

УДК 343.432/433 (477)

DOI <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2024.84.3.58>

ОСОБЛИВОСТІ КВАЛІФІКАЦІЇ НЕЗАКОННОГО ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ АБО ВИКРАДЕННЯ ЛЮДИНИ ПРЕДСТАВНИКОМ ВЛАДИ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

Сийплові М.В.,

*доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри кримінального права та
правоохоронної діяльності
Ужгородського національного університету
ORCID: 0000-0001-6131-9179
e-mail: mykola.syiploki@uzhnu.edu.ua*

Кузнецов В.В.,

*доктор юридичних наук, професор,
головний науковий співробітник
відділу науково-правових експертиз
Інституту правотворчості та науково-правових експертиз
Національної академії наук України
ORCID: 0000-0003-1727-4019*

Сийплові М.В., Кузнецов В.В. Особливості кваліфікації незаконного позбавлення волі або викрадення людини представником влади в умовах воєнного стану.

У статті досліджено особливості кваліфікації незаконного позбавлення волі або викрадення людини представником влади в умовах воєнного стану. Зроблено висновок, що кваліфікація незаконного позбавлення волі або викрадення людини представником влади в умовах воєнного стану не була предметом самостійного наукового аналізу.

Метою дослідження є визначення алгоритму кваліфікації незаконних дій представника влади, які пов'язані з незаконним позбавлення волі або викраденням людини в умовах воєнного стану. Для реалізації мети статті було використано такі наукові методи: формально-догматичний – під час правового аналізу повноважень військовослужбовців Територіальних центрів комплектування та соціальної підтримки й поліцейських під час мобілізаційних заходів; метод порівняльного аналізу дозволив порівняти ступінь суспільної небезпеки окремих кримінальних правопорушень, пов'язаних з позбавленням волі особи представником влади; статистичний метод дозволив визначити кількісні показники окремих кримінальних правопорушень, пов'язаних з позбавленням волі особи представником влади. Методи аналізу та синтезу дозволили запропонувати конкретні алгоритми кваліфікації кримінальних правопорушень, пов'язаних з позбавленням волі особи представником влади.

У дослідженні наголошено на тому, що існуючий в Україні механізм обмеження конституційних прав і свобод людини в умовах воєнного стану не визначає можливості обмеження прав і свобод, які гарантовано у ст. 29 (право на свободу та особисту недоторканність), ст. 55 (право на судовий захист), ст. 62 (презумпція невинуватості), ст. 63 (право на захист) Конституції України.

Констатовано, що через неправильно виставлені пріоритети та відсутність чіткого механізму реалізації мобілізаційних норм, окремі представники влади спотворили мобілізацію, вчиняючи кримінальні правопорушення, зокрема незаконне позбавлення волі або викрадення людини. Встановлена штучна латентність кримінальних правопорушень, пов'язаних з мобілізацією, які вчиняються представниками влади.

Запропоновано алгоритми кваліфікації дій представника влади, який вчиняє певні протиправні дії під час мобілізації в умовах воєнного стану: за ст. 365 КК України; ч. 5 ст. 426-1 КК України; за ч. 1 ст. 146-1 КК України; за ст. 186 КК України; за ст. 187 КК України; за ст. 397 КК України.

Ключові слова: адміністративне правопорушення, військовослужбовець, військова службова особа, викрадення людини, воєнний стан, втручання, захисник особи, збройний конфлікт, істотна шкода, кваліфікація, конкуренція норм, кримінальне правопорушення, мобілізація, незаконне позбавлення волі, перевищення влади чи службових повноважень, поліцейський, представник влади.

Syploki M.V., Kuznetsov V.V. Qualification features of illegal deprivation of liberty or abduction of a person by a representative of authorities under martial law conditions.

The article examines the qualification features of illegal deprivation of liberty or abduction of a person by a representative of the authorities under martial law. It is concluded that the qualification of illegal deprivation of liberty or abduction of a person by a representative of the authorities in the conditions of martial law has been not the subject of an independent scientific analysis.

The aim of the research is to determine the algorithm for the qualification of illegal actions of a representative of the authorities, which are related to the illegal deprivation of liberty or abduction of a person under martial law.

To realize the aim of the article, the following scientific methods have been used, such as: formal-dogmatic one has been used for legal analysis of the powers of servicemen of the Territorial centers of recruitment and social support and policemen during mobilization measures; the method of comparative analysis makes it possible to compare the degree of social danger of individual criminal offenses associated with liberty deprivation of a person by a representative of the authorities; the statistical method makes it possible to determine the quantitative indicators of individual criminal offenses related to the deprivation of liberty of a person by a representative of authorities. The methods of analysis and synthesis makes it possible to propose specific algorithms for criminal offenses qualification related to the deprivation of liberty of a person by a representative of the authorities.

The research emphasizes that the mechanism of limiting constitutional human rights and freedoms in Ukraine under martial law conditions does not determine the possibility of limiting the rights and freedoms guaranteed in Art. 29 (right to freedom and personal integrity), Art. 55 (right to judicial protection), Art. 62 (presumption of innocence), Art. 63 (right to protection) of the Constitution of Ukraine.

It was established that due to incorrectly set priorities and the absence of a clear mechanism for the implementation of mobilization norms, some representatives of the authorities distorted the mobilization by committing criminal offenses, in particular, illegal deprivation of liberty or abduction of a person. Artificial latency of criminal offenses related to mobilization committed by representatives of the authorities has been established.

Qualification algorithms of the government representative actions who commits certain illegal actions during mobilization under martial law are proposed, such as: according to Art. 365 of the CC of Ukraine; Part 5 of Art. 426-1 of the CC of Ukraine; according to Part 1 of Art. 146-1 of the CC of Ukraine; according to Art. 186 of the CC of Ukraine; according to Art. 187 of the CC of Ukraine; according to Art. 397 of the CC of Ukraine.

Key words: administrative offense, military serviceman, military official, abduction, martial law, intervention, personal defender, armed conflict, substantial damage, qualification, competition of norms, criminal offense, mobilization, illegal deprivation of liberty, excess of power or official authority, police officer, representative of the authorities.

Постановка проблеми. В умовах російсько-української війни, коли Україна змушена захищати свою територіальну цілісність від зовнішнього агресора-окупанта (російської федерації) проблема дотримання прав і свобод її громадян, забезпечення гарантій їх здійснення набуває особливо великого значення. У Загальній декларації прав людини, затвердженій Генеральною Асамблеєю Організації Об'єднаних Націй 10 грудня 1948 р., зазначається, що під час здійснення своїх прав і свобод кожна людина повинна зазнавати тільки тих обмежень, встановлених законодавством, виключно з метою забезпечення належного визнання й поважання прав та свобод інших осіб і задоволення справедливих вимог моралі, громадського порядку й загального добробуту в демократичному суспільстві [12, с. 566-567]. Конституція України, в свою чергу, закріпила доволі широкий перелік невідчужуваних прав і свобод людини і громадянина, до яких, належать: невід'ємне право кожної людини на життя; право кожної людини на повагу до

її гідності, а також право кожної людини на свободу та особисту недоторканність та недоторканність житла.

Водночас дані гарантії, права та свободи охороняються нормами Кримінального кодексу України (далі – КК України), що встановлюють, зокрема, відповідальність за незаконне позбавлення волі або викрадення людини. Як відомо, чинний КК України містить норму, передбачену ст. 146 КК України, яка розміщена в Розділі III «Кримінальні правопорушення проти волі, честі та гідності особи». Аналіз вказаної норми та судової практики її застосування в умовах наявного збройного конфлікту дозволяє зробити висновок, що дані кримінальні правопорушення як явище характеризуються своєю розповсюдженістю та латентністю. Особливого суспільного резонансу незаконне позбавлення волі або викрадення людини набуло з ухваленням Верховною Радою України Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо окремих питань проходження військової служби, мобілізації та військового обліку» від 11 квітня 2024 р., який мав посилити мобілізацію з дотриманням конституційних принципів та не порушенням невідчужуваних прав і свобод людини і громадянина. Однак, із-за неправильно виставлених пріоритетів та відсутності чіткого механізму реалізації мобілізаційних норм, під час якого повинні беззаперечно на першому плані діяти положення ст. 3 Конституції України («людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю»), окремі представники влади, зокрема військовослужбовці Територіальних центрів комплектування та соціальної підтримки (далі – ТЦК та СП) спотворили мобілізацію, як таку, вдаючись до застосування силових методів, обману, провокацій, вчинення корупційних кримінальних правопорушень. Так, наприклад, чотирьом військовослужбовцям (один з них керівник цього центру) ТЦК та СП Борщівського району Тернопільської області та працівникові Борщівської міської ради, оголосили підозри за те, що вони в складі організованої злочинної групи вчинили не лише корупційні кримінальні правопорушення, але й незаконно утримували людей і завдавали тілесні ушкодження, а саме за ч. 3 ст. 368, ч. 3 ст. 146 і ст. 122 КК України [8].

Такі ситуації викликають у фахівців дискусії щодо правової оцінки незаконних дій представників влади під час здійснення мобілізації. Можемо констатувати факт відсутності чіткого алгоритму кваліфікації таких незаконних дій представників влади. Отже дана проблематика є надзвичайно актуальною в сучасних умовах воєнного стану, оскільки протиправні дії представників влади фактично спрямовані проти мобілізації, підривають авторитет держави, Збройних Сил України, правоохоронних органів, обороноздатність держави в цілому, деморалізує інших військовозобов'язаних і може спонукати до порушення ними законодавства.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми кримінальної відповідальності за незаконне позбавлення волі або викрадення людини в різні часи розглядалися в працях М.О. Акімова, А.В. Андрушка, В.І. Борисова, О.О. Володіної, М.К. Гнетнева, В.П. Смельянова, В.А. Козака, Я.Г. Лизогуба, В.О. Навроцького, А.М. Орлеана, В.М. Підгородинського, А.С. Політової, М.І. Хавронюка, С.Д. Шапченка та інших дослідників.

У сучасній дисертації на тему «Кримінально-правова характеристика складів злочинів, що пов'язані з незаконним позбавленням волі», яка захищена у 2023 р. О.Р. Різник стверджує, що кримінально-правова протидія злочинам, що пов'язані із незаконним позбавленням волі, забезпечується низкою кримінально-правових статей, які знаходяться в чотирьох розділах Особливої частини КК України: 1) розділ III «Кримінальні правопорушення проти волі, честі та гідності особи»: незаконне позбавлення волі або викрадення людини (ст. 146); насильницьке зникнення (ст. 146-1); захоплення заручників (ст. 147); торгівля людьми (ст. 149); незаконне поміщення в заклад з надання психіатричної допомоги (ст. 151); 2) розділ XV «Кримінальні правопорушення проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян та кримінальні правопорушення проти журналістів»: захоплення представника влади або працівника правоохоронного органу як заручника (ст. 349); захоплення журналіста як заручника (ст. 349-1); 3) розділ XVIII «Кримінальні правопорушення проти правосуддя»: завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою (ст. 371); 4) розділ XX «Кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку»: злочини проти осіб та установ, що мають міжнародний захист (ст. 444) [18, с. 3].

Разом з тим, питання кваліфікації незаконного позбавлення волі або викрадення людини представником влади в умовах воєнного стану не було предметом самостійного наукового аналізу. Безумовно розглянути всі кримінальні правопорушення, які вчиняються представниками влади

під час мобілізації в одній статті неможливо. Тому спробуємо в цьому дослідженні розглянути питання кваліфікації незаконного позбавлення волі або викраденням людини представником влади в умовах воєнного стану.

Метою дослідження є визначення алгоритму кваліфікації незаконних дій представників влади, які пов'язані з незаконним позбавлення волі або викраденням людини в умовах воєнного стану. Для реалізації мети статті було використано такі наукові методи: формально-догматичний – під час правового аналізу повноважень військовослужбовців ТЦК та СП й поліцейських під час мобілізаційних заходів; метод порівняльного аналізу дозволив порівняти ступінь суспільної небезпеки окремих кримінальних правопорушень, пов'язаних з позбавленням волі чоловіків представниками влади; статистичний метод дозволив визначити кількісні показники окремих кримінальних правопорушень, пов'язаних з позбавленням волі чоловіків представниками влади. Методи аналізу та синтезу дозволили запропонувати конкретні алгоритми кваліфікації кримінальних правопорушень, пов'язаних з позбавленням волі чоловіків представниками влади.

Виклад основного матеріалу. Одним із пріоритетних завдань нашого дослідження є визначення алгоритму кваліфікації незаконних дій представників влади, які пов'язані з незаконним позбавлення волі або викраденням людини в умовах воєнного стану. При цьому варто зробити акценти на ті соціальні процеси, що відбуваються сьогодні в житті суспільства, які пов'язані з воєнним станом та створенням, зокрема ТЦК та СП на підставі Положення про територіальні центри комплектування та соціальної підтримки, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 23 лютого 2022 р. № 154 (далі – Постанова № 154).

Згідно абз. 1 п. 1 Постанови № 154 територіальні центри комплектування та соціальної підтримки є органами військового управління, що забезпечують виконання законодавства з питань військового обов'язку і військової служби, мобілізаційної підготовки та мобілізації [9]. Безпосереднє керівництво територіальними центрами комплектування та соціальної підтримки і контроль за їх діяльністю здійснюють відповідні оперативні командування, а загальне – Командування Сухопутних військ Збройних Сил, яке узгоджує основні питання діяльності територіальних центрів комплектування та соціальної підтримки з відповідними структурними підрозділами Генерального штабу Збройних Сил та Міністерства оборони України (абз. 4 п. 3 Постанови № 154) [9]. Отже ТЦК та СП є тим державним органом, який в механізмі реалізації мобілізаційної політики покликаний виконувати саме законодавство з питань військового обов'язку і військової служби, мобілізаційної підготовки та мобілізації.

Однак, як показує судова практика та очевидні масові факти незаконного затримання військовослужбовцями ТЦК та СП, які самі грубо порушують права та свободи громадян, основні принципи Конституції України, Закону України про кримінальну відповідальність та мобілізаційного законодавства. Так, у постанові Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 7 березня 2024 р. у справі № 520/26066/23 визнано факт затримання, доставлення до приміщення ТЦК та СП та примусовому направленні позивача на медичний огляд ВЛК, примушуванні до вказаного огляду з позбавленням можливості без такого огляду покинути приміщення відповідача, не зважаючи на пред'явлення позивачем довідки та витягу з наказу Мінекономіки про його бронювання та перебування у місті Львів у зв'язку із службовим відрядженням [11].

Крім того, в соціальних мережах люди публікують десятки відео з порушеннями працівниками ТЦК та СП процесу мобілізації. Один із останніх гучних випадків затримання під час мобілізаційних заходів мав місце 29 травня 2024 року на Житомирщині, коли чоловіка з множинними травмами в стані коми доставили до Звягельської лікарні, де він за кілька днів помер. Батьки чоловіка звинувачують працівників ТЦК та СП у смерті сина [4]. Такі факти свідчать не тільки про незнання військовослужбовцями ТЦК та СП норм законодавства (цікаво, що станом на 7 серпня 2024 р. 34 справи з вимогою українців оскаржити штрафи від ТЦК та СП розглянули українські суди й у 88% (30 справ) суди ухвалили рішення на користь позивачів та скасували штрафи) [2], але й можливе вчинення кримінальних правопорушень.

Систематичність та резонанс таких випадків привернув до них увагу як народних депутатів України, так і представників громадськості й медіа, правозахисників та адвокатів. Так народний депутат України, член Комітету Верховної Ради України з питань національної безпеки, оборони та розвідки Федір Веніславський зазначив, що «працівники територіальних центрів комплектування та соціальної підтримки не мають право затримувати громадян призовного віку. Таке право мають лише працівники Нацполіції, якщо військовозобов'язаний громадянин перебуває

у розшуку» [13]. Перший заступник комітету Верховної Ради України з питань правоохоронної діяльності, народний депутат України Андрій Осадчук наголосив, що «мобілізація – це примус, мобілізація у всі час не відбувалася добровільно, але треба розуміти які засоби та норми потрібно застосовувати і розуміти суспільні та правові наслідки» [22]. Виконавчий директор Української Гельсінської спілки з прав людини Олександр Павличенко констатує, що працівники ТЦК та СП в більшості випадків порушують норми закону, перебираючи на себе функції поліцейських, застосовуючи фізичне та психологічне насильство під час незаконного затримання громадян України [22].

Важливо, що військове командування знає положення мобілізаційного законодавства й публічно не підтримує такі порушення з боку своїх підлеглих. Так, у відповіді на інформаційний запит ТСН.ua т.в.о. командувача військ оперативного командування «Захід» полковник Олександр Селецький зазначив, що затримання порушників адміністративного законодавства не є компетенцією працівників ТЦК та СП: «Варто підкреслити, що представники ТЦК та СП не здійснюють затримання громадян України у зв'язку з виявленими адміністративними правопорушеннями, які діють у відношенні громадян України віком від 18 до 60 років та підпадають під мобілізацію. Зазначені заходи (затримання та доставка таких громадян до ТЦК та СП) здійснюються виключно представниками органів та підрозділів, що входять до поліції та регулюються пунктом 5 статті 24 Закону України «Про національну поліцію» [20]. Така відповідь цілком відповідає ч. 1 ст. 27 Закону України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію» від 21 жовтня 1993 р. [15] та п. 9 Постанови № 154, зокрема ТЦК та СП може звертатися в установленому законом порядку до органів Національної поліції щодо доставлення до територіальних центрів комплектування та соціальної підтримки осіб, які вчинили адміністративні правопорушення, передбачені статтями 210, 210-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) [9]. Подібні положення реалізовані й у п. 47 Порядку проведення призову громадян на військову службу під час мобілізації, на особливий період, який затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 16 травня 2024 р. № 560 (далі – Постанова № 560): «У разі відмови від отримання повістки поліцейській, який входить складу групи оповіщення, проводить адміністративне затримання та доставлення громадянина до районного (міського) територіального центру комплектування та соціальної підтримки на підставі статей 261 і 262 КУпАП» [10]. За наявності всіх законних підстав військовослужбовці, які є службовими особами можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності за ч. 5 ст. 426-1 КК України за перевищення військовою службовою особою влади чи службових повноважень, тобто умисне вчинення дій, які явно виходять за межі наданих цій особі прав чи повноважень, якщо ці дії заподіяли істотну шкоду (якщо вона полягає у заподіянні матеріальних збитків, вважається шкода, яка в двісті п'ятдесят і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян – п. 2 примітки до статті 425 КК України) і вчинені в умовах воєнного стану або в бойовій обстановці. Слід зауважити, що така редакція поняття «істотна шкода» дозволяє допускати можливість визначення таких наслідків не тільки у матеріальному вимірі. Зокрема, у судовій практиці під істотною шкодою нематеріального характеру також визнають «порушення охоронюваних Конституцією України чи іншими законами прав та свобод людини і громадянина (право на свободу й особисту недоторканність та недоторканність житла, виборчі, трудові, житлові права тощо), підрив авторитету та престижу органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, порушення громадської безпеки та громадського порядку, створення обстановки й умов, що утруднюють виконання підприємством, установою, організацією своїх функцій, приховування злочинів» (п. 6 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень» від 26 грудня 2003 р. № 15) [17].

Слід відмітити, що поряд з представниками ТЦК та СП участь у «силовій» мобілізації приймають й поліцейські. Так Уповноважений Верховної Ради України з прав людини Дмитро Лубінець повідомив, що до нього звернувся громадянин щодо неправомірних дій працівників патрульної поліції міста Чернівці, які хотіли перевірити військово-облікові дані. «Зі слів заявника, поліцейські незаконно його затримали, побили та доставили до ТЦК та СП. Чоловік поскаржився й на те, що працівники поліції не забезпечили його право на правничу допомогу. Відео, на якому зафіксовано перебіг подій, підтверджує, що поліцейські із застосуванням фізичної сили кинули чоловіка на землю, одягнули йому спеціальні засоби (кайданки) та посадили до службового автомобіля. При цьому чоловік будь-якого опору працівникам поліції не чинив, а намагався з'ясувати підстави його затримання», – зазначив Дмитро Лубінець. «Подібні факти порушень поліцейськими прав

і свобод людини та громадянина потребують належного реагування, тому я звернувся до керівників Національної поліції України та Державного бюро розслідувань», підсумував Уповноважений Верховної Ради України з прав людини [6]. Адвокатка Катерина Аніщенко справедливо зауважує, що правоохоронці доволі часто нехтують законодавством і відповідають на такі критичні зауваження, що «вони не затримували особу, а супроводжували до відділу поліції чи ТЦК та СП» [20]. Тобто особа, яку «супроводжують» поліцейські може відмовитися від поїздки до відділу поліції, але реально їй не дають такої можливості. Як оцінити такі дії представників влади, чи мають вони право так вчиняти?

Спочатку слід пригадати повноваження поліцейських, зокрема в ст. 23 Закону України «Про Національну поліцію» від 2 липня 2015 р. № 580-VIII, передбачено, що поліція відповідно до покладених на неї завдань: «3) вживає заходів з метою виявлення кримінальних, адміністративних правопорушень; припиняє виявлені кримінальні та адміністративні правопорушення; ... 5) здійснює своєчасне реагування на заяви та повідомлення про кримінальні, адміністративні правопорушення або події; ... 9) доставляє у випадках і порядку, визначених законом, затриманих осіб, підозрюваних у вчиненні кримінального правопорушення, та осіб, які вчинили адміністративне правопорушення; ...» [16], а також, згідно ч. 5 ст. 24 Закону України «Про Національну поліцію» від 2 липня 2015 р. «за зверненням ТЦК та СП, органів Служби безпеки України або розвідувальних органів України органи та підрозділи, що входять до системи поліції, беруть участь у здійсненні заходів щодо оповіщення військовозобов'язаних та резервістів спільно з представниками ТЦК та СП, а також здійснюють адміністративне затримання та доставлення до цих центрів та органів призовників, військовозобов'язаних та резервістів, які вчинили адміністративні правопорушення, передбачені статтями 210, 210-1 КУпАП» [16].

Також поліцейські можуть перевіряти в чоловіків віком від 18 до 60 років військово-облікові документи разом з документом, що посвідчує особу, та у разі відсутності у такої особи військово-облікового документа чи наявності інформації в реєстрах та базах даних, що входять до єдиної інформаційної системи МВС України, про розшук такої особи – здійснювати адміністративне затримання та доставлення такої особи до найближчого ТЦК та СП (абз. 6 п. 16 Постанови № 560).

Отже поліцейські можуть брати участь в оповіщенні військовозобов'язаних та резервістів спільно з представниками ТЦК та СП, а також здійснювати адміністративне затримання та доставлення до цих центрів та органів призовників, військовозобов'язаних та резервістів, які вчинили адміністративні правопорушення, передбачені статтями 210, 210-1 КУпАП, зокрема у разі відмови від отримання повістки такими особами. Також без представників ТЦК та СП поліцейські можуть перевіряти в чоловіків віком від 18 до 60 років військово-облікові документи разом з документом, що посвідчує особу, та у разі відсутності у такої особи військово-облікового документа чи наявності інформації в реєстрах та базах даних, що входять до єдиної інформаційної системи МВС України, про розшук такої особи – здійснювати адміністративне затримання та доставлення такої особи до найближчого ТЦК та СП.

Тому уповноважені власним керівництвом поліцейські можуть затримувати призовників, військовозобов'язаних та резервістів, які вчинили адміністративні правопорушення, передбачені статтями 210, 210-1 КУпАП та доставляти таких осіб до найближчого ТЦК та СП. Наголошуємо на тому, що саме затримувати, а не «супроводжувати» таких осіб; і доставляти не у відділі поліції, а в найближчий ТЦК та СП. При відсутності вказаних умов – інші дії поліцейських не відповідають законодавству та можуть бути кваліфіковані як перевищення влади та службових повноважень за ч. 1 ст. 365 КК України (при завданні істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб, тобто шкоди, яка в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян – п. 3 примітки до ст. 364 КК України) або ч. 2 ст. 365 КК України (якщо вони супроводжувалися насильством або погрозою застосування насильства, застосуванням зброї чи спеціальних засобів або болісними і такими, що ображають особисту гідність потерпілого, діями, за відсутності ознак катування). Важливо пам'ятати, що застосування ст. 365 КК України неможливе до військовослужбовців ТЦК та СП, які не є працівниками правоохоронного органу.

Застосування лише ст. 365 КК України без ст. 146 КК України обумовлено тим, що, по-перше, насильство при перевищенні влади або службових повноважень може бути фізичним, яке «полягає в незаконному позбавленні волі, завданні побоїв або ударів, заподіянні легких або середньої тяжкості тілесних ушкоджень, у мордуванні» (п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду України

«Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень» від 26 грудня 2003 р. № 15) [17]. Тобто незаконне позбавлення волі охоплюється фізичним насильством при перевищенні влади та службових повноважень (ч. 2 ст. 365 КК України) [1, с. 136]. По-друге, ст. 365 КК України передбачає спеціального суб'єкта – працівника правоохоронного органу (яким є поліцейський), а ст. 146 КК України – загального суб'єкта.

Також у медіа наводяться й факти незаконного позбавлення волі або викрадення людини представниками влади (поліцейськими, військовослужбовцями ТЦК та СП) в яких близькі особи не можуть дізнатися інформацію про долю потерпілого від цього кримінального правопорушення [3]. У такому разі мова може йти про насильницьке зникнення (зокрема, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі, вчинене представником держави, з подальшою відмовою визнати факт такого викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі або приховуванням даних про долю такої людини чи місце перебування) відповідальність за яке передбачено в ст. 146-1 КК України.

Слід погодитися з думкою І.А. Онишкевич, що норма про ціле (ч. 1 ст. 146-1 КК України) охоплює діяння в цілому, а норми-частини визнають як самостійні злочини одне з обов'язкових діянь насильницького зникнення: ст.ст. 146, 371, 372 КК України передбачають кримінальну відповідальність за окремі форми незаконного позбавлення волі, якими може вчинитися насильницьке зникнення; ст.ст. 364, 365, 367, 374 КК України передбачають кримінальну відповідальність за відмову або приховування, вчинені представником держави-службовою особою, що є другим з обов'язкових діянь складу насильницького зникнення [7, с. 143]. Таке саме правило слід застосовувати й при конкуренції норми про ціле (ч. 1 ст. 146-1 КК України) та норми – частини (ч. 5 ст. 426-1 КК України).

Тобто, якщо представник влади викрадає або позбавляє волі людину з подальшою відмовою визнати факт такого викрадення або позбавлення волі людини або приховує дані про долю такої людини чи місце перебування, то його дії слід кваліфікувати лише за ч. 1 ст. 146-1 КК України. Аналіз даних Єдиного державного реєстру судових рішень свідчить, на жаль, про відсутність з 2018 року судових рішень за ст. 146-1 КК України. Хоча за період дії ст. 146-1 КК України, правоохоронними органами було зареєстровано 1342 кримінальних проваджень за фактом вчинення насильницьких зникнень (2020 р. – 69; 2021 р. – 56; 2022 р. – 1120; 2023 р. – 72; на червень 2024 р. – 25) [14]. Це свідчить про складність доведення ознак вказаного складу кримінального правопорушення, переважно пов'язаного з протиправними діями представників іноземної держави.

1) Дещо іншу ситуацію ми маємо, коли представник влади при насильницькому зникненні застосовує насильство або погрозу застосування такого насильства, зброю чи спеціальні засоби або болісні і такі, що ображають особисту гідність потерпілого. Склад кримінального правопорушення, передбаченого ст. 146-1 КК України не містить кваліфікуючих ознак, які б відповідно диференціювали кримінальну відповідальність, та передбачає лише одне основне покарання у виді позбавлення волі на строк від 3 до 5 років. Однак перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу за ч. 2 ст. 365 КК України карається позбавленням волі на строк від 3 до 8 років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до 3 років. Отже ми маємо дивну ситуацію, коли норма про ціле (ч. 1 ст. 146-1 КК України), карається менш суворо, ніж норма про частину (ч. 2 ст. 365 КК України). Що ж робити правозастосовним органам з такою законодавчо невдалою конструкцією ст. 146-1 КК України, яка справедливо критикується у кримінально-правовій науці [21, с. 41]. Можливо такі протиправні дії слід кваліфікувати за сукупністю кримінальних правопорушень, передбачених ч. 1 ст. 146-1 та ч. 2 ст. 365 КК України? На думку В.О. Навроцького, кваліфікація за сукупністю із статтями 146, 364, 365, 367, 371, 372, 374 КК України також неможлива, оскільки це тягне безпосереднє порушення принципу недопустимості подвійного інкримінування та точності кримінальної кваліфікації [5, с. 48]. Такі різного роду тяжкі наслідки, спричинені в ході насильницького зникнення, на думку І.А. Онишкевича, повинні кваліфікуватися за сукупністю із загальнокримінальними нормами, що передбачають відповідальність за такі дії [7, с. 147]. На перший погляд, це може бути ч. 2 ст. 146 КК України (застосування способу, небезпечного для життя чи здоров'я потерпілого, або, діяння, що супроводжувалося заподіянням особі фізичних страждань, або із застосуванням зброї), яка передбачає покарання у виді обмеження волі на строк до п'яти років або позбавлення волі на той самий строк. На нашу думку, за суворістю ч. 1 ст. 146-1 КК України передбачає відносно більш суспільно небезпечне діяння (оскільки не має альтернативного основного покарання), ніж ч. 2

ст. 146 КК України. Отже вказане правило кваліфікації при конкуренції кримінально-правових норм, вважаємо, не може бути застосоване. Напрошується висновок, до нормативного врегулювання цієї нормативної прогалини (на нашу думку, слід посилити покарання за ч. 1 ст. 146-1 КК України та передбачити покарання у виді позбавленням волі від п'яти до дев'яти років), дії представника влади, який при насильницькому зникненні застосовує насильство або погрозу застосування такого насильства, зброю чи спеціальні засоби або болісні і такі, що ображають особисту гідність потерпілого, слід кваліфікувати за ч. 1 ст. 146-1 КК України, окрім випадків завдання інших наслідків для особи, що будуть кваліфіковані за сукупністю із кримінальними правопорушеннями, які передбачають відповідальність за такі наслідки.

Проведений аналіз судової практики за період з 2022 року по теперішній час показав, що жоден працівник ТЦК та СП не був притягнутий до кримінальної відповідальності за ст.ст. 146 та 146-1 КК України. Очевидно, відбувається ігнорування норм законодавства і потурання з боку правоохоронної системи незаконній діяльності військовослужбовців ТЦК та СП з метою в будь-який спосіб посприяти їм у проведенні мобілізації.

Окремої кваліфікації потребують протиправні дії представників влади, коли у потерпілих вилучається телефон для неможливості повідомити адвоката (іншого представника) або близьких осіб про факт незаконного позбавлення волі або викрадення. Такі дії слід кваліфікувати як грабіж (ст. 186 КК України) або розбій (ст. 187 КК України). Сам факт повернення представником влади телефону потерпілому через певний проміжок часу не змінює кваліфікацію, а лише може розглядатися як обставина, що пом'якшує покарання.

Також почастишали випадки звернення адвокатів до Державного бюро розслідувань щодо недопуску їх до клієнтів, яких утримують у ТЦК та СП. Таке втручання в діяльність захисника чи представника особи може містити ознаки складу кримінального правопорушення передбаченого ст. 397 КК України, а саме «вчинення в будь-якій формі перешкод до здійснення правомірної діяльності захисника чи представника особи по наданню правової допомоги або порушення встановлених законом гарантій їх діяльності та професійної таємниці». Пояснення військовослужбовців, що ТЦК та СП – це режимний об'єкт або «ми виконуємо наказ начальника» не витримує жодної критики, оскільки, навіть Конституційний Суд України в своєму Рішенні № 8-р(П)/2024 від 18 липня 2024 року дійшов висновку, що Конституцією України (частина друга статті 64) та актами, якими введено воєнний стан на всій території України і, відповідно, механізм обмеження конституційних прав і свобод людини в умовах воєнного стану, не визначено можливості обмеження прав і свобод, що їх гарантовано у статті 29 (право на свободу та особисту недоторканність), статті 55 (право на судовий захист), статті 62 (презумпція невинуватості), статті 63 (право на захист) Конституції України [19].

Тому певна пасивність правоохоронних та судових органів при правовій оцінці таких випадків пояснює відсутність в Єдиному державному реєстрі судових рішень з 2022 року відповідних судових рішень за ст. 397 КК України. Хоча з 2022 року органами Національної поліції було зареєстровано 91 кримінальне провадження за фактами втручання в діяльність захисника чи представника особи (2022 р. – 15; 2023 р. – 46; на червень 2024 р. – 30) [14], однак, очевидно, це не стосується працівників правоохоронних органів та військовослужбовців, оскільки Державне бюро розслідування не реєструвало відповідних проваджень. Це свідчить про штучну латентність такого кримінального правопорушення, переважно пов'язаного з небажанням Державного бюро розслідування втручатися у процес мобілізації та пов'язаними з ним явищами.

На підставі викладеного можна зробити певні **висновки**:

2) існуючий в Україні механізм обмеження конституційних прав і свобод людини в умовах воєнного стану не визначає можливості обмеження прав і свобод, які гарантовано у ст. 29 (право на свободу та особисту недоторканність), ст. 55 (право на судовий захист), ст. 62 (презумпція невинуватості), ст. 63 (право на захист) Конституції України;

3) із-за неправильно виставлених пріоритетів та відсутності чіткого механізму реалізації мобілізаційних норм, окремі представники влади спотворили мобілізацію, вчиняючи кримінальні правопорушення, зокрема незаконне позбавлення волі або викрадення людини;

4) встановлена штучна латентність кримінальних правопорушень, пов'язаних з мобілізацією, які вчиняються представниками влади;

5) встановлені певні недоліки у конструкції ст. 146-1 КК України та запропоновано посилити покарання за відповідне кримінальне правопорушення: в ч. 1 ст. 146-1 передбачити покарання у виді позбавленням волі від п'яти до дев'яти років.

6) встановлено, що уповноважені власним керівництвом поліцейські можуть затримувати призовників, військовозобов'язаних та резервістів, які вчинили адміністративні правопорушення, передбачені статтями 210, 210-1 КУпАП та доставляти таких осіб до найближчого ТЦК та СП, а при відсутності законних умов – інші дії поліцейських не відповідають законодавству та можуть бути кваліфіковані як перевищення влади та службових повноважень за ст. 365 КК України;

7) констатовано, що застосування ст. 365 КК України неможливе до військовослужбовців ТЦК та СП, які не є працівниками правоохоронного органу. Військовослужбовці, які є службовими особами за порушення порядку мобілізації, за наявності всіх підстав, можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності за ч. 5 ст. 426-1 КК України за перевищення військовою службовою особою влади чи службових повноважень;

8) запропоновано алгоритм кваліфікації дій представника влади, який викрадає або позбавляє волі людину з подальшою відмовою визнати факт такого викрадення або позбавлення волі або приховує дані про долю такої людини чи місце перебування – слід кваліфікувати лише за ч. 1 ст. 146-1 КК України;

9) запропоновано алгоритм кваліфікації дій представника влади, який у потерпілого вилучає телефон для позбавлення можливості повідомити адвоката (іншого представника) або близьких осіб про факт незаконного позбавлення волі або викрадення. Такі дії слід кваліфікувати як грабіж (ст. 186 КК України) або розбій (ст. 187 КК України);

10) запропоновано алгоритм кваліфікації дій представника влади, який в будь-якій формі перешкоджає здійсненню правомірної діяльності захисника чи представника особи по наданню правової допомоги або порушує встановлені законом гарантії їх діяльності та професійної таємниці – кваліфікується за ст. 397 КК України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Арманов М.Г., Книженко О.О., Ярмиш Н.М. Проблеми кримінально-правової кваліфікації: навч. посіб. Київ: Національна академія прокуратури України, 2017. 392 с.
2. Бутурлим О. Штрафи від ТЦК: який відсоток покарань скасовують суди. УНІАН. URL: <https://www.unian.ua/society/shtrafi-vid-tck-yakiy-vidsotok-pokaran-skasovuyut-sudi-12720342.html>.
3. Львів'янка заявила про викрадення чоловіка працівниками ТЦК: реакція військкомату (ВІДЕО). *VARTA 1*. URL: https://varta1.com.ua/news/lviv-yanka-zayavila-pro-vikradennya-cholovika-pracivnikami-tck-reakciya-viyskkomatu-video_379550.html.
4. На Житомирщині працівників ТЦК звинувачують у вбивстві чоловіка: поліція розпочала розслідування. *ПОЛІТАРЕНА*. URL: <https://politarena.online/na-zhytomyrshchyni-pratsivnykiv-tsk-zvynuvachuiut-u-vbyvstvi-cholovika-politsiia-rozpochala-rozsliduvannia-63156/>.
5. Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації : навч. посіб. Київ : Юрінком Інтер, 2006. 704 с.
6. Несчетна С. Побили і в кайданках відвезли до ТЦК: омбудсман відреагував на свавілля поліції у Чернівцях (відео). *TCH*. URL: <https://tsn.ua/ukrayina/pobili-i-v-kaydankah-vidvezli-do-tck-ombudsman-vidreaguvav-na-svavillya-policiyi-u-chernivcyah-video-2615151.html>.
7. Онишкевич І.А. Кримінальна відповідальність за насильницьке зникнення в Україні: дис. ... доктора філософії: 081 Право. Львів, 2024. 218 с.
8. Панченко Т., Качуровська Д., Струс С. Службовцям ТЦК з Тернопільщини оголосили про підозри. *Суспільне Тернопіль*. URL: <https://suspilne.media/ternopil/804761-službovcam-tck-z-ternopilsini-ogolosili-pro-pidozri/>.
9. Положення про територіальні центри комплектування та соціальної підтримки: постанова Кабінету Міністрів України від 23 лютого 2022 р. № 154. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/154-2022-p#Text>.
10. Порядок проведення призову громадян на військову службу під час мобілізації на особливий період : постанова Кабінету Міністрів України від 16 травня 2024 р. № 560. URL: <https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-zatverdzhennia-poriadku-provedennia-pryzovu-hromadian-na-viiskovu-sluzhbu-pid-chas-mobilizatsii-na-osoblyvyi-period-560-160524>.
11. Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 7 березня 2024 р. у справі № 520/26066/23. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/117514484?utm_source=jurliga.ligazakon.ua&utm_medium=news&utm_content=j103.

12. Правове забезпечення оперативно-розшукової діяльності: хрестоматія / укладачі: Сийплові М.В., Ступник Я.В., Мацола А.А., Сийплові С.М.; за заг. ред. В.В. Кузнецова. Ужгород: РІК-У, 2022. 660 с.
13. Працівники ТЦК не мають права затримувати людей – Веніславський. *Українформ*. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-society/3873268-pracivniki-tck-ne-maut-prava-zatrimuvati-ludej-venislavskij.html>.
14. Про зареєстровані кримінальні правопорушення та результати їх досудового розслідування. Офіс Генерального прокурора. URL: <https://gp.gov.ua/ua/posts/pro-zareyestrovani-kriminalni-pravoporushennya-ta-rezultati-yih-dosudovogo-rozsliduvannya-2>.
15. Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію: Закон України від 21 жовтня 1993 р. № 3543-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3543-12#Text>.
16. Про Національну поліцію : Закон України від 2 липня 2015 р. № 580-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19#Text>.
17. Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень: постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 грудня 2003 р. № 15. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0015700-03#Text>.
18. Різник О.Р. Кримінально-правова характеристика складів злочинів, що пов'язані з незаконним позбавленням волі: дис. ... доктора філософії: 081 Право. Львів, 2023. 248 с.
19. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними скаргами Оніщенка Руслана Ілліча, Гаврилюка Дмитра Михайловича щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини шостої статті 615 Кримінального процесуального кодексу України (справа про гарантії судового контролю за дотриманням прав осіб, яких утримують під вартою) від 18 липня 2024 р. № 8-р(П)/2024. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v008p710-24#Text>.
20. Серов І. Мобілізація: чи мають право працівники ТЦК затримувати чоловіків – у Міноборони уточнили. *ТСН*. URL: <https://tsn.ua/exclusive/mobilizaciya-po-novomu-chi-mayut-pravo-pracivniki-tck-zatrimuvati-cholovikiv-2630913.html>.
21. Туляков В.О. «Чорні лебеді» кримінального права та методологія правового регулювання. *Кримінально-правове регулювання та забезпечення його ефективності*: матер. Міжнар. наук.-практ. конф., м. Харків (18-19 жовт. 2018 р.). Редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків: Право, 2018. С. 38–41.
22. Як себе захистити, якщо ТЦК порушують закон? Стрес і війна: як це пережити? *Радіо Свобода*. URL: <https://www.youtube.com/watch?v=3zU0iMpqyTU>.