

## **ПИТАННЯ КОНКУРЕНЦІЇ НОРМ СТ.371 З НОРМОЮ Ч.3 СТ.364 КК**

*Айдинян Анжела Василівна*

*Студентка 4 –го курсу юридичного факультету КНУ ім.Т.Шевченка*

*Науковий керівник:*

**Задоя К.П.**

*к.ю.н., ас. кафедри кримінального права та кримінології  
юридичного факультету КНУ ім. Т.Шевченка*

Актуальність досліджуваної теми обумовлюється тим, що питання конкуренції кримінально-правових норм стосуються практики, а тому у даних питаннях необхідна однозначність, однак питання конкуренції норм ст.371 з нормою ч.3 ст.364 КК України є дискусійним. Так, у ППВСУ від 26.12.2003р. №15 норми ст.371 визнаються спеціальними щодо норм ст.365 КК. Однак, деякі теоретики вважають, що норми ст.371 КК є спеціальними по відношенню до норм ст.364 КК. Зокрема, така позиція відображена у Науково-практичному коментарі за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка [1]. Ця думка обґрунтовується тим, що суб'єктами злочину, передбаченого ст.371 КК, є лише ті службові особи, до компетенції яких належить здійснення повноважень щодо затримання, приводу, арешту та тримання під вартою. Такий підхід нам видається неоднозначним, оскільки суб'єкти даного злочину наділені не «абсолютним» правом здійснювати ці повноваження, а лише можливістю діяти таким чином за певних обставин. Якщо суб'єкт вдається до застосування даних заходів за відсутності цих обставин, наявний прояв перевищення влади або службових повноважень. Разом з цим ми також не підтримуємо підхід, запропонований ППВСУ, тому що вважаємо, що норми ст.371 КК можуть конкурувати як з нормами ст.365, так і ст.364 КК.

Конкуренція кримінально-правових норм між нормами ст.ст.371 і 364 КК матиме місце у випадку, коли формальні підстави для застосування відповідних процесуальних заходів наявні, але при обранні саме такого варіанту (а не іншого) він діє всупереч інтересам служби під впливом мотивів, передбачених у ч.1 ст.364 КК. Спробуємо довести, що суб'єкти злочину, передбаченого ст.371 КК, наділені дискреційними повноваженнями (а не обов'язками) щодо

застосування відповідних заходів. Для цього проаналізуємо норми кримінально-процесуального законодавства.

Оскільки затримання і взяття під варту є запобіжними заходами, звернемось до ч.2 ст.148 КПК, яка передбачає підстави застосування запобіжних заходів, але для їх застосування повинні бути ще і певні обставини, невичерпний перелік яких міститься у ст.150 КПК. Тут вжито поняття «достатні підстави», яке є оціночним і визначається, виходячи із конкретних обставин конкретної справи.

У ст.106 КПК передбачений вичерпний перелік підстав, за яких особа може бути затримана (сама може, а не повинна), але ч.3 цієї ж статті та ст.3 Положення про порядок короткочасного затримання осіб, підозрюваних у вчиненні злочину регламентують необхідність зазначення у протоколі затримання не лише підстав, але і мотиву такого затримання. Згідно із НПК до КПК, автором якого є Тертишник В.М., мотивом затримання можуть бути необхідність перешкодити особі ухилитись від розслідування, сховатись від органів розслідування тощо [2]. Крім того, ст.16 вище згаданого Положення передбачає як одну з підстав звільнення затриманого відсутність необхідності у застосуванні такого запобіжного заходу. Отже, робимо висновок, що затримання як тимчасовий запобіжний захід є дискреційним повноваженням уповноважених органів, що надає їм можливість оцінити ситуацію, наявні факти і застосувати найбільш «адекватний» захід державного примусу.

Щодо арешту, то у ст.155 КПК у фігурує поняття «у виняткових випадках», зміст якого є оціночним. Ст.165-2 КПК наділяє орган дізнання та слідчого правом внести подання за згодою прокурора до суду про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, якщо він вважає, що є підстави для обрання такого заходу. Формулювання «вважає» вже свідчить про певну свободу у виборі варіанту поведінки з боку цього суб'єкта.

Регламентуючи привід, законодавець у ст.ст.70, 135, 288 КПК статтях оперує поняттям «поважні причини», а у ч.3 ст.135 КПК наводиться неповний перелік обставин, які визнаються поважними причинами, існує лише застереження, що вони фактично позбавляють особу можливості своєчасно

з'явитись до відповідного органу. Отже, визнання (невизнання) причини неяви особи до відповідного органу поважною здійснюється на розсуд слідчого, прокурора чи суду. До того ж, проявом «дискреції» є те, що до цих осіб може застосовуватись або привід, або штраф.

Щодо тримання під вартою, то під ним розуміється процес виконання судового рішення про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. Виходячи з того, що суб'єкт цього злочину (керівник установи, де тримався під вартою потерпілий) лише зобов'язаний після закінчення встановлених законом строків звільнити заарештованого й іншим варіантом поведінки він не наділений, робимо висновок, що даний злочин не може конкурувати із нормами ст.364 КК.

Таким чином, вважаємо, що ми навели достатньо аргументів на користь того, що суб'єкти злочину, відповідальність за який передбачена ст.371 КК, наділені дискреційними повноваженнями при обранні тих чи інших процесуальних заходів. Отже, якщо, маючи формальні підстави для застосування відповідного примусового заходу, особа діє всупереч інтересам служби з огляду на певні мотиви, передбачені в ч.1 ст.364 КК, виникає конкуренція кримінально-правових норм між нормами ст.371 та 364 КК.

Констатуючи можливість конкуренції норм ст.ст.371 і 364 КК, слід зауважити, що така конкуренція має певні «обмеження». Так, серед суб'єктів злочину, передбаченого ст.364 КК, у ч.3 виокремлено працівників правоохоронних органів, тому конкуренція норм ст.371 можлива лише із нормою ч.3 ст.364 КК.

Визначення зловживання владою або службовим становищем, надане у диспозиції ч.1 ст.364 КК, дає можливість зробити висновок, що конкуренція норм ч.1,2 ст.371 КК з нормою ч.3 ст.364 КК буде виникати лише у випадку, якщо таке зловживання було вчинене в інтересах третіх осіб, а якщо воно вчиняється з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах, конкуруватимуть норми ч.3 ст.364 і ч.3 ст.371 КК. Конкуренція між нормами ч.3 ст.364 і ч.3 ст.371 КК також буде виникати у випадку, якщо в результаті

вчинення злочину, передбаченого ст.371 КК, були спричинені «тяжкі наслідки».

*Список використаних джерел*

1. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України.-4-те вид., переробл. та доповн. / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка.- К.: Юридична думка, 2007. с.719
2. Тертишник В.М.Науково-практичний коментар до Кримінально-процесуального кодексу України.— К.: А. С. К., 2007. с.452