

УДК 343.226

DOI: 10.26565/2075-1834-2021-31-10

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА НАСИЛЬСТВА У СТАТТІ 38 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Храмцов О. М.,

професор кафедри кримінально-правових дисциплін
юридичного факультету
Харківського національного університету
імені В.Н. Каразіна,
м. Харків, 61022, Майдан Свободи, 4
e-mail: Khramtsovalex@gmail.com
orcid: <http://orcid.org/0000-0003-0137-2626>

АНОТАЦІЯ: *Вступ.* В статті дається кримінально-правова характеристика насильства як категорії Загальної частини законодавства України про кримінальну відповідальність. В роботі наводиться авторське визначення поняття кримінального насильства. Наголошується на тому, що останнє характеризує обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння. На думку автора, значення насильства в цих обставинах полягає в наступному: характеризує фактичну та юридичну підставу обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння; застосування до особи насильницьких дій є підставою до «необмеженого» використання сили для захисту; в окремих випадках надмірне застосування сили призводить до притягнення особи до кримінальної відповідальності.

Короткий зміст основних результатів дослідження. Особлива увага приділена кримінально-правовій характеристиці насильства в ст. 38 КК України. Зазначається, що останнє характеризує правову підставу кримінально-правового затримання особи, яка вчинила кримінальне правопорушення і визначає правомірність такого затримання. Обгрунтовано зазначається, що правовою підставою для затримання має виступати саме суспільно небезпечне посягання, а не кримінальне правопорушення. Такий підхід дозволить застосовувати відповідну кримінально-правову норму на випадки вчинення таких дій особами, які не мають ознак суб'єкта кримінального правопорушення (не досягли віку кримінальної відповідальності чи неосудні).

Визначається, що правовою підставою затримання виступає вчинення любого суспільно небезпечного діяння, яке має ознаки кримінального правопорушення. Такі висновки робляться через системний аналіз діючого законодавства України про кримінальну відповідальність.

Автором аргументовано доводиться хибність позиції щодо встановлення в законі вичерпного переліку кримінальних правопорушень, у разі вчинення яких можливе кримінально-правове затримання. На його думку, це можливо у випадку вчинення будь-якого кримінального правопорушення. На підставі аналізу теоретичних розвідок у відповідному напрямку та практики застосування законодавства про кримінальну відповідальність робиться обгрунтований висновок про те, що вбивство при перевищенні меж затримання особи, що вчинила кримінальне правопорушення може бути вчинено як з прямим, так і з непрямым умислом.

Висновки. Наголошується на тому, що положення статті 36 КК України про урахування стану сильного душевного хвилювання при кваліфікації дій особи повинні бути поширені і на випадки правомірного затримання особою, відносно якої вчинено кримінальне правопорушення.

В статті надається авторська редакція ч. 3 ст. 38 законодавства України про кримінальну відповідальність.

КЛЮЧОВІ СЛОВА: кримінальне насильство; обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння; затримання особи; кримінальне правопорушення; сильне душевне хвилювання; суспільно небезпечне посягання; вбивство; тяжкі тілесні ушкодження; умисел.

CRIMINAL AND LEGAL CHARACTERISTICS OF VIOLENCE IN ARTICLE 38 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE

Khramtsov Oleksandr,

V.N. Karazin Kharkiv National University
Professor of the Department of Criminal Law,
Kharkiv, 61022, 4 Svoboda Square,
e-mail: Khramtsovalex@gmail.com
orcid: <http://orcid.org/0000-0003-0137-2626>

ANNOTATION: *Introduction.* The article gives a criminal-legal description of violence as a category of the General part of the legislation of Ukraine on criminal responsibility. The author's definition of the concept of criminal violence is given in the work. It is emphasized that the latter characterizes the circumstances that exclude the criminal illegality of the act. According to the author, the meaning of violence in these circumstances is as follows: characterizes the factual and legal basis of the circumstances that exclude the criminal illegality of the act; the use of violence against a person is a ground for "unlimited" use of force for protection; in some cases, excessive use of force may lead to criminal responsibility.

The main results of the study. Special attention is paid to the criminal and legal characteristics of violence in Art. 38 of the Criminal Code of Ukraine. It is noted that the latter characterizes the legal basis of criminal detention of a person who has

committed a criminal offense and determines the legality of such detention. It is reasonably stated that the legal basis for detention should be a socially dangerous infringement, but not a criminal offense. This approach will allow the application of the relevant criminal law norm to cases of such acts by persons who do not have the characteristics of the subject of the crime (have not reached the age of criminal responsibility or non compos).

It is determined that the legal basis for detention is the committing of any socially dangerous act that has the characteristics of a criminal offense. Such conclusions are made on the basis of a systematic analysis of the current legislation of Ukraine on criminal responsibility.

The author argues the erroneousness of the position establishing in the law an exhaustive list of criminal offenses, in the case of which criminal detention is possible. In his opinion, this is possible in case of committing any criminal offense. Based on the analysis of theoretical exploring in the relevant direction and the practice of application of criminal responsibility legislation, a reasonable conclusion is made that murder in excess of the limits of detention of a person who has committed a criminal offense can be committed with both direct and indirect intent.

Conclusions. It is emphasized that the provisions of Art. 36 of the Criminal Code of Ukraine on taking into account the state of strong emotional excitement in the qualification of a person's actions should be extended to cases of lawful detention by a person against whom a criminal offense was committed.

The article provides the author's version of Part 3 of Art. 38 of the legislation of Ukraine on criminal responsibility.

KEY WORDS: detention of a person; circumstances that exclude criminal illegality of the act; criminal offense; criminal violence; intention; murder; severe injuries; socially dangerous infringement; strong emotional excitement.

Вступ. Насильство притаманне будь-якому суспільству, хоча його форми, рівень «насиченості суспільства насильством» у різних країнах не однакові. Це залежить від цілої низки факторів і соціальних протиріч. Можемо констатувати той факт, що сучасне українське суспільство перенасичене різноманітними проявами фізичного та психічного насильства. Воно проникає у всі сфери існування людини. Слід зазначити, що насильство є тим соціальним фактором існування суспільства, який не можна викоринити. Змінюються лише його форми та прояви. Ефективна реакція держави та суспільства на прояви насильства може лише знизити його рівень. У цій діяльності значне місце посідають заходи кримінально-правової протидії. Практично третина всіх суспільно небезпечних діянь, які передбачені законодавством про кримінальну відповідальність, характеризуються певними проявами насильства. Але ця категорія науки кримінального права та відповідного законодавства є недостатньо розробленою. Слід констатувати, що проблема насильства в кримінальному праві розроблялася переважно у вигляді аналізу конкретних складів кримінальних правопорушень проти життя та здоров'я, власності, статевої свободи та статевої недоторканості, громадського порядку та громадської безпеки тощо.

Під «насильством» як кримінально-правовою категорією слід розуміти умисний, суспільно небезпечний, протиправний вплив на іншу особу, який зумовлюється ворожою, інструментальною або негативістською мотивацією та виявляється у фізичному та (або) інформаційному діянні (дії чи бездіяльності) всупереч чи поза волею людини, таким чином впливаючи на свободу її волевиявлення або завдаючи їй фізичної та (або) психічної шкоди або створюючи реальну загрозу їхнього спрочинення. Воно може бути фізичним або психічним. Кримінальне насильство є категорією не тільки Особливої частини кримінального права, а і категорією його Загальної частини. Це стосується і норм, які визначають обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння. Значення насильства в цих обставинах полягає в наступному: характеризує фактичну та юридичну підставу обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння (суспільно небезпечне посягання, яке потребує негайного відвернення; вчинення особою кримінального правопорушення; примус особи до певних дій тощо); застосування до особи насильницьких дій є підставою до «необмеженого» використання сили для захисту (напад зі зброєю; груповий напад, протиправне насильницьке вторгнення в житло тощо); в окремих випадках надмірне застосування сили призводить до притягнення особи до кримінальної відповідальності (в цих випадках насильство з захисту перетворюється в насильницькі дії, які кваліфікуються як конкретний злочин проти життя і здоров'я особи, хоча і вчинений при пом'якшуючих обставинах).

Таким чином, насильство є наскрізним поняттям кримінального права. Його дослідження в є актуальним і дозволить вдосконалити діюче кримінальне законодавство і практику його застосування. Це стосується і норм про обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння.

Огляд праць. Характеристика насильства в обставинах, що виключають кримінальну протиправність діяння була предметом дослідження в роботах Абакумової Ю.В., Антипова В.І., Антипова В.В., Бауліна Ю.В., Берзіна П.С., Бурдіна В.М., Мантуляка Ю.В., Малініна А.Ю., Навроцького В.О., Наконечної Л.А., Огаренка Ю.В., Панова М.І. Таганцева С.М., Харитонова С.О., Ярмиш Н.М. та інших. Але дослідження вчених переважно не стосувалися кримінально-правової характеристики насильства в цих обставинах. Насильство в такій обставині як затримання особи, що вчинила кримінальне правопорушення майже не розглядалося.

Метою даної роботи є надання кримінально-правової характеристики насильства в статті 38 Кримінального кодексу України та розробка авторських рекомендацій по вдосконаленню діючого законодавства в цій сфері та практики його застосування.

Основні результати дослідження. Частина 1 ст. 38 КК України визначає, що не визнаються кримінально протиправними дії потерпілого та інших осіб безпосередньо після вчинення посягання, спрямовані на затримання особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, і доставлення її відповідним органам влади, якщо у цьому разі не було допущено перевищення заходів, необхідних для затримання такої особи.

Насильство як кримінально-правова категорія в цій обставині характеризує її підставу та ознаки перевищення меж затримання злочинця. Підставою затримання виступає очевидне для потерпілих або інших осіб посягання на охоронювані законом об'єкти. Затримання за відсутністю такої підстави свідчить про незаконність затримання, і особа підлягає кримінальній відповідальності на загальних засадах. Таким чином, підставою для затримання є вчинення особою, яку затримують, очевидного кримінального правопорушення.

Насильство і є тим критерієм, який дозволяє визначити пересічній особі наявність самого кримінального правопорушення. Більшість вчених визнають, що це має бути дійсно очевидний злочин. Так, Ю.В. Баулін наголошує, що правовою підставою затримання злочинця є очевидний злочин, тобто таке відоме громадянину як заборонене кримінальним законом суспільно небезпечне діяння, яке на підставі достовірної інформації про вчинене оцінюється ним як беззаперечно злочинне [1, с. 274].

У науці дискусійним є питання щодо того, чи вчинення будь-якого кримінального правопорушення є правовою підставою для затримання особи. Зокрема, І.С. Тишкевич наголошував, що право на затримання злочинця з'являється у зв'язку із вчиненням особою тяжкого злочину, за який передбачено кримінальне покарання у вигляді позбавлення волі [2, с. 184]. На думку В.І. Ткаченка, не можна визнавати правильним затримання із заподіянням шкоди особі, яка вчинила необережний або умисний злочин, який не має великої суспільної небезпеки [3, с. 39].

На наш погляд, правовою підставою для затримання особи може бути вчинення очевидного суспільно небезпечного діяння, а не злочину. Як справедливо зауважує С.В. Блинська, вчинення особою об'єктивно суспільно небезпечного посягання само по собі не робить її злочинцем, оскільки може виявитися, що ця особа є неосудною або не досягла віку кримінальної відповідальності чи діяла невинно. Крім того, може трапитися так, що помилково буде затримана не та особа, яка вчинила суспільно небезпечне посягання, а інша, непричетна до злочину. І головне – оцінка потерпілим чи іншими особами та судом вчиненого суспільно небезпечного посягання можуть бути неоднаковими. Вищенаведене дає підстави вважати неточним і поняття «затримання особи, яка вчинила злочин». Найбільш правильно іменувати зазначену обставину як «затримання особи, яка вчинила суспільно небезпечне посягання» [4, с. 136].

Л.Н. Подкоритова правовою підставою визнає не «очевидний злочин, а очевидного злочинця» [5, с. 163-164]. На наш погляд, така заміна є неможливою. Саме суспільно небезпечне діяння, його зовнішні прояви визначають правову підставу такого затримання, а не особа, яку затримують.

Насильство, його зовнішні ознаки дають підстави особам, які затримують, вважати, що вчинено суспільно небезпечне діяння. І воно є достатньо очевидним для того, щоб прийняти рішення про затримання та обрати необхідні та достатні засоби такого затримання. Законом чітко визначено, що кримінально-правовому затриманню підлягає лише особа, яка вчинила кримінальне правопорушення. Закон не визначає, за які саме правопорушення можливе таке затримання. Аналіз чинного законодавства про кримінальну відповідальність дозволяє зробити висновок про те, що затримання злочинця можливе у разі вчинення будь-якого кримінального правопорушення. Законодавець не робить винятків із цього правила, незважаючи на норму про поділ злочинів відповідно до їхньої тяжкості (ст. 12 КК України). Це стосується і насильницьких суспільно небезпечних посягань. Ми не підтримуємо пропозиції визначити коло суспільно небезпечних діянь, які виступатимуть правовою підставою виникнення права особи на затримання. Таке право у особи виникає у разі вчинення будь-якого кримінального правопорушення, в тому числі й незавершеного: приготування до правопорушення та замаху на нього. Як справедливо зауважує Ю.В. Александров, затримання особи, яка вчинила злочин, має здійснюватися після завершення посягання, але під «посяганням» треба розуміти не лише завершений злочин, але й незавершений – на стадії приготування до злочину або замаху на злочин [6, с. 241]. У свою чергу, П.С. Матишевський зазначає, що питання про те, коли дії із затримання особи, яка вчинила суспільно небезпечне посягання, вважатимуться вчиненими безпосередньо після вчинення посягання, вирішується в кожному конкретному випадку: це може бути як декілька хвилин після завершення посягання, так і більш тривалий час [7, с. 180].

Таким чином, насильство (фізичне і психічне) є ознакою, яка може характеризувати суспільно небезпечне посягання як правову підставу виникнення права на правомірне затримання особи. Правовою підставою для затримання має виступати саме суспільно небезпечне посягання, а не кримінальне правопорушення. Зазначений підхід дозволить застосовувати відповідну кримінально-правову норму у

випадках вчинення таких дій особами, які не мають ознак суб'єкта кримінального правопорушення (не досягли віку кримінальної відповідальності чи неосудні). Здебільшого саме наявність у вчиненому ознак насильства робить його таким, що зумовлює потребу застосувати затримання.

Важливою характеристикою є співрозмірність такого затримання. Як і в необхідній обороні, дії, якими завдано шкоди посягаючому, але не перевищено її межі, не можна відносити до насильницьких у кримінально-правовому значенні цього слова. Правомірне затримання є завжди вимушеною та необхідною дією. Воно має ґрунтуватися на правомірності самого акту. Але правомірність затримання не виключає завдання шкоди особі, яку затримують. Хоча закон і не встановлює переліку кримінальних правопорушень, у разі вчинення яких можливе затримання, це найчастіше кримінальні правопорушення проти життя та здоров'я, проти власності, проти громадської безпеки та громадського порядку.

Але й у випадках вчинення найнебезпечніших кримінальних правопорушень дії особи із затримання мають відповідати ознаці співрозмірності. Співрозмірність як ознака правомірного затримання особи характеризується двома основними критеріями: 1) небезпечністю посягання; 2) обстановкою затримання. Дослідники цієї проблеми називають й інші критерії оцінки правомірності дій у разі затримання. В.П. Діденко до них відносить ступінь небезпеки злочинця [8, с. 39-40]. І.С. Тишкевич – поведінку затримуваного під час затримання [9, с. 77-78]. М.І. Якубович – співвідношення сил затримуючого та затримуваного [10, с. 43]. Беззаперечно, всі ці обставини мають бути ураховані у разі розгляду конкретних випадків затримання осіб, які вчиняють суспільно небезпечні посягання.

При встановленні першого критерію слід визначити як характер, так і ступінь суспільної небезпечності вчиненого. Характер суспільної небезпечності визначається об'єктом посягання, формою вини та категорією кримінального правопорушення, а ступінь суспільної небезпечності – обставинами вчиненого (ступенем здійснення злочинного наміру, способом вчинення, розміром шкоди або тяжкістю наслідків, які настали, роллю винного у випадку вчинення кримінального правопорушення у співучасті. Чим більш небезпечним є посягання, тим ширшими є межі завдання шкоди у разі затримання.

Але суспільна небезпечність посягання є не єдиним критерієм співрозмірності затримання. Другим виступає обстановка затримання. Співрозмірною може бути визнана лише така шкода, яка відповідала не лише небезпеці посягання, а й обстановці затримання, тобто тим умовам, що характеризують реальні сили, можливості і засоби потерпілого або інших осіб для успішного затримання злочинця. Така обстановка може варіюватися від відносно сприятливої до несприятливої для особи, яка затримує. Відносно сприятлива обстановка свідчить, що потерпіла або інша особа має явну, наприклад, фізичну перевагу над злочинцем, і усвідомлює, що наявна можливість успішно здійснити затримання без заподіяння злочинцеві тяжкої шкоди. І, навпаки, несприятлива обстановка затримання означає, що той, хто затримує, перебуває у невідповідному, програшному становищі порівняно зі злочинцем і усвідомлює, що успішне затримання можливе лише у разі заподіяння злочинцю тяжкої шкоди.

Недотримання особою зазначених критеріїв (хоча б одного) свідчить про перевищення меж затримання злочинця. Ч. 2 ст. 38 КК України встановлює, що перевищенням заходів, необхідних для затримання злочинця, визнається умисне заподіяння особі, яка вчинила злочин, тяжкої шкоди, яка явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці затримання. П. 3 Постанови Пленуму Верховного суду України № 1 від 26.04.2002 року «Про судову практику у справах про необхідну оборону» визначає, що за змістом ст. 38 КК України до необхідної оборони прирівнюються дії, вчинені під час правомірного затримання та доставлення відповідним органам влади особи, яка вчинила злочин [11, с. 19]. У свою чергу, п. 5 цієї постанови визначає, щоб встановити наявність або відсутність ознак перевищення меж необхідної оборони, суди мають враховувати не лише відповідність чи невідповідність знарядь захисту і нападу, а й характер небезпеки, що загрожувала особі, яка захищалася, та обставини, що могли вплинути на реальне співвідношення сил, зокрема: місце і час нападу, його раптовість, неготовність до його відбиття, кількість нападників і тих, хто захищався, їхні фізичні дані (вік, стать, стан здоров'я) та інші обставини [11, с. 19-20].

Таким чином, особа під час затримання перевищує межі як припустимої, так і достатньої шкоди. Перевищення меж припустимої шкоди – це умисне заподіяння в несприятливій обстановці шкоди особі, яка вчинила злочин, що не являє великої суспільної небезпечності, та ухиляється від законного затримання. Перевищення меж достатньої шкоди – це умисне заподіяння злочинцю, який ухиляється від затримання, у відносно сприятливій обстановці тяжкої шкоди, котра явно перевищує шкоду, достатню для його успішного затримання. Ці дії обов'язково повинні мати ознаку «явної невідповідності» суспільній небезпечності діяння або обстановці затримання. Питання про співмірність – це завжди питання конкретного факту.

Законодавець встановлює лише два випадки, в яких особа підлягає кримінальній відповідальності за перевищення заходів, необхідних для затримання особи, що вчинила кримінальне правопорушення – «Вбивство» (ст.118 КК України) та «Нанесення тяжких тілесних ушкоджень» (ст. 124 КК України). Як ми бачимо, це два види найнебезпечніших насильницьких кримінальних правопорушення. В інших

випадках перевищення заходів для затримання особи, що вчинила кримінальне правопорушення не тягне за собою кримінальної відповідальності.

Розгляньмо ці злочини. Склади злочинів, передбачених статтями 118 та 124, мають особливість, яка полягає в тому, що обов'язковою ознакою об'єктивної сторони в них є обстановка та час вчинення злочину. Нею виступає стан необхідної оборони або затримання особи, що вчинила кримінальне правопорушення, за яких особа перевищує співрозмірність таких дій. Інші ознаки складу цього кримінального правопорушення в цілому збігаються з ознаками загальних складів злочину – вбивства та нанесення тяжких тілесних ушкоджень.

Дискусійним у науці є питання про форму вини у випадку вбивства за перевищення заходів для затримання особи, що вчинила кримінальне правопорушення. Зокрема, О.М. Попов вважає, що такий злочин може бути вчинений лише з непрямим умислом, тому що метою затримання є передусім доставляння затриманого в органи державної влади, а прямий умисел виключає таку мету [12, с. 30]. Однак, законодавець визначає, що у разі вчинення вбивства за перевищення заходів, необхідних для затримання, можливий як прямий, так і непрямий умисел. Слід також додати, що метою затримання є не лише доставлення особи в органи влади, а й припинення можливості вчинення ним нових кримінальних правопорушень. Тому це кримінальне правопорушення може бути вчинено як з прямим, так і непрямим умислом.

На наш погляд, важливим є також питання кримінально-правової оцінки нанесення тяжких тілесних ушкоджень, яке потягнуло за собою смерть потерпілого у разі перевищення меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання особи, що вчинила кримінальне правопорушення. Особливістю цього правопорушення є те, що в ньому присутні два суспільно небезпечні наслідки (первинний – тяжкі тілесні ушкодження і похідний – смерть), психічне ставлення до яких з боку винного є різним. До заподіяння тяжкого тілесного ушкодження він ставиться умисно, а до настання смерті від такого тілесного ушкодження – необережно. У цілому цей злочин визнається умисним. У випадку нанесення тяжкого тілесного ушкодження, яке потягло за собою смерть потерпілого у разі перевищення меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання особи, винний підлягає відповідальності згідно зі ст. 124 КК України, і додаткова кваліфікація за вбивство з необережності не потрібна. Це зумовлено саме метою вчинення таких дій. Окрім того, ці наслідки не передбачені диспозицією відповідної кримінально-правової норми.

Стаття 38 КК України, на відміну від ст. 36, не містить положення про те, що особа не підлягає кримінальній відповідальності, якщо через сильне душевне хвилювання, викликане суспільно небезпечним посяганням, вона не могла оцінити відповідність заподіяної шкоди небезпечності посягання чи обстановці захисту. Це може бути лише обставиною, яка пом'якшує покарання (п. 7 ч. 1 ст. 66 КК України). У науці кримінального права вже висловлювалися думки з цього питання. Зокрема, С.Ф. Милюков запропонував такі зміни у відповідні норми: перевищення заходів, необхідних для затримання особи, яка вчинила злочин, що зумовлене сильним душевним хвилюванням (афектом), виключає кримінальну відповідальність [13, с. 123]. П.С. Берзін пропонує доповнити ст. 38 КК частиною третьою такого змісту: «3. Особа не підлягає кримінальній відповідальності, якщо через сильне душевне хвилювання, викликане суспільно небезпечним посяганням, вона безпосередньо після його вчинення не могла оцінити відповідність заподіяної нею шкоди небезпечності посягання чи обстановці затримання злочинця» [14, с. 26]. Ми підтримуємо таку позицію, але з окремими зауваженнями. На наш погляд, якщо затримання вчиняється особою, на яку здійснювалося посягання, то на неї мають бути розповсюджені відповідні положення. Такий підхід у цьому питанні зумовлений і іншими кримінально-правовими нормами. Зокрема, ст. 116 та 123 КК України передбачають кримінальну відповідальність за вбивство та нанесення тяжких тілесних ушкоджень, які вчинені в стані сильного душевного хвилювання, зумовленого жорстоким поведінням, або таким, що принижує честь і гідність особи, а також при наявності системного характеру такого поведіння з боку потерпілого. Це положення не поширюється на осіб, які затримують особу, яка вчинила кримінальне правопорушення і які не були об'єктом його протиправного посягання.

Ми пропонуємо авторську редакцію ч. 3 ст. 38 КК України: не підлягає кримінальній відповідальності особа, на яку здійснене посягання, якщо через сильне душевне хвилювання, викликане цим суспільно небезпечним посяганням, вона не могла оцінити відповідність заподіяної нею шкоди небезпечності посягання чи обстановці затримання. Подібне положення міститься в КК Республіки Таджикистан. Зокрема, ч. 4 ст. 41 визначає, що у разі оцінки правомірності заподіяння шкоди під час затримання особи, яка вчинила злочин, ураховуються її дії з уникнення затримання, сили та можливості затримуючого, його душевний стан та інші обставини, пов'язані з фактом затримання [15, с. 55-56].

Висновки. Ураховуючи викладене можемо констатувати наступні висновки:

1. насильство є ознакою, яка характеризує суспільно небезпечне посягання як правову підставу виникнення права на правомірне затримання особи;

2. правовою підставою для затримання має виступати саме суспільно небезпечне посягання, а не кримінальне правопорушення. Такий підхід дозволить застосовувати відповідну кримінально-правову норму на випадки вчинення таких дій особами, які не мають ознак суб'єкта кримінального правопорушення (не досягли віку кримінальної відповідальності чи неосудні).

3. аналіз чинного законодавства про кримінальну відповідальність дозволяє зробити висновок про те, що правовою підставою для правомірного затримання можуть виступати будь-які кримінальні правопорушення за ступенем тяжкості. Це можуть бути як закінчені, так і незакінчені правопорушення (готування або замах);

4. ми не підтримуємо позиції щодо встановлення в законі вичерпного переліку кримінальних правопорушень, у разі вчинення яких можливе кримінально-правове затримання. На наш погляд, це можливо у випадку вчинення будь-якого кримінального правопорушення;

5. наголошуємо, що вбивство при перевищенні меж затримання може бути вчинено як з прямим, так і з непрямым умислом;

6. стаття 38 КК України, на відміну від ст. 36, не містить положення про те, що особа не підлягає кримінальній відповідальності, якщо через сильне душевне хвилювання, викликане суспільно небезпечним посяганням, вона не могла оцінити відповідність заподіяної шкоди небезпечності посягання чи обстановці захисту. Це може бути лише обставиною, яка пом'якшує покарання (п. 7 ч. 1 ст. 66 КК України). На наш погляд, якщо затримання здійснюється особою, на яку здійснювалося посягання, то на неї мають бути розповсюджені відповідні положення;

7. нами пропонується авторська редакція ч. 3 ст. 38 КК України: «не підлягає кримінальній відповідальності особа, на яку здійснене посягання, якщо через сильне душевне хвилювання, викликане цим суспільно небезпечним посяганням, вона не могла оцінити відповідність заподіяної нею шкоди небезпечності посягання чи обстановці затримання».

ЛІТЕРАТУРА

1. Баулин Ю.В. Обстоятельства, исключают преступность деяния: монография. Харьков: Основа, 1991. 360 с.
2. Тишкевич И.С. Условия и пределы необходимой обороны: монография. Москва: Юридическая литература, 1969. 191 с.
3. Ткаченко В.И. Ответственность за вред, причиненный при задержании преступника. *Социалистическая законность*. 1970. № 8. С. 39-40.
4. Блинська С.В. Кримінально-правова природа затримання особи, яка вчинила злочин, як обставини, що виключає злочинність діяння: дис... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2006. 197 с.
5. Подкорытова Л.Н. Задержание лиц, совершивших преступление, как обстоятельство, исключяющее преступность деяния: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харьков, 1999. 175 с.
6. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник / Ю.В. Александров, В.І. Антипов, М.В. Володько [та ін.]. Київ: Правові джерела, 2002. 432 с.
7. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник для студ. юрид. вузів і факультетів / Г.В. Андрусів, П.П. Андрушко, В.О. Беньківський [та ін.]. Київ: Юрінком Інтер, 1999. 506 с.
8. Диденко В.П. Правомерность причинения вреда преступнику при задержании: учебное пособие. Киев: КВШ МВД СССР, 1984. 72 с.
9. Тишкевич И.С. Право граждан на задержание преступника: монография. Минск: Изд-во БелГУ, 1974. 112 с.
10. Якубович М.И. Обстоятельства, исключяющие общественную опасность и противоправность деяния: монография. Москва: Академия МВД СССР, 1979. 64 с.
11. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про необхідну оборону». Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України та постанов Верховного Суду України у справах кримінальної юрисдикції. Харків: Одиссей, 2012. 432 с.
12. Попов А.Н. Обстоятельства, исключяющие преступность деяния: монография. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 1998. 260 с.
13. Мильков С.Ф. Российское уголовное законодательство: опыт критического анализа: монография. Санкт-Петербург: ИВЭСЭП, Знание. 2000. 279 с.
14. Берзін П.С. Злочинні наслідки в механізмі кримінально-правового регулювання: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2010. 483 с.
15. Уголовный кодекс Республики Таджикистан. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2001. 410 с.

REFERENCES

1. Baulin Yu.V. Circumstances that exclude the criminality of the act: a monograph. Kharkiv: Osnova, 1991. 360 p.
2. Tishkevich I.S. Conditions and limits of necessary defense: a monograph. Moscow: Legal Literature, 1969. 191 p.
3. Tkachenko V.I. Responsibility for damage caused during the detention of the offender. *Socialist legality*. 1970. № 8. pp. 39-40.
4. Blinska S.V. Criminal and law nature of detention of a person who has committed a crime as a circumstance that excludes the criminality of the act: diss... cand. jurid. science: 12.00.08. Kyiv, 2006. 197 p.
5. Podkorytova L.N. Detention of persons who have committed a crime, as a circumstance that excludes the criminality of the act: diss. ... cand. jurid. science: 12.00.08. Kharkiv, 1999. 175 p.

6. Criminal law of Ukraine. General part: textbook / Yu.V. Alexandrov, V.I. Antipov, M.V. Volodko [etc.]. Kyiv: Legal Sources, 2002. 432 p.
7. Criminal law of Ukraine. General part: a textbook for stud. of jurid. universities and faculties / G.V. Andrusiv, P.P. Andrushko, V.O. Benkivsky [etc.]. Kyiv: Yurinkom Inter, 1999. 506 p.
8. Didenko V.P. Legality of causing harm to a criminal during detention: a textbook. Kiev: KHS MIA SSSR, 1984. 72 p.
9. Tishkevich I.S. The right of citizens to detain a criminal: a monograph. Minsk: BelSU Publishing House, 1974. 112 p.
10. Yakubovich M.I. Circumstances that exclude public danger and illegality of the act: a monograph. Moscow: Academy of the Ministry of Internal Affairs of the USSR, 1979. 64 p.
11. Resolution of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine "On Judicial Practice in Cases of Necessary Defense". Corpus of rulings of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine and rulings of the Supreme Court of Ukraine in cases of criminal jurisdiction. Kharkiv: Odyssey, 2012. 432 p.
12. Popov A.N. Circumstances that exclude the criminality of the act: a monograph. St. Petersburg: Legal Center Press, 1998. 260 p.
13. Milyukov S.F. Russian criminal law: the experience of critical analysis: a monograph. St. Petersburg: IVESEP, Knowledge. 2000. 279 p.
14. Berzin P.S. Criminal consequences in the mechanism of criminal law regulation: author's ref. dis. ... dr. jurid. science: 12.00.08. Kyiv, 2010. 483 p.
15. Criminal Code of the Republic of Tajikistan. St. Petersburg: Legal Center Press, 2001. 410 p.