Донецької області, було встановлено, що 17.04.2005 р. начальник Пантелеймонівського відділення Центрально-Міського РВ Горлівського МУ УМВС України в Донецькій області Д., намагаючись укрити дійсні обставини вбивства Ф., створив штучні докази вини завідомо непричетного до цього кримінального правопорушення З., схиливши останнього шляхом підкупу до самообмови. Після цього Д. доставив З. до прокуратури Центрально-Міського району м. Горлівки, де того було затримано за підозрою у вбивстві Ф., а надалі стосовно нього було обрано запобіжний захід у вигляді взяття під варту [108] .

Ще однією ілюстрацією зазначеного вище підходу може слугувати наступна ситуація. Слідчим слідчого відділення Орджонікідзевського РВ ЗМУ ГУМВС України в Запорізькій області, діючи із прямим умислом, чітко знаючи приписи КПК, умисно здійснюючи порушення останніх, а саме – положення статті 208 КПК України, згідно яких уповноважена на те особа може без ухвали слідчого судді чи суду, затримати особу, яка підозрюється у вчиненні кримінального правопорушення, за яке передбачено покарання у виді позбавлення волі, виключно в випадку, коли цю особу застали на місці вчинення кримінального правопорушення чи замаху на вчинення кримінального правопорушення, чи якщо відразу після вчинення кримінального правопорушення очевидець, серед яких і потерпілий, або сукупність явних ознак на тілі, одязі або місці події демонструють те, що якраз ця особа щойно вчинила кримінальне правопорушення, наперед знаючи, що будь-які докази про вчинення цією особою протиправних дій відсутні, все ж складено протокол затримання особи, підозрюваної у вчиненні кримінального правопорушення, на 72 години [109].

Традиційно в рамках подібних досліджень мотиви завідомо незаконних затримання, приводу, домашнього арешту або тримання під

вартою не розглядалися з причини того, що вони не були прямо передбачені в диспозиції статті й на кваліфікацію діяння, на думку деяких дослідників, не впливали.

Однак, поява в новій редакції статті 371 КК України частини третьої, якою встановлюється кримінальна відповідальність за вчинення зазначених діянь з корисливих мотивів або інших особистих інтересів, безумовно, актуалізує їх вивчення. Тут слід зазначити, що вказівка на корисливі мотиви чи інші особисті інтереси як кваліфікуючі ознаки, є прийомом законодавчої техніки опису ознак відповідного складу кримінального правопорушення. Безперечно, що законодавець, розробляючи цю норму, урахував кримінологічну характеристику службової злочинності, що свідчить про неухильне зростання аналізованого виду кримінальних правопорушень, вчинених з корисливих мотивів.

Оскільки в КК України поняття корисливого мотиву не розкривається, вважаємо за можливе звернутися до його тлумачення Пленумом Верховного Суду України, що міститься у п. 10 Постанови № 2 від 07.02.2003 р. «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи», де під корисливими мотивами розуміється виключно бажання одержати матеріальні блага для себе або для інших осіб, одержати чи зберегти певні майнові права, уникнути матеріальних витрат чи обов'язків або досягти іншої матеріальної вигоди [110].

Слід зазначити, що аналогічний підхід до розуміння цього мотиву спостерігається й у вітчизняній кримінально-правовій літературі [111, с. 24]. Виходячи із запропонованої в теорії кримінального права класифікації мотивів кримінальних правопорушень [112, с. 88], а також з урахуванням вищевикладеного, вважаємо, що кримінальні правопорушення, передбачені ч. 1 і ч. 2 ст. 371 КК України, можуть бути вчинені переважно з мотиву хибно зрозумілих інтересів служби, адже саме в цьому мотиві з найбільшою виразністю проявляється зв'язок спонукальних причин, які

зумовили вчинення кримінального правопорушення, із сферою діяльності службової особи.

При цьому основною ознакою вчинення кримінальних правопорушень, згідно з цим мотивом, є прагнення розкрити кримінальне правопорушення і будь-що покарати «правопорушника», що провокує фальсифікацію матеріалів кримінальних справ і застосування незаконних методів і засобів розкриття кримінальних правопорушень і викриття винних.

Подібні факти пов'язані з уже усталеною серед практичних працівників позицією, відповідно до якої для розкриття серйозного кримінального правопорушення можна порушити закон «в інтересах справи». Більше того, у самій професійній діяльності співробітників органів правопорядку неминуче виникає необхідність вирішення тих чи інших правоохоронних дилем. У літературі виділяються три так звані класичні дилеми, найпоширеніші в правоохоронній діяльності, які істотно впливають на законність дій і прийнятих рішень [113, с. 65]:

1. Правда чи правосуддя. У співробітників правоохоронних органів формується переконання, що важливіше домогтися засудження правопорушників, ніж надати об'єктивні дані та дозволити обґрунтовано підозрюваному у вчиненні кримінального правопорушення уникнути відповідальності.

2. Належна правова процедура чи контроль над злочинністю. Неухильне дотримання норм законів найчастіше приводить до збільшення строків розслідування, створює додаткові труднощі, що викликає негативні настрої в співробітників.

3. Чесність чи відданість. Корпоративний характер взаємин у колективі, серед співробітників правоохоронних органів нерідко сприяє створенню атмосфери нетерпимого ставлення до тих, хто, дотримуючись законності, «псує» показники всього підрозділу, що змушує останніх іти на порушення закону. Негативним наслідком такої відданості є створення всередині

правоохоронних органів «стіни мовчання» та кругової поруки, що заради збереження «честі мундиру» покриває протиправні вчинки їх співробітників. Подібна «корпоративність» наочно проілюстрована у статті прокурора прокуратури Чернівецької області І. Галичанського «Злочинці в погонах», у якій описано спроби співробітників правоохоронних органів починаючи від начальника обласного управління внутрішніх справ і закінчуючи експертами бюро судово-медичних експертиз, приховати факти вчинених їх колегами тяжких службових кримінальних правопорушень [114, с. 125].

Крім того, у юридичних джерелах до числа спонукань, викликаних хибно зрозумілими інтересами служби, відносять помсту, ненависть, марнославство та кар'єризм.

Не підтримуючи цю позицію, вважаємо, що зазначені мотиви входять до числа мотивів, викликаних іншими, крім корисливості, особистими інтересами, котрі як кваліфікуюча ознака передбачені в частині 3 статті 371 КК України. Так, саме інші особисті інтереси передбачають прагнення винного отримати для себе вигоду нематеріального характеру, наприклад, просування по службі, отримання чергового звання чи класного чину, нагороди, й можуть бути зумовлені такими спонуканнями, як кар'єризм, помста, заздрість, бажання прикрасити дійсне становище і приховати свою некомпетентність тощо [115, с. 896].

Майже аналогічне тлумачення іншого особистого інтересу містилося в п. 17 Постанови Верховного Суду СРСР № 4 від 30.03.1990 р. «О судебной практике по делам о злоупотреблении властью или служебным положением, превышении власти или служебных полномочий, халатности и должностном подлоге» [116, с. 13].

У зв'язку з цим, слід наголосити на помилковості точки зору, відповідно до якої кар'єрний мотив розглядається як особливий різновид корисливих спонукань [113, с. 171], оскільки вона суперечить тому

розумінню корисливості як мотиву кримінального правопорушення, що усталилося в законодавстві, у постановах Пленуму Верховного Суду України й у судовій практиці.

На підтвердження наведеної вище думки можемо навести наступну кримінальну справу. 19 липня 2012 р. в Колгоспному провулку м. Одеси, біля пункту прийому склотари та макулатури, оперуповноваженим СКР Приморського РВ ОМУ ГУМВС України у Одеській області, котрий діяв у особистих інтересах та з метою поліпшення власних показників щодо розкриття кримінальних правопорушень, було незаконно затримано громадянина, який виявився особою без певного місця проживання та без певного роду занять. При цьому останнього, без належних підстав та постанови щодо приводу, було приводом доставлено у Приморське РВ ОМУ ГУМВС України у Одеській області [117].

Отже, з урахуванням запропонованих у науці кримінального права теоретичних підходів до розуміння поняття «завідомості», слід визнати, що використання в диспозиції ч. 1 та ч. 2 ст. 371 КК України цієї ознаки свідчить про усвідомлення особою об'єктивно існуючих якостей, властивостей вчиненого нею діяння, його фактичних ознак, і вказує на можливість вчинення завідомо незаконних затримання, приводу, домашнього арешту або тримання під вартою виключно з прямим умислом. Виходячи з усвідомленості службовими особами органів розслідування, прокуратури та суду протиправності дій, що вчиняються всупереч вимогам кримінального процесуального законодавства, яка, у свою чергу, ґрунтується на своерідній презумпції обізнаності таких осіб у процедурних питаннях, можна з впевненістю стверджувати, що зазначені особи цілком усвідомлюють не тільки небезпечність, але й протиправність вчинених діянь.

2.4 Характеристика суб'єкта кримінального правопорушення «Завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою»

Суб'єкт кримінального правопорушення, поряд з об'єктом, об'єктивною та суб'єктивною сторонами, є обов'язковою і самостійною ознакою будь-якого складу кримінального правопорушення, тому всі питання кримінальної відповідальності мають нерозривний зв'язок із фізичною, осудною особою, яка досягла віку кримінальної відповідальності та вчинила суспільно небезпечне діяння.

У теорії кримінального права існує велика кількість позицій учених, котрі висловлені щодо самого поняття суб'єкта кримінального правопорушення та, безперечно, заслуговують належної уваги.

Так, на думку В. Владімірова та Г. Левицького, «суб'єкт кримінального правопорушення – це не абстрактне юридичне поняття, яке існує поза часом та простором. Суб'єкт кримінального правопорушення – це людина, яка живе і вчиняє протиправні дії в суспільстві щодо інших людей» [118, с. 14].

З погляду Н. Дурманова, людина – це активна сила. Отже, можлива і необхідна юридична і моральна оцінка окремих вчинків людини [119, с. 33].

В. Павлов вважає, що поняття «суб'єкт кримінального правопорушення» має ґрунтуватися на конкретних положеннях, які сформульовані у кримінальному законі та не може не виходити з методологічних передумов філософських та кримінально-правових теорій [120, с. 23].

На нашу думку, зазначені визначення є спірними, тому що не кожна людина є активною силою, а лише людина, яка має нормальні психічні здібності. Володіння здоровою психікою дозволяє людині свідомо приймати вплив на свій мозок з боку зовнішнього світу, завдяки чому вона

може критично підходити до своєї поведінки, усвідомлювати дозволеність або забороненість діяння. У цьому ми схильні підтримати думку С. Молдабаєва, який вважає, що суб'єктом будь-якого кримінального правопорушення може бути лише осудна фізична особа, яка досягла певного віку, встановленого кримінальним законом [121, с. 8].

Суб'єкт кримінального правопорушення – це конкретна особа, якій притаманні певні соціальні властивості.

Суб'єкт кримінального правопорушення є одним із елементів складу кримінального правопорушення, без якого не може наставати кримінальна відповідальність.

Особа може нести кримінальну відповідальність за вчинене нею кримінальне правопорушення, якщо вона: 1) є фізичною особою, тобто людиною; 2) є осудною; 3) досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність. Зазначені ознаки визнаються загальними юридичними ознаками суб'єкта кримінального правопорушення, і відсутність однієї з них означає відсутність у діянні особи складу кримінального правопорушення.

У ряді випадків закон передбачає відповідальність осіб, наділених, окрім загальних ознак суб'єкта, додатковими ознаками, що характеризують відповідну особу як спеціального суб'єкта кримінального правопорушення.

Наука кримінального права, виділивши поняття «спеціальний суб'єкт», виробила низку підходів щодо його визначення.

Перший підхід відбиває класичне розуміння спеціального суб'єкта. Спеціальний суб'єкт – це суб'єкт кримінального правопорушення, який поруч із ознаками, властивими загальному суб'єкту, має додаткові ознаки, зазначені у диспозиції статті Особливої частини КК.

Додаткові ознаки можуть бути передбачені у самій кримінально-правовій нормі, проте у деяких статтях Особливої частини КК додаткові

властивості суб'єкта впливають із кримінального закону, обмежуючи коло осіб, які можуть відповідати за це кримінальне правопорушення.

Аналіз кримінально-правових норм показує, що ознаки спеціального суб'єкта обумовлюються у диспозиції лише у тому випадку, коли висновок про спеціальний суб'єкт не впливає із самого характеру вчиненого діяння і коли описуване у кримінальному законі діяння таке, що залишає можливість розширювального тлумачення кола суб'єктів кримінального правопорушення.

Ознаки спеціального суб'єкта можуть бути відображені у кримінальному законі двома способами залежно від легітимного статусу особи [122, с. 177]: у позитивній формі, наприклад, посадова особа, та у негативній формі, що підкреслює відсутність необхідного правового статусу, наприклад, особа, яка не має вищої медичної освіти відповідного профілю.

У сучасній кримінально-правовій літературі відсутня єдиний підхід у класифікації ознак спеціального суб'єкта.

Так, Г. Борзенков поділяє всі ознаки спеціального суб'єкта на три великі групи: 1) ознаки, що характеризують соціальну роль і правове становище суб'єкта; 2) фізичні властивості суб'єкта; 3) взаємовідносини суб'єктів з потерпілим [73, с. 286].

А. Наумов класифікує ознаки спеціального суб'єкта за: 1) громадянством; 2) статтю; 3) віком [123, с. 216].

Є й інші класифікації спеціальних суб'єктів кримінального правопорушення [54, с. 179].

Таким чином, у класичному розумінні спеціальний суб'єкт – це фізична особа, яка має крім ознак осудності та досягнення віку кримінальної відповідальності, ще інші додаткові юридичні ознаки, зазначені у кримінальному законі.

Відповідно до іншого підходу розгляд поняття спеціального суб'єкта відбувається у рамках спеціального складу кримінального правопорушення.

С. Аветисян зазначає, що «проблема спеціального суб'єкта має досліджуватися у сфері спеціального складу кримінального правопорушення» [124, с. 345].

Вчені-юристи, які підтримують цей підхід, звертають увагу на ту обставину, що є дві групи складів кримінальних правопорушень щодо співучасті зі спеціальним суб'єктом:

1. склади кримінальних правопорушень, у яких лише суб'єкт є спеціальним. Його ще називають суб'єктом, наділеним певними ознаками, особливостями. До таких ознак належать стать, демографічні ознаки, наявність судимості тощо;

2. склади, у яких як суб'єкт, так й інші його елементи, передусім об'єкт, мають спеціальний характер. Такі кримінальні правопорушення називаються кримінальними правопорушеннями зі спеціальним складом.

При цьому прихильники зазначеного підходу зазначають, що тільки в останньому випадку суб'єкт може вважатись спеціальним [124, с. 348].

Характерною особливістю спеціального складу кримінального правопорушення є специфічні суспільні відносини, які виступають об'єктом кримінально-правової охорони.

У юридичній літературі зазначені відносини поділяються на загальні та спеціальні.

Загальні відносини – це відносини, у які можуть вступати всі громадяни. До них відносяться відносини щодо забезпечення життя та здоров'я, честі та гідності особи, збереження власності, громадського порядку, громадської безпеки тощо.

На всіх громадян покладається обов'язок щодо дотримання порядку зазначених відносин.

Спеціальні відносини можна визначити як встановлений законодавством спеціальний порядок поведінки суб'єктів, необхідний для реалізації спеціальних функцій.

Найчастіше такі функції випливають із службових обов'язків посадової особи, військовослужбовця, медичної професії тощо.

Відмінною особливістю спеціальних відносин є те, що вони виступають засобом зазіхання на спеціальні об'єкти.

С. Аветисян визначає спеціальний об'єкт як спеціальну, особливу сферу життєдіяльності нашого суспільства та держави, у яких встановлено спеціальний порядок, врегульований спеціальними нормативно-правовими актами [125, с. 5].

Спеціальні об'єкти доступні лише для осіб, включених у сферу спеціальних відносин для виконання суспільно корисних функцій.

Для реалізації таких функцій держава визначає коло суб'єктів, які здатні бути учасниками відповідних відносин, а також встановлює нормативний порядок включення цих осіб до цієї сфери.

За своїм змістом ознаки спеціального суб'єкта, досить різноманітні. Їх можна об'єднати у три великі групи:

ти у три великі групи:

- 1) ознаки, що характеризують соціальну роль і правове становище суб'єкта;
- 2) фізичні властивості суб'єкта;
- 3) взаємовідносини суб'єкта з потерпілим.

Відтак, у теорії кримінального права, суб'єкта, який характеризується лише трьома обов'язковими ознаками, прийнято називати загальним суб'єктом кримінального правопорушення.

Але крім трьох загальних обов'язкових ознак суб'єкт кримінального правопорушення володіє багатьма іншими додатковими (факультативними) ознаками, що його характеризують (громадянство,

стать, вік, родинні відносини, посада, характер виконуваної роботи, психічний стан і т. д.).

Ці додаткові ознаки не мають значення для кваліфікації кримінального правопорушення, якщо вони не передбачені диспозицією норми Особливої частини Кримінального кодексу. У такому випадку закріплена в кримінально-правовій нормі додаткова ознака перетворюється на обов'язкову.

Ведучи мову про суб'єктів кримінальних правопорушень, передбачених статтею 371 КК України, варто підкреслити, що вирішальними для їх визначення є додаткові (спеціальні) критерії, наявність яких є обов'язковою [103, с. 203]. У цьому складі кримінального правопорушення суб'єкт є спеціальним.

З огляду на об'єктивну сторону кримінальних правопорушень, передбачених статтею 371 КК України, коло їх суб'єктів обмежене рамками тієї процесуальної діяльності, що складає зміст таких примусових заходів, як затримання, привід, домашній арешт і тримання під вартою. Застосування таких заходів, будучи формою реалізації владних функцій, указує на справедливість віднесення службових осіб цієї категорії саме до представників влади за ознакою здійснення ними повноважень щодо невизначено широкого кола осіб від імені органу влади, обов'язковість вимог і розпоряджень якого забезпечується примусовим впливом [112, с. 55].

Специфікою такого представництва є реалізація владних повноважень у сфері правосуддя як особливій сфері державно-правових відносин, де їх учасники мають відповідні статусні властивості [106, с. 188].

Саме наявність такого специфічного статусу утворює ознаки спеціального суб'єкта кримінальних правопорушень, передбачених статтею 371 КК України, і дозволяє відмежувати ці склади як від

службових кримінальних правопорушень, так і від інших кримінальних правопорушень проти правосуддя.

Для визначення ознак, які утворюють статус суб'єктів завідомо незаконних затримання, приводу, домашнього арешту й тримання під вартою, варто виходити з понять загальної та спеціальної кримінально-процесуальної правоздатності, що встановлюють як загальноюридичні умови, які дозволяють визначити потенційну спроможність суб'єкта кримінально-процесуальних правовідносин здійснювати процесуальну діяльність, виходячи з його функціональних обов'язків, так і додаткові умови, які визначають здатність такого суб'єкта мати зазначені процесуальні повноваження, необхідні для здійснення конкретних процесуальних процедур [51, с. 442].

Такими процедурами слід визнати початок досудового розслідування кримінальних правопорушень; прийняття кримінального провадження уповноваженою особою відповідно до правил предметної, територіальної та персональної підслідності; отримання відповідного доручення, вказівки або згоди на вчинення відповідних процесуальних дій.

Відповідно до статті 140 КПК України, рішення щодо здійснення приводу може прийматися: в процесі досудового розслідування – виключно слідчим суддею за клопотанням слідчого чи прокурора, або ж з власної ініціативи, а в процесі судового провадження – судом виключно за клопотанням однієї із сторін кримінального провадження, а також потерпілого чи представника юридичної особи, стосовно якої проводиться провадження, чи із власної ініціативи. Рішення щодо здійснення приводу приймається виключно у формі ухвали [80].

Домашній арешт, згідно зі статтею 181 КПК України, проявляється в забороні підозрюваному чи обвинуваченому залишати власне житло цілодобово чи в певний період доби. Домашній арешт можна застосовувати до особи, котра підозрюється чи обвинувачується у вчиненні певного кримінального правопорушення, за вчинення якого КК

України передбачено покарання в виді позбавлення волі. Ухвала щодо обрання запобіжного заходу у виді домашнього арешту передається для виконання до органу Національної поліції за місцем постійного проживання підозрюваного чи обвинуваченого. Строк дії ухвали слідчого судді щодо тримання особи під домашнім арештом не повинен перевищувати 2-х місяців. У разі потреби строк тримання особи під домашнім арештом можна продовжити за клопотанням прокурора в рамках строку досудового розслідування. Загальний строк тримання особи під домашнім арештом у процесі досудового розслідування не повинен перевищувати 6 місяців. Після закінчення цього строку ухвала щодо застосування запобіжного заходу у виді домашнього арешту втрачає свою силу і запобіжний захід визнається скасованим [80].

Відповідно до статті 183 КПК України, тримання під вартою є виключно винятковим запобіжним заходом, що застосовується лише у випадку, якщо прокурор зможе довести, що жоден із інших, більш м'яких запобіжних заходів, не зможе запобігти тим ризикам, які передбачені статтею 177 КПК України [80].

У зв'язку з цим, можна стверджувати, що суб'єктом таких складів кримінальних правопорушень як завідомо незаконний домашній арешт та тримання під вартою виступає в першу чергу слідчий суддя, який виносить ухвалу про застосування даних видів запобіжних заходів до особи. Крім слідчого судді суб'єктами також можуть виступати як і прокурор, так і особа, яка здійснює нагляд за затриманою особою.

Як уже зазначалося, з урахуванням суттєво оновленої процедури обрання запобіжного заходу у виді тримання під вартою, правом прийняття рішення про затримання підозрюваного, обвинуваченого, що перебувають на волі, наділені професійні судді місцевих судів, які діють відповідно до територіальної підсудності. Відповідно до частини 1 статті 21 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 р. місцевими загальними судами є окружні суди, які утворюються в одному

або декількох районах чи районах у містах, або у місті, або у районі (районах) і місті (містах).

Оцінюючи доцільність використання наведеної ознаки спеціального суб'єкта завідомо незаконного затримання в національному кримінальному законодавстві, слід констатувати, що очевидною перевагою такого техніко-юридичного прийому є те, що одночасно з конкретизацією кола суб'єктів кримінального правопорушення в тексті самого закону набуває визначеності саме кримінально-процесуальна природа затримання. Проте, з огляду на тенденції розвитку наукових поглядів щодо системи кримінально-процесуальних функцій, які простежуються в результатах нормотворчої діяльності останніх років, здійснення функції кримінального переслідування може бути ознакою лише такого суб'єкта завідомо незаконного затримання, як прокурор. Адже саме на нього, покладається здійснення процесуальної діяльності, спрямованої на викриття, засудження та покарання осіб, винних у вчиненні кримінального правопорушення.

Також варто розглянути проблему, яка стосується того, чи охоплюється статтею 371 КК України діяння, що стосується завідомо незаконного дозволу на затримання з метою приводу (стаття 188 КПК України).

Перш за все потрібно зазначити, що аналіз норм Кримінального процесуального кодексу України дозволяє виділити такі види затримання:

1) затримання на підставі ухвали слідчого судді, суду про дозвіл на затримання з метою приводу (ст. ст. 187–191 КПК);

2) затримання без ухвали про дозвіл на затримання за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення: законне затримання (стаття 207 КПК) та затримання уповноваженою службовою особою (стаття 208 КПК).

Ці види затримання розрізняються за цільовим призначенням, суб'єктами їх здійснення, підставами та процесуальним порядком застосування.

Щодо затримання на підставі ухвали слідчого судді, суду про дозвіл на затримання з метою приводу (ст. ст. 187–191 КПК), то зазначений вид затримання відрізняється від інших видів затримання наступним:

- метою – здійснюється з метою приводу для участі в розгляді клопотання про застосування запобіжного заходу. Тобто для забезпечення участі особи в розгляді клопотання про застосування запобіжного заходу, коли для забезпечення об'єктивності такого розгляду необхідною умовою, є особиста присутність на судовому засіданні особи, щодо якої розглядається це питання;

- строком затримання – до 36 годин (частина 1 статті 191 КПК);

- юридичною підставою – затримання з метою приводу здійснюється на підставі ухвали слідчого судді, суду про дозвіл на затримання з метою приводу.

Процесуальний порядок прийняття рішення про затримання полягає у тому, що прокурор, слідчий за погодженням з прокурором звертається з клопотанням про дозвіл на затримання підозрюваного, обвинуваченого яке може бути подане:

- одночасно із поданням клопотання щодо застосування запобіжного заходу у виді тримання під вартою чи зміни іншого запобіжного заходу на тримання під варту;

- після подання клопотання щодо застосування запобіжного заходу та до прибуття підозрюваного чи обвинуваченого до суду на підставі судового виклику;

- після неприбуття підозрюваного, обвинуваченого за судовим викликом для участі у розгляді клопотання про застосування запобіжного заходу у виді тримання під вартою та відсутності у слідчого судді чи суду на момент початку судового засідання відомостей про певні поважні причини, які перешкоджають його вчасному прибуттю (стаття 188 КПК).

Слідчий суддя чи суд не мають права відмовити у розгляді клопотання щодо дозволу на затримання із метою приводу підозрюваного

чи обвинуваченого навіть у випадку, якщо існують достатні підстави для затримання особи без ухвали суду щодо затримання із метою приводу.

Клопотання про дозвіл щодо затримання підозрюваного чи обвинуваченого із метою приводу розглядається слідчим суддею чи судом одразу після одержання зазначеного клопотання. Розгляд клопотання проводиться в закритому судовому засіданні за участю прокурора. Ухвала про дозвіл на затримання із метою приводу складається із дотриманням вимог, зазначених в ч.ч. 1, 2 ст. 190 КПК.

Слідчий суддя чи суд відмовляє в наданні дозволу щодо затримання підозрюваного чи обвинуваченого із метою його приводу у випадку, якщо прокурор не доведе, що:

- вказані у клопотанні щодо застосування запобіжного заходу обставини безпосередньо вказують на наявність достатніх підстав для тримання під вартою підозрюваного чи обвинуваченого;

- є достатні підстави вважати, що підозрюваний чи обвинувачений вчиняє дії, пов'язані з переховуванням від органів досудового розслідування;

- одержавши відомості щодо звернення слідчого чи прокурора до суду з клопотанням щодо застосування запобіжного заходу, підозрюваний чи обвинувачений до початку процедури розгляду клопотання щодо застосування запобіжного заходу вчинить певні дії, які виступають підставою для застосування запобіжного заходу та вказані у статті 177 КПК.

Ухвалу щодо відмови у наданні дозволу на затримання із метою приводу можна оскаржити в порядку, передбаченому КПК України. Ухвала щодо дозволу на затримання оскарженню не підлягає.

Процесуальний порядок виконання ухвали слідчого судді, суду про затримання полягає у тому, що службова особа, яка на підставі ухвали слідчого судді чи суду щодо дозволу на затримання, затримала особу, зобов'язана одразу вручити цій особі копію зазначеної ухвали.

Уповноважена службова особа (особа, котрій законом надане право проводити затримання), що затримала особу на підставі ухвали слідчого судді чи суду щодо дозволу на затримання чи у якої під вартою утримується особа, стосовно якої діє ухвала щодо дозволу на затримання, одразу повідомляє про це слідчого чи прокурора, зазначених в ухвалі.

Якщо після затримання підозрюваного чи обвинуваченого виявиться, що останнього було затримано на підставі ухвали щодо дозволу на затримання, котра відкликана прокурором, підозрюваний чи обвинувачений має бути одразу звільнений тією уповноваженою службовою особою, у якої під вартою він утримується, якщо відсутні інші законні підстави для його подальшого затримання.

Беручи до уваги усе вищенаведене, можна впевнено сказати, що діяння, які полягають у видачі завідомо незаконного дозволу на затримання з метою приводу охоплюються статтею 371 КК України і вказують на суб'єктів цього діяння, а саме слідчого суддю та суд, які надають дозвіл на затримання особи з метою приводу.

Відповідно до статті 208 КПК України до переліку суб'єктів завідомо незаконного затримання належать ще й уповноважені службові особи органу дізнання, слідчий і прокурор.

Так, частина 1 статті 207 КПК визначає, що ніхто не може бути затриманий без ухвали слідчого судді чи суду. Втім, затримання може здійснюватися без ухвали слідчого судді уповноваженою на те службовою особою (стаття 208 КПК).

Відповідно до частини 1 статті 208 КПК, уповноважена службова особа має право без ухвали слідчого судді, суду затримати особу, підозрювану у вчиненні кримінального правопорушення лише:

- 1) у випадку виявлення особи під час вчинення кримінального правопорушення або замаху на кримінальне правопорушення;
- 2) у випадку, якщо відразу після вчинення кримінального правопорушення очевидець, включно з потерпілим, чи сукупність явних

ознак на тілі, одязі або місці події вказують, що якраз ця особа щойно вчинила кримінальне правопорушення;

3) у випадку, якщо є реальні підстави думати, що можливою є втеча із метою ухилення від кримінальної відповідальності особи, яка підозрюється у вчиненні тяжкого чи особливо тяжкого корупційного кримінального правопорушення, яке віднесене законом до виключної підслідності Національного антикорупційного бюро України;

4) у випадку, якщо мають місце обґрунтовані підстави припускати, що можливою є втеча для ухилення від кримінальної відповідальності особи, яка підозрюється у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ст.ст. 255, 255¹, 255² КК України.

При затриманні уповноважена службова особа, слідчий чи прокурор можуть провести обшук затриманої особи із дотриманням правил, зазначених у частині 7 статті 223 і статті 236 КПК.

Уповноважена службова особа повинна доставити затриману особу у найближчий підрозділ органу досудового розслідування, де одразу зареєструвати дату, точний час (годину і хвилину) доставлення затриманого, а також інші відомості, вказані в законі.

Про кожне затримання уповноважена службова особа негайно повідомляє з використанням технічних засобів уповноважених осіб підрозділу відповідного органу досудового розслідування.

У підрозділі органу досудового розслідування мають бути призначені одна або декілька службових осіб, відповідальних за перебування затриманих. При цьому, відповідальними за перебування затриманих не можуть бути слідчі.

Службова особа, відповідальна за перебування затриманих, зобов'язана:

- 1) негайно зареєструвати затриманого;
- 2) роз'яснити затриманому підстави його затримання, права і обов'язки;

3) звільнити затриманого негайно, після зникнення підстави для затримання або спливу строку для затримання, передбаченого статтею 211 КПК;

4) забезпечити належне поводження із затриманим та дотримання його прав, передбачених Конституцією України, КПК та іншими законами України;

5) забезпечити запис усіх дій, що проводяться із залученням затриманого, у тому числі час їх початку та закінчення, а також осіб, які проводили такі дії або були присутні при проведенні таких дій;

6) забезпечити невідкладне надання належної медичної допомоги та фіксацію медичним працівником будь-яких тілесних ушкоджень або погіршення стану здоров'я затриманого. До складу осіб, що надають затриманому медичну допомогу, за його бажанням може бути допущена конкретна особа, що має право на зайняття медичною діяльністю [126].

Характеризуючи слідчого як суб'єкта аналізованого кримінального правопорушення, слід зазначити, що чинна система органів досудового розслідування, яку утворюють слідчі органів Національної поліції, органів безпеки, органів Бюро економічної безпеки України, органів державного бюро розслідувань, Національного антикорупційного бюро України (стаття 38 КПК), відповідно до зобов'язань України, узятих при вступі до Ради Європи, щодо зміни ролі та функцій прокуратури згідно з принципами цієї організації [5], та положень Конституції України, якими передбачено позбавлення прокуратури функції досудового слідства, була суттєво змінена, що закономірно позначилось на складі суб'єктів кримінальних правопорушень, передбачених статтею 371 КК України. Щонайменше, з цього складу було виключено слідчого прокуратури.

Оскільки чинне кримінальне процесуальне законодавство у випадках розслідування особливо складних кримінальних правопорушень передбачає можливість проведення досудового розслідування слідчою групою (частина 4 статті 38 КПК України), певний інтерес викликає

питання визначення в складі групового суб'єкта розслідування суб'єкта завідомо незаконного затримання, якщо таке мало місце під час провадження. Складність полягає в тому, що при груповому розслідуванні кримінального правопорушення, справу приймає до провадження лише старший слідчої групи, який безпосередньо керує діями інших слідчих, а отже, за логікою закону несе повну відповідальність за всебічність, повноту і об'єктивність розслідування. Таким чином, постає явна суперечність, породжена недостатньою нормативною регламентацією проведення досудового розслідування групою слідчих [127, с. 300].

Аналізуючи наведену ситуацію, слід зазначити, що процесуальні незалежність і самостійність слідчого при провадженні досудового розслідування гарантуються закріпленням на законодавчому рівні загального правила про самостійність прийняття слідчим рішень про спрямування слідства та проведення слідчих дій, а також винятками з цього правила, відповідно до яких така самостійність обмежується необхідністю отримання згоди суду або прокурора. Отже, розслідуючи справу в складі групи, слідчий не може бути позбавлений процесуальної самостійності, проте користуватися цим правом він може лише в рамках проведення тих процесуальних дій, провадження яких йому доручено керівником групи. За відсутності постанови про прийняття справи до свого провадження саме наявність адресованого слідчому доручення або вказівки керівника групи є єдиною підставою реалізації ним статусних повноважень, у межах яких він несе повну відповідальність за свої дії.

Таким чином, у разі розслідування кримінального правопорушення групою слідчих суб'єктом завідомо незаконного затримання може бути той чи інший член цієї групи, що діяв відповідно до наданих йому керівником групи повноважень, а також сам керівник, якщо він діяв як слідчий або використав для цього процесуально підлеглого йому слідчого, який перебував в омані щодо законності вчинюваного ним діяння. За умови

усвідомленої спільної діяльності цих суб'єктів має місце співвиконавство у вчиненні завідомо незаконного затримання.

Суб'єктом досліджуваного кримінального правопорушення може бути також керівник органу досудового розслідування, якщо, скориставшись наданими йому частиною 2 статті 39 КПК України повноваженнями, він візьме безпосередню участь у здійсненні досудового слідства.

Аналіз чинного кримінально-процесуального законодавства дозволяє віднести до суб'єктів завідомо незаконного затримання такого учасника кримінально – процесуальних відносин, як прокурор. Так, відповідно до статті 36 КПК України, здійснюючи нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням, прокурор уповноважений:

- 1) розпочинати досудове розслідування при наявності підстав, вказаних у КПК України;
- 2) отримувати повний доступ до всіх матеріалів, документів, а також інших відомостей, які стосуються досудового розслідування;
- 3) давати доручення органу досудового розслідування на здійснення досудового розслідування;
- 4) доручати слідчому чи органу досудового розслідування здійснення у вказаний прокурором термін слідчих (розшукових) дій, або негласних слідчих (розшукових) дій, або якихось інших процесуальних дій чи давати розпорядження стосовно їх проведення або приймати участь у них, а в потрібних випадках – особисто здійснювати слідчі (розшукові) і процесуальні дії у порядку, визначеному у КПК України;
- 5) давати доручення на проведення слідчих (розшукових) дій і негласних слідчих (розшукових) дій певним оперативним підрозділам;
- 6) скасовувати незаконні і необґрунтовані постанови слідчих;
- 7) виступати з ініціативою перед керівництвом органу досудового розслідування щодо питання, пов'язаного з відстороненням слідчого від

здійснення досудового розслідування і призначення іншого слідчого при наявності підстав, вказаних у КПК України, для відводу останнього, або за обставин неефективного досудового розслідування;

8) видавати процесуальні рішення в випадках, зазначених у КПК України, серед іншого й стосовно закриття кримінального провадження і продовження термінів досудового розслідування при наявності підстав, зазначених у КПК України;

9) погоджувати чи відмовляти в погодженні клопотань з боку слідчого до слідчого судді щодо проведення слідчих (розшукових) дій, або негласних слідчих (розшукових) дій, або інших процесуальних дій за обставин, вказаних у КПК України, або самостійно представляти слідчому судді згадані клопотання;

10) повідомляти певній особі про підозру;

11) подавати цивільний позов у інтересах держави й громадян, котрі через фізичний стан або матеріальне становище, через недосягнення повноліття, через похилий вік, через недієздатність чи через обмежену дієздатність не можуть самостійно належним чином захистити власні права, в порядку, передбаченому КПК України та законом;

12) затверджувати або відмовляти в затвердженні обвинувального акта, а також клопотань щодо застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, змінювати складений слідчим обвинувальний акт або зазначене клопотання, одноосібно складати обвинувальний акт або зазначене клопотання;

13) звертатися до суду із обвинувальним актом, із клопотанням щодо застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, із клопотанням щодо звільнення особи від кримінальної відповідальності;

14) підтримувати державне обвинувачення у суді, або відмовлятися від підтримання державного обвинувачення, або змінювати його чи висувати додаткове обвинувачення в порядку, передбаченому у КПК України;

15) погоджувати запит органу досудового розслідування про міжнародну правову допомогу, передання кримінального провадження або самостійно звертатися з таким клопотанням в порядку, встановленому КПК України;

16) доручати органу досудового розслідування виконання запиту (доручення) компетентного органу іноземної держави про міжнародну правову допомогу або перейняття кримінального провадження, перевіряти повноту і законність проведення процесуальних дій, а також повноту, всебічність та об'єктивність розслідування у перейнятому кримінальному провадженні;

17) перевіряти перед направленням прокуророві вищого рівня документи органу досудового розслідування про видачу особи (екстрадицію), повертати їх відповідному органу з письмовими вказівками, якщо такі документи необґрунтовані або не відповідають вимогам міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, чи законами України;

18) доручати органам досудового розслідування проведення розшуку і затримання осіб, які вчинили кримінальне правопорушення за межами України, виконання окремих процесуальних дій з метою видачі особи (екстрадиції) за запитом компетентного органу іноземної держави;

19) оскаржувати судові рішення в порядку, встановленому КПК України;

20) здійснювати інші повноваження, передбачені КПК України.

Визначаючи коло суб'єктів завідомо незаконного приводу, слід виходити з того, що за своїм процесуальним призначенням привід є заходом забезпечення доказово-пізнавальної діяльності таких учасників кримінального судочинства, як слідчий, прокурор, адже саме з їх правом викликати будь-яких осіб для допиту як свідків, потерпілих, підозрюваних або обвинувачених кореспондується можливість примусового доставлення таких осіб для дачі необхідних показань.

Крім того, як це впливає зі змісту частини 2 статті 140 КПК України, рішення про здійснення приводу приймається: в період досудового розслідування – виключно слідчим суддею за клопотанням слідчого чи прокурора, або з власної ініціативи, а в період судового провадження – лише судом на клопотання сторони кримінального провадження, або потерпілого, чи представника юридичної особи, стосовно якої проводиться провадження, чи із власної ініціативи.

Відповідно до викладеної в роботі позиції щодо об'єкта й об'єктивної сторони завідомо незаконного арешту, суб'єктами цього кримінального правопорушення можуть бути визнані тільки професійні судді місцевих судів, яких наділено виключним правом обирати підозрюваному або обвинуваченому запобіжний захід у виді тримання під вартою на стадії досудового розслідування. Ураховуючи специфічність цієї судової діяльності, здійснюваної з метою забезпечення додержання конституційних прав і свобод громадян ще на досудових стадіях кримінального провадження, розробники проекту КПК України запропонували називати такого суддю «слідчим суддею» [128], що однозначно вказує на особливий статус цього учасника кримінально-процесуальних правовідносин і використовується як спеціальна ознака суб'єкта завідомо незаконного арешту.

Таким чином, результати проведення кримінально-процесуальних змін, відповідно до яких прокурори були позбавлені права на санкціонування арештів, а повноваженнями щодо обрання зазначеного запобіжного заходу були наділені виключно судді, унеможливають віднесення до числа суб'єктів завідомо незаконного арешту будь-кого з числа тих, хто за законом такого права не має, а отже, позбавлений головної ознаки спеціального суб'єкта цього кримінального правопорушення. Тому твердження окремих науковців щодо необхідності кваліфікувати дії судді, який виніс завідомо незаконне рішення про арешт особи, за статтею Кримінального кодексу, що передбачає відповідальність

за постановлення суддею завідомо неправосудної постанови [129, с. 37], видаються глибоко помилковими, тому що породжують теоретичну нісенітницю у вигляді безсуб'єктного складу кримінального правопорушення.

Визначаючи коло суб'єктів завідомо незаконного тримання особи під вартою, слід виходити з того, що вказане кримінальне правопорушення може бути вчинене шляхом двох альтернативних діянь: дії – незаконного продовження строків тримання під вартою та бездіяльності – незаконного тримання під вартою особи, стосовно якої відпали підстави для застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту або затримання, зокрема тоді, коли спливли встановлені законом терміни перебування під вартою.

Оскільки однією з форм незаконного тримання особи під вартою є невжиття своєчасних заходів щодо її звільнення з боку службової особи, на яку було покладено такий обов'язок, то суб'єктами завідомо незаконного тримання особи під вартою також виступають слідчий, керівник органу досудового розслідування та прокурор, що здійснює нагляд за виконанням законів органами досудового розслідування.

Виходячи з положень Закону України «Про попереднє ув'язнення» від 30.06.1993 р. до складу суб'єктів завідомо незаконного тримання особи під вартою слід віднести начальника установи попереднього ув'язнення. Саме на нього згідно зі статтею 20 Закону покладено персональний обов'язок негайно звільняти з-під варті обвинуваченого, щодо якого на день закінчення строку тримання під вартою не надійшла ухвала судді про продовження строку тримання під вартою, а також у разі скасування або зміни цього запобіжного заходу. Отже, прийнявши рішення про допустимість надмірного тримання під вартою особи, щодо якої було винесено постанову про зміну (скасування) цього запобіжного заходу, начальник відповідної установи як службова особа, що свідомо утрималася від виконання своїх службових обов'язків, є суб'єктом кримінального

правопорушення, передбаченого частиною 2 статті 371 КК України [130, с. 27].

Відповідно до статті 4 вищезазначеного закону до числа начальників установ попереднього ув'язнення слід віднести начальників слідчих ізоляторів Державної пенітенціарної служби України, гауптвахт Військової служби правопорядку в Збройних Силах України.

Беручи до уваги, що завідомо незаконне тримання під вартою може бути наслідком протиправного утримання в ізоляції особи, затриманої за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, до числа суб'єктів цього кримінального правопорушення за ознакою службової особи, на яку покладено обов'язок звільнити з-під варти затриману особу, якщо це прямо зазначено у вимозі органу досудового розслідування, прокурора чи суду або закінчився термін її затримання, слід віднести начальників ізоляторів тимчасового тримання, начальників пунктів тимчасового тримання затриманих Державної прикордонної служби України [131] та начальників гауптвахт Військової служби правопорядку в Збройних Силах України.

З огляду на те, що затримання й домашній арешт є процедурами, що мають певні етапи, а досягнення протиправного результату об'єктивно потребує залучення до цієї діяльності, як правило, декількох службових осіб, набуває актуальності дослідження питань вчинення зазначених кримінальних правопорушень у співучасті.

Якщо виконавцем завідомо незаконного домашнього арешту може бути тільки службова особа, яка має відповідні статусні властивості, а саме – функціонально зумовлені повноваження із застосування примусового заходу у виді тримання під вартою на стадії досудового розслідування, тобто виключно слідчий суддя, то видається актуальною проблема кримінально-правової оцінки дій службових осіб органів досудового розслідування та прокурора, які своїми спільними діями, що виразилися в поетапному порушенні встановленої процедури обмеження права особи на

свободу та особисту недоторканність, завідомо незаконно позбавили її волі.

На перший погляд, дії осіб, які позбавлені ознак спеціального суб'єкта завідомо незаконного домашнього арешту, не можуть бути кваліфіковані як співвиконавство, адже виконавцем цього кримінального правопорушення може бути лише відповідний професійний суддя місцевого суду (слідчий суддя). Проте, приєднуючись до позиції В. Устименка, відповідно до якої в кримінальних правопорушеннях, об'єктивна сторона котрих включає декілька діянь, частина з яких може бути виконана загальним суб'єктом за умови, що іншу частину виконує спеціальний суб'єкт, має місце співвиконавство кримінального правопорушення [132, с. 104], впливає, що зазначену протиправну діяльність варто кваліфікувати саме як співвиконавство у вчиненні завідомо незаконного домашнього арешту, тобто безпосереднє виконання кожним зі співучасників об'єктивної сторони кримінального правопорушення, передбаченого частиною 2 статті 371 КК України.

Правовим підґрунтям такої кваліфікації виступає стадійна побудова процедури тримання під вартою, відповідно до якої, дії кожного з учасників правовідносин, що виникають при цьому, взаємопов'язані та взаємообумовлені. Так, слідчий не може направити клопотання про обрання запобіжного заходу у виді тримання під вартою безпосередньо до суду, попередньо не погодивши його з прокурором. Своєю чергою, слідчий суддя не може обрати відповідний запобіжний захід, не отримавши від органів розслідування або прокурора згадуваного клопотання, як і прокурор не може самостійно, без рішення суду взяти особу під варту. Отже, навіть наявний у судді умисел щодо незаконного тримання під вартою певної особи на етапі досудового провадження не може бути реалізований без залучення до цього процесу службових осіб, наділених правом ініціювати відповідну процедуру.

Водночас службові особи, наділені правом ініціювати процедуру тримання під вартою, можуть виступити опосередкованими виконавцями цього кримінального правопорушення, умисно увівши суддю в оману щодо дійсних обставин справи, сфальсифікувавши її матеріали, що очікувано призвело до постановлення судом незаконного рішення про домашній арешт. Разом із тим, оскільки винесенню судового рішення обов'язково передуює судовий розгляд, під час якого суддя має можливість вислухати думку прокурора, який вніс або підтримав клопотання, а за необхідності одержати пояснення особи, яка здійснює досудове розслідування у кримінальному провадженні, зазначені особи мають можливість добровільно відмовитися від свого злочинного наміру, повідомивши суду дійсні обставини справи. У випадку добровільної відмови відповідальність настає тільки за фальсифікацію доказів, тобто за службове підроблення, яке мало місце на стадії готування до цього кримінального правопорушення. Але коли розгляду клопотання передувало затримання особи, спрямоване на забезпечення її участі в судовому засіданні, такі дії слід кваліфікувати як закінчене кримінальне правопорушення, передбачене частиною 1 статті 371 КК України.

Активна ж протиправна діяльність, спрямована на переконання суду в дійсності сфальсифікованих матеріалів з метою доведення злочинного наміру до кінця, залежно від того яке рішення прийме суд, може бути кваліфікована як закінчене кримінальне правопорушення, передбачене частиною 2 статті 371 КК України, або як закінчений замах на це кримінальне правопорушення.

У випадку співучасті потребують правової оцінки й дії службової особи, яка, перебуваючи в процесуальному підпорядкуванні та користуючись наданими їй повноваженнями, затримує, бере під варту або утримує під вартою особу, виконуючи явно протипране розпорядження.

Так, у справі гр. Ф. заступник Генерального прокурора України видав на адресу голови Державного департаменту України з питань

виконання покарань припис з вимогою не виконувати рішення Печерського суду м. Києва про негайне звільнення Ф. із СІЗО м. Києва, у результаті чого останнього було протиправно залишено під вартою. Оскаржуючи дії зазначених службових осіб, потерпілий звернувся до суду із заявою про притягнення винних до кримінальної відповідальності за частиною 2 статті 371 КК України [133].

Ще одним прикладом наведеної вище ситуації можуть слугувати дії старшого прокурора прокуратури міста Черкаси. Він, проводячи процесуальне керівництво досудовим розслідуванням кримінального провадження, здійснюючи злочинний намір, а також зловживаючи владою і власним службовим становищем, вчиняючи дії умисно та з кар'єристських спонукань, для одержання неправомірної вигоди для самого себе у виді просування по службі, усвідомлюючи, що підстави для затримання особи відсутні, зокрема, останню було затримано не під час вчинення кримінального правопорушення, або відразу після вчинення останнього, а також те, що відсутніми є очевидці, потерпілі та немає сукупності явних ознак на тілі, одязі або місці події, які би чітко вказували, що саме ця особа вчинила кримінальне правопорушення, склав протокол затримання особи, підозрюваної у вчиненні кримінального правопорушення. При цьому, на виконання явно незаконної вказівки керівництва, склав та вніс до протоколу про затримання явно неправдиві відомості щодо того, що особу було затримано у момент вчинення кримінального правопорушення [134].

Питання щодо співучасті у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених статтею 371 КК України, осіб, які позбавлені ознак спеціального суб'єкта й безпосередньо не виконували їх об'єктивної сторони, повинні вирішуватися відповідно до статті 27 Кримінального кодексу України, відповідно до якої співучасниками кримінального правопорушення поряд з виконавцем визнаються організатор, підбурювач та пособник.

Характеризуючи кожний із видів співучасті, слід зазначити, що організація, а тим більше керування діяльністю виконавця досліджуваних кримінальних правопорушень вочевидь потребують від організатора відповідної фахової підготовки й знання чинного кримінального та кримінально-процесуального законодавства, що зумовлюється як статусом виконавця, так і характером тих правовідносин, на які посягає кримінальне правопорушення. Для пособництва ж, за умови що пособник обов'язково повинен бути поінформований про злочинні наміри співучасників, достатньо взяти безпосередню участь у формуванні штучної доказової бази шляхом надання необхідних для цього свідчень, фальсифікації документів або речових доказів, а за необхідності схилення до дачі завідомо неправдивих показань суб'єктів кримінально-процесуальних правовідносин. Таким чином, спільність у поведінці пособника та причинний зв'язок з тим кримінальним правопорушенням, яке вчиняє виконавець, виявляється в усуненні перешкод, що заважають реалізації злочинних намірів співучасників.

Підбурювання виконавця до вчинення зазначених кримінальних правопорушень може мати місце як з боку окремої особи, так і з боку керівництва того органу, де він працює. І якщо в першому випадку особа схиляється до вчинення кримінального правопорушення переважно шляхом надання неправомірної вигоди, то в другому – під впливом погроз або, навпаки, обіцянок просування по службі чи заохочень. При цьому важливо, що ці способи, породжуючи у виконавця рішучість вчинити кримінальне правопорушення, не повинні пригнічувати його волю, адже вирішальним для кваліфікації зазначених дій як співучасті є те, що остаточне рішення вчинити кримінальне правопорушення залишається за виконавцем, хоча бажання вчинити кримінальне правопорушення породжує в ньому саме підбурювач. З'ясування характеру такої діяльності має велике значення для кваліфікації дій не тільки підбурювача, але й

виконавця, дозволяючи визначити наявність або відсутність у нього корисливих спонукань або інших особистих інтересів.

Крім того, для встановлення факту співучасті у кримінальних правопорушеннях зі спеціальним суб'єктом необхідно встановити, що, крім загальних ознак співучасті, наявними є додаткові умови, згідно з якими співучасник повинен усвідомлювати, що кримінальне правопорушення, яке він організовує чи до якого схиляє виконавця або сприяє його вчиненню, може бути вчинено лише спеціальним суб'єктом і що виконавець має саме такий статус.

Вищезазначені дії з організації, підбурювання та пособництва в незаконних затриманні, домашньому арешті чи триманні під вартою повинні кваліфікуватися за відповідною частиною статті 27 та статтею 371 КК України.

Отже, зважаючи на викладене вище, можна зробити такі висновки.

Суб'єкт кримінального правопорушення, передбаченого статтею 371 КК України, – спеціальний. Для визначення ознак, які утворюють статус суб'єктів завідомо незаконних затримання, приводу, домашнього арешту й тримання під вартою, варто виходити з понять загальної та спеціальної кримінально-процесуальної правоздатності, що встановлюють як загальноююридичні умови, які дозволяють визначити потенційну спроможність суб'єкта кримінально-процесуальних правовідносин здійснювати процесуальну діяльність, виходячи з його функціональних обов'язків, так і додаткові умови, які визначають здатність такого суб'єкта мати зазначені процесуальні повноваження, необхідні для здійснення конкретних процесуальних процедур.

Суб'єктами кримінального правопорушення у формі завідомо незаконного приводу є слідчий суддя, який прийняв рішення про здійснення незаконного приводу, та суд, який виніс ухвалу про незаконний привід особи, а суб'єктами таких складів кримінального правопорушення як завідомо незаконний домашній арешт та тримання під вартою

виступають в першу чергу слідчий суддя, який виносить ухвалу про застосування даних видів запобіжних заходів до особи. Крім слідчого судді суб'єктами також можуть виступати як прокурор, так і особа, яка здійснює нагляд за затриманою особою, начальник установи, де особа відбуває даний запобіжний захід. Крім цього, до числа суб'єктів завідомо незаконного затримання належать і уповноважені службові особи – органу дізнання, слідчий і прокурор.

На це ж звертається увага і у судовій практиці [135].

Що ж до питання щодо співучасті у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених статтею 371 КК України, осіб, які позбавлені ознак спеціального суб'єкта й безпосередньо не виконували їх об'єктивної сторони, то це повинно вирішуватися відповідно до статті 27 Кримінального кодексу України, відповідно до якої співучасниками кримінального правопорушення поряд з виконавцем визнаються організатор, підбурювач та пособник, які не обов'язково повинні бути наділені ознаками спеціального суб'єкта.

Висновки до розділу 2

Родовим об'єктом складу кримінального правопорушення «Завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт та тримання під вартою» виступають суспільні відносини у сфері правосуддя, під якими потрібно розуміти суспільні відносини, пов'язані з процесуальною діяльністю компетентних державних органів (дізнання, досудового слідства, прокуратури, суду та органів виконання судових рішень) із розслідування, судового розгляду, прийняття і виконання рішень, вироків, ухвал та постанов у кримінальних, цивільних та адміністративних справах.

Під правосуддям як об'єктом протиправного посягання слід розуміти лише діяльність, яка відповідає таким ознакам: 1) правосуддя здійснюється у формах цивільного, кримінального, адміністративного, господарського судочинства, вона регламентована Цивільним процесуальним,

Господарським процесуальним та Кримінальним процесуальним кодексами України, Кодексом адміністративного судочинства України; 2) правосуддя – це лише правозастосовча діяльність, яка полягає в реалізації норм права стосовно конкретних життєвих ситуацій; 3) діяльність із здійснення правосуддя спрямовано на охорону законних прав та інтересів громадян, суспільства, держави в процесі судочинства, при прийнятті рішень, а також при їх реалізації.

Видові об'єкти кримінальних правопорушень визначають особливості суб'єктів відносин, проти яких спрямовані кримінальні правопорушення зазначеного виду, і блага, які належать цим суб'єктам і яким може бути заподіяна або спричиняється шкода. Зокрема, можна виділити три групи таких суб'єктів: 1) особи як учасники або інші суб'єкти кримінального чи цивільного процесу; 2) органи дізнання, слідства, прокуратури, суди загальної юрисдикції; 3) органи виконання покарань та судових рішень.

Основним безпосереднім об'єктом складу кримінального правопорушення «Завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт та тримання під вартою», передбаченого статтею 371 КК України, є регламентована законодавством діяльність суду та інших правоохоронних органів по реалізації мети та завдань правосуддя (у його широкому розумінні) у частині забезпечення законного затримання, приводу, домашнього арешту та тримання під вартою, а додатковим обов'язковим об'єктом – життя і здоров'я особи, її свобода і особиста недоторканість, а також майнові та інші права та законні інтереси.

Об'єктивна сторона складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 371 КК України, проявляється у незаконному затриманні та приводі.

Об'єктивна сторона складу кримінального правопорушення, передбаченого частиною 2 статті 371 КК України, у свою чергу передбачає незаконний домашній арешт та тримання під вартою.

Під затриманням найчастіше розуміють затримання, яке у кримінально-процесуальному порядку застосовується до особи, яка підозрюється у вчиненні кримінального правопорушення, за яке може бути призначено покарання у виді позбавлення її волі до 72 годин. Затримання застосовується до особи з метою підтвердження підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення і вирішення питання про обрання до неї запобіжного заходу.

Привід – це захід процесуального примусу, який передбачає примусове доставлення підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, потерпілого чи свідка органами внутрішніх справ та військовою службою правопорядку у Збройних Силах України (щодо військовослужбовців та працівників Збройних Сил України) в органи дізнання, до слідчого, прокурора або в суд.

Привід, як і затримання, вважається незаконним, якщо здійснюється за відсутності вказаних у законі підстав, або з порушенням умов, які визначають порядок його застосування.

Домашній арешт полягає в забороні підозрюваному, обвинуваченому залишати житло цілодобово або у певний період доби.

Домашній арешт може бути застосований до особи, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення, за вчинення якого законом передбачено покарання у виді позбавлення волі.

Застосування такого запобіжного заходу як домашній арешт здійснюється лише за вмотивованою ухвалою слідчого судді, суду і строк її дії не може перевищувати двох місяців, крім випадків передбачених законом.

Тримання під вартою є винятковим запобіжним заходом, який застосовується виключно у разі, якщо прокурор доведе, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів не зможе забезпечити мети і підстав їх застосування.

Кримінальне правопорушення, передбачене частинами 1 і 2 статті 371 КК України, є закінченим з моменту вчинення передбачених у них дій, а саме з моменту порушення права особи бути затриманою, заарештованою або триматися під вартою лише на встановлених в законі підставах та відповідно до особливої процедури.

З урахуванням запропонованих у науці кримінального права теоретичних підходів до розуміння поняття «завідомості», слід визнати, що використання в диспозиції ч. 1 та ч. 2 ст. 371 КК України цієї ознаки свідчить про усвідомлення особою об'єктивно існуючих якостей, властивостей вчиненого нею діяння, його фактичних ознак і вказує на можливість вчинення завідомо незаконних затримання, приводу, домашнього арешту або тримання під вартою виключно з прямим умислом. Виходячи з усвідомленості службовими особами органів розслідування, прокуратури та суду протиправності дій, що вчиняються всупереч вимогам кримінального процесуального законодавства, яка, у свою чергу, ґрунтується на своєрідній презумпції обізнаності таких осіб у процедурних питаннях, можна з впевненістю стверджувати, що зазначені особи цілком усвідомлюють не тільки небезпечність, але й протиправність вчинених діянь.

Суб'єкт кримінального правопорушення, передбаченого статтею 371 КК України, – спеціальний. Для визначення ознак, які утворюють статус суб'єктів завідомо незаконних затримання, приводу, домашнього арешту й тримання під вартою, варто виходити з понять загальної та спеціальної кримінально-процесуальної правоздатності, що встановлюють як загальноююридичні умови, які дозволяють визначити потенційну спроможність суб'єкта кримінально-процесуальних правовідносин здійснювати процесуальну діяльність, виходячи з його функціональних обов'язків, так і додаткові умови, які визначають здатність такого суб'єкта мати зазначені процесуальні повноваження, необхідні для здійснення конкретних процесуальних процедур.

Суб'єктами кримінального правопорушення у формі завідомо незаконного приводу є слідчий суддя, який прийняв рішення про здійснення незаконного приводу, та суд, який виніс ухвалу про незаконний привід особи, а суб'єктами таких складів кримінального правопорушення як завідомо незаконний домашній арешт та тримання під вартою виступають в першу чергу слідчий суддя, який виносить ухвалу про застосування даних видів запобіжних заходів до особи. Крім слідчого судді суб'єктами також можуть виступати як прокурор, так і особа, яка здійснює нагляд за затриманою особою, начальник установи, де особа відбуває даний запобіжний захід. Крім цього, до числа суб'єктів завідомо незаконного затримання належать і уповноважені службові особи органу дізнання, слідчий і прокурор.

Що ж до питання щодо співучасті у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених статтею 371 КК України, осіб, які позбавлені ознак спеціального суб'єкта й безпосередньо не виконували їх об'єктивної сторони, то це повинно вирішуватися відповідно до статті 27 Кримінального кодексу України, відповідно до якої співучасниками кримінального правопорушення поряд з виконавцем визнаються організатор, підбурювач та пособник, які не обов'язково повинні бути наділені ознаками спеціального суб'єкта.

РОЗДІЛ 3

СПЕЦІАЛЬНІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЗАВІДОМО НЕЗАКОННЕ ЗАТРИМАННЯ, ПРИВІД, ДОМАШНІЙ АРЕШТ АБО ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ

3.1 Характеристика кваліфікуючих ознак складу кримінального правопорушення, передбаченого статтею 371 КК України

Ураховуючи, що диспозиції ч. 1 та 2 ст. 371 КК України не містять вказівок на настання конкретних суспільно небезпечних наслідків, завідомо незаконні затримання, арешт та тримання під вартою, згідно із загальноприйнятою в науці кримінального права концепцією поділу складів кримінальних правопорушень на матеріальні й формальні, справедливо відносять до групи кримінальних правопорушень з формальною конструкцією складу.

Водночас у частині 3 цієї статті передбачено такі кваліфікуючі ознаки складів кримінальних правопорушень, передбачених ч.ч. 1, 2 цієї статті:

- спричинення відповідними діями тяжких наслідків,
- вчинення цих діянь з корисливих мотивів або в інших особистих інтересах.

Розглянемо ці кваліфікуючі ознаки. Щодо суспільно небезпечних наслідків у складі кримінального правопорушення, слід погодитися з тим, що будь-яке діяння – це засіб для досягнення певних результатів. Зазначені результати на початку діяльності усвідомлюються особою як основні або другорядні цілі її діяння [136, с. 304].

Варто наголосити на тому, що хоч у «формальних» складах законодавець лише припускає абстрактну небезпеку дії, у реальній дійсності незаконні затримання та арешти спричиняють і такі наслідки, що виходять за рамки понять «нормальна діяльність» або «право особи»,

вражаючи перш за все людину як особистість, що потерпає незалежно від того, чи є формальні підстави визнати кримінальне правопорушення закінченим.

У практиці це твердження можна навести, досить вдалим прикладом: Громадянка З. перевірялась на причетність до крадіжки із сільського магазину, продавцем в якому вона працювала. Після розмови з З. заступник начальника РВВС з оперативної роботи В. та оперуповноважений Ч. зміцнилися у своїх підозрах, оскільки остання плуталася у відповідях, запиналася, червоніла, виявляла підвищену цікавість до результатів огляду місця події. Ця обставина остаточно переконала працівників дізнання, і вони затримали З., протримавши її без складання протоколу і повідомлення прокурору дві доби в камері. Протягом цього часу її кілька разів допитували, «видавлюючи» показання. Наприкінці другої доби на вимогу районного прокурора її було звільнено. Отримавши в результаті незаконного затримання сильну психічну травму, З., прийшовши додому, вчинила спробу покінчити із собою, прийнявши велику дозу снодійного. Своєчасне медичне втручання запобігло летальному наслідку. Сільська поголошка дуже швидко рознесла звістку про те, що З. «зłodійка». Донька – учениця, відмовилася ходити до школи, бо директор визнав за свій «громадський обов'язок» оголосити про те, що трапилося, на лінійці. Усе це спонукало З. змінити місце проживання. Справжнього ж правопорушника було виявлено через місяць [106, с. 211].

Наведений приклад досить переконливо свідчить про необхідність урахування зазначених наслідків саме кримінальним законодавством, що з огляду на специфіку побудови складів кримінальних правопорушень, передбачених ч.ч. 1 та 2 ст. 371 КК України, зумовило необхідність конструювання в рамках цієї статті матеріального складу, який би враховував їх настання. Доповнивши у зв'язку з цим статтю 371 КК України частиною третьою, законодавець, зважаючи на те, що ці наслідки

можуть мати прояв у різних формах, цілком доречно застосував ознаку «тяжкі наслідки».

Слід звернути увагу на те, що наслідки, закріплені в частині 3 статті 371 КК України, будучи кваліфікуючою обставиною, несуть основне навантаження з відбиття в кримінальному законі ступеня суспільної небезпечності завідомо незаконних затримання, приводу, домашнього арешту та тримання під вартою, оскільки саме вони свідчать про істотну зміну рівня безпеки в порівнянні з тією, котру було визначено за допомогою ознак основного складу. Таким чином, тяжкі наслідки як ознака кваліфікованого складу доповнюють і розвивають опис ознак базових складів кримінальних правопорушень, передбачених статтею 371 КК України, на що, зокрема, указує використана в диспозиції частини 3 цієї статті початкова фраза: «Ті самі дії, що спричинили...».

Отже, характерною рисою розглядуваного кваліфікованого складу є те, що притягнення до кримінальної відповідальності за частиною 3 статті 371 КК України неможливе, якщо, крім кваліфікуючих, не встановлено ознаки основних складів кримінальних правопорушень, передбачених у першій та другій частинах [137, с. 104].

З'ясовуючи зміст поняття «тяжкі наслідки», слід виходити з того, що використаний законодавцем для опису протиправних наслідків термін має універсальний характер і служить для позначення збитків, заподіяваних різним групам суспільних відносин [57, с. 74].

На основі узагальнення позицій, що висловлюються в юридичній літературі, можна виділити такі наслідки, що належать до числа тяжких.

Це самогубство чи замах на самогубство потерпілого; його тяжке соматичне або психічне захворювання; загибель важкохворих близьких, які залишилися без нагляду внаслідок взяття потерпілого під варту; позбавлення його життя іншими затриманими чи заарештованими; втрата потерпілим майна, що сталося внаслідок арешту; втрата роботи та інші

наслідки, прирівнювані за вагою до перелічених вище [138, с. 29; 139, с. 831].

Варто зазначити, що у юридичній літературі зазначається, що кваліфікуючими ознаками у частині 3 статті 371 КК України («Спричинення тяжких наслідків») можна вважати: 1) самогубство, а також спробу вчинення самогубства. Дії т.-зв «підготовчого характеру», висловлювання бажання вчинити самогубство терміном «спроба вчинити самогубство» не охоплюються. Сюди ж відносяться загибель важкохворих близьких, котрі залишилися без нагляду, а також позбавлення життя зазначеної особи іншими затриманими або заарештованими [82, с. 1004]; 2) завдання шкоди здоров'ю. Це перелічені у КК України тілесні ушкодження будь-якого ступеня тяжкості (ст. ст. 121, 122, 125 КК) [140, с. 50].

Крім того, з метою забезпечення єдиного підходу до розуміння оцінного поняття «тяжкі наслідки» його тлумачення дав і Пленум Верховного суду України в Постанові «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень» від 26 грудня 2003 р., згідно з якою тяжкими наслідками при перевищенні влади або службових повноважень визнаються заподіяння потерпілому тяжких тілесних ушкоджень або смерті, доведення його до самогубства, заподіяння матеріальних збитків, які у 250 і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян, розвал діяльності підприємства, установи, організації, їх банкрутство, створення аварійної ситуації, що спричинила людські жертви, тощо [141].

Слід відзначити, що в науковій літературі окремі вчені висловлюють пропозиції щодо необхідності визначення змісту поняття «тяжких наслідків» безпосередньо в тій нормі, при конструюванні якої воно було використане.

Так, ми погоджуємось із думкою Л. Круглікова та В. Савінова про те, що при використанні оціночних понять у конструюванні кваліфікованих

складів кримінальних правопорушень, межі їхнього змісту за можливості повинні визначатися безпосередньо в законі.

Ю. Попова запропонувала частково конкретизувати зміст тяжких наслідків завідомо незаконних затримання, приводу, домашнього арешту та тримання під вартою та віднести до них самогубство або спробу самогубства потерпілого або його близьких, тяжку шкоду здоров'ю та майнову шкоду у великому розмірі [137, с. 113].

Оцінюючи слушність подібних новацій, погоджуємося з тим, що недоречно відмовлятися від такого техніко-юридичного прийому опису ознак складу кримінального правопорушення, як використання оціночного поняття «тяжкі наслідки» з властивим йому універсалізмом, адже саме в оціночних ознаках виявляється прагнення законодавця відбити в диспозиціях норм істотні, але не вловимі за допомогою інших понять ознаки кримінального правопорушення, закріпити в них якомога більший спектр відтінків, що із часом змінюється небезпекою конкретних посягань [142, с. 130]. Саме тому визнання наслідків тяжкими повинне здійснюватися в кожному конкретному випадку залежно від обставин справи.

Зважаючи на те, що розглядуваний склад кримінального правопорушення, закріплений у частині 3 статті 371 КК України, за своєю побудовою є матеріальним, тобто передбачає необхідність настання відповідних суспільно небезпечних наслідків, у кожному випадку актуалізується питання встановлення між ними та незаконними затриманням, приводом, домашнім арештом чи триманням під вартою того причинного зв'язку, який перетворює наслідок у сполучну ланку між дією як усвідомленим актом зовнішньої поведінки та об'єктом кримінального правопорушення [59, с. 141].

При цьому такий зв'язок повинен відповідати певним умовам, головними з яких є те, що діяння має передувати в часі настанню таких наслідків та виступати головною, вирішальною умовою, закономірно та

невідворотно тягнути їх настання, адже не можна заперечувати, що далеко не всі необхідні умови, без яких результат не настав би, можуть розглядатися як причини [57, с. 122].

Так, під час попереднього слідства слідчий Т. завідомо незаконно затримав Ш. за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення на три години, після чого звільнив його з-під варти та, обравши запобіжним заходом підписку про невиїзд, відпустив додому. Через три доби Ш. у своїй квартирі з мисливської рушниць застрелив свою доньку та покінчив життя самогубством. Однак, проти слідчого кримінальну справу було порушено лише за статтею, що передбачала відповідальність за завідомо незаконне затримання, оскільки настання тяжких наслідків у цьому випадку, як було встановлено слідством, зумовлювалося декількома факторами, а саме: нестачею товарів на велику суму за місцем роботи Ш.; звільненням його з місця роботи; реальною загрозою притягнення до кримінальної відповідальності, а отже, сам факт затримання не був вирішальною причиною загибелі зазначених осіб [143, с. 101].

Щодо таких кваліфікуючих ознак, як вчинення даного виду кримінального правопорушення з корисливих мотивів та інших особистих інтересів, то такі кваліфікуючі ознаки ми розглядали в попередніх розділах. Проте ще раз наголосимо на позиції А. Воронцова, який вказував, що корисливі мотиви – це прагнення винного одержати для себе вигоду в тій чи іншій формі, в тому чи іншому виді або отримати вигоду в інтересах третіх осіб. Вони є одними із найпотужніших рушіїв людських дій. Вони знаходять своє підґрунтя у інстинкті самозбереження, який стоїть на варті забезпечення організму матеріальними благами.

Цей інстинкт є не тільки поштовхом для таких дій, які підказуються інтересами егоїзму, але й живить нездорове і надмірне прагнення до матеріальних благ, що дозволяє говорити про корисливість.

Корисливий мотив криміналісти визначають як прагнення отримати яку-небудь матеріальну користь, вигоду, а також як спонуку, що виражає прагнення винного до нетрудової майнової вигоди.

Обидва визначення впливають з етимологічного значення слова «користь», під якою розуміється вигода, зокрема і матеріальна користь.

Проте таке визначення корисливого мотиву є вузьким і не враховує того, що корисливий мотив не завжди пов'язаний з особистою матеріальною вигодою.

Його не можна розглядати як просто прагнення до якої-небудь майнової чи матеріальної вигоди [144, с. 55].

Під іншими особистими інтересами (мотивами) слід розуміти кар'єризм, протекціонізм, конформізм, ревності, сімейність, помсту, заздрість, ненависть, бажання отримати взаємну послугу, заручитися підтримкою у вирішенні певного питання, приховати свою некомпетентність тощо [145, с. 149].

Наприклад, слідчий суддя Ковпаківського районного суду м. Суми, умисно, маючи на меті постановити завідомо неправосудну ухвалу, з кар'єристських мотивів, чітко усвідомлюючи, що учасників мирних акцій протесту було затримано з порушенням вимогам КПК України, а також усвідомлюючи, що останнім було повідомлено про підозру у вчиненні тяжкого кримінального правопорушення з порушенням вимог КПК України, без достатніх, належних і допустимих доказів, котрі б вказували на наявність обґрунтованої підозри у вчиненні протиправного діяння, криміналізованого частиною 1 статті 341 КК України, усвідомлюючи, що дані, наведені у клопотанні щодо обрання їм запобіжного заходу у виді тримання під вартою, є явно недостовірними і такими, що не були переконливо аргументовані прокурором у процесі судового засідання, розуміючи завідомо неправосудність прийнятого рішення і прагнучи цього, будучи у нарадчій кімнаті, все ж склала, підписала і постановила, а також проголосила у судовому засіданні, завідомо неправосудну ухвалу

щодо застосування до зазначених осіб запобіжного заходу у виді домашнього арешту [146].

Підсумовуючи усе вищевказане, можна сказати, що стаття 371 КК України у частині 3 передбачає кваліфікуючі ознаки такого діяння як завідомо незаконне затримання, привід, домашній арешт та тримання під вартою. Перш за все до них відносяться спричинення відповідними діяннями тяжких наслідків та вчинення цих діянь з корисливих мотивів або в інших особистих інтересах.

Під тяжкими наслідками, як видається, слід розуміти самогубство чи замах на самогубство потерпілого; його тяжке соматичне або психічне захворювання; загибель важкохворих близьких, які залишилися без нагляду внаслідок взяття потерпілого під варту; позбавлення його життя іншими затриманими чи заарештованими; втрату потерпілим майна, що сталося внаслідок арешту; втрату роботи та інші наслідки, прирівнювані за вагою до перелічених вище.

Що ж стосується корисливих мотивів та вчинення кримінального правопорушення з інших суспільних інтересів, то слід вважати, що під такою кваліфікуючою ознакою як корисливий мотив слід розуміти виключно бажання одержати матеріальні блага для себе або для інших осіб, одержати чи зберегти певні майнові права, уникнути матеріальних витрат чи обов'язків або досягти іншої матеріальної вигоди.

Під іншими особистими інтересами передбачають прагнення винного отримати для себе вигоду нематеріального характеру, наприклад, просування по службі, отримання чергового звання чи класного чину, нагороди, й можуть бути зумовлені такими спонуканнями, як кар'єризм, помста, заздрість, бажання приховати свою некомпетентність тощо.

3.2 Особливості кваліфікації завідомо незаконного затримання, приводу, домашнього арешту та тримання під вартою

З метою подолання помилок, пов'язаних із неправильною кваліфікацією кримінальних правопорушень, передбачених статтею 371 КК України, необхідно чіткіше виокремити ті особливі ознаки, які притаманні лише цій категорії кримінальних правопорушень і за допомогою яких можна відмежувати зазначені делікти від суміжних складів кримінальних правопорушень. Насамперед, йдеться про такі з них, як зловживання владою або службовим становищем (стаття 364 КК України); перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу (стаття 365 КК України); незаконне позбавлення волі або викрадення людини (стаття 146 КК України); насильницьке зникнення (стаття 146-1 КК України); примушування давати показання (стаття 373 КК України).

Відмежовуючи кримінальні правопорушення, передбачені статтею 371 КК України, від кримінальних правопорушень, передбачених ст.ст. 364 та 365 КК України, слід наголосити на тому, що з'ясування фактичного і юридичного змісту ознак розглядуваних складів та зіставлення цих ознак з наступним визначенням спільності або розбіжності між ними значно ускладнюється відсутністю в кримінально-правовій теорії єдиної точки зору щодо зв'язку складоутворюючих ознак цих діянь. Так, на думку авторів підручника з Особливої частини кримінального права України за редакцією М. Мельника, В. Клименка, у статті 371 КК передбачено спеціальні склади службових зловживань, які можуть бути вчинені в певній сфері [147, с. 497], а згідно з позицією авторів «Курса советского уголовного права», які підтримали та розвинули раніше висловлену з цього приводу точку зору Ш. Рашковської, кримінальні правопорушення, передбачені статтею 371 КК України, за юридичною природою є

особливим видом саме перевищення влади, вчиненого службовими особами органів дізнання чи досудового слідства в галузі розслідування кримінальних правопорушень, хоча при цьому винний не виходить за межі своїх звичайних повноважень, а порушення полягає в тому, що в даних конкретних обставинах він не повинен був ці повноваження здійснювати [60, с. 123].

Наведена позиція знайшла нормативне закріплення в пункті 17 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 15 від 26 грудня 2003 р. «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень», де прямо зазначається, що аналізовані діяння являють собою спеціальні види перевищення влади або службових повноважень, а кваліфікація дій виконавців і співучасників цих кримінальних правопорушень ще й за статтею 365 КК можлива лише за наявності їх реальної сукупності [148].

Подібні висновки викликають певні питання щодо їх вмотивованості, адже в постанові не визначається, яку саме форму може мати таке перевищення.

Цікаві міркування з цього приводу висловив О. Карташов, який, досліджуючи юридичні ознаки постановлення суддею завідомо неправосудного вироку, дійшов висновку, що стаття, яка встановлює відповідальність за це кримінальне правопорушення проти правосуддя, є спеціальною нормою відносно перевищення влади через те, що постановлення завідомо неправосудного вироку є вчиненням дій, які ніхто не має права вчиняти [149, с. 60].

На перший погляд, така точка зору не позбавлена певного сенсу і може бути використана як аргумент на користь позиції Пленуму Верховного Суду України, однак, при визначенні суб'єктного складу аналізованих кримінальних правопорушень вона створює нездоланні перешкоди, адже про які повноваження чи компетенцію службової особи можна вести мову, якщо такі дії ніхто не має права виконувати.

До цього варто додати, що характер дій при перевищенні влади принципово виключає можливість вчинення цього кримінального правопорушення шляхом бездіяльності [150, с. 57], тимчасом як однією з форм завідомо незаконного тримання особи під вартою є саме злочинна бездіяльність, тобто пасивна поведінка службової особи, на яку покладено обов'язок ужити відповідних заходів до звільнення особи, яка перебуває під вартою всупереч вимогам закону.

Заперечуючи тезу про те, що перевищення влади може відбуватися тільки в активній формі, окремі вчені допускають можливість перевищення влади шляхом бездіяльності й наводять як приклад випадок, коли слідчий не виконує вказівку прокурора про скасування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту й звільнення з-під варти підслідного [151, с. 55].

Проте, пропонуючи розглядати умисне невикористання влади як форму її перевищення, автор не тільки плутає перевищення влади зі зловживанням нею, але й залишає поза увагою те, що така злочинна бездіяльність є формою завідомо незаконного тримання під вартою та підпадає під ознаки відповідного кримінального правопорушення проти правосуддя.

Виходячи з цього, відправним критерієм при розмежуванні кримінальних правопорушень, передбачених статтею 371 КК України, від кримінальних правопорушень, передбачених статтею 364 та статтею 365 КК України, слід визнати перш за все принципову відмінність перевищення влади або службових повноважень від зловживання владою або службовими повноваженнями, яка полягає в наявності або відсутності у правопорушника тих повноважень, якими він скористався для вчинення кримінального правопорушення. При цьому саме наявність таких повноважень наближає кримінальні правопорушення, передбачені статтею 371 КК України, до зловживання владою або службовими

повноваженнями, хоча й залишає при цьому суттєві розбіжності між їхніми об'єктивними та суб'єктивними ознаками.

Так, безпосередній об'єкт кримінальних правопорушень, передбачених статтею 371 КК України, на відміну від кримінальних правопорушень, передбачених статтею 364 та статтею 365 КК України, охоплює специфічні суспільні відносини, пов'язані з нормальною діяльністю органів досудового розслідування та судового контролю при застосуванні запобіжних заходів у вигляді затримання й арешту в ході досудового розслідування кримінальної справи.

Саме ця суспільно корисна діяльність зумовлена тими інтересами правосуддя, що складають родовий об'єкт цих кримінальних правопорушень.

Будь-які інші відносини, учасниками яких є представники державної влади, що виникають з приводу обмеження свободи особи відповідно до правозахисних потреб, навіть за умови подальшого зв'язку такої діяльності зі сферою кримінального судочинства, утворюють безпосередній об'єкт відповідних службових кримінальних правопорушень.

Об'єктивна сторона завідомо незаконних затримання, домашнього арешту і тримання під вартою характеризується переважно вчиненням активних дій, спрямованих на порушення встановленого в законі порядку застосування зазначених запобіжних заходів.

При цьому винний не виходить за межі своїх звичайних повноважень.

Порушення ж полягає в тому, що в даних конкретних обставинах він не повинен був ці повноваження здійснювати.

Службова особа використовує надані їй законом повноваження всупереч інтересам служби на стадії досудового розслідування кримінального провадження.

Засобом вчинення цих дій є складання процесуальних документів, що здатні впливати на правове становище особи.

З урахуванням того, що склади зазначених кримінальних правопорушень є за своєю побудовою формальними, кримінальні правопорушення вважаються закінченими з моменту порушення права особи бути затриманою, заарештованою або триматися під вартою лише на встановлених в законі підставах та відповідно до особливої процедури [91, с. 233].

Зловживання владою або службовим становищем визначається в статті 364 КК України як умисне, з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи використання службовою особою влади чи службового становища всупереч інтересам служби, якщо воно завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб.

Отже, з об'єктивної сторони це кримінальне правопорушення може мати такі форми: 1) зловживання владою, тобто використання службовою особою влади всупереч інтересам служби; 2) зловживання службовим становищем, тобто використання службовою особою службового становища всупереч інтересам служби [152, с. 32].

Відмінність цих форм полягає в тому, що, зловживаючи владою, службова особа використовує саме ті права та можливості, що пов'язані з її владними повноваженнями, якими вона наділяється відповідно до службового становища.

Разом із тим, їх спільними рисами є те, що службова особа при зловживанні у будь-якій формі прагне скористатися своїм службовим становищем, яке передбачає як наявність визначених законами й іншими нормативними актами повноважень, так і наявність фактичних можливостей, які надає їй сам авторитет посади [152, с. 33].

Отже, з огляду на специфічність такої сфери реалізації державної влади, як правосуддя, саме використання службовою особою наданої та

забезпеченої авторитетом державної установи влади є спільною ознакою відмежовуваних кримінальних правопорушень.

Як зазначається в спеціальній літературі, зловживання владою може бути вчинене як шляхом активних дій, так і шляхом бездіяльності [153, с. 45], проте, на відміну від статті 371 КК України, де форми таких діянь конкретизовано безпосередньо в законі («затримання», «привід», «арешт», «тримання під вартою»), що дозволяє визначити характер протиправного зловживання, а також є розмежувальною ознакою цих кримінальних правопорушень, частина 1 статті 364 КК містить лише узагальнене формулювання можливих форм.

Зловживання шляхом бездіяльності має місце у випадках, коли та чи інша службова особа поінформована про протиправну діяльність інших осіб і вповноважена силою своїх службових функцій припинити таку діяльність, але навмисно не вчиняє таких дій. Наприклад, можливою формою зловживання владою шляхом бездіяльності може бути укриття кримінальних правопорушень від обліку.

Небезпечність таких дій полягає у тому, що приховання кримінальних правопорушень від реєстрації викривлює результати впливу на злочинність, дозволяє маніпулювати цифрами в інтересах керівників органів і вводити населення в оману щодо реального стану злочинності.

Нажаль в Єдиному державному реєстрі судових рішень України, немає прикладу судової практики, яка б демонструвала відповідальність за вчинення таких дій.

Наведемо приклад з узагальнення судової практики, що його провели інші науковці.

Так, не можна погодитися з кваліфікацією судом дій слідчого СВ МУВС Н., який 8 червня 1995 року після закриття стосовно Б. кримінальної справи незаконно затримав його і незаконно утримував під вартою до 10 червня 1995 року [154].

Кваліфікувавши зазначені дії як завідомо незаконне затримання, суд, не врахував того, що застосування примусових заходів у справі, провадження в якій закрито, ні за яких умов не може вважатися законним, а отже, очевидно є перевищенням влади.

Разом із тим, у деяких випадках може мати місце сукупність цих кримінальних правопорушень, що ілюструється таким прикладом: 8 вересня 2000 року приблизно о 17 годині Ш., який обіймав посаду начальника відділення карного розшуку Баштанського районного відділу УМВС України в Миколаївській області, отримавши повідомлення Д. про вчинене кримінальне правопорушення, не зареєстрував його у книзі обліку заяв про кримінальні правопорушення й події та поїхав у гуртожиток, де проживала С., яку затримав, доставив до відділу міліції та помістив у камеру для затриманих Ленінського РВ ММУ УМВС України в Миколаївській області, а в період з 21 до 23 години, у кабінеті № 101, застосовуючи фізичне насильство, вимагав від неї визнавальних показань про вчинення крадіжки майна Д., чим заподіяв середньої тяжкості тілесні ушкодження. Викладені обставини дозволили суду дійти обґрунтованого висновку про доведеність вини Ш. у вчиненні службовою особою дій, які явно виходять за межі наданих законом прав і повноважень, а також у вчиненні завідомо незаконного затримання [155].

Беручи до уваги побудову складів кримінальних правопорушень, передбачених статтею 364 та статтею 365, як матеріальних, обов'язковою умовою визнання їх закінченими є заподіяння істотної шкоди охоронюваним законом правам та інтересам окремих громадян, державним або громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб. З огляду на специфіку зазначеної діяльності реальною можливістю заподіяти істотну шкоду охоронюваному законом праву громадянина на свободу та особисту недоторканність є обмеження свободи пересування, зокрема, шляхом фізичного захоплення.

Така діяльність, як правило, має місце під час реалізації правоохоронної функції з охорони громадського порядку або у сфері кримінального судочинства на етапі дослідчої перевірки, наприклад при розкритті кримінального правопорушення «по гарячих слідах».

Суб'єктний склад кримінальних правопорушень, передбачених статтею 371 КК України, опосередковується рамками тієї процесуальної діяльності, що складає зміст таких примусових заходів, як затримання, привід, домашній арешт і тримання під вартою. До їх числа можуть бути віднесені тільки службові особи органів досудового слідства, дізнання та прокуратури, компетентні застосовувати зазначені запобіжні заходи, а також суддя як орган судового контролю за законністю такої діяльності.

Суб'єктами зловживання владою можуть бути будь-які службові особи, які постійно або тимчасово здійснюють функції представників влади. Серед них окреме місце посідають співробітники правоохоронних органів.

Суб'єктом перевищення влади або службових повноважень згідно з новою редакцією статті 365 КК України, може бути лише працівник правоохоронного органу.

Ознакою такого суб'єкта кримінального правопорушення як працівник правоохоронного органу є реалізація ним владних повноважень саме в правоохоронній сфері як особливій галузі державно-правових відносин.

Представники цієї групи найбільш наближені до суб'єктів кримінальних правопорушень, передбачених статтею 371 КК України, але позбавлені їх статусоутворюючих ознак, визначальною з яких є кримінально-процесуальна правоздатність.

У зв'язку з цим, якщо службова особа правоохоронного органу не наділена повноваженнями здійснювати законне кримінально-процесуальне затримання або ініціювати процедуру обрання запобіжного заходу у виді

тримання під вартою, вчинення таких дій є перевищенням влади, оскільки суб'єкт вийшов за рамки наданих йому повноважень [60, с. 338].

До випадків перевищення влади також слід відносити дії особи, яка, маючи потенційну можливість здійснювати процесуальну діяльність згідно з її функціональними обов'язками, не виконала додаткових умов, що визначають можливість мати відповідні процесуальні повноваження, необхідні для здійснення конкретних процесуальних процедур.

До таких умов, зокрема, відносяться: внесення відомостей про вчинене кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань, отримання згоди в прокурора на внесення клопотання до суду.

Так, цілком слушно в ході судового розгляду справи за обвинуваченням оперуповноваженого карного розшуку У. у вчиненні завідомо незаконного затримання суд змінив кваліфікацію його дій, визначивши їх як перевищення влади. При цьому було встановлено, що У. на прохання постраждалого Г. у приватному порядку, без реєстрації заяви про вчинене кримінальне правопорушення та порушення кримінальної справи здійснював розслідування крадіжки його майна. Маючи достовірні свідчення Ц. про те, що в крадіжці брав участь М., який згодом і реалізував викрадене, У. за допомогою двох невстановлених співробітників міліції організував затримання М. із поміщенням його до камери ІТТ на 10 годин [156, с. 19].

Суб'єктивна сторона кримінальних правопорушень, які ми розмежовуємо, характеризується умисною формою вини.

Різниця полягає в тому, що у випадках перевищення влади умислом винного охоплюється протиправність використання повноважень, що не входять до його компетенції, а при завідомо незаконних затриманні, арешті та триманні під вартою – усвідомлення того, що в даних конкретних обставинах він не повинен був ці повноваження здійснювати. Крім того, якщо при зловживанні владою або перевищенні влади

ставлення винного до протиправних наслідків може бути як умисним, так і необережним, то в разі вчинення кримінальних правопорушень, передбачених ч. 1 та 2 ст. 371 КК України, ставлення до протиправного результату є завжди умисним, хоча саме кримінальне правопорушення, як ми вже зазначали вище, є кримінальне правопорушення з формальним складом.

Досліджуючи ознаки суб'єктивної сторони аналізованих кримінальних правопорушень, слід звернути увагу на те, що при зловживанні владою на кваліфікацію вчиненого безпосередньо впливає мета, якою керувалася службова особа при вчиненні кримінального правопорушення, зокрема, одержання неправомірної вигоди для самої себе або іншої фізичної або юридичної особи, водночас, наявність зазначеної мети при вчиненні завідомо незаконних затримання, приводу, домашнього арешту та тримання під вартою унеможлиблює кваліфікацію таких дій за ч. 1 та ч. 2 статті 371 КК України, тому що вони є кваліфікуючою ознакою ч. 3 зазначеної норми.

При відмежуванні кримінальних правопорушень, передбачених статтею 371 КК України, від суміжних кримінальних правопорушень, передбачених статтею 146 КК України, надважливу роль відіграє зіставлення їх безпосередніх об'єктів, бо саме в них деякі дослідники вбачають спільні ознаки.

З огляду на те, що незаконне позбавлення волі чи викрадення людини є кримінальними правопорушеннями проти особи, як їх безпосередні об'єкти в юридичній літературі визначаються суспільні відносини, що забезпечують охоронюване державою право вибору людиною на власний розсуд місця перебування [87, с. 10].

При цьому міркування вчених, як правило, зводяться до того, що зазначене право тісно пов'язане з індивідуальною свободою та впливає з потреби забезпечення фізичного існування та нормального розвитку людини як біологічної істоти [157, с. 267].

Саме такий підхід до розуміння цього права як об'єкта протиправних посягань, пов'язаних із незаконним позбавлення волі чи викраденням людини, варто визнати вирішальним при розмежуванні його з правом особи на свободу та особисту недоторканність як об'єктом завідомо незаконних затримання, домашнього арешту та тримання під вартою.

Як уже зазначалося в ході дослідження, безпосереднім об'єктом цих діянь виступають правовідносини, що забезпечують реалізацію органами досудового розслідування та судового контролю конституційного права особи на свободу та особисту недоторканність при застосуванні запобіжних заходів у вигляді затримання й домашнього арешту під час розслідування кримінальної справи.

З огляду на суттєві відмінності безпосередніх об'єктів кримінальних правопорушень, що розглядаються, відмінність їх об'єктивних сторін видається також очевидною і полягає в тому, що в результаті завідомо незаконних затримання, арешту та тримання під вартою шкода особі заподіюється, так би мовити, опосередковано, через порушення її права, реалізація якого унеможливлена фактом свідомого ігнорування процесуальних вимог щодо законності застосування цих запобіжних заходів.

Природно, що найчастіше засобом вчинення цих кримінальних правопорушень є не фізичний примус, а процесуальні акти.

При незаконному ж позбавленні волі чи викраденні людина потерпає безпосередньо, зазнаючи перешкод у вільному пересуванні, а іноді й фізичного впливу з метою утримання.

Саме на це вказують і такі кваліфікуючі ознаки, що містяться в частині 2 статті 146 КК України, як фізичні страждання, вчинення цих діянь у спосіб, небезпечний для життя чи здоров'я потерпілого, та їх тривалість [91, с. 234].

Насамкінець, визначальною ознакою, за якою необхідно розмежовувати склади цих кримінальних правопорушень, є їх суб'єктний склад.

На відміну від кримінальних правопорушень, передбачених статтею 371 КК України, де спеціальними суб'єктами виступають службові особи відповідних правоохоронних органів, що використовують свої процесуальні повноваження, суб'єктами кримінальних правопорушень, передбачених статтею 146 КК України, є лише приватні особи, що виключає можливість використання задля досягнення протиправного результату службового становища.

Якщо вести мову про кваліфікацію завідомо незаконного затримання, приводу, домашнього арешту, тримання під вартою, то проблеми з кваліфікацією цих кримінальних правопорушень можуть проявитись і у зв'язку з доповненням КК України статтею 146-1 КК України «Насильницьке зникнення», яка з'явилась у чинному КК України згідно до Закону України № 2505-VIII від 12 липня 2018 р.

Зокрема, у ч. 1 ст. 146-1 КК України містяться положення, які передбачають відповідальність за арешт, затримання, викрадення або позбавлення волі людини у будь-якій іншій формі, вчинене представником держави, у тому числі іноземної, з подальшою відмовою визнати факт такого арешту, затримання, викрадення чи позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі чи з приховуванням даних про долю такої людини чи місце перебування.

Зазначена стаття з очевидністю є такою, що конкурує зі статтею 371 КК України, за винятком тих випадків, коли згадане діяння вчинене представником будь-якої іноземної держави.

І. Сень, досліджуючи питання співвідношення статті 146-1 та статті 371 КК України, звернула увагу на те, що щодо приписів ч. 1 статті 146-1 КК України, положення ч. 1 та ч. 2 статті 371 КК України виступають як спеціальні, відокремлені за формами діяння, а також за суб'єктами складу

кримінального правопорушення, у яких перша частина містить привілейований склад кримінального правопорушення [158, с. 147].

В той же час, якщо завідомо незаконні домашній арешт чи тримання під вартою здійснюють із подальшою відмовою щодо визнання такого факту чи з приховуванням (замовчуванням) даних щодо долі якоїсь людини чи місця її перебування, то їх необхідно кваліфікувати за ч. 1 статті 146-1 КК України, яка передбачає певною мірою спеціальну норму, котра передбачає кваліфікований склад кримінального правопорушення у порівнянні із загальною (частина 2 статті 371 КК України) [158, с. 147].

Потрібно звернути увагу на той факт, що приписи, передбачені ч.ч. 1, 2 статті 371 КК України, передбачають не настільки суворі санкції у порівнянні з нормою, закріпленою у ч. 1 статті 146-1 КК України.

Враховуючи наведене вище, можна дійти до висновку, що норма, закріплена у статті 146-1 КК України, не відповідає так-званому критерію соціальної зумовленості – повноти та ненадмірності заборони, серед іншого щодо ненадмірності заборони, а ще не відповідає критерію співмірності санкції та економії репресії.

Норми ж, закріплені у ч. ч. 1, 2 статті 371 КК України, не повністю відповідають критерію, названому «повнота складу кримінального правопорушення», оскільки не передбачають зазначення ні суб'єкта кримінального правопорушення, ні чітко не окреслюють форм діяння. Саме тому на практиці мають місце проблеми з розмежуванням згаданих вище складів кримінальних правопорушень, а саме ч. 1 статті 146-1 та статті 371 КК України, і в цілому, на практиці мають місце проблеми із тлумаченням суті ознак складів кримінальних правопорушень, закріплених статтею 371 КК України.

Те саме можна сказати й щодо норми, закріпленої у ч. 2 статті 146-1 КК України, де міститься положення щодо відповідальності за видання наказу або розпорядження про здійснення арешту, затримання, викрадення чи позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі, з подальшою

відмовою визнати факт такого арешту, затримання, викрадення чи позбавлення волі людини у будь-якій іншій формі чи з приховуванням даних щодо долі такої людини або місця її перебування.

Відтак, якщо згадані діяння, закріплені у ч. 2 статті 146-1 КК України, були вчинені із наступною відмовою визнати факт згаданого арешту, затримання, викрадення чи позбавлення волі особи у будь-якій іншій формі чи з приховуванням даних щодо долі такої особи або місця її перебування, то їх необхідно кваліфікувати за ч. 2 статті 146-1 КК України.

Щоб чітко вирішити ситуацію, що виникатиме у процесі кваліфікації зазначених діянь, котрі вчиняються в формах, зазначених у ч. ч. 1, 2 статті 371 КК України, необхідно чітко закріпити у ч. ч. 1, 2 статті 371 КК України елементи об'єктивної сторони, а також суб'єкта зазначених складів кримінальних правопорушень, а так само помістити у ч. ч. 1, 2 статті 371 КК України фразу «за відсутності ознак насильницького зникнення (стаття 146-1 цього Кодексу)».

Окрім того, варто у рамках уже згаданого критерію «співмірність санкції і економії репресії», узгодити за ступенем тяжкості санкції норм, закріплених у ст. ст. 146-1 і 371 КК України, врахувавши суспільну небезпеку закріплених у них діянь.

Додаткового теоретичного опрацювання також потребує питання кваліфікації дій службової особи, яка завідомо незаконно затримала за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення громадянина та примушувала його до дачі показань. Слід відзначити, що в Кримінальному кодексі УРСР 1922 року відповідальність за ці кримінальні правопорушення було передбачено в одній статті [159, с. 15], а чинний КК Республіки Болгарія у статті 287 закріплює відповідальність за застосування незаконних примусових заходів за умови їх спрямованості на отримання зізнання обвинуваченого, показань свідка або висновку експерта [75].

Очевидно, що для правильного вирішення цього питання необхідно з'ясувати, чи було завідомо незаконне затримання спрямоване на досягнення протипраного результату у виді отримання від особи необхідних свідчень. Якщо так, то ці дії, безперечно, мають характер примушування до дачі показань і за правилом кваліфікації при конкуруванні норми, що передбачає спосіб вчинення кримінального правопорушення, з нормою, що передбачає все кримінальне правопорушення у цілому, повинні кваліфікуватися лише за статтею 373 КК України, оскільки вони є засобом вчинення більш небезпечного кримінального правопорушення й охоплюються диспозицією цієї статті. У протилежному випадку слід погодитися з тим, що дії винного утворюють реальну сукупність кримінальних правопорушень і повинні бути кваліфіковані за ч. 1 ст. 371 та ч. 1 ст. 373 КК відповідно [91, с. 234].

Так, оперуповноважений відділу карного розшуку Чернівецького МВ УМВС С., старший оперуповноважений ВКР Чернівецького МВ УМВС Б. та помічник оперативного уповноваженого С., проводячи дізнання за фактом крадіжки комп'ютера, без будь-яких підстав, без складання процесуальних та інших документів, порушуючи вимоги статті 106 КПК України, затримали та незаконно утримували в приміщенні міськвідділу з 7 до 18 години підозрюваного О. Упродовж цього часу, примушуючи давати визнавальні свідчення, вони застосовували до підозрюваного психічне та фізичне насильство, били його ногами, руками, гумовим кийком, металевим дротом та пляшкою, наповненою водою. Унаслідок таких тортур потерпілий змушений був написати так звану явку з повинною про те, що крадіжку комп'ютера нібито вчинив він зі своїм товаришем П. Їх діяння суд кваліфікував за ч. 1 ст. 371 та ч. 1 ст. 373 КК України [114, с. 126].

Отже, на підставі викладеного вище, можна зробити такі висновки.

Суттєвими критеріями відмежування кримінальних правопорушень, передбачених ст. 371 КК України, від суміжних складів кримінальних

правопорушень, зокрема, передбачених ст. 364, ст. 365, ст. 146 та ст. 146-1 КК України, є їх родовий та безпосередній об'єкти, а також суб'єктний склад, що обмежується службовими особами, уповноваженими за законом застосовувати запобіжні заходи, привід.

Дії винного, що були спрямовані на завідомо незаконне затримання особи з метою примушення її до дачі показань, повинні кваліфікуватися лише за статтею 373 КК України. За відсутності такої спрямованості має місце реальна сукупність зазначених кримінальних правопорушень.

Висновки до розділу 3

Стаття 371 КК України у частині 3 передбачає кваліфікуючі ознаки такого діяння як завідомо незаконне затримання, привід, домашній арешт та тримання під вартою.

Перш за все до них відносяться спричинення відповідними діяннями тяжких наслідків та вчинення цих діянь з корисливих мотивів або в інших особистих інтересах.

Під тяжкими наслідками, як видається, слід розуміти самогубство чи замах на самогубство потерпілого; його тяжке соматичне або психічне захворювання; загибель важкохворих близьких, які залишилися без нагляду внаслідок взяття потерпілого під варту; позбавлення його життя іншими затриманими чи заарештованими; втрату потерпілим майна, що сталося внаслідок арешту; втрату роботи та інші наслідки, прирівнювані за вагою до перелічених вище.

Що ж стосується корисливих мотивів та вчинення кримінального правопорушення з інших суспільних інтересів, то слід вважати, що під такою кваліфікуючою ознакою як корисливий мотив слід розуміти виключно бажання одержати матеріальні блага для себе або для інших осіб, одержати чи зберегти певні майнові права, уникнути матеріальних витрат чи обов'язків або досягти іншої матеріальної вигоди.

Під іншими особистими інтересами передбачають прагнення винного отримати для себе вигоду нематеріального характеру, наприклад, просування по службі, отримання чергового звання чи класного чину, нагороди, й можуть бути зумовлені такими спонуканнями, як кар'єризм, помста, заздрість, бажання приховати свою некомпетентність тощо.

Суттєвими критеріями відмежування кримінальних правопорушень, передбачених статтею 371 КК України, від суміжних складів кримінальних правопорушень, зокрема, передбачених ст. 364, ст. 365, ст. 146 та ст. 146-1 КК України, є їх родовий та безпосередній об'єкти, а також суб'єктний склад, що обмежується службовими особами, уповноваженими за законом застосовувати запобіжні заходи, привід.

Дії винного, що були спрямовані на завідомо незаконне затримання особи з метою примушення її до дачі показань, повинні кваліфікуватися лише за статтею 373 КК України.

За відсутності такої спрямованості має місце реальна сукупність зазначених кримінальних правопорушень.

ВИСНОВКИ

Проведене дослідження підтвердило актуальність обраної теми. Висновки і пропозиції, які нам вдалося зробити у ході написання дисертації такі:

1. Здійснення аналізу становлення та розвитку кримінальної відповідальності за завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт і тримання під вартою свідчить про те, що протягом тривалої історії вітчизняної законотворчості та правозастосування запобіжні заходи, пов'язані з обмеженням свободи й особистої недоторканності особи (арешт, затримання), були необхідним елементом у механізмі правового регулювання та ефективним засобом забезпечення суспільних (державних) інтересів у кримінальному судочинстві. Соціальна обумовленість таких правових обмежень уже на ранньому етапі визначалася насамперед інтересами державної безпеки, що часто збігалися з інтересами панівного класу, а їхній характер і масштабність – дедалі зростаючою необхідністю протидії державним злочинам. Проте відсутність чіткої законодавчої регламентації підстав і порядку їх застосування на сотні років стало благодатним ґрунтом для посадових зловживань, тяганини та корупції.

Вперше норми, що прямо передбачали кримінальну відповідальність уповноважених посадових осіб за незаконний арешт, були передбачені у ст. 649 глави 37 «Про злочинні діяння по службі державній і громадській» Кримінального уложення 1903 р.

Кримінальний кодекс УСРР 1922 р. у главі під назвою «Посадові (службові) злочини» передбачав кримінальну відповідальність за незаконні затримання, привід, примушування до дачі показань при допиті шляхом застосування незаконних заходів, а також взяття під варту як запобіжний захід з особистих чи корисливих спонукань. Постанова ЦК ВКП(б) і РНК СРСР «Про арешти, прокурорський нагляд і ведення слідства» від 17.11.1938 закріплювала порядок здійснення арештів. Також було

передбачено, що за кожен неправильний арешт, поряд з працівниками НКВС, відповідальність несе і прокурор, який надав санкцію на арешт. Кримінальний кодекс УРСР 1960 р. містив ст. 173, згідно з якою передбачалася кримінальна відповідальність за завідомо незаконний арешт, затримання або привід, що своєю чергою вказувало в диспозиції статті відповідальність за завідомість незаконних дій.

Прийнятий 2001 р. Кримінальний кодекс України передбачав у ст. 371 кримінальну відповідальність за завідомо незаконні затримання, привід, арешт та тримання під вартою. Щоправда, зараз (після внесення змін 2013 р.) назва ст. 371 КК України звучить як «Завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою».

2. На підставі аналізу кримінального законодавства європейських держав зроблено висновок, що практично всі кримінальні кодекси т. зв. «старих» держав Європейського Союзу (наприклад, ФРН, Франції, Іспанії) закріплюють кримінальне правопорушення, яке посягає на волю особи. Тільки КК Швейцарії та КК Голландії не зараховують до самостійного складу кримінального правопорушення явно незаконне взяття під варту чи утримання під вартою, а криміналізують ці діяння загальними нормами. Усі розглянуті джерела кримінального права європейських держав не виділяють ознаку завідомості незаконного взяття під варту чи утримання під вартою.

Кримінальне законодавство східноєвропейських держав зі соціалістичним минулим (наприклад, Польщі, Болгарії) в розділах про кримінальні правопорушення проти правосуддя, як правило, не передбачає спеціальної норми, яка встановлює відповідальність за незаконне кримінально-процесуальне позбавлення чи обмеження волі, тоді як відповідальність за незаконне застосування заходів процесуального примусу, пов'язаних із позбавленням волі, настає за загальними нормами про кримінальні правопорушення проти особистої свободи та кримінальні правопорушення по службі (посадові злочини).

Кримінальне законодавство держав, які свого часу входили до складу СРСР, містить самостійну норму (норми), яка (які) встановлює (встановлюють) кримінальну відповідальність за незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою. Окрім того, всі вони серед ознак суб'єктивної сторони незаконного затримання, приводу, домашнього арешту або тримання під вартою називають «завідомість», яку заведено трактувати як вказівку на форму та вид вини, – прямий умисел.

3. На підставі базових (основних) принципів криміналізації діянь, таких як суспільна небезпека та відносна поширеність цих діянь, пропорційність позитивних і негативних наслідків їх криміналізації, системно-правова несуперечність криміналізації та конституційна адекватність, а також їх аналізу з прив'язкою до досліджуваної кримінально-правової норми, однозначно доведено, що криміналізація незаконних затримання, приводу, домашнього арешту або тримання під вартою є повною мірою виправданою, зі збігом часу не втратила своєї актуальності і в подальшому має бути збережена і в чинному КК України, і в майбутньому КК України, проєкт якого зараз активно розробляється.

4. Родовим об'єктом складу кримінального правопорушення «завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт та тримання під вартою» виступають суспільні відносини у сфері правосуддя, під якими потрібно розуміти суспільні відносини, пов'язані з процесуальною діяльністю компетентних державних органів (дівання, досудового слідства, прокуратури, суду та органів виконання судових рішень) із розслідування, судового розгляду, прийняття і виконання рішень, вироків, ухвал та постанов у кримінальних, цивільних та адміністративних справах.

Під правосуддям як об'єктом протиправного посягання треба розуміти лише діяльність, яка відповідає таким ознакам: 1) правосуддя здійснюється у формі цивільного, кримінального, адміністративного, господарського судочинства, вона регламентована Цивільним процесуальним, Господарським процесуальним та Кримінальним

процесуальним кодексами України, Кодексом адміністративного судочинства України; 2) правосуддя – це лише правозастосовна діяльність, яка полягає в реалізації норм права щодо конкретних життєвих ситуацій; 3) діяльність зі здійснення правосуддя спрямовано на охорону законних прав та інтересів громадян, суспільства, держави в процесі судочинства, під час прийняття рішень, а також при їх реалізації.

Видові об'єкти кримінальних правопорушень визначають особливості суб'єктів відносин, проти яких спрямовані кримінальні правопорушення зазначеного виду, та блага, які належать цим суб'єктам і яким може бути завдана або спричиняється шкода. Зокрема, можна виділити три групи таких суб'єктів: 1) особи як учасники або інші суб'єкти кримінального чи цивільного процесу; 2) органи дізнання, слідства, прокуратури, суди загальної юрисдикції; 3) органи виконання покарань та судових рішень.

Основним безпосереднім об'єктом складу кримінального правопорушення «завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт та тримання під вартою», передбаченого ст. 371 КК України, є регламентована законодавством діяльність суду та інших правоохоронних органів з реалізації мети і завдань правосуддя (в його широкому розумінні) щодо забезпечення законного затримання, приводу, домашнього арешту та тримання під вартою, а додатковим обов'язковим об'єктом – життя і здоров'я особи, її свобода й особиста недоторканність, а також майнові та інші права і законні інтереси.

5. Об'єктивна сторона складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 371 КК України, проявляється в незаконному затриманні чи незаконному приводі.

Об'єктивна сторона складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 371 КК України, передбачає незаконні домашній арешт або тримання під вартою.

Під затриманням найчастіше розуміють затримання, яке в кримінально-процесуальному порядку застосовується до особи, котра підозрюється у вчиненні кримінального правопорушення, за яке може бути призначено покарання у виді позбавлення її волі до 72 годин. Затримання застосовується до особи для підтвердження підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення і вирішення питання про обрання до неї запобіжного заходу.

Привід – це захід процесуального примусу, який передбачає примусове доставлення підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, потерпілого чи свідка органами внутрішніх справ та військовою службою правопорядку у Збройних Силах України (щодо військовослужбовців та працівників Збройних Сил України) в органи дізнання, до слідчого, прокурора або в суд.

Привід, як і затримання, вважається незаконним, якщо здійснюється за відсутності вказаних у законі підстав, або з порушенням умов, які визначають порядок його застосування.

Домашній арешт полягає в забороні підозрюваному, обвинуваченому залишати житло цілодобово або в певний період доби.

Домашній арешт може бути застосований до особи, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення, за скоєння якого законом передбачено покарання у виді позбавлення волі.

Застосування такого запобіжного заходу як домашній арешт здійснюється лише за вмотивованою ухвалою слідчого судді, суду і строк його дії не може перевищувати двох місяців, крім випадків, передбачених законом.

Тримання під вартою є винятковим запобіжним заходом, який застосовується тільки в разі, якщо прокурор доведе, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів не зможе забезпечити мети і підстав їх застосування.

Кримінальне правопорушення, передбачене ч. 1 і ч. 2 ст. 371 КК України, є закінченим з моменту вчинення передбачених у них дій: порушення права особи бути затриманою, підданою приводу, заарештованою або триматися під вартою лише на встановлених у законі підставах та відповідно до особливої процедури.

6. Зважаючи на запропоновані в науці кримінального права теоретичні підходи до розуміння поняття «завідомості», треба визнати, що використання в диспозиції ч. 1 і ч. 2 ст. 371 КК України цієї ознаки свідчить про усвідомлення особою об'єктивно наявних якостей, властивостей вчиненого нею діяння, його фактичних ознак та вказує на можливість вчинення завідомо незаконних затримання, приводу, домашнього арешту або тримання під вартою тільки з прямим умислом. З огляду на усвідомленість службовими особами органів розслідування, прокуратури та суду протиправності дій, що вчиняються всупереч вимогам кримінального процесуального законодавства, яка своєю чергою ґрунтується на своєрідній презумпції обізнаності таких осіб у процедурних питаннях, можна з впевненістю стверджувати, що зазначені особи цілком усвідомлюють не тільки небезпечність, але й протиправність вчинених діянь.

7. Суб'єкт кримінального правопорушення, передбаченого ст. 371 КК України, – спеціальний. Для визначення ознак, які формують статус суб'єктів завідомо незаконних затримання, приводу, домашнього арешту і тримання під вартою, варто відштовхуватись від понять загальної та спеціальної кримінально-процесуальної правоздатності, що встановлюють як загальноюридичні умови, які дають змогу визначити потенційну спроможність суб'єкта кримінально-процесуальних правовідносин здійснювати процесуальну діяльність, відповідно до його функціональних обов'язків, так і додаткові умови, які визначають здатність такого суб'єкта мати зазначені процесуальні повноваження, необхідні для здійснення конкретних процесуальних процедур.

Суб'єктами кримінального правопорушення у формі завідомо незаконного приводу є слідчий суддя, який ухвалив рішення про здійснення незаконного приводу, та суд, який виніс ухвалу про незаконний привід особи. Суб'єктом же такого кримінального правопорушення, як завідомо незаконний домашній арешт чи тримання під вартою, є передусім слідчий суддя, який виносить ухвалу про застосування цих видів запобіжних заходів до особи. Крім слідчого судді, суб'єктами також можуть виступати прокурор та особа, яка здійснює нагляд за затриманою особою, начальник установи, де особа відбуває цей запобіжний захід. Також до суб'єктів завідомо незаконного затримання належать й уповноважені службові особи органу дізнання, слідчий і прокурор.

8. Стаття 371 КК України в ч. 3 передбачає кваліфікуючі ознаки такого діяння, як завідомо незаконне затримання, привід, домашній арешт чи тримання під вартою, а саме – спричинення відповідними діяннями тяжких наслідків та вчинення цих діянь з корисливих мотивів або в інших особистих інтересах.

Під тяжкими наслідками варто розуміти: самогубство чи замах на самогубство потерпілого; його тяжке соматичне або психічне захворювання; загибель важкохворих близьких, які залишилися без нагляду через взяття потерпілого під варту; позбавлення його життя іншими затриманими чи заарештованими; втрату потерпілим майна внаслідок арешту; втрату роботи та інші наслідки, прирівнювані за вагою до перелічених вище.

Що ж стосується корисливих мотивів та вчинення кримінального правопорушення з інших суспільних інтересів, то під такою кваліфікуючою ознакою як корисливий мотив варто розуміти суто бажання одержати матеріальні блага для себе або інших осіб, одержати чи зберегти певні майнові права, уникнути матеріальних витрат чи обов'язків або досягти іншої матеріальної вигоди.

До інших особистих інтересів можна зарахувати прагнення винного отримати для себе вигоду нематеріального характеру, наприклад, просування по службі, чергове звання чи класний чин, нагороди. Це може бути викликано такими спонуканнями, як кар'єризм, помста, заздрість, бажання приховати свою некомпетентність тощо.

9. Важливими критеріями відмежування кримінальних правопорушень, передбачених ст. 371 КК України, від суміжних складів кримінальних правопорушень, зокрема передбачених ст. 364, 365, 146 та 146-1 КК України, є їхній родовий та безпосередній об'єкти, а також суб'єктний склад, що обмежується службовими особами, уповноваженими за законом застосовувати запобіжні заходи, привід.

Дії винного, що були спрямовані на завідомо незаконне затримання особи з метою примушення її до дачі показань, повинні кваліфікуватися лише за ст. 373 КК України. За відсутності такої спрямованості має місце реальна сукупність зазначених кримінальних правопорушень.

10. У процесі наукового дослідження доведено, що закріплення в диспозиції ч. 1 ст. 371 КК України відповідальності за завідомо незаконний привід суперечить принципу формування кримінально-правової норми, оскільки основний безпосередній об'єкт цього кримінального правопорушення відрізняється від основного безпосереднього об'єкта завідомо незаконних затримання, домашнього арешту та тримання під вартою. Це пояснюється тим, що привід є різновидом кримінально-процесуальної санкції, застосовуваної до певних учасників кримінального судочинства в разі невиконання покладеного на них обов'язку з'являтися за викликом компетентних органів, тоді як тримання під вартою й домашній арешт є запобіжними заходами, покликаними запобігти неналежній поведінці підозрюваного або обвинуваченого. Окрім того, чинна редакція ст. 371 КК України не дає можливості чітко встановити, чи в ній ідеться тільки про кримінально-процесуальні заходи примусу, чи також і про адміністративно-правові. З

огляду на вказане, вважаємо за потрібне викласти диспозицію ст. 371 КК України в новій редакції, а саме:

Стаття 371. Завідомо незаконні затримання, домашній арешт або тримання під вартою

1. Завідомо незаконне затримання як захід кримінально-процесуального примусу –

карається позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до п'яти років або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Завідомо незаконні домашній арешт або тримання під вартою як захід кримінально-процесуального примусу –

караються обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони спричинили тяжкі наслідки або були вчинені з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

А щоб уникнути помилкової декриміналізації незаконного приводу, пропонується доповнити КК України статтею такого змісту:

Ст. 371-1. Завідомо незаконний привід

1. Завідомо незаконний привід як захід кримінально-процесуального примусу –

карається обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

2. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, якщо вони спричинили тяжкі наслідки або були вчинені з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Загальна декларація прав людини: прийнята на Генеральній Асамблеї ООН 10.12.1948 р. URL : http://www.ombudsman.kiev.ua/vis1_01.htm.
2. Владимирский-Буданов М. Обзор истории русского права. М. : Издательский дом «Территория будущего», 2005. 800 с.
3. Енциклопедія українознавства. Словникова частина (ЕУ-II). Т. 4. Перевидання в Україні. Львів : Изборник, 1994. 1600 с.
4. Андрейцев В. Юристы Украины правовая элита державы (Исторический нарис). URL : <http://www.logos.biz.ua/proj/yur/istor.htm>.
5. Литовський статут 1588 року. URL <http://uris.org.ua/istoriya-gosudarstva-i-prava-ukrainy/litovskiy-statut-1588-roku>.
6. Владимирский-Буданов М. Обзор истории русского права. Ростов-на-Дону : Феникс, 1995. 800 с.
7. Томсинов В. Соборное укладення 1649 року. Законодавство царя Олексія Михайловича. М. : Зерцало, 2011. 238 с.
8. Гончаров Д. Межотраслевые связи в законодательстве о противодействии преступности. М. : Издательство Юрлитинформ, 2014. 320 с.
9. Мироненко О. Права за якими судиться малоросійський народ. К. : Національна академія наук України, 1997. 548 с.
10. Российское Законодательство X-XX веков. Законодательство периода образования и укрепления Русского централизованного государства. Том 2. М. : Юридическая литература, 1985. 520 с.
11. Бурдін М. Запобіжні заходи за статутом кримінального судочинства 1864 р. *Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Серия : Юридические науки*, 2011. Т. 25 (64). № 3. С. 11-16.
12. Петрухин И. Меры пресечения в дореволюционной России. *Советское государство и право*, 1988. № 7. С.119-125.

13. Люблинский П. Свобода личности в уголовном процессе: меры, обеспечивающие неуклонение обвиняемого от правосудия. СПб. : Сенатская типография. 1906. 711 с.
14. Алексеев В. Подследственное заключение в дореволюционной России. *Российский следователь*, 2006. № 6. С. 51-53.
15. Бурдин М. Меры пресечения по Уставу уголовного судопроизводства 1864 г. *Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Серия : Юридические науки*, 2011. Т. 24 (63). № 2. С. 12-17.
16. Загородников Н. Объект: от идеологизации содержания к естественному понятию. *Проблемы уголовной политики и уголовного права*, 1994. № 1. С. 21-22.
17. Кукушкин Ю. История государства и права СССР. Ч. 2. / под ред. О. Чистякова, Ю. Кукушкина. М. : Издательство МГУ, 1986. 320 с.
18. Емельянов В. Понятие объекта преступлений в уголовно-правовой науке. *Право і безпека*, 2002. №4. С. 7-11.
19. Конституция СССР. Утверждена Чрезвычайным VIII съездом Советов Союза ССР/5 декабря 1936 года. URL : <http://www.hist.msu.ru/ER/Text/cnst1936.htm>.
20. Постановление СНК СССР, ЦК ВКП(б) от 17.11.1938 № 81 «Об арестах, прокурорском надзоре и ведении следствия». URL : <http://www.lawmix.ru/sssr/15343>.
21. Кримінальний Кодекс УРСР 1960 року. URL : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2002-05/page2>.
22. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III зі змінами та доповненнями. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.
23. Уголовный кодекс Голландии. СПб. : Юрид. центр «Пресс», 2001. 510 с.
24. Уголовный кодекс Дании. СПб. : Юрид. центр «Пресс», 2001. 230 с.

25. Уголовный кодекс ФРГ. М. : Зерцало-М, 2001. 200 с.
26. Уголовный кодекс Испании. М. : Зерцало, 1998. 213 с.
27. Уголовный Кодекс Франции. СПб. : Юрид. центр «Пресс», 2002. 650 с.
28. Уголовный кодекс Швейцарии. М. : Зерцало, 2000. 135 с.
29. Уголовный кодекс Республики Польша. СПб. : Юрид. центр «Пресс», 2001. 243 с.
30. Фойницкий И. Курс уголовного судопроизводства : в 2 т. СПб. : Сенатская типография, 1910. Т. 2. 560 с.
31. Уголовный кодекс Республики Беларусь. Минск : БГУ, 1999. 280 с.
32. Комментарий к Уголовному кодексу Кыргызской Республики / Т. Асаналиев, А. Каримбеков, К. Осмоналиев. Бишкек : ПК «Переплетчик», 2002. 629 с.
33. Уголовный кодекс Азербайджанской Республики. СПб. : Юрид. центр «Пресс», 2001. 358 с.
34. Кримінальний кодекс Латвійської республіки. К. : ІнЮре, 2018. 210 с.
35. Уголовный кодекс Республики Узбекистан. СПб. : Юрид. центр «Пресс», 2002. 338 с.
36. Уголовный кодекс Грузии. СПб. : Юрид. центр «Пресс», 2002. 409 с.
37. Преступления против правосудия / под ред. А. Галаховой. М. : Норма, 2005. 416 с.
38. Дудоров О. Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці). К. : Ваіте, 2017. 872 с.
39. Александров Ю., Антипов В., Володько М., Дудоров О. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник / за ред. Мельника М., Клименка В. К. : Атіка, 2009. 352 с.
40. Злобин Г. Основания и принципы уголовно-правового запрета *Советское государство и право*, 1980. №1. С. 70-76.

41. Павлов В. Субъект преступления. СПб. : Юридический центр Пресс, 2001. 318 с.
42. Права людини в Україні 2009-2010. *Доповіді правозахисних організацій*. URL : <http://helsinki.org.ua/index.php?r=1.4.1.6>.
43. Примаченко О. Безправ'я людини: традиції і нові тенденції. URL : gazeta.dt.ua/LAW/bezpravya_lyudini_traditsiyi_i_novi_tendentsiyi.html.
44. Веремєєнко О. Незаконне утримання під вартою останнім часом стає все популярнішим в органах внутрішніх справ. URL : <http://helsinki.org.ua/index.php?id=1185541609>.
45. Спасович В. Учебник уголовного права. СПб. : Типография Иосафата Огризко, 1863. Том 1 (Выпуск первый). 179 с.
46. Бернер А. Учебник уголовного права. Части общая и особенная с примечаниями, приложениями и дополнениями. По истории русского права и законодательству положительному. СПб. : Издание Н. Неклюдова, 1865. Том 1. Часть общая. 865 с.
47. Кистяковский А. Элементарный учебник общего уголовного права. С подробным изложением Начал русского уголовного права. Часть общая. К. : Типография А. Давыденко, 1882. 892 с.
48. Туляков В. Виктемологические проблемы применения нового Уголовного кодекса. *Новий Кримінальний кодекс України: питання застосування і вивчення* : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. [Харків], 25-26 жовт. 2001 р. / редкол.: В. В. Сташиса [та ін.]. К. ; Х., 2002. С. 234-237.
49. Гавриш С. Уголовно-правовая охрана природной среды Украины. Проблемы теории и развития законодательства. Х. : Основа, 1994. 640 с.
50. Наумов А. Уголовное право. Общая часть. М. : Издательство БЕК, 1996. 560 с.

51. Загородников Н. Значение объекта преступления для определения меры наказания по советскому уголовному праву. *Труды ВЮА*, 1949. Вып. X. С. 10-16.
52. Фесенко Е. Объект преступления с точки зрения ценностной теории. *Уголовное право*, 2003. № 3. С. 70-77.
53. Курс уголовного права. Общая часть. Т. 1. учебник для вузов / под редакцией Кузнецовой Н., Тежковой И. М. : Зерцало-М, 1999. 624 с.
54. Уголовное право. Общая часть. / отв. ред. И. Казаченко и З. Незнамова М. : Инфра-М, 1997. 316 с.
55. Новоселов Г. Учение об объекте преступления. Методологические аспекты. М. : НОРМА, 2001. 208 с.
56. Дагель П., Котов Д. Субъективная сторона преступления и ее установление. Воронеж : Издательство воронежского университета, 1974. 243 с.
57. Бажанов М., Тацій В., Сташис В., Зінченко І. та ін. Кримінальне право України : Загальна частина : підруч. для студ. вищ. навч. закл. освіти / за ред. проф. М. Бажанова, В. Сташиса, В. Тація. К. : Юрінком Інтер; Х. : Право, 2002. 428 с.
58. Тацій В. Об'єкт і предмет злочину в кримінальному праві України. Х. : УкрЮА, 1994. 76 с.
59. Никифоров Б. Объект преступления. М. : Юридическая литература, 1960. 232 с.
60. Навроцький В. Кримінальне право України. Особлива частина. К. : Товариство Знання, КОО, 2000. 171 с.
61. Трайнин А. Общее учение о составе преступления. М. : Госюриздат, 1957. 364 с.
62. Мельник М. Науково-практичний коментар кримінального кодексу України / за редакцією М. Мельника, М. Хавронюка. К. : Атіка, 2003. 1384 с.

- 63.Палюх Л. Кримінальна відповідальність за кримінальні правопорушення проти правосуддя. Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук (доктора наук) за спеціальністю 12.00.08 «Кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право» (081 – Право) / Лідія Михайлівна Палюх, Львівський національний університет імені Івана Франка. Львів, 2021. 554 с.
- 64.Власов И. Преступления против советского социалистического правосудия : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук по спец 12.00.08. «Уголовное право и криминол.; уголовно-исполн. право» / Иван Сергеевич Власов, МГУ. М., 1964. 22 с.
- 65.Бантышев А. Проблемные вопросы уголовно-правовой охраны правосудия. *Судова реформа в Україні. Проблеми і перспективи : матеріали науково-практичної конференції (Харків, 18–19 квіт. 2002 р.)*. К.-Х. : Юрінком-Інтер, 2002. С. 67-69.
- 66.Бондарук С., Бессонова М., Бірюков О., Бондарук С. Основи демократії : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. / за заг. ред. А. Колодій. К. : АйБі, 2002. 832 с.
- 67.Шемшученко Ю. Юридична енциклопедія : в 6 т. К. : Українська енциклопедія, 2003. Т. 5: П-С, 2003. 436 с.
- 68.Мельник Р. Визначення безпосереднього об'єкту завідомо незаконних затримання, приводу, арешту і тримання під вартою в контексті законодавчої регламентації права особи на свободу та особисту недоторканність. *Наукові записки Національного університету «Острозька академія». Серія «право», 2005. № 6. С. 368-374.*
- 69.Шейфер С. Следственные действия. Основания, процессуальный порядок и доказательственное значение. Самара : Самарский университет, 2004. 225 с.

70. Лобанова Л. Преступления против правосудия: теоретические проблемы классификации и законодательной регламентации. Волгоград : Волгоградский гос. ун-т, 1999. 268 с.
71. Кудрявцев В. Объективная сторона преступления. М. : Госюриздат, 1960. 244 с.
72. Куринов Б. Научные основы квалификации преступлений. М. : Издательство МГУ, 1984. 381 с.
73. Курс уголовного права. Общая часть. Т. 1. учебник для вузов / под редакцией Кузнецовой Н. М. : Зерцало-М, 2002. 785 с.
74. Кузнецов В. Кримінальне право України: питання та задачі для підготовки до вступних, семестрових та державних екзаменів. Навчальний посібник. К. : Центр учбової літератури, 2011. 392 с.
75. Уголовный кодекс Республики Босния и Герцеговина. СПб. : Юрид. центр «Пресс», 2011. 298 с.
76. Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР зі змінами та доповненнями. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.
77. Петрухин И. Неприкосновенность личности и принуждение в уголовном процессе. М. : Норма, 1989. 256.
78. Люшненко М. Незаконне адміністративне затримання : причини та наслідки. *Прокуратура. Людина. Держава*, 2004. № 6. С. 22-27.
79. Палюх Л. Проблеми кримінальної відповідальності за завідомо незаконне затримання. *Юридичний вісник*, 2014. №6. С. 137-141.
80. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI зі змінами та доповненнями. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>.
81. Осадчий В. Кримінально-правова характеристика об'єктивних проявів завідомо незаконного затримання або приводу особи.

- Науковий часопис Національної академії прокуратури України*, 2014. №4. С. 134-144.
- 82.Новини Магнолія ТВ. URL : <http://magnolia-tv.com/text-news/2013-06-04>.
- 83.Стецовский Ю. Право на свободу и личную неприкосновенность: нормы и действительность. М. : Дело, 2000. 720 с.
- 84.Хмельницький міськрайонний суд. Вирок у справі № 22/2449 від 18.08.2004 р. URL : reyestr.court.gov.ua/Review/4427087.
- 85.Інструкція Міністерства внутрішніх справ України про порядок виконання органами Національної поліції ухвал слідчого судді, суду про обрання запобіжного заходу у вигляді домашнього арешту та про зміну раніше обраного запобіжного заходу на запобіжний захід у вигляді домашнього арешту від 13.07.2016 р. № 654. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1087-16#Text>.
- 86.Рашковская Ш. Преступления против правосудия. М., 1978. 104 с.
- 87.За даними узагальнення судової практики застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Управління узагальнення судової практики Верховного Суду України. URL : <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf.6>.
- 88.Навроцький В. Основи кримінально-правової кваліфікації К. : Юрінком Інтер, 2006. 704 с.
- 89.Грищук В. Зловживання кримінальним правом: загальні підходи до постановки проблеми. *Кримінально-правове забезпечення сталого розвитку України в умовах глобалізації* : матеріали міжнар. наук.-практ. конференції, 12–13 жовт. 2017 р. Х. : Право, 2017. С. 88-94.
- 90.Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / Ю. Баулін, В. Борисов, В. Тютюгін та ін. / за ред. проф. В. Тація, В. Борисова, В. Тютюгіна. Х. : Право, 2015. 680 с.
- 91.Мельник Р. Відмежування завідомо незаконних затримання, арешту й тримання під вартою від суміжних складів злочинів та

- дисциплінарного проступку. *Вісник Луганської академії внутрішніх справ МВС імені 10-річчя незалежності України*, 2005. № 2. С. 230-235.
92. Прохорова М. Наркотизм: социально-психологические, криминологические, уголовно-правовые аспекты. автореф. дис.... д-ра юрид. наук по спец. 12.00.08. / Марина Леонидовна Прохорова, Саратовская государственная академия права. Саратов, 2001. 22 с.
93. Гаухман Л. Квалификация преступлений: закон, теория, практика. М. : АО «Центр ЮрИнфоР», 2001. 316 с.
94. Волков Б. Мотив и квалификация преступления. Казань : Издательство Казанского университета, 1968. 145 с.
95. Рарог А. Проблемы субъективной стороны преступления. учебное пособие. М. : МЮИ, 1991. 133 с.
96. Ворошилин Е., Кригер Г. Субъективная сторона преступления. М. : МГУ, 1987. 210 с.
97. Тяжкова И. Курс уголовного права. Общая часть. Том 1: Учение о преступлении. / под ред. Н. Кузнецовой, И. Тяжковой. М. : ЗЕРЦАЛО, 1999. 624 с.
98. Полякова О. Субъективная сторона преступления в уголовном праве. *Альманах современной науки и образования*, 2010. № 1 (32) часть 2. С. 79-81.
99. Дагель П. Проблемы вины в советском уголовном праве. *Ученые записки ДВГУ*, 1968. Вып. 21. Ч. 1. С. 72-75.
100. Рарог А. Вина и квалификация преступлений: учебное пособие. М. : ВЮЗИ, 1982. 63 с.
101. Матишевський П. Кримінальне право України. Загальна частина. К. : А.С.К., 2001. 656 с.
102. Уголовный кодекс Азербайджанской Республики. СПб. : Юрид. центр «Пресс», 2001. 358 с.

103. Устименко В. Специальный субъект преступления. Х. : Выща школа, 1989. 104 с.
104. Мельник Р. Кримінально-правова характеристика завідомо незаконних затримань, приводу, арешту та тримання під вартою (ст. 371 КК України) : дис...канд.юр.наук. 12.00.08 / Руслан Іванович Мельник; Луганський держ. унів. внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка. Луганськ, 2008. 221 с.
105. Довідник типових професійно-кваліфікаційних характеристик ос-новних посад працівників Міністерства внутрішніх справ України. К. : Видавничо-поліграфічний центр при МВС України, 2006. 240 с.
106. Денисов С. Актуальные проблемы уголовной ответственности за преступления против правосудия: дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.08. / Сергей Анатольевич Денисов. Саенк-Перебургский гос. ун-т. СПб., 2002. 416 с.
107. Воронцов А. Суб'єктивні ознаки злочинів проти правосуддя, вчинюваних посадовими особами органів дізнання та досудового слідства. *Вісник Одеського інституту внутрішніх справ*, 2002. № 1. С. 166-169.
108. Центрально-Міський районний суд. Вирок у справі № 14-36879 від 21.06.2005 р. URL : reyestr.court.gov.ua/Review/5235453.
109. Шевченківський районний суд м. Запоріжжя. Вирок у справі 1-кп/336/85/2020 від 28.12.2020 р. URL : reyestr.court.gov.ua/Review/93906766.
110. Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи : постанова Пленуму Верховного Суду України № 2 від 07.02.2003 р. *Вісник Верховного Суду України*, 2003. № 1. С. 37-42.

111. Бантышев А. Должностные преступления (вопросы квалификации) : учеб. пособ. К. : Академия Службы Безопасности Украины, 1996. 401 с.
112. Галахова А. Превышение власти или служебных полномочий. Вопросы уголовно-правовой квалификации. М. : Юридическая литература, 1978. 96 с.
113. Алтухов С. Преступления сотрудников милиции (понятие, виды и особенности профилактики). СПб. : Юридический центр Пресс, 2001. 271 с.
114. Галичанський І. Злочинці в погонах. *Прокуратура. Людина. Держава*, 2004. № 1. С. 124-128.
115. Сташис В. Кримінальний кодекс України : наук.-практичний коментар. / за заг. ред. В. Сташиса, В. Тація. К. : Ін Юре, 2003. 1196 с.
116. О судебной практике по делам о злоупотреблении властью или служебным положением, превышении власти или служебных полномочий, халатности и должностном подлоге : постановление Верховного Суда СССР № 4 от 30.03.1990 г. *Бюллетень Верховного Суда СССР*. 1990, № 3. С. 12-15.
117. Приморський районний суд м. Одеси. Вирок у справі 1522/29985/12 від 30.01.2017 р. URL : reyestr.court.gov.ua/Review/65293596.
118. Владимиров В., Левицкий Г. Субъект преступления по советскому уголовному праву. М. : Высшая школа МООП РСФСР, 1964. 32 с.
119. Дурманов Н. Понятие преступления, М. : Издательство АН СССР, 1948. 315 с.
120. Павлов В. Субъект преступления в уголовном праве. СПб. : Санкт-Петербургская юридическая академия, «Издательский торговый Дом «Герда», 1999. 118 с.

121. Молдабаев С. Проблемы субъекта преступления в уголовном праве Республики Казахстан. Алматы : ТОО «Аян Эдет», 1998. 156 с.
122. Уголовное право России. Общая часть. / под общ. ред. И. Звечаровского. М. : Юристъ, 2004. 461 с.
123. Наумов А. Российское уголовное право. Общая часть. М. : Юристъ, 1999. 424 с.
124. Энциклопедия уголовного права: в 35 т. Т. 6: Соучастие в преступлении / отв. ред. В. Малинин. СПб. : Издательство Малинина, 2005. 562 с.
125. Аветисян С. Проблемы соучастия в преступлении со специальным субъектом (специальном составом). *Уголовное право*, 2004. № 1. С. 4-6.
126. Затримання особи (ст.ст. 188–192, 207–213 КПК). URL : <http://sugvant.ru/zatrimannya-osobi-st-st-188-192-207-213-kpk>.
127. Тарасов А. Единоличное и коллегиальное в уголовном процессе: правовые и социально-психологические проблемы. Самара : Самарский университет, 2001. 312 с.
128. Проект Кримінально-процесуального кодексу України : зареєстр. у Верховній Раді України від 13.12.2007 р. за № 1233. URL : http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n.
129. Кармазин Ю. Уголовный кодекс Украины. Комментарий. / Под ред. Ю. Кармазина, Е. Стрельцова. Х. : ООО Одиссей, 2001. 960 с.
130. Гришко А. Сотрудник исправительного учреждения, следственного изолятора и специальный субъект преступления. *Проблемы профилактики преступлений, совершаемых сотрудниками правоохранительных органов*: материалы межвузовского научно-практического семинара. Смоленск : Юридический институт МВД России, 2000. С. 26-29.
131. Інструкція «Про порядок тримання осіб, затриманих органами Державної прикордонної служби України в адміністративному

- порядку за порушення законодавства про державний кордон України і за підозрою у вчиненні злочину» : затверджена Наказом Адміністрації Державної прикордонної служби України № 494 від 30.06.2004 р. URL : <http://www.rada.gov.ua>.
132. Устименко В. Специальный субъект преступления. Х. : Выща школа, 1992. 109 с.
133. Печерський районний суд Київської області. Вирок у справі № 4-1775/12 від 17.06.2012 р. URL : reyestr.court.gov.ua/Review/23688180.
134. Соснівський районний суд м. Черкаси. Вирок у справі 712/4072/15-к від 12.01.2018 р. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/71568157>.
135. Смілянський міськрайонний суд Черкаської області. Вирок в справі 703/5746/14-к р від 30.05.2016 р. URL : reyestr.court.gov.ua/Review/58080685.
136. Кузнецова Н. Значение преступных последствий для уголовной ответственности. М. : Государственное издательство юридической литературы, 1958. 219 с.
137. Попова Ю. Уголовно-правовая характеристика заведомо незаконного задержания, заключения под стражу и содержания под стражей : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Юлия Павловна Попова, Тюменский гос. ун-т. Тюмень, 2004. 221 с.
138. Кульберг Я. Преступления против правосудия. М. : Госюриздат, 1962. 62 с.
139. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / відп. ред. С. Яценко. К. : А.С.К., 2002. 848 с.
140. Гуторова Н. Уголовное право Украины : особенная часть : конспект лекций. Х. : Одиссей, 2003. 320 с.

141. Висновок та рекомендація Парламентської Асамблеї РЄ № 190 від 26.09.1995 р. щодо вступу України. URL : <http://assembly.coe.int/Documents/EOPI190.htm>.
142. Кудрявцев В. Общая теория квалификации преступлений. М. : Юридическая литература, 1972. 352 с.
143. Сурихин П. Уголовная ответственность за заведомо незаконное задержание : дис. ... канд. юрид. наук по спец. 12.00.08 / Петр Леонидович Сурихин, Омский гос. ун-т. Омск, 2001. 199 с.
144. Воронцов А. Завідомо незаконні затримання, приводи, домашні арешти або тримання під вартою: питання кримінально-правового характеру. *Південноукраїнський правничий часопис*, 2019. №3. С. 54-57.
145. Воронцов А. Кримінальна відповідальність за вчинення злочинів проти правосуддя, які вчинюються службовими особами органів дізнання та досудового слідства : дис. ...канд. юрид. наук : 12.00.08 «Кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право»: Андрій Васильович Воронцов. Міжнародний гуманітарний університет. Одеса , 2011. 269 с.
146. Богодухівський районний суду Харківської області. Вирок у справі №-613/1247/15-к від 19.10.2021 р. URL : reyestr.court.gov.ua/Review/100397523.
147. Мельник М. Кримінальне право України. Особлива частина. К. : Юридична думка, 2004. 436 с.
148. Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень : постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 грудня 2003 р. № 15. *Вісник Верховного Суду України*, 2004. № 2. С. 45-56.
149. Карташов А. Уголовная ответственность за вынесение заведомо неправосудных приговора, решения или иного судебного

- акта : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Александр Юрьевич Карташов, СГУ. С, 2004. 171 с.
150. Мельникова В. Должностные преступления. Вопросы уголовно-правовой квалификации. М. : Юридическая литература, 1985. 97 с.
151. Стренин А. Проблемы ответственности за умышленное неисполнение должностным лицом своих служебных полномочий. *Уголовное право*, 2003. № 1. С. 54-58.
152. Клименко В. Уголовная ответственность за должностные преступления. К. : Бліц-Інформ, 1996. 512 с.
153. Сахаров А. Ответственность за должностные злоупотребления по советскому уголовному праву. М. : Госюриздат, 1956. 131 с.
154. Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за третий и четвертый кварталы 1996 г. *Бюллетень Верховного Суда РФ*, 1997. № 4. С. 12-17.
155. Ухвала Колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 12 липня 2005 р. у справі за касаційною скаргою засудженого Ш. на вирок Заводського районного суду м. Миколаєва від 8 червня 2004 р. та ухвали апеляційного суду Миколаївської області від 7 жовтня 2004 р. URL : <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf>.
156. Кулешов Ю. Уголовная ответственность должностных лиц ОВД за преступления против правосудия. Хабаровск : Издательство Хабаровского университета, 1988. 234 с.
157. Кримінальне право України. Особлива частина / за ред. П. Матишевського, С. Яценка, П. Андрушка. К. : Юрінком Інтер, 1999. 383 с.
158. Сень І. Спеціальні норми у кримінальному праві України: дис. ... канд. юрид. наук за спец. 12.00.08 / Ірина Зеновіївна Сень,

Львівський національний університет імені Івана Франка. Львів,
2020. 268 с.

159. Уголовный Кодекс УССР. X. : Наркомпрос УССР, 1923. 106 с.

ПОЯСНЮВАЛЬНА ЗАПИСКА

до проекту Закону України

«Про внесення змін до Кримінального кодексу України» (стосовно кримінальної відповідальності за завідомо незаконне затримання, привід, домашній арешт, тримання під вартою)

1. Обґрунтування необхідності прийняття проекту Закону

Імперативна правова норма передбачає неможливість обмеження права особи на свободу і особисту недоторканність інакше як у випадках та порядку, передбачених законом. Зокрема, Конституція України закріплює за кожною людиною право на свободу та особисту недоторканність. Ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку передбачених законом. Позбавлення або обмеження волі особи за відсутності законних підстав або з порушенням встановленого процесуальним законодавством порядку, у процесі здійснення судочинства, не тільки завдають істотної шкоди інтересам правосуддя, а й посягають на гарантовану Конституцією України свободу та особисту недоторканність особи. А згідно ст. 29 Загальної декларації прав людини при здійсненні своїх прав і свобод кожна людина повинна піддаватися лише таким обмеженням, які встановлені законом виключно з метою забезпечення прав і свобод інших осіб, а також задоволення справедливих вимог моралі, суспільного порядку й загального добробуту.

Втручання держави шляхом застосування заходів примусового характеру в приватне життя осіб заради захисту інших своїх громадян, а саме їх прав свобод та законних інтересів не є порушенням Конституції України чи Загальної декларації прав людини, а навпаки, виступає однією з гарантій їх прав та свобод. Норма, передбачена ст. 371 КК України, охороняє суспільні відносини щодо охорони встановленого порядку кримінального провадження, свободи і особистої недоторканності особи.

Закріплення в диспозиції частини 1 статті 371 КК України відповідальності за завідомо незаконний привід суперечить принципу формування кримінально-правової норми через відмінність основного безпосереднього об'єкта цього кримінального правопорушення від основного безпосереднього об'єкта завідомо незаконних затримання, домашнього арешту та тримання під вартою, оскільки привід виступає різновидом кримінально-процесуальної санкції, застосовуваної до певних учасників кримінального судочинства у разі невиконання покладеного на них обов'язку з'являтися за викликом компетентних органів, тоді як затримання й домашній арешт є запобіжними заходами, покликаними

запобігти неналежній поведінці підозрюваного або обвинуваченого, а також те, що чинна редакція статті 371 КК України не дає можливості чітко встановити, мова у ній йде про кримінально-процесуальні заходи примусу, чи також і про адміністративно-правові, вважаємо за потрібне викласти диспозицію статті 371 КК.

Не менш значимим аргументом на користь запропонованих змін можна вважати те, що чинний Кримінальний кодекс України оперує поняттям «неоподатковуваний мінімум доходів громадян» не лише у Загальній, а й у Особливій частині Кримінального кодексу України, визначаючи у них розміри спричиненої злочином шкоди, і використовує для його розрахунку як коефіцієнт не зазначених вище 17 гривень, а податкову соціальну пільгу, що створює фактичну ситуацію, коли під одним поняттям у межах одного нормативно-правового акту закріплюються різні явища.

Зважаючи на наведене, в державі назріла нагальна необхідність вдосконалення відповідних приписів чинного Кримінального кодексу України.

2. Цілі та завдання проекту Закону

Необхідність ухвалення проекту Закону обумовлена потребою уніфікації термінологічної бази, виправлення різного підходу до різного розуміння аналогічних понять, що містяться у ньому.

3. Загальна характеристика і основні положення проекту Закону

Проект Закону передбачає внесення змін та доповнень до Кримінального кодексу України:

Пропонується нова редакція ст. 371 Кримінального кодексу України, у якій завідомо незаконний привід виокремлюється у окрему статтю.

4. Стан нормативно-правової бази у сфері правового регулювання

Основними нормативно-правовими актами, що регулюють зазначене питання, є Конституція України, Кримінальний кодекс України, Кримінальний процесуальний кодекс України.

Прийняття проекту Закону не потребуватиме внесення змін та доповнень до інших законодавчих актів України.

5. Фінансово-економічне обґрунтування проекту Закону

Прийняття проекту Закону не потребуватиме додаткових витрат з Державного бюджету України.

6. Очікувані правові та соціально-економічні наслідки прийняття проекту Закону

Прийняття проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України» (стосовно кримінальної відповідальності за завідомо незаконне затримання, привід, домашній арешт, тримання під вартою)

дасть можливість більш чітко окреслити за завідомо незаконне затримання, привід, домашній арешт, тримання під вартою, яке існує у чинному Кримінальному Кодексі України, слугуватиме дієвим засобом запобігання злочинності в Україні.

ЗАКОН УКРАЇНИ

Про внесення змін до Кримінального кодексу України (стосовно кримінальної відповідальності за завідомо незаконне затримання, привід, домашній арешт, тримання під вартою)

Верховна Рада України п о с т а н о в л я є:

I. Внести до Кримінального кодексу України такі зміни:

1. У Кримінальному кодексі України (Відомості Верховної Ради України, 2001 р., № 25-26, ст. 131):

1) статтю 371 викласти в такій редакції:

Стаття 371. Завідомо незаконні затримання, домашній арешт або тримання під вартою

1. Завідомо незаконне затримання як захід кримінально-процесуального примусу –

караються позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до п'яти років або обмеженням волі на строк до трьох років.

2. Завідомо незаконні домашній арешт або тримання під вартою як захід кримінально-процесуального примусу –

карається обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вони спричинили тяжкі наслідки або були вчинені з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

2) доповнити статтею 371-1 в такій редакції:

Ст. 371-1. Завідомо незаконний привід

1. Завідомо незаконний привід як захід кримінально-процесуального примусу –

карається обмеженням волі на строк від трьох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк.

3. Дії, передбачені частиною першою цієї статті, якщо вони спричинили тяжкі наслідки або були вчинені з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах, –

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

П. Цей Закон набирає чинності через десять днів з дня його опублікування.

Голова Верховної Ради України

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

1. Zatolochnyy, Vitaliy (2021). On the social conditionality of criminalization of illegal detention, crime, house arrest and detention. *Social and Human Sciences. Polish-Ukrainian scientific journal* (<https://issn2391-4165.webnode.com.ua/>), 02 (30).
2. Затолочний В.С. Особливості суб'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 371 КК України. *Журнал східноєвропейського права*. 2021. №95. С. 96-101.
3. Затолочний В.С. Питання визначення суб'єкта кримінального правопорушення, передбаченого ст. 371 КК України. *Наше право*. 2020. №2 С. 222-226.
4. Затолочний В.С. Становлення вітчизняного законодавства про кримінальну відповідальність за завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою. *Європейські перспективи*. 2022. №1. С. 119-124.
5. Затолочний В.С. Об'єкт складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 371 КК України. *Право.UA*. 2022. №1. С. 148-154.

які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

1. Затолочний В.С. Питання розмежування ст. 371 та ст. 146 КК України. *Актуальні проблеми забезпечення захисту прав та свобод людини в умовах інтеграції України в європейський простір: міжнародна конференція* (м. Львів, 29 жовтня 2021 року). Львів: Видавництво «Львівська полвтехніка», 2021. С. 94-96.
2. Затолочний В.С. Питання розмежування ст. 371 та ст. 146 КК України. *Дослідження інновацій та перспективи розвитку науки і техніки XXI століття: міжнародна конференція* (м. Рівне, 25-26

- листопада 2021 року). Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2021. С. 73-75.
3. Затолочний В.С. Завідомо незаконне затримання особи як вид діяння, криміналізованого ст. 371 КК України. *Сучасні погляди на актуальні питання правових наук: міжнародна конференція* (м. Запоріжжя, 26-27 листопада 2021 року). Запоріжжя: Запорізька міська громадська організація «Істина», 2021. С. 72-74.
 4. Затолочний В.С. Завідомо незаконний привід особи як вид діяння, криміналізованого ст. 371 КК України. *Новітні тенденції сучасної юридичної науки: міжнародна конференція* (м. Дніпро, 3-4 грудня 2021 року). Дніпро: ГО «Правовий світ», 2021. С. 45-47.
 5. Затолочний В.С. Питання мотивів вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ст. 371 КК України. *Актуальні питання юридичної теорії та практики: наукові дискусії: міжнародна конференція* (м. Харків, 3-4 грудня 2021 року). Харків: Східноукраїнська наукова юридична організація, 2021. С. 99-101.