

УДК 343

*О. Шнирко*

## THE DISTINCTION BETWEEN A CRIME OF KNOWINGLY UNLAWFUL DETENTION, FORCED BRINGING, HOUSE ARREST OR HOLDING IN CUSTODY AND RELATED OFFENSES

**О.С. Шнирко**

*ст. викладач кафедри*

*теорії та історії держави та права*

*ВНЗ «Національна академія управління»*

*м. Київ*

### ВІДМЕЖУВАННЯ ЗЛОЧИНУ ЗАВІДОМЕ НЕЗАКОННЕ ЗАТРИМАННЯ, ПРИВІД, ДОМАШНІЙ АРЕШТ АБО ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ ВІД СУМІЖНИХ ЗЛОЧИНІВ

**Постановка проблеми.** Питання, що стосуються відмежування злочину, передбаченого ст. 371 КК України, від суміжних злочинів, адміністративного затримання та від дисциплінарних проступків мають важливе значення для теорії кримінального права та правозастосовної практики.

**Аналіз останніх досліджень та публікацій.** Проблеми відмежування злочину, передбаченого ст. 371 КК України, від суміжних злочинів досліджували такі вчені, як: Р.І. Мельник, В.О. Навроцький, К.Р. Ідрісов, В.І. Суботіна та ін.. Проте, до цього часу ці питання не знайшли свого належного вирішення.

**Мета статті** полягає у проведенні відмежування злочину завідоме незаконне затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою від суміжних злочинів.

**Основні результати дослідження.** Маючи на меті належно дослідити злочини, передбачені ст. 371 КК України, з'ясувати їх ознаки та правильну кваліфікацію при їх застосуванні, потрібно провести їх відмежування від злочинів. У цьому сенсі необхідно з'ясувати, що слід розуміти під суміжними злочинами. Крім того, важливо погодитися з влучним висловлюванням В.М. Кудрявцева, що «залежно від кількості відмежувальних ознак між складами злочинів виділяється три основних варіанти схожості складів злочинів: 1) які не мають між собою жодної спільної ознаки (крім осудності і віку суб'єкта); 2) котрі мають невелику кількість спільних ознак; 3) які мають всі спільні ознаки, крім однієї» [1, с. 127]. Значну складність становить відмежування третьої групи, саме такі склади злочинів можна відносити до суміжних. Важливо акцентувати увагу на тому, що суміжність злочинів необхідно відрізі-

няти від конкуренції норм. Слід звернути погляд на те, що відмінність між цими категоріями полягає в тому, що суміжні склади відмежовуються між собою за однією чи декількома ознаками, тобто один із суміжних складів злочинів має ознаку, якої немає в іншому складі, але при цьому інший склад має ознаку (або ознаки), відсутню в першому складі злочину, а при конкуренції норм лише один склад злочину має ознаку, яка відсутня в іншому діянні [1, с. 215]. Зазначена точка зору підтримується й іншими фахівцями [2, с. 102; 3, с. 86].

Підтримуючи це доктринальне розуміння суміжних злочинів, вважаємо за можливе розглянути суміжні злочини з діянням завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою. Враховуючи вказане вище, слід зазначити, що кожен злочин має ряд загальних ознак з іншими злочинами, тому труднощі, що виникають при кваліфікації, і пояснюються цією обставиною. З метою правильного встановлення того чи іншого складу злочину, необхідно ретельно відмежувати злочин, передбачений ст. 371 КК України, від суміжних злочинів, зокрема, властивості злочину завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою, слід виключити ті з них, які йому непритаманні, постійно поглиблюючи аналіз цієї правової норми на основі дослідження фактичних обставин вчиненого. Саме такій підхід сприятиме відмежуванню злочину, передбаченого ст. 371 КК України, від суміжних діянь. На наше переконання, слушну позицію з цього приводу висловив В.М. Кудрявцев: «По суті справи весь процес кваліфікації злочину полягає у послідовному відмежуванні кожної ознаки вчиненого діяння від ознак інших, суміжних злочинів. Можна сказати, що розмежування злочинів — зворотний бік кваліфікації» [1, с. 146].

Питання, за якими саме ознаками слід відрізнити злочин завідомо незаконне затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою від суміжних злочинів має не тільки теоретичне, а й важливе практичне значення. На нашу думку, це має відбуватися в послідовному їх відмежуванні за окремими елементами об'єкта й об'єктивної сторони, суб'єкта й суб'єктивної сторони та за ознаками кожного з цих елементів діянь. Користуючись викладеними вище методологічними підходами, проведемо відмежування злочину завідомо незаконне затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою (ст. 371 КК України) від злочинів, передбачених статтями 364, 365, 146, 147, 373 КК України. У цьому сенсі слід погодитися з Р.І. Мельником, що з'ясування фактичного і юридичного змісту ознак складів злочинів, які розглядаються, та зі ставлення цих ознак з наступним визначенням спільності або розбіжності між ними значно ускладнюється відсутністю в кримінально-правовій теорії єдності поглядів щодо зв'язку складоутворюючих ознак цих діянь [4, с. 157]. Зокрема, на переконання фахівців, що містяться в існуючих публікаціях, у ст. 371 КК України передбачено спеціальні склади службових зловживань, які можуть бути вчинені в певній сфері [5, с. 497], а на думку інших авторів наводяться аргументи, що злочини, передбачені ст. 371 КК України, за юридичною природою є особливим видом саме перевищення влади, вчиненого службовими особами органами досудового розслідування, хоча при цьому винний не виходить за межі своїх звичайних повноважень, а порушення ним полягає в

тому, що в даних конкретних обставинах він не повинен був ці повноваження здійснювати [6, с. 123; 7, с. 11]. Така позиція знайшла підтримку в п. 17 Постанови Пленуму Верховного Суду України за № 15 від 26 грудня 2003 р. «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень», де зазначається, що аналізовані нами діяння являють собою спеціальні види перевищення влади або службових повноважень, а кваліфікація дій виконавців і співучасників цих злочинів ще й за ст. 365 КК України можлива лише за наявності їх реальної сукупності [8]. У цьому сенсі слід погодитися з Р.І. Мельником, що подібні висновки є сумнівними стосовно їх вмотивованості, оскільки в постанові не визначається, яку саме форму може мати таке перевищення влади [4, с. 158]. З цього приводу О.Ю. Карташов, досліджуючи ознаки постановлення суддею завідомо неправдивого вироку, заявив, що стаття, яка встановлює відповідальність за цей злочин проти правосуддя, є спеціальною нормою відносно перевищення влади тому, що постановлення завідомо неправосудного вироку являє собою вчинення дій, які ніхто не має права вчиняти [9, с. 60]. Ця позиція є суперечливою тому, ні про які повноваження чи компетенцію службової особи не можна вести мову, оскільки такі дії ніхто не має права виконувати (варто вказати, що характерні дії при перевищенні влади виключає можливість вчинення цього злочину шляхом бездіяльності, тим часом як однією з форм завідомо незаконного тримання особи під вартою є саме бездіяльність) [4, с. 158; 10, с. 57].

Відмежування за об'єктом. Перш за все слід погодитися з аргументацією Р.І. Мельника, що відправним критерієм при відмежуванні злочинів, передбачених ст. 371 КК України та ст. 365 КК України, слід визнати перш за все принципову відмінність перевищення владою або службовими повноваженнями, яка полягає в наявності або відсутності у службової особи тих повноважень, якими вона скористалася для вчинення злочину (саме наявність таких повноважень наближає злочини, передбачені ст. 371 КК України та ст. 364 КК України) [4, с. 159]. Тому різницю у порівнюваних злочинах слід проводити, насамперед, за основним об'єктом злочину, якщо при вчиненні злочину завідомо незаконне затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою основним безпосереднім об'єктом цього злочину, є суспільні відносини, що забезпечують можливість (умови) з охорони регламентованої чинним законодавством належної діяльності слідчого, прокурора, слідчого судді; суду, уповноваженої службової особи у застосуванні таких запобіжних заходів, як затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою, а додатковим безпосереднім об'єктом цього злочину, є суспільні відносини, що забезпечують умови з охорони, регламентованої чинним законодавством, особистої свободи особи незаконно затриманого, приведеного, підданого домашнього арешту або утримання під вартою [11, с. 147]. Натомість основним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 364 КК України, є суспільні відносини, що забезпечують правильну (належну) діяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, державних чи комунальних підприємств, установ, організацій, а також їх службових осіб, а додатковим обов'язковим об'єктом цього злочину, є охоронювані законом права і свободи та інтереси окремих

громадян, або державні чи громадські інтереси, або інтереси юридичних осіб [12, с. 845]. У той же час основним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 365 Кк є суспільні відносини, що забезпечують правильну (належну) діяльність таких органів державної влади, як правоохоронні, а додатковим обов'язковим об'єктом — виступають охоронювані законом права, свободи та інтереси окремих громадян, або державні чи громадські інтереси, або інтереси юридичних осіб, а за наявності кваліфікуючих та особливо кваліфікуючих ознак — також фізична чи психічна недоторканість, здоров'я, гідність особи, громадська безпека [12, с. 856].

Маючи визначення основного і безпосереднього об'єктів злочину, передбаченого ст. 371 КК України, продовжимо за цими ознаками проводити відмежування діянь, передбачених статтями 146, 147 та 373 КК України. Так, основним безпосереднім злочину, передбаченого ст. 146 КК України, є фізична свобода конкретної особи, додатковим обов'язковим об'єктом є громадська безпека, життя, здоров'я особи, особиста безпека, відносини власності тощо [13, с. 333]. Натомість основним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 147 КК України, є воля людини, а додатковим обов'язковим об'єктом є громадська безпека, життя, здоров'я особи, власність [13, с. 337]. Стосовно злочину, передбаченого ст. 373 КК України, основним безпосереднім об'єктом є інтереси правосуддя в частині забезпечення процесуального порядку отримання доказів, які встановлюються шляхом давання показань, а також конституційне право людини на те, що її обвинувачення у вчиненні злочину не буде ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом [14, с. 1096].

Отже, за об'єктом злочину, діяння передбачене ст. 371 КК України, на відміну від злочинів, передбачених статтями 364 та 365 КК України охоплює специфічні суспільні відносини, що забезпечують можливість (умови) з охорони регламентованої чинним законодавством належної діяльності слідчого, прокурора слідчого судді; суду, уповноваженої службової особи у застосуванні таких запобіжних заходів, як затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою, а злочини, передбачені ст. 364 та 365 КК України будь-яких інших відносин, учасниками яких є представники державної влади, навіть за умови зв'язку такої діяльності зв'язаної зі сферою кримінального судочинства утворюють об'єкт службових злочинів (ст. 464, ст. 465 КК України), а не злочинів проти правосуддя, до яких відноситься діяння, передбачене ст. 371 КК України. Це видно зі змісту об'єктів цих злочинів. Ці злочини мають істотну відмінність і за додатковими об'єктами злочинів. Це стосується й основних безпосередніх об'єктів злочинів і передбачених ст. 146 КК — це фізична свобода конкретної особи, але не зв'язана з запобіжними заходами, а стосується права вибору людиною на власний розсуд місця перебування [15, с. 10]. Саме в цьому є відмінність цих злочинів. Стосовно ст. 147 КК України безпосереднім об'єктом є воля, яка не зв'язана із застосуванням запобіжних заходів. Це основна відмінність, яка стосується такої відмежувальної ознаки злочинів, передбачених статтями 371, 147 КК України. Безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст. 373 КК України, стосується інтересів правосуддя в частині отримання доказів шляхом давання показань, а тому навіть незаконне утриму-

вання особи буде охоплюватися ст. 373 КК України. Відмежування злочинів за ознаками цієї сторони на перший погляд може видатися не дуже складним, але насправді помилок при застосуванні закону тут, як правило, більше всього. Це пояснюється тим, що помилки при відмежуванні злочинів ознаки, що характеризують об'єктивну сторону, зустрічаються частіше, ніж інші. Правильне встановлення ознак об'єктивної сторони є важливим з багатьох причин, це, як правило, дає можливість встановити ознаки об'єкта й суб'єкта та суб'єктивної сторони злочинного посягання, а деякі конкретні посягання може бути вчинено взагалі обмеженою кількістю способів і лише спеціальним суб'єктом та з певною формою вини. Як правило, порушення діянням об'єкта, що охороняється, може бути вчинено не будь-якими, а тільки певними діями, характер яких визначається у першу чергу властивостями самого об'єкта [16, с. 137]. Належно встановивши спосіб, засоби, джерела та місця дії, ми в ряді випадків можемо зробити обґрунтований висновок про об'єкт або хоча б про приблизне коло об'єктів злочинного посягання, а інколи про форму вини [17, с. 161].

З'ясування ознак об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 371 КК України, які відмежовують їх від ознак об'єктивної сторони злочинів, передбачених статтями 364, 365, 146, 147, 373 КК України, необхідно здійснювати шляхом виявлення змісту об'єктивної сторони суспільних злочинів. Для цього системно згрупуємо і співставимо ознаки об'єктивної сторони, зафіксовані в диспозиціях частин 1, 2 та 3 ст. 371 КК України. Так, запобіжний захід, як затримання підозрюваного, обвинуваченого або засудженого, як правило, вчиняється шляхом дії, лише в окремих випадках може вчинятися шляхом бездіяльності, а такий захід стосовно забезпечення кримінального провадження, як привід вчиняється лише шляхом дії (ч. 1 ст. 371) [18, с. 125]. Натомість такий запобіжний захід як завідомо незаконний домашній арешт характеризується такими ознаками об'єктивної сторони, як дії, час вчинення злочину; запобіжний захід завідомо незаконне тримання під вартою може вчинятися як шляхом дії, так і бездіяльності, а також містить таку обов'язкову ознаку об'єктивної сторони цього злочину, як час його вчинення (ч. 2 ст. 371 КК України) [19, с. 116]. Злочини, передбачені ч. 1 та 2 ст. 371 КК України відносяться до так званих діянь з формальними складами. Кваліфікуючими ознаками об'єктивної сторони злочину, передбаченого ч. 3 ст. 371 КК України, є: 1) завідомо незаконне затримання, що спричинило тяжкі наслідки при затриманні; 2) завідомо незаконний привід, якщо це спричинило тяжкі наслідки; 3) завідомо незаконне тримання під вартою, якщо це спричинило тяжкі наслідки [20, с. 139]. Для злочинів, передбачених п. 1, 3 та 4 характерні такі ознаки об'єктивної сторони, як дії та бездіяльність, час вчинення злочину, наслідки, необхідний причинний зв'язок між діями і наслідками, що настали. Злочини, передбачені ч. 3 ст. 371 КК України, за ознаками тяжкі наслідки відносяться до діянь з матеріальними складами; а інші до діянь з формальними складами. Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 364 КК України, відноситься до діянь з матеріальними складами характеризується діянням, наслідками (істотна шкода ч. 1 та тяжкі наслідки за ч. 1) необхідним причинними зв'язком між діяннями та наслідками, що настали [12, с. 845].

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 365 КК України, характеризується такими ознаками, як дії, наслідками, необхідним причинним зв'язком між діями, наслідками, що настали [12, с. 856–857]. У той же час злочин, передбачений ст. 371 КК України, характеризується такими обов'язковими ознаками об'єктивної сторони, як дії – незаконне позбавлення волі або викрадення людини та відноситься за ч. 1 та 3 (за виключенням ознаки або такі, що спричинили тяжкі наслідки). Також злочин, передбачений ст. 371 КК України, характеризується такими ознаками об'єктивної сторони, як дії захоплення або тримання заручника – це злочини за ч. 1, 2 та 3 ст. 147 КК України (за ознакою «що спричинили тяжкі наслідки») відносяться до злочинів з формальними складами).

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 373 КК України, характеризується незаконними діями [13, с. 510]. Цей злочин відноситься до так званих діянь з формальним складом. У тому випадку, коли затримання спрямоване на досягнення злочинного результату у вигляді отримання від особи необхідних свідчень та ці дії потрібно кваліфікувати за ст. 373 КК України [4, с. 167].

Проведене нами відмежування свідчить, що відмежування злочину, передбаченого ст. 371 КК України, та суміжних злочинів, передбачених статтями 364, 365, 146, 147 та 374 КК України має істотні відмінності за змістом об'єктивної сторони цих злочинів.

Відмежування за суб'єктами злочину. Таке відмежування злочинів залежно від їх суб'єктів у більшості випадків не викликає труднощів. Це пояснюється тим, що ознаки суб'єкта злочинів бувають зазначені в законі і легко можуть бути встановлені. Проте, це не відноситься до злочинів, передбачених ст. 371, 364, 365, 146, 147, 373 КК України. Проте, наведене нами дослідження суб'єкта злочину, передбаченого ст. 371 КК України, дає можливість стверджувати наступне: 1) що при затриманні на підставі ухвали слідчого судді, з метою приводу для забезпечення слідчих дій тощо суб'єктами завідомо незаконного затримання можуть бути: слідчий, прокурор, слідчий суддя, уповноважена службова особа (особа, якій законом надане право здійснювати затримання); 2) затримання без ухвали слідчого судді: кожен має право затримати таку особу (за наявності таких підстав, зокрема, при вчиненні злочину або замаху на вчинення кримінального правопорушення; безпосередньо після вчинення кримінального правопорушення; після вчинення такого правопорушення під час переслідування особи; таким суб'єктом є особа, яка досягла 16-ти річного віку [21, с. 120]. Натомість другою формою затримання без ухвали слідчого судді, суду, є затримання уповноваженою службовою особою, яка і може бути суб'єктом цього злочину, – це працівник ОВС, СБУ, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства, органів Державної пенітенціарної служби, органів державної прикордонної служби тощо. Суб'єктом злочину завідомо незаконний домашній арешт може бути: слідчий, прокурор, слідчий суддя, професійні судді, керівник установи утримування підозрюваного, обвинуваченого у місцях попереднього ув'язнення [21, с. 122].

З метою проведення відмежування злочину за ознаками суб'єкта цього діяння від злочинів, передбачених статтями 364, 365, 146, 147 КК України за

ознаками суб'єктів цих кримінальних правопорушень слід звернутися до існуючих поглядів з цієї проблеми. Так, Р.І. Мельник запевняє, що «суб'єктивний склад злочинів, передбачених ст. 371 КК України, опосередковується рамками тієї процесуальної діяльності, що складає зміст таких примусових заходів, як затримання, привід, арешт і тримання під вартою. До їх числа можуть бути віднесені тільки службові особи органів досудового слідства, дізнання та прокуратури, компетентні застосувати зазначені запобіжні заходи, а також суддя як орган судового контролю за законністю такої діяльності» [4, с. 163]. У цілому, відповідно до попереднього Кримінального процесуального кодексу України це правильне судження, але слід зазначити, що суб'єктивний склад має відношення до структури об'єкта злочину, але не може бути суб'єктивним складом злочину. Суб'єктами зловживання владою або перевищення влади, як пропонує Р.І. Мельник: «...можуть бути будь-які службові особи, які постійно або тимчасово здійснюють функції представників влади. Серед них окреме місце посідають співробітники правоохоронних органів. Специфікою такого представництва є реалізація владних повноважень саме в правоохоронній сфері як особливої галузі державно-правових відносин» [4, с. 163]. Представники цієї групи найбільш наближені до суб'єктів злочинів, передбачених ст. 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 вигляді взяття під варту, вчинення таких дій є перевищенням влади, оскільки суб'єкт вийшов за рамки наданих йому повноважень» [26, с. 538]. Ця позиція є, на наш погляд, достатньо обґрунтованою. Можна погодитися з точкою зору, яка має місце в юридичній літературі, що «до випадків перевищення влади також слід віднести 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: порушення кримінальної справи на прийняття її до свого провадження, отримання згоди в прокурора на внесення подання до суду» [4, с. 164]. Проте, тут містяться судження, які стосуються кваліфікації злочинів, але не стосуються їх відмежування. Ще в цьому напрямі слід звернутися до твердження М.І. Мельника, який переконує, що суб'єктом зловживання владою або службовим становищем може бути лише службова особа, зазначена у п. 1 та 2 примітки до ст. 364 КК України [27, с. 1054]. Це повною мірою узгоджується з О.В. Кришевич та А.В. Савченка, що визначення поняття «службова особа», яке дано у п. 1 примітки до ст. 364 КК України, слід відрізнити від його визначення, наведеного у ч. 3 ст. 18 КК України. Відмінність між ними полягає в тому, що: а) у першому з них згадується про державні чи комунальні підприємства; установи чи організації, тоді як у другому такого обмеження немає; б) перше визначення стосується вузького і вичерпного кола злочинів, а саме тих, що передбачені статтями 364, 368, 368-2, 369 КК України, тоді як друге

поширюється на решту злочинів, передбачених статтями чинного КК України (у тому числі низкою статей розд. XVII його Особливої частини)... суб'єктом зловживання владою або службовим становище є службова особа юридичної особи публічного права, а отже таким суб'єктом не може бути визнана службова особа, яка працює в юридичній особі приватного права. Пункт 2 примітки до ст. 364 КК повністю збігається за змістом із ч. 4 ст. 18 КК ...» [ 12, с. 848].

Враховуючи проведений нами аналіз суб'єкта злочину, передбаченого ст. 371 КК України, стосовно кожного запобіжного заходу в цій статті та стосовно суб'єкта злочину, передбаченого ст. 364 КК України, та існуючи погляди щодо останнього, що свідчать про відмежування цих злочинів за їх суб'єктами, а саме для статті 371 КК України такими є лише спеціально уповноважені процесуальні особи на здійснення ініціювання запобіжних заходів, а також на їх застосування у відповідності з процесуальним порядком.

Суб'єкт злочину, передбаченого ст. 146 КК України є фізична приватна та неслужбова осудна, особа, якій до моменту вчинення злочину виповнилося 16-ть років [13, с. 364]. Крім того, суб'єктом злочину, передбаченого ст. 147 КК України, є фізична осудна особа, якій до моменту вчинення злочину виповнилося 14-ть років [13, с. 367]. У відповідності із ст. 373 КК України суб'єктом цього злочину є прокурор, слідчий, працівник підрозділу, який здійснює оперативно-розшукову діяльність, котрі проводять розслідування, але який проводить слідчу дію з відібрання показань. Отже і за суб'єктом злочин, передбачений ст. 371 КК України, суттєво відрізняється від суб'єкта злочинів, передбачених статтями 364, 365, 146, 147 та 373 КК України.

Відмежування злочинів за суб'єктивною стороною. Слід звернути увагу на те, що суб'єктивна сторона злочину є відображенням у свідомості суб'єкта об'єктивних ознак вчиненого і характеризує ставлення до них суб'єкта [22, с. 131]. З'ясування досудового розслідування і судової практики свідчить про те, що значна кількість помилок при кваліфікації злочинів допускається або через неправильне розуміння суб'єктивних ознак цих складів, або з причини неглибокого їх з'ясування. Кримінальне право України не віддає пріоритету ні об'єктивним, ні суб'єктивним ознакам, оскільки переоцінка об'єктивних ознак призводить до об'єктивного ставлення в вину, а переоцінка суб'єктивних факторів призвела б до засудження за думки, а не за дії. І те, й інше суперечить вимогам законності, яка має своїм основним завданням боротьбу з різними антисуспільними явищами, забезпечення непохитності суспільного і державного ладу, тому намагання деякими авторами схилитися до так званого пріоритету суб'єктивного ставлення у вину має хибний, суб'єктивістський підхід до кримінально-правового ставлення у вину і не може бути сприйнятий практикою [23, с. 140]. Критерієм відмежування за суб'єктивною стороною є форма та вид вини. Але як визначити, чи передбачає той чи інший склад злочину, вину умисну або необережну, із чого виходить? Це може бути: а) прямо вказано в законі; б) впливати зі змісту вживаних у ньому термінів; в) із вказівок закону на мотив і мету, що характеризують умисні дії; г) походити із системного тлумачення закону [24, с. 117]. Так, щодо суб'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 371 КК України, можна стверджувати, що законодавча конструкція

об'єктивної сторони цього злочину свідчить — ці злочини за ч. 1 та 2 і третьою (за виключенням ознаки «дії, передбачені частинами першої або другої цієї статті... були вчинені з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах») вчиняються умисно. Умисел тут буде лише прямий [25, с. 68]. Натомість, злочин, передбачений ч. 3 ст. 371 КК України (за ознакою дії передбачені частиною першою або другою цієї статті, якщо вони спричинили тяжкі наслідки) мають подвійну форму вини, а тому до дій або бездіяльності цей злочин вчиняється з прямим умислом, а до наслідків може бути необережне ставлення. За ч. 1 та 2 ст. 371 КК України мотиви можуть бути різними, а до діянь за ознаками 2вчинені з корисних мотивів», то обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони мотивом буде інший корисливий інтерес [25, с. 70]. У той же час злочин, передбачений ст. 364 КК України, характеризується щодо діяння — прямим умислом та спеціальною метою одержання будь-якої неправомірної вигоди, а стосовно наслідків, передбачених ч. 1 та 2 ст. 364 КК України, умисною або необережною формою вини. Щодо суб'єктивної сторони злочину, то діяння, передбачене ст. 371 КК України, характеризується умислом до дій та умислом чи необережністю до наслідків [12, с. 858]. Слід погодитися з тим, що при перевищенні службових повноважень особа усвідомлює, що умислом охоплюється протиправність використання повноважень, а за ст. 371 КК України особа в деяких обставинах не повинна ці повноваження здійснювати [4, с. 164]. Злочин, передбачений ст. 146 КК України за ч. 1, 2 та 3 (за виключенням ознаки «діяння, що спричинили тяжкі наслідки») цієї статті характеризується прямим умислом, а стосовно наслідків характерна вина у формі необережності. Суб'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 147 КК України за ч. 1 та 2 та 3 ст. 147 КК (за виключенням ознаки «ті самі дії..., що спричинили тяжкі наслідки») характеризується прямим умислом та метою спонукання держави, організацій або окремих громадян за вчинення або не вчинення будь-якої дії як умови звільнення. Злочин, передбачений ст. 373 КК України, характеризується виною у формі прямого умислу.

Злочин, передбачений ст. 371 КК України, має істотні відмінності за ознаками суб'єктивної сторони від злочинів, передбачених ст. 364, 365, 146, 147, 373 КК України. Певною мірою ці питання знайшли відображення і в кримінально-правовій літературі зарубіжних держав [28; 29; 30; 31; 34], але дослідження цієї проблематики триває.

**Висновки.** На підставі проведеного дослідження можна дійти наступних висновків: 1) питання, що стосуються відмежування злочину, передбаченого ст. 371 КК України, від суміжних злочинів є складним з позиції теорії та практики; 2) аналізовані злочини відрізняються за об'єктом, об'єктивною стороною, суб'єктом та суб'єктивною стороною; 3) відмежування суміжних злочинів є важливим для теорії та практики.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. *Кудрявцев В.Н.* Общая теория квалификации преступлений : 2—е изд., перераб. и доп. — М. : «Юрист». — 2006. — 304 с.
2. *БричЛ.* Суміжні склади злочинів : поняття і основні ознаки. Підприємництво, господарство і право. 2006. — № 6. — С. 102—109.

3. *Савенкова Т.Г.* Безпосередній об'єкт злочину приховування або перекручення відомостей про екологічний стан або захворюваність населення. Юридична наука. 2015. — № 1. — С. 101–112.

4. *Мельник Р.І.* Кримінально-правова характеристика завідомо незаконних затримання, приводу, арешту та тримання під вартою (ст. 371 КК України) ...Дис.... На здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук; за спец. 12.00.08 — кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право. Луганськ : Луганський державний університет імені Є.О. Дидоренка, 2008. — 221 с.

5. Кримінальне право України. Особлива частина: підручник; за ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. — К. : Юридична думка, 2004. — 656 с.

6. Курс советского уголовного права: Часть особенная : в 6 т. Ред. кол. : заслуж. деят. науки РСФСР, чл.-кор. АН СССР А.А. Пионтковский и др. М. : Наука, 1971. — т. 6. — 560 с.

7. *Рашиновская Ш.С.* Преступления против социалистического правосудия. Сов. уголовное право. Часть особенная ; под общей ред. доц. А.Н. Васильева. М., 1959. — Вып. 8. — 39 с.

8. 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.

9. *Карташов А.Ю.* Уголовная ответственность за вынесение заведомо неправосудных приговора, решения или иного акта: дис.....канд. юрид. наук : 12.00.08. Александр Юрьевич Карташов. Ставрополь, 2004. — 171 с.

10. *Мельникова В.Е.* Должностные преступления. Вопросы уголовно-правовой квалификации : учебное пособие. М., 1985. — 97 с.

11. *Шитко О.С.* Безпосередній об'єкт злочину завідомо незаконне затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою. Юридична наука. 2016. — № 3. — С. 146–160.

12. *Кришевич О.В.* Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / Д.С. Азаров, В.К. Гришук, А.В. Савченко та ін. ; за заг. ред. О.М. Джужі, А.В. Савченка, В.В. Чернея. — К. : Юрінком Інтер, 2016. — С. 844–894.

13. *Вартилицька І.А.* Злочини проти волі, честі та гідності особи. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / Д.С. Азаров, В.К. Гришук, А.В.Савченко та ін. ; за заг. ред. О.М. Джужі, А.В. Савченка, В.В. Чернея. — К. : Юрінком Інтер, 2016 — С. 333–352.

14. *Бойко А.М.* Злочини проти правосуддя / А.М. Бойко, М.І. Хавронюк // Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України ; за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. — 9-те вид., перероб та допов. — К. : Юридична думка, 2012. — С. 1093–1147.

15. *Бойко Н.В.* Ответственность за незаконное лишение свободы по советскому уголовному праву : автореф. дис.. на стиск. уч. степени канд. юрид. наук : 12.00.08. — уголовное право и кримінологія ; уголовно-исполнительное право. Н.В. Бойко. — Х. : 1989. — 24 с.

16. *Кудрявцев В.Н.* Объективная сторона преступления. Советское уголовное право. Общая часть. Учебник / Под ред. В.Д. Меньшагина и др. — М. : Изд-во Моск. ун-та, 1974. — С. 128–143.

17. *Коржанский Н.И.* Объект и предмет уголовно-правовой охраны. — М. : Изд-во Академии МВД СССР, 1980. — 248 с.

18. Шнипко О.С. Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ч. 1 ст. 371 КК України / О.С. Шнипко — К. : «Юридична Наука». — № 9. — 2012. — С. 83–98.

19. Шнипко О.С. Об'єктивні ознаки злочинів, передбачених ч. 2 ст. 371 КК України / О.С. Шнипко — К. : «Юридична Наука». — № 6. — 2016. — С. 118–143.

20. Шнипко О.С. Кваліфікуючі ознаки злочину завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою (ч. 3 ст. 371 КК України / О.С. Шнипко. — К. : «Юридична Наука». — № 1. — 2017. — С. 138–153.

21. Шнипко О.С. Суб'єктивна сторона злочину завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою / О.С. Шнипко — К. : — «Юридична Наука». — № 3. — 2017. — С. 113–127.

22. Рарог А.И. Субъективная сторона и квалификация преступлений — М. : ООО «Профобразование», 2001. — 135 с.

23. Воробей П.А. Теорія і практика кримінально-правового ставлення в вину. — К. : НАВСУ, 1997. — 184 с.

24. Никифоров Б.С. Применение общего определения умысла и норм Особенной части УК. Советское государство и право. 1966. № 7. — С. 117–199.

25. Шнипко О.С. Суб'єкт злочину завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою / О.С. Шнипко — К. : — «Юридична Наука». — № 6. — 2017. — С. 64–87.

26. Навроцький В.О. Кримінальне право України : Особлива частина : курс лекцій. — К. : Т-во Знання, КОО, 2000. — 771 с.

27. Мельник М.І. Коментар до статей 364, 365, 366–368, 369, 370 КК. НАУКОВО-практичний коментар Кримінального кодексу України; за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. — 9-те вид., переробл. та допов. — К. : Юридична думка, 2012. — С. 1052–1092.

28. The Polish Penal Code / edited by candidate of law, assistant professor A.I. Lukashov, and D j, prof N.F. Kuznetsova introduction by candidate of law, assistant professor A.I. Lukashov and candidate of law E. A. Sarkisova, translated from Polish by D.A. Barilovitch. — St. Petersburg : «Yuridichesky Center Press», 2001. — 234 p.

29. The Bulgarian Penal Code / edited by candidate of Law, assistant professor A.I. Lukashov; introduction by Y.I. Aidarov. — St. Petersburg : «Yuridichesky Center — Press», 2001. — 298 p.

30. The Swiss Penal Code / Preface by a member of the Council of Federation the Federal Assembly of the RF. N. Volkov; edited, translated from German, and introduction by Candidate of Law A.M. Serebrennikova. — St. Petersburg : «Yuridichesky Center — Press», 2002. — 366 p.

31. THE JAPANESE PENAL CODE / Edited and introduction by Doctor of Law, prof. A. I. Korobeev. — St. Petersburg : «Yuridichesky Center — Press», 2002. — 226 p.

32. Criminal Legislation of Norway / Edited and introductory article by Doctor of Law, professor Yn. V. Golik; translated from Norwegian A.V. Zhmenya. — St. Petersburg : «Yuridichesky Center — Press», 2002. — 366 p.

## REFERENCES

1. Kudrjavcev V.N. Obshhaja teorija kvalifikacii prestuplenij : 2—e izd., pererab. i dop. — М. : “Jurist”. 2006. — 304 s.

2. Brych L. Sumizhni sklady zlochiniv : poniattia i osnovni oznaky. Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo. 2006. — № 6. — С. 102–109.

3. *Savenkova T.H.* Bezposerednii ob'iekt zlochynu prykhovuvannia abo perekruhennia vidomosti pro ekolohichniy stan abo zakhvoriuvanist naseleennia. Yurydychna nauka. 2015. — №1. — S. 101–112.

4. *Melnyk R.I.* Kryminalno-pravova kharakterystyka zavidomo nezakonnykh zatrymannia, pryvodu, areshytu ta trymannia pid vartoiu (st. 371 KK Ukrainy) ...Dys.... Na zdobuttia naukovooho stupenia kand. yuryd. nauk; za spets. 12.00.08 — kryminalne pravo ta kryminolohiia; kryminalno-vykonavche pravo. Luhansk : Luhanskyi derzhavnyi universytet imeni Ye.O. Dydorenka, 2008. — 221 s.

5. Kryminalne pravo Ukrainy. Osoblyva chastyna: pidruchnyk; za red. M.I. Melnyka, V.A. Klymenka. — K. : Yurydychna dumka, 2004. — 656 s.

6. Kurs sovetskogo ugovnogo prava: Chast' osobennaja : v 6 t. Red. kol. : zasluzh. dejat. nauki RSFSR, chl.-kor. AN SSSR A.A. Piontkovskij i dr. M. : Nauka, 1971. — t. 6. — 560 s.

7. *Rashnovskaja Sh.S.* Prestuplenija protiv socialisticheskogo pravosudija. Sov. ugovnoe pravo. Chast' osobennaja ; pod obshhej red. doc. A.N. Vasil'eva. M., 1959. — Vyp. 8. — 39 s.

8. Pro sudovu praktyku u spravakh pro perevyschennia vlady abo sluzhbovykh povnovazhen : Postanova Plenumu Verkhovnoho Sudu Ukrainy vyd 26 hrudnia 2003 r. № 15. Visnyk Verkhovnoho Sudu Ukrainy. — 2004. — № 2.

9. *Kartashov A.Ju.* Ugolovnaja otvetstvennost' za vynesenie zavedomo nepravosudnih prigovora, reshenija ili junogo akta: dis....kand. jurid. nauk : 12.00.08. Aleksandr Jur'evich Kartashov. Stavropol', 2004. — 171 s.

10. *Mel'nikova V.E.* Dolzhnostnye prestuplenija. Voprosy ugolovno-pravovoj kvalifikacii : uchebnoe posobie. M., 1985. — 97 s.

11. *Shnytko O.S.* Bezposerednii ob'iekt zlochynu zavidomo nezakonne zatrymannia, pryvid, domashnii areshyt abo trymannia pid vartoiu. Yurydychna nauka. 2016. — № 3. — S. 146–160.

12. *Kryshevych O.V.* Zlochyny u sferi sluzhbovoi diialnosti ta profesiinoi diialnosti, poviazanoi z nadanniam publicznykh posluh. Naukovo-praktychnyi komentar Kryminalnoho kodeksu Ukrainy / D.S. Azarov, V.K. Hryshchuk, A.V. Savchenko ta in. ; za zah. red. O.M. Dzhuzhi, A.V. Savchenka, V.V. Chernieia. — K. : Yurinkom Inter, 2016. — S. 844–894.

13. *Vartyletska I.A.* Zlochyny proty voli, chesti ta hidnosti osoby. Naukovo-praktychnyi komentar Kryminalnoho kodeksu Ukrainy / D.S. Azarov, V.K. Hryshchuk, A.V. Savchenko ta in. ; za zah. red. O.M. Dzhuzhi, A.V. Savchenka, V.V. Chernieia. — K. : Yurinkom Inter, 2016 — S. 333–352.

14. *Boiko A.M.* Zlochyny proty pravosuddia / A.M. Boiko, M.I. Khavroniuk // Naukovo-praktychnyi komentar Kryminalnoho kodeksu Ukrainy ; za red.. M.I. Melnyka, M.I. Khavroniuka. — 9-te vyd., pererob ta dopov. — K. : Yurydychna dumka, 2012. — S. 1093–1147.

15. *Bojko N.V.* Otvetstvennost' za nezakonne lishenie svobody po sovetskomu ugovnomu pravu : avtoref. dis.. na stisk uch. stepeni kand. jurid. nauk : 12.00.08. — ugovnoe pravo i kriminologija ; ugovno-ispolnitel'noe pravo. N.V. Bojko. — H. : 1989. — 24 s.

16. *Kudrjavcev V.N.* Obektivnaja storona prestuplenija. Sovetskoe ugovnoe pravo. Obshhaja chast'. Uchebnik / Pod red. V.D. Men'shagina i dr. — M. : Izd-vo Mosk. un-ta, 1974. — S. 128–143.

17. *Korzhanskij N.I.* Obekt i predmet ugolovno-pravovoj ohrany. — M. : Izd-vo Akademii MVD SSSR, 1980. — 248 s.

18. *Shnytko O.S.* Obiektivna storona zlochynu, peredbachenoho ch. 1 st. 371 KK Ukrainy / O.S. Shnytko — K. : “Yurydychna Nauka”. — № 9. — 2012. — S. 83–98.
19. *Shnytko O.S.* Obiektivni oznaky zlochyniv, peredbachenykh ch. 2 st. 371 KK Ukrainy / O.S. Shnytko — K. : “Yurydychna Nauka”. — № 6. — 2016. — S. 118–143.
20. *Shnytko O.S.* Kvalifikuiuchy oznaky zlochynu zavidomo nezakonni zatrymanna, pryvid, domashnii areshht abo trymanna pid vartoiu (ch. 3 st. 371 KK Ukrainy / O.S. Shnytko — K. : “Yurydychna Nauka”. — № 1. — 2017. — S. 138–153.
21. *Shnytko O.S.* Subiektivna storona zlochynu zavidomo nezakonni zatrymanna, pryvid, domashnii areshht abo trymanna pid vartoiu / O.S. Shnytko — K. : — “Yurydychna Nauka”. — № 3. — 2017. — S. 113–127.
22. *Rarog A.I.* Subektivnaja storona i kvalifikacija prestuplenij — M. : OOO “Profobrazovanie”, 2001. — 135 s.
23. *Vorobei P.A.* Teoriia i praktyka kryminalno-pravovoho stavlennia v vynu.— K. : NAVSU, 1997. — 184 s.
24. *Nikiforov B.S.* Primenenie obshhego opredelenija umysla i norm Osobennoj chasti UK. Sovetskoe gosudarstvo i pravo. 1966. — № 7. — S. 117–199.
25. *Shnytko O.S.* Subiekt zlochynu zavidomo nezakonni zatrymanna, pryvid, domashnii areshht abo trymanna pid vartoiu / O.S. Shnytko — K. : — “Yurydychna Nauka”. — № 6. — 2017. — S. 64–87.
26. *Navrotskyi V.O.* Kryminalne pravo Ukrainy : Osoblyva chastyna : kurs lektsii.— K. : T-vo Znannia, KOO, 2000. — 771 s.
27. *Melnyk M.I.* Komentar do stattei 364, 365, 366–368, 369, 370 KK. NAUKOVO-praktychnyi komentar Kryminalnogo kodeksu Ukrainy; za red. M.I. Melnyka, M.I. Khavroniuka. — 9-te vyd., pererobl. ta dopov. — K. : Yurydychna dumka, 2012. — S. 1052–1092.
28. The Polish Penal Code / edited by candidate of law, assistant professor A.I. Lukashov, and D j, prof N.F. Kuznetsova introduction by candidate of law, assistant professor A.I. Lukashov and candidate of law E.A. Sarkisova, translated from Polish by D.A. Barilovitch. — St. Petersburg : “Yuridicheskyy Center Press”, 2001. — 234 p.
29. The Bulgarian Penal Code / edited by candidate of Law, assistant professor A.I. Lukashov; introduction by Y.I. Aidarov. — St. Petersburg : “Yuridicheskyy Center — Press”, 2001. — 298 p.
30. The Swiss Penal Code / Preface by a member of the Council of Federation the Federal Assembly of the RF. N. Volkov; edited, translated from German, and introduction by Candidate of Law A.M. Serebrennikova. — St. Petersburg : “Yuridicheskyy Center — Press”, 2002. — 366 p.
31. THE JAPANESE PENAL CODE / Edited and introduction by Doctor of Law, prof. A.I. Korobeev. — St. Petersburg : “Yuridicheskyy Center — Press”, 2002. — 226 p.
32. Criminal Legislation of Norway / Edited and introductory article by Doctor of Law, professor Yn.V. Golik; translated from Norwegian A.V. Zhmenya. — St. Petersburg : “Yuridicheskyy Center — Press”, 2002. — 366 p.

**Шнирко О.С. Відмежування злочину завідомо незаконне затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою від суміжних злочинів**

*У статті проведено відмежування злочину завідомо незаконне затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою від суміжних злочинів, передбачених статтями 364, 365, 146, 147, 373 КК України. Здійснене відмежування злочину, передбачених статтями 364, 365, 146, 147, 373 КК України, свідчить, що ці злочини відрізняються з об'єктом, об'єктивною стороною, за суб'єктом та суб'єктивною стороною.*

**Ключові слова:** відмежування злочинів, суміжні злочини, конкуренція норм кримінального законодавства, привід, затримання, тримання під вартою, домашній арешт.

**Шнирко А.С. Отграничение преступления заведомое незаконное задержание, привод, домашний арест или содержание под стражей от смежных преступлений**

*В статье проведено отграничение преступления заведомо незаконное задержание, привод, домашний арест или содержание под стражей от смежных преступлений, предусмотренных статьями 364, 365, 146, 147, 373 УК Украины. Рассмотренное отграничение преступлений, предусмотренных статьями 364, 365, 146, 147, 373 УК Украины, свидетельствует о том, что эти преступления отличаются объектом, объективной стороной, субъектом и субъективной стороной.*

**Ключевые слова:** отграничение преступлений, смежные преступления, конкуренция норм уголовного законодательства, привод, задержание, содержание под стражей, домашний арест.

**Shnyrko O. The Distinction between a Crime of Knowingly Unlawful Detention, Forced Bringing, House Arrest or Holding in Custody and Related Offenses**

*In this article, the distinction between a crime of knowingly unlawful detention, forced bringing, house arrest or holding in custody and related offenses provided for under Articles 364, 365, 146, 147, and 373 of the Criminal Code of Ukraine is conducted. The results of the research demonstrate that a crime of knowingly unlawful detention, forced bringing, house arrest or holding in custody differs from related offenses provided for under Articles 364, 365, 146, 147, and 373 of the Criminal Code of Ukraine by an object, objective aspect (actus reus), perpetrator, and subjective aspect (mens rea) of a crime.*

**Keywords:** Distinction between Crimes; Related Crimes; Competition among Rules of Criminal Legislation; Forced Bringing; Detention; Holding in Custody; House Arrest

Стаття надійшла до редакції: 12.12. 2017.