

Summary

Hitra O. L. The causes and conditions that contribute to the spread and offenses related to narcotic drugs involving minors. – Article.

This paper examines current issues related to the establishment of the causes and conditions conducive to the spread and offenses related to drugs involving minors. Based on statistics and analysis of the drug situation in the country proved that one of the factors involved in the interaction of causes and conditions for the offense of narcotic drugs involving minors, is generated by other system processes and phenomena that contribute to the occurrence and impact on drug offenses state of law and order in the state.

Key words: attraction, minors, drug crimes, warning, wrongfulness.

УДК 343.36:343.125/.126:343.4

Л. М. Палюх

СУБ'ЄКТ ЗАВІДОМО НЕЗАКОННОГО ЗАТРИМАННЯ: ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

У ст. 29 Конституції України закріплено право кожної людини 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 [1]. У ст. 371 Кримінального кодексу України (далі – КК України) передбачено норму, яка направлена на охорону правовідносин, що забезпечують встановлений законом порядок застосування до особи заходів забезпечення кримінального провадження, пов'язаних із позбавленням або обмеженням її особистої свободи.

Проблеми, що стосуються кримінальної відповідальності за завідомо незаконне затримання, розглядали у своїх працях такі вітчизняні вчені в галузі кримінального права, як А.М. Бойко, В.І. Борисов, І.С. Власов, А.В. Воронцов, Р.І. Мельник, В.О. Навроцький, В.І. Тютюгін, І.М. Тяжкова, Є.В. Фесенко, М.І. Хавронюк та інші. У працях зазначених науковців досліджувалися ознаки відповідного складу злочину, проблеми кваліфікації. Однак майже всі дослідження проводилися під час дії Кримінально-процесуального кодексу України 1960 р. У зв'язку з набранням чинності новим Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК України) практика правозастосування ставить низку питань щодо тлумачення окремих ознак складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 371 КК України. Однією з таких проблем є визначення кола суб'єктів завідомо незаконного затримання.

Р.І. Мельник серед суб'єктів завідомо незаконного затримання за ознакою службової особи, що має право затримувати особу за підозрою у вчиненні злочину, називає начальників органів дізнання (або службових осіб, яких відповідно до ст. 101 КПК України віднесено до органів дізнання), слідчих як органів досудового слідства та прокурорів, які здійснюють нагляд за виконанням законів органами досудового розслідування [2, с. 21]. Аналогічну позицію висловлює М.А. Кауфман, проте, крім уже перерахованих, відносить до суб'єктів також начальника місця тримання підозрюваного [3, с. 145].

В.І. Борисов, А.М. Бойко, В.І. Тютюгін і Є.В. Фесенко називають суб'єктом завідомо незаконного затримання службову особу органу дізнання, слідчого, прокурора [4, с. 19; 5, с. 1094; 6, с. 447].

Л.В. Лобанова й А.С. Горелик зазначають, що не є суб'єктами цього злочину інші працівники правоохоронних органів (окрім прокурорів, слідчих або осіб, які проводять дізнання), наприклад патрульної служби, які здійснюють затримання й захоплення підозрюваних [7, с. 347–348].

Зважаючи на те, що норма, передбачена ч. 1 ст. 371 КК України, є бланкетною, необхідно проаналізувати відповідні положення кримінального процесуального законодавства з метою визначення кола осіб, які є суб'єктами завідомо незаконного затримання.

Відповідно до ч. 2 ст. 176 КПК України затримання особи, яке застосовується з підстав та в порядку, передбачених КПК України, є тимчасовим запобіжним заходом. Формами (видами) цього тимчасового запобіжного заходу є такі:

– затримання підозрюваного, обвинуваченого за ухвалою слідчого судді, суду з метою приводу (ст. ст. 188–192 КПК України);

– затримання без ухвали слідчого судді, суду уповноваженою службовою особою, а також кожним, хто не є уповноваженою службовою особою (ст. ст. 207–213 КПК України).

На практиці виникають проблеми щодо визначення кола осіб, які є суб'єктами завідомо незаконного затримання в другій із названих форм – без ухвали слідчого судді, суду (ст. ст. 207–213 КПК України).

Якщо завідомо незаконне затримання особи здійснює особа, яка не є спеціальним суб'єктом, тобто особа, яка не уповноважена законом здійснювати затримання, з метою доставлення в правоохоронні органи завідомо невинної особи (ч. ч. 2, 3 ст. 207 КПК України), вона повинна відповідати за незаконне позбавлення волі або викрадення людини (ст. 146 КК України), оскільки саме процесуальне затримання уповноважені здійснювати лише визначені в КПК України службові особи. У цьому випадку А.С. Горелик і Л.В. Лобанова обґрунтовано зазначають, що не можна вважати процесуальним затриманням захоплення особи під час або після вчинення нею злочину, коли метою затримання є доставлення затриманого в орган міліції. У цих випадках моментом затримання слід вважати час, коли затриманого було доставлено в орган дізнання або до слідчого [7, с. 344–345].

Ще одне питання, яке виникає на практиці, виходячи з положень чинного КПК України, стосується того, чи є слідчий і прокурор суб'єктами злочину, передбаченого ч. 1 ст. 371 КК України, якщо йде мова про завідомо незаконне затримання без ухвали слідчого судді, суду.

У § 2 глави 18 КПК України врегульовано порядок затримання особи без ухвали слідчого судді, суду. Зі змісту норм, передбачених ст. ст. 207–213 КПК України, умовно процес затримання особи можна поділити на два етапи:

– до моменту доставлення затриманої особи до органу досудового розслідування (ч. 4 ст. 208, ч. ч. 1, 2 ст. 210 КПК України);

– з моменту доставлення затриманої особи до органу досудового розслідування (ч. 5 ст. 208, ч. ч. 1, 3 ст. 210 КПК України).

На першому етапі процесуальні дії із затримання особи здійснює уповноважена службова особа на підставах і в порядку, передбачених ч. ч. 1–4, 6 ст. 208, ч. 1 ст. 210 КПК України. На цьому етапі затримання уповноважена службова особа (особа, якій законом надано право здійснювати затримання) виступає суб'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 371 КК України. Зазначена службова особа зобов'язана забезпечити дотримання процедури затримання, передбаченої ч. ч. 1, 2, 4 ст. 208, ч. ч. 1, 2 ст. 210 КПК України. Отже, у КПК України чітко зазначено: «...особа, якій законом надано право здійснювати затримання». Таким чином, КПК України наділяє цю особу функцією здійснювати таку процесуальну дію, як затримання, яка пізніше оформляється іншими посадовими особами.

Стосовно питання про те, хто уповноважений складати протокол про затримання особи (ч. 5 ст. 208 КПК України), деякі вчені-процесуалісти зазначають, що протокол про затримання складає уповноважена службова особа, яка здійснила затримання [8, с. 517]. Водночас слід звернути увагу на те, що в ч. 5 ст. 208 КПК України чітко не зазначено, що протокол має складати особа, яка здійснювала затримання. Оскільки відповідно до ст. 103 КПК України протокол є формою фіксування кримінального провадження, із цього постає, що на час складення протоколу вже має бути кримінальне провадження.

Кримінальне провадження (провадження в кримінальній справі) у теорії кримінального процесу визначають як процесуальну діяльність органів досудового розслідування, прокурора, слідчого судді й суду у зв'язку з вчиненням кримінального правопорушення. Кримінальне провадження здійснюється за стадіями. Перші дві його стадії – внесення відомостей про вчинене кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань і досудове розслідування [9, с. 26]. Отже, кримінальне провадження наявне з моменту внесення відомостей про вчинене кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань. Після цього процесуальні дії можуть фіксуватися в протоколі. Таким чином, якщо затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, здійснюється до моменту внесення відомостей про вчинене кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань (наприклад, якщо особу застали під час вчинення злочину або замаху на його вчинення), затримання, відповідно до КПК України, неможливо зафіксувати в протоколі, оскільки в цей момент ще відсутнє кримінальне провадження, а протокол є формою фіксування кримінального провадження.

Відповідно до ч. 2 ст. 214 КПК України досудове розслідування розпочинається з моменту внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань. Із цього постає, що з моменту внесення відомостей про вчинене кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань інші службові особи, крім слідчого й прокурора, не уповноважені складати протоколи. Адже відповідно до ч. 3 ст. 214 КПК України здійснення досудового розслідування до внесення відомостей до реєстру або без такого внесення не допускається й тягне за собою відповідальність, встановлену законом. Відповідно до ст. 106 КПК України протокол під час досудового розслідування складається слідчим або прокурором, які проводять відповідну процесуальну дію, під час її проведення або безпосередньо після її закінчення. Відповідно, працівник оперативного підрозділу, який здійснює безо-

середнє затримання особи, не уповноважений скласти протокол про затримання. Таким чином, виходячи із системного тлумачення чинного КПК України, можна дійти висновку, що уповноважена службова особа, яка відповідно до ч. ч. 1–4 КПК України здійснює затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, не уповноважена скласти протокол про затримання; прокол про затримання складається слідчим або прокурором після доставлення затриманої особи до органу досудового розслідування відповідно до ст. 210 КПК України.

Практика органів досудового розслідування говорить про те, що працівники оперативних підрозділів складають рапорти про затримання особи, а наступне процесуальне оформлення протоколів про затримання здійснюється слідчими. Така практика з огляду на наведені вище положення чинного КПК України, вважаємо, відповідає КПК України. Т.В. Варфоломеева зазначає, що фіксування процесуальних дій у будь-якій іншій формі, крім тих, що передбачені ст. 103 КПК України, не мають юридичного значення, однак мають тактичне, орієнтує значення, можуть бути корисним інформаційним матеріалом для прийняття інших процесуальних рішень (наприклад, пояснення учасників кримінального провадження) [9, с. 282], у тому числі для оформлення протоколу про затримання особи слідчим, прокурором.

Крім того, з норми, передбаченої ч. 3 ст. 210 КПК України, постає, що слідчий здійснює перевірку дотримання передбаченого процесуальним законодавством порядку доставлення затриманої особи до органу досудового розслідування для вирішення питання про відповідальність винуватих у цьому осіб. Хоча закон визначає умову проведення такої перевірки: «...у разі наявності підстав для обґрунтованої підозри, що доставлення затриманої особи тривало довше, ніж це необхідно». Таким чином, закон покладає на слідчого обов'язок перевірити законність першого з виділених нами етапів затримання – до моменту доставлення особи до органу досудового розслідування, а також безпосередню реалізацію наступного етапу затримання – складення протоколу про затримання особи, дотримання інших вимог процесуальної форми, передбачених законом для процедури затримання. Якщо слідчий, прокурор оформляють протокол про затримання особи, яка доставлена до органу досудового розслідування відповідно до ст. 210 КПК України, вони зобов'язані переконатися в наявності підстав для затримання, а також забезпечити дотримання встановленого законом порядку затримання.

У разі відсутності передбаченої законом підстави для затримання особи (ч. ч. 1, 2 ст. 208 КПК України) слідчий, прокурор зобов'язані вжити заходи до негайного звільнення особи. Зі змісту норми, передбаченої ст. 210 КПК України, інших норм КПК України вбачається, що такий протокол складається в найближчому підрозділі органу досудового розслідування слідчим або прокурором. Про те, що такий протокол складає слідчий, чітко зазначено в ч. 3 ст. 210 КПК України. Про складення такого протоколу прокурором прямо не йдеться в ст. ст. 208–210 КПК України, де зазначено лише, що копія протоколу негайно направляється прокурору: «Про затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, складається протокол <...> Протокол про затримання підписується особою, яка його склала, і затриманим. Копія протоколу негайно під розпис вручається затриманому, а також надсилається прокурору». Водночас відповідно до ст. 36 КПК України прокурор, здійснюючи нагляд

за дотриманням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням, уповноважений починати досудове розслідування за наявності підстав, передбачених цим КПК України (п. 1 ч. 2 ст. 36); доручати слідчому, органу досудового розслідування проведення у встановлений прокурором строк процесуальних дій або давати вказівки щодо їх проведення чи брати участь у них, а в необхідних випадках особисто проводити процесуальні дії в порядку, визначеному КПК України (п. 4 ч. 2 ст. 36). Отже, якщо такий протокол прокурор складає сам під час реалізації зазначених вище функцій, у цьому випадку він виступає суб'єктом злочину, передбаченого ст. 371 КК України.

Якщо протокол про затримання складає слідчий, який відповідно до ч. 5 ст. 208 КПК України надсилає копію протоколу прокурору, якому відомо, що це затримання є незаконним, однак він не вживає заходів для звільнення затриманої особи, у цьому випадку прокурор, вважаємо, також є суб'єктом цього складу злочину, оскільки він, здійснюючи нагляд за дотриманням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням, не вживає заходів для своєчасного звільнення особи.

Відповідно до ч. 2 ст. 211 КПК України особа, затримана без ухвали слідчого судді, суду, не пізніше шістдесяти годин із моменту затримання повинна бути звільнена або доставлена до суду для розгляду клопотання про обрання стосовно неї запобіжного заходу. Відповідно до ч. 1 ст. 184 КПК України клопотання про застосування запобіжного заходу подається слідчим, прокурором; клопотання слідчого погоджується з прокурором. Це також підтверджує, що прокурор є суб'єктом цього злочину, оскільки має змогу здійснювати нагляд за законністю затримання особи, у тому числі дотримання строків, передбачених ст. 211 КПК України.

Також у ч. 2 ст. 278 КПК України зазначено, що письмове повідомлення про підозру затриманій особі вручається не пізніше двадцяти чотирьох годин із моменту її затримання. Відповідно до ч. 3 ст. 278 КПК України, якщо особі не вручено повідомлення про підозру після двадцяти чотирьох годин із моменту затримання, вона підлягає негайному звільненню. Зважаючи на те, що відповідно до ч. 1 ст. 277, ст. 278 КПК України письмове повідомлення про підозру складається прокурором або слідчим за погодженням із прокурором і вручається слідчим або прокурором, зазначені особи відповідають за своєчасне звільнення особи, якщо їй не вручено повідомлення про підозру після двадцяти чотирьох годин із моменту затримання поряд зі службовою особою підрозділу органу досудового розслідування, яка відповідно до ст. 212 КПК України є відповідальною за перебування затриманих.

Таким чином, проаналізувавши зміст зазначених вище норм КПК України, необхідно зробити висновок про те, що слідчий, прокурор, які складають протокол про затримання, звертаються з клопотанням про застосування до особи запобіжного заходу, прокурор, який здійснює процесуальне керівництво відповідним досудовим розслідуванням, є суб'єктами злочину, передбаченого ст. 371 КК України.

Слід зазначити, що якщо після доставлення особи до органу досудового розслідування відповідно до ст. 210 КПК України слідчий виявить, що її безпосереднє фактичне затримання було здійснене без передбачених законом підстав, то, виходячи з положень ч. 2 ст. 29 Конституції України, ч. 1 ст. 12 КПК України, така

особа повинна бути негайно звільнена. Водночас, зважаючи на імперативний метод правового регулювання, що застосовується в кримінальних процесуальних правовідносинах, вважаємо, що ст. 208 КПК України слід доповнити нормою, яка б передбачала, що якщо під час складання протоколу про затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, слідчий з'ясує відсутність передбачених КПК України підстав для затримання особи, то він повинен негайно звільнити таку особу.

Література

1. Конституція України / Верховна Рада України. – К. : Парламентське видавництво, 2006. – 59 с.
2. Мельник Р.І. Кримінально-правова характеристика завідомо незаконних затримання, приводу, арешту та тримання під вартою (ст. 371 КК України) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Р.І. Мельник ; Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – К., 2008. – 20 с.
3. Преступления против правосудия / под ред. А.В. Галаховой. – М. : Норма, 2005. – 416 с.
4. Злочини проти правосуддя : [навчальний посібник] / за заг. ред. В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. – Х. : Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, 2011. – 160 с.
5. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, В.І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. та допов. – К. : Юридична думка, 2012. – 1316 с.
6. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України : у 2 т. / за заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-тє вид., перероб. та доп. – К. : Алерта ; КНТ ; Центр учбової літератури, 2009– . – Т. 2. – 2009. – 624 с.
7. Горелик А.С. Преступления против правосудия / А.С. Горелик, Л.В. Лобанова. – СПб. : Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – 491 с.
8. Кримінальний процесуальний кодекс України : [науково-практичний коментар] : у 2 т. / О.М. Бандурка, Є.М. Блажівський, Є.П. Бурдоль та ін. – Х. : Право, 2012– . Т. 1. – 2012. – 768 с.
9. Кримінальний процесуальний кодекс України : [науково-практичний коментар] / за заг. ред. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. – К. : Юстініан, 2012. – 1328 с.

Анотація

Палюх Л. М. Суб'єкт завідомо незаконного затримання: проблеми визначення за Кримінальним процесуальним кодексом України. – Стаття.

Статтю присвячено проблемам визначення ознак такого елемента, як суб'єкт у складі злочину, передбаченого ст. 371 Кримінального кодексу України, на основі аналізу положень чинного Кримінального процесуального кодексу України для вирішення проблем, які виникають на практиці.

Ключові слова: затримання, запобіжний захід, кримінальна відповідальність, службова особа, слідчий, прокурор.

Аннотация

Палюх Л. М. Субъект заведомо незаконного задержания: проблемы определения за Уголовным процессуальным кодексом Украины. – Статья.

Статья посвящена проблемам определения признаков такого элемента, как субъект в составе преступления, предусмотренного ст. 371 Уголовного кодекса Украины, на основе анализа положений действующего Уголовного процессуального кодекса Украины для решения проблем, возникающих на практике.

Ключевые слова: задержание, мера пресечения, уголовная ответственность, должностное лицо, следователь, прокурор.

Summary

Paluyh L. M. An obviously illegal detention: problems of determining in the Criminal Procedural Code of Ukraine. – Article.

This article is devoted to the problems of determining the signs of such an element as a part of an offense under art. 371 of the Criminal Code of Ukraine, by analyzing the provisions of the Criminal Procedure Code of Ukraine to solve problems that arise in practice.

Key words: arrest, precaution, criminal liability, officer, investigator, prosecutor.