

Ю. А. Пономаренко

ЧИННІСТЬ І ДІЯ
КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ
В ЧАСІ

АТІКА

Ю. А. Пономаренко

ЧИННІСТЬ І ДІЯ
КРИМІНАЛЬНОГО
ЗАКОНУ
В ЧАСІ

Київ • Атіка • 2005

ББК 67.9(4УКР)308
1156

Рецензенти:

Борисов В. І. – директор Інституту вивчення проблем злочинності Академії правових наук України, доктор юридичних наук, професор, академік Академії правових наук України;

Мельник М. І. – член Центральної виборчої комісії України, доктор юридичних наук, професор.

Пономаренко Ю. А.

П56 Чинність і дія кримінального закону в часі: Монографія.–
К.: Атіка, 2005 – 288 с.

ISBN 966-326-099-8

Досліджуються теоретичні та практичні проблеми чинності і дії кримінального закону в часі. Аналізуються загальні питання поняття кримінального закону, визначаються часові межі його чинності, поняття і види дії кримінального закону в часі. Спеціально досліджуються питання підстав, меж та кримінально-правових наслідків зворотної дії кримінального закону.

Призначена для науковців, викладачів та студентів вищих юридичних закладів, а також для суддів та працівників правоохоронних органів.

ББК 67.9(4УКР)308

ISBN 966-326-099-8

© Пономаренко Ю. А., 2005
© Видавництво «Атіка», 2005

ЗМІСТ

| | |
|---|-----|
| Вступ | 4 |
| Розділ 1. Поняття кримінального закону: проблемні аспекти | |
| 1.1. Визначення поняття кримінального закону | 11 |
| 1.2. Зміст поняття кримінального закону | 29 |
| 1.3. Кримінальний закон і кримінальне законодавство | 40 |
| 1.4. Щодо адекватності термінології | 49 |
| Розділ 2. Чинність кримінального закону в часі | |
| 2.1. Поняття чинності кримінального закону в часі | 54 |
| 2.2. Набуття чинності кримінальним законом | 60 |
| 2.3. Втрата чинності кримінальним законом | 92 |
| Розділ 3. Дія кримінального закону | |
| 3.1. Поняття дії кримінального закону | 104 |
| 3.2. Час вчинення злочину як критерій виділення видів дії кримінального закону в часі | 116 |
| 3.3. Види дії кримінального закону в часі | 135 |
| Розділ 4. Зворотна дія кримінального закону в часі | |
| 4.1. Обґрунтування та підстави зворотної дії кримінального закону в часі | 142 |
| 4.2. Матеріальні підстави зворотної дії кримінального закону в часі | 153 |
| 4.2.1. Пом'якшення кримінальної відповідальності | 153 |
| 4.2.2. Скасування кримінальної відповідальності | 191 |
| § 1. Декриміналізація як вид скасування кримінальної відповідальності | 191 |
| § 2. Інші види скасування кримінальної відповідальності | 218 |
| а) Звільнення від кримінальної відповідальності | 218 |
| б) Неможливість повторного притягнення до кримінальної відповідальності | 223 |
| 4.3. Формальні підстави зворотної дії кримінального закону в часі | 225 |
| 4.3.1. Колізійний припис | 225 |
| 4.3.2. Спеціальна вказівка законодавця | 240 |
| 4.4. Особливості підстав зворотної дії в часі «проміжного» кримінального закону | 253 |
| 4.5. Межі зворотної дії кримінального закону в часі | 262 |
| 4.6. Кримінально-правові наслідки зворотної дії кримінального закону в часі | 272 |

ВСТУП

Кінець ХХ – початок ХХІ ст. увійдуть в історію України як роки значних перетворень майже в усіх сферах суспільного життя. За відносно невеликий проміжок часу в нашій державі одна суспільно-політична система змінилася іншою, один економічний уклад – іншим. Україна стверджується як суверенна держава, її економіка все більше набуває рис ринковості, громадсько-політичне життя – демократизму і цивілізованості, суспільство – свободи та громадянськості. Цілоком природно, що зміни економічного, громадського та політичного життя в Україні спричинили і необхідність змін їх регуляторів. Навіть суспільна мораль – оплот стабільності і консерватизму громадянського життя – зазнала відносно суттєвих змін. Тому не є дивним, що у суперечність із сучасною системою суспільних відносин, яка за своєю природою є об'єктивною, вступила і система законодавства України, котра значною мірою є продуктом суб'єктивної діяльності законодавця, що відзначається певною інертністю.

Все це зумовило ситуацію, коли у законодавстві України особливо яскраво проявилось протиборство двох тенденцій його розвитку. З одного боку, вітчизняне законодавство, як і законодавство будь-якої іншої країни, прагнуло і прагне до стабільності. З іншого – постала потреба у його динамічності, мінливості, пристосуванні до змінюваних потреб суспільного життя. При цьому, стабільність і динамізм законодавства і далі залишалися взаємопов'язаними і діалектично обумовленими його властивостями. Практика підтвердила слушність висновку про те, що законодавство не може бути тільки стабільним або тільки динамічним.¹ Для нього завжди характерні обидві ці властивості. Інша справа, що в одні періоди розвитку держави і права переважає динамічність правових рішень, в інші – їх стабільність. Тож цілоком виправданим стало те, що на сучасному історичному етапі в Україні динамізм законодавства почав превалювати над його стабільністю. Більш того, сама стабільність законодавства досягається шляхом внесення до нього змін та доповнень. Адже «стабільність закону не можна розуміти як його абсолютну незмінність», як її розцінював, наприклад, М. Монтень, який був

¹ Сморот 3. Стабільність радянського законодавства // Радянське право. – 1982. – № 2. – С. 13.

² Там само.

категоричним противником прийняття нових законів, вважаючи непохитними і нескасовуваними існуючі .

Слід погодитися з думкою про те, що стабільність, тобто постійність і усталеність законів, не є рівнозначною їх застиглому стану¹. Тому кардинальні зміни у громадському, економічному та політичному житті України створили підґрунтя для великих змін і в її законодавстві, у тому числі – й у кримінальному законі. Адже останній, як наголошував ще свого часу О. Ф. Кістяківський, також змінюється, «коли змінюються фактори, які його породжують»³.

Однак не лише вказані чинники спричинили динамічні зміни кримінального закону. На мій погляд, і сьогодні не позбавлена актуальності запропонована К. А. Гельвецієм класифікація законів на такі, що є мінливими за своєю природою (наприклад, закони торгівлі, податків тощо), та такі, що змінюються остільки, оскільки вони ще не доведені до досконалості (закони цивільні та кримінальні)⁴. Не беручись стверджувати істинність чи хибність такої класифікації щодо інших галузевих законів, зазначу, що відносно кримінального закону вона, певно, є слушною. Справді, як писав Г. В. Ф. Гегель, закону завжди необхідне поліпшення, завжди існує потреба у нових правових визначеннях. «Ставити кодексу вимогу, щоб він був абсолютно закінченим і не допускав подальших визначень... значить не розуміти природи таких кінцевих предметів, як приватне право, в яких так звана досконалість є постійним наближенням...» .

З огляду на ці два фактори – кардинальні реформування в країні та прагнення до удосконалення, – кримінальний закон України за останні роки зазнав значних змін. Так, лише за останні 11 років його чинності (1991–2001 роки) зміни до КК України 1960 р.⁶ вносилися 77 разів, при-

¹ *Монтень М.* Опыты. Избранные произведения в 3-х томах. Т. I / Пер. с франц. – М.: Голос, 1992 – С. 129–131, 291.

² *Цвик М. В.* Советский закон: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук – Х.: Харьков. юрид. ин-т, 1952. – С. 12.

³ *Кістяковскій А. Ф.* Элементарный учебникъ общаго уголовнаго права с подробнымъ изложениемъ началъ русскаго уголовнаго законодательства. – К.: Издание Книгопродавца-Издателя Ф. А. Югансона, 1891 – С. 178. (Тут і далі переклад мій – Ю. П.).

⁴ *Гельвецій К. А.* О человеке // *Гельвецій К. А.* Сочинения. В 2-х томах. Т. 2 / Сост. и общ. ред. *Х. Н. Момджяна* – М.: Мысль, 1974 – С. 522.

⁵ *Гегель Г. В. Ф.* Философия права – М.: Мысль, 1990 – С. 253–254. Очевидно, що ця думка Гегеля має загальне значення, а тому може бути застосована і щодо кримінального права, хоч воно й є галуззю не приватного, а публічного права.

⁶ Тут і далі під «КК України 1960 р.» мається на увазі Кримінальний кодекс України, прийнятий Верховною Радою Української РСР 28 грудня 1960 року. Його положення, якщо інше спеціально не зазначено, цитуються за виданням: Кримінальний кодекс України з постатейними матеріалами: Офіційне видання станом на 20 липня 2000 р. – Ужгород: ІВА, 2000 – 536 с.

чому було змінено, включено чи виключено понад 200 його статей. Проте, навіть таке обширне реформування КК України 1960 р. не було достатнім, аби кримінальний закон України відповідав сучасним реаліям суспільного життя та сьгоднішньому рівню розвитку кримінально-правової науки. Справедливо звертають на це увагу В. Я. Тацій та В. В. Сташис, які пишуть, що КК України 1960 року «хоча й змінювався та доповнювався в останні роки, але в цілому мав серйозні вади, і не відповідав повною мірою як новим потребам суспільства і держави, так і сучасній теорії кримінального права»¹.

У зв'язку з цим був розроблений і 5 квітня 2001 р. прийнятий Верховною Радою України новий КК України, який набув чинності з 1 вересня 2001 р.² Однак і з прийняттям цього Кодексу зміни кримінального закону не припинилися. І це цілком зрозуміло. «Кодекс, що приймається під час проведення реформ, об'єктивно не здатен стати стабільним. Реформування суспільства – процес тривалий і він первісно зумовлює подальше удосконалення Кодексу»³. Саме тому за неповних три роки його чинності КК України 2001 р. вже 14 разів піддавався змінам та доповненням (станом на 1 червня 2004 р.), причому до Кодексу було включено нових і виключено з нього по 2 статті, повністю викладено в новій редакції 9 статей, частково змінено 6 статей і 1 пункт Прикінцевих та перехідних положень.

Такий стан речей щодо кримінального закону України, звичайно ж, не може не торкатися тих осіб, до яких він застосовується, тобто осіб, що вчинили злочини. Конституція України проголошує, що «особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду» (ч. 1 ст. 62)⁴. При цьому, як зазначає В. Д. Іванов, будь-який злочин, перш ніж за нього особа може бути покарана, вимагає певного часу для попереднього розслідування, впродовж якого кримінальний закон може бути змінений, скасований чи доповнений. Зміна ж законодавчих приписів ставить питання про долю

¹ Тацій В., Сташис В. Новий Кримінальний кодекс України // Право України – 2001. – № 7. – С. 3.

² Далі цій в роботі Кримінальний кодекс України, прийнятий Верховною Радою України 5 квітня 2001 року буде називатися «КК України» або «КК України 2001 року». Він цитується за виданням: Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. – 2001 – № 25–26. – Ст. 131.

³ Наумов А. Два года действия Уголовного кодекса РФ: достижения и просчеты // Российская юстиция – 1999 – № 9 – С. 30.

⁴ Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України – 1996 – № 30 – Ст. 141.

⁵ Див.: Іванов В. Д. Уголовное законодательство Российской Федерации. Т. 1. Часть Общая – Ростов-на-Дону: Личный интерес, 1996 – С. 18. Розвиваючи думку В. Д. Іванова, додаю, що з моменту вчинення злочину до

людини, яка вчинила злочин, про вибір закону, за яким має визначатися її доля, тобто закону, який має застосовуватися до такої особи. У цьому зв'язку особливої актуальності набувають проблеми чинності і дії кримінального закону в часі і, особливо, його зворотної дії в часі.

Класичними постулатами права є принципи *de lege lata* (з точки зору чинного закону) та *lex retro non agit* (закон зворотної дії не має). Сьогодні вони знаходять своє втілення у найважливіших міжнародно-правових актах. Так, зокрема, ч. 2 ст. 11 Загальної декларації прав людини проголошує, що «ніхто не може бути засуджений на підставі скоєння будь-якого діяння або за бездіяльність, які на час їх скоєння не становили злочину за національними законами або за міжнародним правом»; в ч. 1 ст. 15 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права йдеться про те, що «ніхто не може бути визнаний винним у вчиненні будь-якого кримінального злочину внаслідок якоїсь дії чи упущення, яке згідно з діючим на момент їх вчинення внутрішньодержавним законодавством або міжнародним правом не становило кримінального злочину»; ч. 1 ст. 7 Європейської конвенції про захист прав і основних свобод людини встановлює, що «жодна людина не може бути обвинувачена у вчиненні кримінального злочину на підставі будь-якої дії або бездіяльності, які на час їх вчинення не становили кримінального злочину за національними законами або за міжнародним правом»³. Названі принципи стали також змістом статей 65 і 70 Женевської конвенції про захист цивільного населення під час війни; ст. 28 Віденської конвенції про право міжнародних договорів; ст. 9 Американської конвенції про права людини; пункту «с» ч. 4 ст. 75 Додаткового протоколу I до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів; п. «с» ч. 2 ст. 7 Додаткового протоколу II до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується за-

початку відбування покарання за нього проходить також певний проміжок часу, впродовж якого: злочин залишається невідомим правоохоронним органам; відбувається судовий розгляд справи; вирок набуває законної сили. У ці проміжки часу, як і в процесі відбування покарання, кримінальний закон також може зазнати змін.

¹ Загальна декларація прав людини: Прийнята і проголошена резолюцією 217А (III) Генеральної Асамблеї ООН 10 грудня 1948 року // Права людини і професійні стандарти для юристів в документах міжнародних організацій – Амстердам – Київ: Українсько-американське бюро захисту прав людини, 1996 – С. 7.

² Міжнародний пакт про громадянські та політичні права: Прийнятий резолюцією 2200А (XXI) Генеральної асамблеї ООН 16 грудня 1966 року // Права людини і професійні стандарти для юристів в документах міжнародних організацій – Амстердам – Київ: Українсько-американське бюро захисту прав людини, 1996.– С. 13.

³ Конвенція про захист прав і основних свобод людини 1950 року, Перший протокол та протоколи № 1, 4, 6, 7, 9, 10 та 11 до Конвенції (Рим, 4.XI.1950) // Голос України – 2001 – 10 січня.

хисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру; ст. 7 Африканської хартії прав людини і народів; ч. 1 ст. 7 Конвенції Співдружності Незалежних Держав про права і основні свободи людини. Аналогічного змісту положення містяться також і в ч. 2 ст. 58 Конституції України, яка встановлює, що «ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення», та в ч. 2 ст. 4 КК України, відповідно до якої «злочинність і караність діяння визначаються законом про кримінальну відповідальність, який діяв на час вчинення цього діяння».

Водночас, міжнародно-правовими документами допускається і застосування до скоєного злочину закону, прийнятого пізніше. Так, ч. 1 ст. 15 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права передбачає: «Якщо після вчинення злочину законом встановлюється більш легке покарання, дія цього закону поширюється на даного злочинця». Пунктом 2 Резолюції 1984/50 Економічної і Соціальної Ради ООН від 25 травня 1984 р. «Заходи, що гарантують захист прав тих, хто засуджений до страти» встановлюється, що «якщо після вчинення злочину були здійснені зміни в законодавстві, що передбачають більш м'які заходи покарання, вони повинні поширюватися і на правопорушника, що вчинив даний злочин».¹ За ст. 7 Конвенції СНД про права та основні свободи людини, «якщо після вчинення злочину законом встановлюється більш легке покарання чи відповідальність за нього усувається, застосовується новий закон». Допускають можливість застосування прийнятих пізніше законів також і Конституція України (ч. 1 ст. 58), і КК України (частини 1 і 3 ст. 5).

Важливого значення проблемам чинності і дії кримінального закону в часі, а особливо – питанням його зворотної дії надає і юридична наука. Ці проблеми порушувалися ще в роботах криміналістів ХІХ – початку ХХ ст.: Л. С. Білогриць-Котляревського, Л. Є. Владимірова, В. П. Даневського, В. В. Єсіпова, П. Д. Калмикова, О. Ф. Кістяківського, О. В. Лохвицького, С. П. Мокринського, Е. Я. Немировського, В. С. Спасовича, М. С. Таганцева, М. П. Чубинського та ін. У радянський період їх дослідження на дисертаційному рівні започаткував Ю. А. Соколов (кандидатська дисертація «Действие советских законов во времени», М., 1949 р.), а пізніше ці проблеми були ґрунтовно досліджені в докторських дисертаціях А. О. Тілле («Действие советского закона во времени и в пространстве», М., 1966 р.) та М. І. Блум («Действие советского уголовного закона во времени и в пространстве», Рига, 1975 р.). Крім цього, питання чинності

¹ Меры, гарантирующие защиту прав тех, кто приговорен к смертной казни: Одобрены резолюцией 1984/50 Экономического и Социального Совета ООН от 25 мая 1984 года // Права людини і професійні стандарти для юристів в документах міжнародних організацій - Амстердам - Київ: Українсько-американське бюро захисту прав людини, 1996 - С. 190-191.

- Конвенция Содружества Независимых Государств о правах и основных свободах человека // Дипломатический вестник - 1995 - № 7.

і дії кримінального закону в часі знайшли висвітлення у працях А. Абрамвічуса, Г. З. Анашкіна, Я. М. Брайніна, О. А. Герцензона, Й. І. Горелика, М. Д. Дурманова, В. Дябла, І. Заболоцького, Л. Зайцева, С. Г. Келіної, М. І. Ковальова, А. П. Козлова, В. П. Коняхіна, В. М. Кудрявцева, Ю. Г. Ляпунова, В. І. Малихіна, А. С. Піголкіна, А. А. Піонтковського, Є. В. Пржевальінського, І. А. Ребане, А. Б. Сахарова, І. Сапгіра, Ю. А. Соколова, І. І. Солодкіна, І. І. Тишкевича, І. С. Тишкевича, Г. В. Швекова та ін.

Сплеск досліджень російськими криміналістами проблем чинності і дії кримінального закону в часі, а особливо – його зворотної дії викликало набуття чинності КК Російської Федерації 1996 р. З'явилися кандидатські дисертації О. В. Журавльової («Действие уголовного закона Российской Федерации во времени», М., 1997 р.), М. Г. Мельникова («Действие уголовного закона во времени и в пространстве», Рязань, 1999 р.), А. М. Барканова («Обратная сила уголовного закона», Саратов 2000 р.), докторська дисертація О. І. Бойцова («Уголовный закон: субстанциональный, атрибутивный и нормативный аспекты действия», Санкт-Петербург, 1996). Відомі цикл статей та монографія А. Я. Якубова, роботи Є. В. Благова, О. І. Бойцова, А. Е. Бражника, Б. В. Волженкіна, О. С. Горелика, Т. Г. Даурової, Л. В. Іногамової, Ю. Г. Ляпунова, В. Максимова, В. І. Малихіна, О. М. Медведева, С. Ф. Мілюкова, А. В. Наумова, Л. Ю. Перової, О. М. Попова, О. М. Тарбагаєва, Е. С. Тенчова, С. Я. Улицького, А. Шесгак та інших, що присвячені названим проблемам. 2000 р. в Алма-Аті (Республіка Казахстан) захищена кандидатська дисертація М. К. Жолумбаєва «Обратная сила уголовного закона по уголовному праву Республики Казахстан».

В Україні питання чинності кримінального закону в часі розглядав у своїй кандидатській дисертації В. М. Василяш («Чинність кримінального закону України в часі», К., 1995), цих же питань торкалися в своїх публікаціях П. П. Андрушко, В. І. Борисов, В. К. Гришук, С. В. Дячук, Я. Зейкан, М. Й. Коржанський, В. М. Куц, М. І. Мельник, В. Мойсик, А. А. Музика, В. О. Навроцький, А. О. Пінаєв, А. М. Ришелюк, О. Я. Светлов, М. І. Хавронюк та інші вчені-криміналісти.

Проблеми темпоральних властивостей закону неодноразово порушувалися також і в загальній теорії права, в науці конституційного права. В різні роки їм присвятили свої дослідження К. А. Архипов, Д. М. Бахрах, С. А. Боголюбов, О. Д. Градовський, С. С. Кішкін, В. П. Малков, М. М. Марченко, М. Н. Ніколаєва, А. С. Піголкін, С. П. Погребняк, П. М. Рабінович, Р. М. Романов, Ю. А. Соколов, Н. М. Тоцький, В. А. Туманов та інші вчені.

Постійна підвищена увага науковців до проблеми чинності і дії кримінального закону в часі спростовує тезу про те, що вони (ці проблеми) є вже давно і недвозначно вирішеними. До сьогодні не втратило актуальності судження Ю. Г. Ляпунова про те, що, незважаючи на всю свою, на перший погляд, очевидність та традиційний коментаторський виклад у літературі, застосування кримінального закону до діянь, вчинених до набуття ним чинності, є теоретично складною та важливою з практичного

боку проблемою вчення про кримінальний закон¹. Саме тому значна увага у пропонованій монографії приділена саме зворотній дії кримінального закону в часі. Водночас, предметом дослідження стали також і загальні проблеми поняття кримінального закону, його чинності в часі, поняття і видів дії кримінального закону в часі.

Слід застерегти, що викладені в роботі міркування щодо названих питань є лише авторською концепцією їх бачення, яка не може розглядатися як єдино правильна і не має жодного офіційного статусу. Автор не претендує на повне вичерпання проблем обраної теми та на їх однозначне і остаточне розв'язання.

Оснвою монографії становить дисертаційне дослідження «Зворотна дія кримінального закону в часі», захищене автором 4 квітня 2002 р. в спеціалізованій вченій раді Д 64.086.01 в Національній юридичній академії України імені Ярослава Мудрого на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право. При цьому автор повністю усвідомлює, що поява спочатку дисертації, а потім і цієї монографії стали можливими лише за ініціативи, підтримки та допомоги його наукового керівника, вчителя у науці і наставника в житті доктора юридичних наук, члена-кореспондента Академії правових наук України професора Ю. В. Бауліна, якому висловлює свою глибоку подяку.

Автор також щиро вдячний офіційним опонентам по дисертації – доктору юридичних наук професору А. О. Пінаєву та кандидату юридичних наук доценту П. П. Андрушку, а також рецензентам рукопису монографії – докторам юридичних наук, професорам В. І. Борисову та М. І. Мельнику за висловлені ними зауваження та побажання, які дозволили значною мірою поліпшити зміст роботи перед публікацією. Були також враховані зауваження та побажання, що містилися у відзиві провідної організації – кафедри кримінального права та кримінології Львівського національного університету імені Івана Франка, у відзивах на автореферат, що надійшли від українських та зарубіжних криміналістів, а також ті, що були висловлені членами спеціалізованої вченої ради під час захисту дисертації.

Автор висловлює вдячність всьому колективові кафедри кримінального права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого на чолі з її завідувачем доктором юридичних наук, академіком НАН і АПрН України професором В. Я. Тацієм за ту творчу, доброзичливу атмосферу, в якій пощастило працювати, і за ті цінні побажання, що були висловлені при підготовці даної публікації.

¹ *Ляпунов Ю.* Обратная сила новых уголовно-правовых норм // Законность. – 1994 – № 6. – С. 4.

Р о з д і л 1

ПОНЯТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ: ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ

1.1. Визначення поняття кримінального закону

Проблема темпоральних властивостей кримінального закону є комплексною і багатогранною, однак відправним її моментом є, очевидно, визначеність у розумінні самого кримінального закону. Справді, чинність і дія кримінального закону в часі є лише його атрибутами, властивостями. Тому їх характеристики мають пряму логічну залежність від характеристик самого кримінального закону. Аналіз наявних на сьогодні наукових досліджень підтверджує, що існує пряма залежність між розумінням дослідником поняття кримінального закону та визначенням ним питань чинності його в часі, а особливо – його зворотної дії в часі та її окремих характеристик. Нехтування таким зв'язком між поняттям закону та його темпоральними характеристиками може призвести не лише до неаргументованих висновків, а й до марних суперечок на цьому підґрунті. Мав рацію Вольтер, коли підкреслював, що перш ніж про щось сперечатися, необхідно встановити значення термінів, які використовуються сторонами, які сперечаються.

Безумовно, визначення понять у правових дослідженнях має відправне значення,¹ і подальші міркування про чинність і дію кримінального закону можуть бути позбавлені будь-якої рації, якщо відправне поняття – поняття кримінального закону – залишиться недостатньо зрозумілим. Справедливо підкреслюється, що поняття є не лише певним концентратом знань, підсумком пізнання на певному етапі, а й засобом для подальшого пізнання². Саме тому видається необхідним попереднє з'ясування поняття кримінального закону для подальшого дослідження питань його чинності та дії в часі.

¹ Манов Г. Н. О понятиях и их определениях в общей теории государства и права // Актуальные проблемы теории социалистического государства и права. – М.: ИГП АН СССР, 1974. – С. 75.

² Див.: Войшвилло Е. К. Понятие - М.: Изд-во Московск. ун-та, 1967 – С. 131.

Питання про поняття і ознаки закону¹, його місце і роль у правовій системі, його чинність, застосування, тлумачення тощо завжди були предметом дослідження не лише юристів, а й філософів, політологів, соціологів, інших вчених. «За багато століть вивчення закону, зазначає М. М. Марченко, – накопичена величезна сума знань про нього, вироблене певне уявлення про це явище, склався досить визначений стереотип. Але разом з тим залишилося велике поле діяльності для сучасних і майбутніх дослідників, залишилася велика кількість до кінця не відомих його сторін».²

Такий стан наукових знань про закон пояснюється, очевидно, як складністю та багатоаспектністю самого предмета дослідження, так і плюралізмом світоглядних засад, з яких виходили його дослідники. Саме тому надбанням юридичної науки стала відносно велика кількість теорій закону, викладу та критиці яких присвячена досить обширна література³. З огляду головним чином на це, а також на тематичну спрямованість даної роботи, не видається за можливе детально зупинитися на аналізі цих теорій. Звернімося до аналізу підходів до характеристики поняття закону, що їх сформульовано у сучасній літературі із загальної теорії права, конституційного та кримінального права.

Звертають на себе увагу спроби сучасних дослідників поняттям закону синтезувати вироблене радянською правовою наукою матеріально-формальне його розуміння з положеннями класичних лібераль-

¹ «Поняття «закон» – зазначає І. О. Ісаєв – надто багатоаспектне, щоб віднести його до будь-якої окремої сфери людського світопізнання. Цим поняттям оперують теологи, філософи, природознавці і, звичайно, правознавці. Нормативність, закладена у ньому, настільки універсальна, що може бути викладена при побудові майже будь-якої наукової парадигми» (Ісаєв І. А. *Метафізика Влади и Закона: У истоков политико-правового сознания*. – М.: Юристъ, 1998 – С. 158). В рамках цієї роботи досліджуються, звичайно, проблеми поняття саме юридичного закону.

² Теория государства и права: Курс лекций / М. Н. Марченко, А. В. Мицкевич, О. Э. Лейст и др. Под. ред. М. Н. Марченко – М.: Зерцало, 1998 – С. 347–348.

³ Див., наприклад: Ісаєв І. А. *Метафізика Влади и Закона: У истоков политико-правового сознания* – М.: Юристъ, 1998 – С. 23–35, 55–57, 68–73, 158–195; Тихомиров Ю. А. *Теория закона*. – М.: Наука, 1982 – С. 12–40; Ямпольская Ц. А. К вопросу о понятии закона в советском праве // Советское государство и право – 1946 – № 10 – С. 7–15; Неволин К. А. *Энциклопедия законоведения. История философии законодательства*. – СПб: Изд-во Санкт-Петербургск. гос. ун-та, 1997. – С. 113–388; Завадская Л. Н. *Концепция закона: отрицание отрицания* // Теория права: новые идеи / Ред. кол. Л. Н. Завадская, Н. С. Малейн, М. М. Славин – М.: ИГП РАН, 1993. – С. 4–12 та інші роботи.

но-демократичних теорій поділу влад та народного суверенітету. Втім, не можна не звернути уваги і на те, що часто такий синтез приводить до появи визначень закону, різних не лише за формою, а й за змістом. Так, І. В. Процюк визначає закон як «нормативно-правовий акт, прийнятий в особливому порядку вищим представницьким органом державної влади або шляхом безпосереднього народного голосування (референдуму), що найбільш повно виражає волю народу, встановлює відповідні засади правового регулювання, характеризується вищою юридичною силою і стабільністю в системі нормативно-правових актів»¹. Подібне, однак більш лаконічне, визначення дає А. В. Міцкевич, який вважає, що закон – це прийнятий представницьким і законодавчим органом держави обов'язковий для всіх акт, який має верховенство і пряму дію на всій території держави². В. В. Лазарєв визначає закон як «нормативно-правовий акт, що прийнятий в особливому порядку і має вищу юридичну силу, виражає державну волю з ключових питань суспільного життя»³. За С. С. Алексєєвим, закон – це «нормативний юридичний акт вищого державного (представницького) органу чи безпосередньо народу, що має вищу юридичну силу та містить первинні (відначальні) правові норми країни»⁴. В цілому подібні підходи до розуміння поняття «закон» знаходимо також у роботах А. С. Піголкіна⁵, Ю. О. Тихомирова⁶, Ю. М. Тодьки⁷ та інших вчених.

Грунтуючись, в основному, на розробках теоретиків права та вчених-конституціоналістів, подібне розуміння поняття закону виявляють сьогодні і криміналісти. Так, В. І. Борисов кримінальний закон розуміє як «письмовий правовий акт, що має вищу юридичну силу, приймається Верховною Радою України або всеукраїнським референдумом і містить кримінально-правові норми, які встановлюють

¹ *Процюк І. В.* Закон і його місце у правовій системі України // Нова Конституція України і проблеми вдосконалення законодавства: Темат. зб. наук. праць / Відп. ред. *М. І. Панов* – Х.: Нац. юрид. акад. України, 1997 – С. 6.

² Див.: Конституция, закон, подзаконный акт / *И. В. Котелекская, М. А. Митюков, А. В. Мицкевич и др.* Отв. ред. *Ю. А. Тихомиров* – М.: Юридическая литература, 1994 – С. 46–47.

³ *Общая теория права и государства* / Под ред. *В. В. Лазарева* – М.: Юрист, 1994 – С. 116.

⁴ *Алексеев С. С.* Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования – М.: Статут, 1999 – С. 82.

⁵ Див.: *Пиголкин А. С.* Закон // Российская юридическая энциклопедия – М.: Издательский дом ИНФРА-М, 1999 – С. 332.

⁶ Див.: *Тихомиров Ю. А.* Теория закона – М.: Наука, 1982 – С. 26.

⁷ Див.: *Тодька Ю. Н.* Конституционное право Украины: отрасль права, наука, учебная дисциплина – Х.: Фолио; Райдер, 1998 – С. 138.

підстави і зміст кримінальної відповідальності, визначають, які суспільно небезпечні діяння є злочинами і які покарання можуть застосовуватися до осіб, винних у їх вчиненні, формулюють інші кримінально-правові наслідки вчинення злочину»¹. Підхід до визначення кримінального закону через рід (загальні ознаки будь-якого закону) та виду виду відмінність (спеціальні ознаки саме кримінального закону) знаходимо також у роботах М. І. Бажанова², Р. Р. Галіакбарова³, О. М. Ігнатова⁴, І. Я. Козаченка⁵, М. Й. Коржанського⁶, Т. О. Леснієвськи-Костаревої⁷, А. В. Наумова⁸, А. О. Пінаєва⁹ Ю. М. Ткачевського¹⁰ та інших криміналістів.

Проте, відносна єдність (у більшості випадків) відправних засад у визначенні поняття «закон» в роботах теоретиків права, конституціоналістів та криміналістів, як вже зазначалося, не стала запорукою досягнення єдності у його розумінні. Кожен з них виділяє різну кількість ознак цього поняття. Так, І. В. Процюк у визначення поняття закон включає шість ознак: форма нормативно-правового акта; прийняття певним суб'єктом; вираження певної волі; спрямованість на регулювання суспільних відносин; вища юридична сила; стабільність. У визначенні А. В. Міцкевича закон має чотири ознаки – прийняття певним суб'єктом, загальнообов'язковість, верховенство і пряма дія на всій території держави. У В. В. Лазарева закон має п'ять ознак, у О. С. Піголкіна – три, у С. С. Алексєєва – чотири, у Ю. О. Тихомирова – п'ять і т. ін.

¹ Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник для юрид. вузів і фак. / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін.; За ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К.–Х.: Юрінком-Інтер – Право, 2001 – С. 37.

² Див.: Бажанов М. И. Уголовное право Украины. Общая часть – Днепропетровск: Пороги, 1992. – С. 8.

³ Див.: Галиакбаров Р. Р. Уголовное право: Общая часть: Учебник – Краснодар: Кубанск. гос. аграрн. ун-т, 1999 – С. 38.

⁴ Див.: Игнатов А. Н., Красиков Ю. А. Курс российского уголовного права: В 2 т. Т. 1. Общая часть – М.: НОРМА, 2001. – С. 25.

⁵ Див.: Уголовное право. Общая часть: Учебник / В. Г. Беляев, А. И. Бойко, Н. И. Ветров и др. Под ред. В. Н. Петрашева – М.: ПРИОР, 1999. – С. 65.

⁶ Див.: Коржанський М. Й. Уголовне право України. Частина загальна. Курс лекцій. – К.: Наукова думка; Українська видавнича група, 1996 – С. 34.

⁷ Див.: Леснієвськи-Костарева Т. А. Уголовное право. Словарь-справочник. – М.: НОРМА-ИНФРА-М, 2000. – С. 217.

⁸ Див.: Наумов А. В. Уголовное право. Общая часть: Курс лекций. – М.: БЕК, 1999. – С. 53.

⁹ Див.: Пінаєв А. А. Курс лекцій по Общей части уголовного права. Книга первая «О преступлении». – Х.: Харьков юридический, 2001. – С. 18.

¹⁰ Див.: Курс уголовного права. Общая часть. Т. 1: Учение о преступлении / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой и Н. М. Тяжковой – М.: ЗЕРЦАЛО, 1999 – С. 80.

Подібний же «різнобій» у визначенні кількості сутнісних ознак закону знаходимо і в роботах криміналістів. Так, на думку М. І. Бажанова, М. Й. Коржанського та А. В. Наумова, кримінальний закон має три ознаки – форму нормативно-правового акта, прийнята законодавчим органом та визначення суспільно небезпечних діянь, які є злочинами, і покарань за них¹. Натомість А. Н. Комісаров² та М. І. Ветров³ включають до поняття кримінального закону ще й ознаку його структурної єдності, а А. Н. Комісаров, крім того, – ще й вираження кримінальним законом волі народу. Ю. Г. Ляпунов включає до визначення кримінального закону таку його ознаку, як промудльованість Президентом⁴ тощо. Іноді одну й ту ж ознаку закону різні автори розуміють по-різному. Наприклад, І. В. Процюк включає до суб'єктів прийняття закону народ, який може це зробити на референдумі, А. В. Міцкевич – ні. Вказане призводить не лише до зовнішнього різноманіття дефініцій закону, а й, природно, до наповнення його різним змістом. Це, у свою чергу, може мати негативні наслідки при дослідженні окремих більш конкретних питань, у тому числі й питань чинності та дії кримінального закону в часі. Адже невизначеність у відправних положеннях часто породжує неузгодженість позицій, уникнути якої можна, на мій погляд, лише визначившись у загальних проблемах. Слушним, мабуть, буде згадати відомі слова В. І. Леніна про те, що той, «хто береться за часткові питання без попереднього розв'язання загальних, той неминуче буде на кожному кроці несвідомо для себе «натикатися» на ці загальні питання»⁵.

Водночас, не можна нехтувати й іншою стороною різноманітності визначень поняття «закон». На мій погляд, така різноманітність цілком відповідає виведеній Д. А. Керімовим методологічній формулі про пряму пропорційну залежність числа існуючих визначень від

¹ Див.: *Бажанов М. И.* Уголовное право Украины. Общая часть – Днепропетровск: Пороги, 1992 – С. 8; *Коржанський М. Й.* Уголовне право України. Частина загальна. Курс лекцій – К.: Наукова думка; Українська видавнича група, 1996 – С. 34; *Наумов А. В.* Уголовное право. Общая часть: Курс лекцій – М.: БЕК, 1999 – С. 53.

Див.: Уголовное право России. Общая часть: Учебник / *С. В. Афиногенов, Л. Д. Ермакова, Б. В. Здравомыслов* и др. Отв. ред. *Б. В. Здравомыслов* – М.: БЕК, 1996. – С. 21.

³ Див.: *Ветров Н. И.* Уголовное право. Общая часть: Учебник для вузов – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 1999 – С. 25–26.

⁴ Див.: Уголовное право. Общая часть: Учебник / *Н. И. Ветров, Р. Л. Габрахманов, В. И. Динька* и др. Под ред. *Н. И. Ветрова* и *Ю. И. Ляпунова* – М.: Новый юрист, КноРус, 1997 – С. 66–67.

⁵ *Ленін В. І.* Ставлення до буржуазних партій // *Ленін В. І.* Повне зібрання творів: Переклад з п'ятого рос. видання – К.: Вид-во політичної літератури України, 1971 – С. 350.

складності явища, що визначається¹. Втім, кількість запропонованих визначень понять закону, у тому числі й закону кримінального, має сенс лише для подальших наукових досліджень, однак не для вироблення практичних рекомендацій.

За таких умов існує необхідність аналізу окремих ознак кримінального закону, з тим, щоб, дослідивши всі їх сторони, відшліфувавши всі аспекти розуміння, потім зібрати ці ознаки у внутрішньоєдине, логічно вивірене, чітке і якомога більш адекватне визначення поняття закону. Вищевикладене свідчить, що, перш за все, практично існує проблема визначення самої кількості ознак закону, які є необхідними і достатніми для відображення його сутності і відмежування від усіх інших суміжних понять², як того вимагають логічні правила визначення поняття.

Загально визнано, що поняття «кримінальний закон» є видовим до поняття «закон», оскільки кожен кримінальний закон є законом, однак не кожен закон є кримінальним. Як видове поняття «кримінальний закон» з необхідністю має всі ознаки поняття свого роду – поняття «закон». Однак та обставина, що поняття «кримінальний закон» є вужчим за змістом, ніж поняття «закон», зумовлює наявність у першого додаткових ознак порівняно з другим, оскільки, як відомо, зміст поняття зворотно пропорційний його обсягу³. Саме тому загальні ознаки поняття «закон» однаково властиві кожному законові повною мірою і в кожному з них проявляються однаково. Спеціальна ж ознака, також будучи притаманною кожному законові (оскільки не існує законів взагалі, поза галузевою належністю), водночас у кожному з них має свою власну характеристику, зумовлену специфікою тих суспільних відносин, на регулювання яких спрямований цей закон⁴. Як зазначає В. Є. Жеребкін, «ознак, які утворюють видову відмінність, має бути вказано у визначенні стільки, щоб вони разом з родовою ознакою виражали сутність визначуваного предмета і їх було достатньо для обмеження (очевидно, мається на увазі: «відмежування».– Ю. П.) цього предмета від усіх інших схожих предметів»⁵.

¹ Див.: Керимов Д. А. *Философские основания политико-правовых исследований* – М.: Мысль, 1986 – С. 170.

² Див.: Жеребкін В. Є. *Логіка: Підруч. для юрид. вузів і фак.* – Х.: Основа, 1995 – С. 46–48.

³ Див.: Гетманова А. Д. *Логика: Учеб. для студ. пед. вузов* – М.: Высшая школа, 1986 – С. 28.

⁴ Див.: *Драма российского закона / Тихомиров Ю. А., Казимирчук В. П., Медведев Н. П. и др.* Отв. ред. В. П. Казимирчук – М.: Юридическая книга, ЧеРо, 1996. – С. 19–20.

⁵ Жеребкін В. Є. *Логіка: Підруч. для юрид. вузів і фак.* – Х.: Основа, 1995. – С. 48–49.

Визначаючи поняття кримінального закону, слід, насамперед, виходити з того, що він, оскільки даний нам у відчуттях та існує поза нашою свідомістю, є явищем об'єктивним. Таке його розуміння, у свою чергу, дає можливість зробити висновок: щодо кримінального закону мають справджуватися філософські категорії, які є атрибутами будь-якого об'єкта пізнання. Зокрема, кожен об'єкт пізнання з достатньою повнотою може бути визначений та описаний шляхом характеристики його внутрішнього змісту та зовнішньої форми прояву. Такий висновок підтверджується і станом наукових досліджень окремих юридичних понять. Мається на увазі те, що у вітчизняній правовій науці досить обширну літературу присвячено проблемам форми і змісту права¹. Що ж до питання про форму і зміст закону (і, зокрема, закону кримінального), то вони ще, на жаль, не стали предметом ґрунтованого аналізу, на що зверталася увага у кримінально-правових дослідженнях ще декілька десятиліть тому².

Не може викликати заперечень той факт, що розроблення загального вчення про зміст і форму закону є прерогативою загальної теорії права. В галузевих же юридичних науках можуть досліджуватися лише ті чи інші їх аспекти та прояви, зумовлені специфікою конкретної галузі законодавства. Проте, сьогодні, очевидно, можна стверджувати, що у загальній теорії права відсутня цілісна концепція розуміння закону в єдності його змісту і форми, яка могла б задовольнити потреби кримінально-правової науки. Водночас дослідження проблем кримінального закону, вже сьогодні перебуває на тій стадії розвитку, коли, як пише Д. А. Керімов, конкретні науки можуть виробити такі категорії, котрі досягають філософського рівня³. З огляду на це, видається за можливе проведення дослідження змісту і форми закону в ракурсі окремого галузевого закону, а саме – закону кримінального. Сказане, однак, не виключає, а, навпаки, зумовлює те, що таке дослідження має проводитися з урахуванням положень загально-теоретичного вчення про закон, а також положень філософських вчень про зміст і форму явищ та предметів.

Класик української криміналістики О. Ф. Кістяківський ще в ХІХ ст. писав (і ця думка часто підтримується й нині), що сам «кримінальний закон є лише формою, виразом кримінального права як сукупності понять даного народу в даний період його розвитку про

¹ Див., наприклад, роботи П. Б. Євграфова, Д. А. Керімова, А. Ф. Шебапова, Л. С. Явича та інших авторів.

² Див.: *Брайнин Я. М.* Уголовный закон и его применение – М.: Юридическая литература, 1967 – С. 19, 20.

³ *Керимов Д. А.* Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). – М.: Аванта +, 2000 – С. 23.

право та неправо»¹. Ця теза не викликає заперечень, якщо розглядати співвідношення права і закону як найбільш загальних категорій юриспруденції. Дійсно, право, як нормативне вираження рівності та справедливості, виражається у певних формах – так званих формах (чи джерелах) вираження права. Однією з таких форм, як відомо, є і закон. Однак, якщо розглядати кримінальний закон як окремий об'єкт пізнання, а не як форму вираження права, то він має власні зміст і форму. Категорія, яка є формою вираження іншої категорії, у будь-якому разі має свої власні зміст і форму. Форма такої категорії відмінна від неї самої, як форми іншої категорії, а зміст – від цієї іншої категорії, як її змісту. Коли говорять про право як зміст закону, а про закон як форму права, то мова саме і йде про співвідношення цих двох різних явищ. Саме виходячи з таких позицій, теоретики права визначають зміст права, попри те, що в описаному вище співвідношенні право само є змістом закону².

Має рацію Д. А. Керімов, коли вказує на співвідносність понять змісту і форми, оскільки у реальній дійсності немає явищ, які виконували б роль лише змісту чи форми³. Саме тому, розглядаючи зміст і форму закону, слід говорити про діалектику змісту і форми, властивих одному й тому ж явищу (об'єкту пізнання), а не про співвідношення двох різних.

Під змістом того чи іншого явища чи предмета у філософських дослідженнях звичайно розуміється сукупність елементів та проявів, що в єдності своїй утворюють даний предмет чи явище⁴. Таке ж розуміння змісту знаходимо і в роботах криміналістів⁵. При цьому філо-

¹ Кистяковській А. О. Элементарный учебник общего уголовного права с подробным изложением начал русского уголовного законодательства – К.: Издание Книгопродавца-Издателя Ф. А. Югансона, 1891 – С. 174. Див. також: Уголовное право. Часть Общая: В четырех томах – Т. 1: Уголовный закон. Преступление. Уголовная ответственность / С. М. Богданов, П. А. Фефелов, И. А. Семенов и др. Отв. ред. И. Я. Козаченко – Екатеринбург: Свердловск. юрид. ин-т, 1992 – С. 53 та інші роботи. Така ж думка проводиться і в роботах із загальної теорії права. Див., наприклад: Неволин К. А. Энциклопедия законоведения. История философии законодательства – СПб: Изд-во Санкт-Петербургск. гос. ун-та, 1997 – С. 33.

² Див.: Евграфов П. Б. Система советского права и система советского законодательства: Дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 – Х.: Харьковск. юрид. ин-т, 1981 – С. 11–24.

Див.: Керимов Д. А. Философские проблемы права. – М.: Мысль, 1972 – С. 202.

⁴ Див., наприклад: Категории диалектики как ступени познания / А. П. Шентулин, Ф. А. Сим, Ф. Т. Архипцев и др. Под ред. А. П. Шентулина – М.: Наука, 1971. – С. 210.

⁵ Див., наприклад: Марцев А. И. Диалектика и вопросы теории уголовного права – Красноярск: Изд-во Красноярск. ун-та, 1990 – С. 37, 38.

софи часто підкреслюють, що зміст є визначальною стороною будь-якого явища чи предмета¹. Досліджуючи проблеми поняття закону, М. В. Цвік² та Д. А. Керімов³ також дійшли висновку про те, що саме зміст має в ньому вирішальне значення. Отже, розкрити зміст закону – це значить (за визначенням) виявити його складові елементи, їх властивості та прояви, з'ясувати їх зв'язок та залежність. Зміст закону має розумітися як система певних його елементів, які, з одного боку, несуть у собі ознаки соціального призначення закону (тобто його зовнішнього прояву), а з іншого – мають властивості, на основі яких закон саме і визначається як такий.

Конституція України не дає чіткої відповіді на питання про призначення закону. Лише шляхом системного тлумачення низки статей розділу II «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина» (зокрема, статей 26, 29–36, 57–59 та інших), а також п. 3 ч. 1 ст. 85, відповідно до якого прийняття законів є повноваженням Верховної Ради України, частин 1, 2 та 3 ст. 92, якими визначається коло питань, що регулюються виключно законами, можна зробити висновок про те, що соціальним призначенням закону є регулювання від імені держави певного кола суспільних відносин. Більш конкретно формулює власне призначення чинний КК України. Відповідно до частини 1 статті 1, його завданням є «*правове забезпечення* (курсив мій – Ю. П.) охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку і громадської безпеки, довілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання злочинам». І далі в ч. 2 цієї ж статті зазначається, що «для здійснення цього завдання Кримінальний кодекс України визначає, які суспільно небезпечні діяння є злочинами, та які покарання застосовуються до осіб, що їх вчинили».

Таке визначення соціального призначення кримінального закону видається більш точним, ніж те, яке було дане в ч. 1 ст. 1 КК України 1960 року, відповідно до якої КК мав завданням «*охорону* (курсив мій – Ю. П.) суспільного ладу України, її економічної та політичної систем, власності, особи, прав та свобод громадян і всього правопорядку від злочинних посягань». Мета охорони певних суспільних цінностей не може бути метою кримінального закону вже хоча б тому,

¹ Див., наприклад: Философский энциклопедический словарь / Гл. редакция: Л. Ф. Ильичев, П. Н. Федосеев, С. М. Ковалев, В. Г. Панов – М.: Советская энциклопедия, 1983 – С. 621.

² Див.: Цвик М. В. Советский закон: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук – Х.: Харьковск. юрид. ин-т, 1952 – С. 10.

³ Див.: Керимов Д. А. Законодательная техника: Научно-методическое и учебное пособие – М.: НОРМА, 2000 – С. 21.

що самим законом не може бути досягнута. За даними різних досліджень, лише від 6 до 20 відсотків людей утримуються від заподіяння шкоди цим цінностям, тобто від вчинення злочинів, тільки тому, що знають про існування кримінального закону і бояться передбаченого ним покарання¹. Цієї мети можна досягнути за допомогою конкретних дій, у тому числі й пов'язаних із застосуванням кримінального та інших законів, які, як правильно зазначається в ч. 1 ст. 1 КК України, лише створюють правове забезпечення для таких дій. Отже, призначення кримінального закону, як і будь-якого іншого, слід визначати не через цілі, до яких він прагне², а через засоби, які дає закон для досягнення даних цілей.

Такими засобами, через які досягається соціальне призначення закону, є визначення, встановлення та оголошення певних явищ, подій, процесів тощо (ст. 92 Конституції України). Таке визначення, встановлення чи оголошення, відповідно до Конституції України, здійснюється органом законодавчої влади країни – Верховною Радою України. Таким чином, воно являє собою державне веління з приводу тих чи інших явищ, подій, процесів тощо, які відбуваються у суспільному житті. Такі державні веління, що вкладені до нормативно-правових актів (у тому числі законів), у правовій літературі дістали назву нормативних приписів. А. В. Мицкевич, який першим ввів до наукового обігу поняття нормативного припису, визначає його як те чи інше логічно завершене положення, прямо сформульоване в тексті акта державного органу, яке містить обов'язкове для інших осіб та організацій рішення державної влади³. Отже, тими складовими, які виявляють властивості та зовнішні прояви закону, тобто змістом закону, є нормативно-правові приписи.

Саме за ознаками змісту закони і розподіляються на окремі галузі. Адже нормативні приписи, які становлять зміст різних законів, стосуються різних сфер суспільного життя. Кримінальний закон України призначений для визначення діянь, які є злочинами, та кримінально-

¹ Див.: Советское уголовное право. Общая часть: Учебник / Г. А. Кригер, А. В. Наумов, Ю. М. Ткачевский и др. Под ред. Г. А. Кригера, Н. Ф. Кузнецовой, Ю. М. Ткачевского. – М.: МГУ, 1988. – С. 4–5.

² «Необхідно, – пише французький професор Ж. Л. Бергель, – по можливості, уникати зазначення цілей у законі, щоб він не перетворився на марну балаканину про право» (Бергель Ж.-Л. Разработка правовых норм // Очерки методологии законодательства. Материалы первого конгресса Европейской ассоциации содействия законодательству: Льеж (Бельгия), 9–11 сентября 1993 г. – Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996 – С. 32).

³ Див.: Мицкевич А. В. Акты высших органов Советского государства. Юридическая природа нормативных актов высших органов государственной власти и управления СССР – М.: Юридическая литература, 1967 – С. 34.

правових наслідків вчинення злочину. Такі кримінально-правові наслідки можуть полягати або в покладенні кримінальної відповідальності, або у звільненні від неї¹. Інакше кажучи, у будь-якому разі кримінальний закон визначає кримінальну відповідальність за вчинення злочину². У зв'язку з цим правильним видається твердження Х. Л. А. Харта про те, що соціальна функція, яку виконує кримінальний закон, полягає в установленні та визначенні певних видів поведінки, які є злочинами, та відповідальності за них³. Тому, з урахуванням положень п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України, змістом кримінального закону України слід визнати систему нормативно-правових приписів, що визначають діяння, які є злочинами, та відповідальність за них.

Крім того, кримінальний закон України, в силу різних обставин (юридична традиція, зручність користування, взаємопов'язаність проблем тощо), визначає також окремі питання, що не пов'язані зі злочинністю діяння та кримінальною відповідальністю за його вчинення. Зокрема, це: межі чинності та дії кримінального закону України у просторі і в часі; деякі види обставин, що виключають злочинність діяння; примусові заходи виховного і медичного характеру, що не є покаранням, та випадки їх застосування тощо⁴. Таким чином, лише *de lege ferenda* кримінальний закон регулює виключно питання злочинності діяння та кримінальної відповідальності за його вчинення. *De lege lata* ж кримінальний закон України має своїм змістом і приписи, які не стосуються названих питань.

¹ Детальніше див.: *Наден О. В.* Спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності за злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів – Х.: Право, 2003.– С. 18–22 і далі.

² У зв'язку зі сказаним, положення частини 2 статі 1 КК України про те, що кримінальний закон визначає злочин та покарання, не видається зовсім точним. Нижче буде більш детально розглянуте питання про те, що кримінальна відповідальність є більш широким поняттям, яке охоплює собою покарання, а тому більш правильно було б ч. 2 ст. 1 КК України викласти в такій редакції: «Для здійснення цієї задачі Кримінальний кодекс України визначає, які суспільно небезпечні діяння є злочинами і якій відповідальності підлягають особи, що їх вчинили».

³ *Харт Х. Л. А.* Концепція права / Пер. з англ. *Н. Комарова* – К. Сфера, 1998.– С. 34.

⁴ Див.: *Наумов А. В.* Реализация уголовного права и деятельность следователя: Учеб. пособие - Волгоград: ВСШ МВД СССР, 1983 – С. 20–29; *Кленова Т. В.* Предмет и метод уголовно-правового регулирования как основные критерии классификации уголовно-правовых норм // Актуальные вопросы реализации уголовной ответственности: Межвуз. сб. ст.– Куйбышев: Куйбышевский гос. ун-т, 1988 – С. 8.

Розрізнення понять «закон» і «право»¹, а також визнання можливості існування неправового закону дозволяє зробити висновок, що законодавчий припис, як зміст кримінального закону на рівні окремого об'єкта пізнання, та кримінально-правова норма, як його зміст, на рівні співвідношення окремих юридичних категорій, можуть не збігатися. Тобто припис, що становить зміст кримінального закону, може бути як правовим, так і неправовим. Однак у кожному з цих випадків він залишається змістом кримінального закону як окремого об'єкта пізнання.

Визначення змісту кримінального закону як нормативно-правового припису держави вимагає відповіді на питання про те, до кого ж цей припис звернений? Традиційно у вітчизняній кримінально-правовій літературі вважається, що кримінальний закон звернений до громадян, яким він під загрозою покарання забороняє вчинення визначеного ним кола діянь – злочинів². Однак більш правильно видається інша точка зору, яку відстоював, наприклад, В. Г. Смирнов, і відповідно до якої адресатом кримінально-правових приписів визнається сама держава в особі її судів та органів кримінального переслідування³. Саме державі кримінально-правові приписи велять визнавати злочином те чи інше вчинене особою діяння (гіпотеза припису) та притягувати особу за це діяння до кримінальної відповідальності (санкція припису). Заборон же для громадян щодо вчинення злочину кримінальний закон не містить, на що вказував ще класик німецької криміналістики К. Біндінг, який писав, що кримінальні закони не формулюють власної заборони, а передбачають лише санкцію за порушення тих норм, котрі встановлені іншими нормативними актами. У цьому, на його думку, і виявляється суть протиправності діяння⁴. Так само і Є. Бенгам зазначав, що «закон, який обмежується створенням злочину, і закон, який приписує застосовувати покарання у випадку вчинення такого злочину, суть два різних закони: це не час-

¹ Див., наприклад: *Нерсесянц В. С.* Право: многообразие определений и единство понятия // Советское государство и право – 1983 – № 10 – С. 29–30; *Стиридонов Л. И.* Теория государства и права – М., 1999 – С. 90–95, 100–101.

² Див., наприклад: *Прохоров В. С., Кропачев Н. М., Тарбагаев А. Н.* Механизм уголовно-правового регулирования: норма, отношение, ответственность – Красноярск: Изд-во Красноярск. ун-та, 1989 – С. 27, 37.

³ Див.: *Смирнов В. Г.* Функции советского уголовного права (Предмет, задачи и способы уголовно-правового регулирования). – Л.: Изд-во ЛГУ, 1965. – С. 34.

⁴ Див.: *Binding K.* Normen und ihre ubertretung – Ersten Band – Leipzig, 1922 – S. 160–162. Цит. за: *Пикуров Н. И.* Уголовное право в системе межотраслевых связей – Волгоград: Волгоградск. юрид. ин-т МВД России, 1998 – С. 13.

тини ... одного й того ж закону. Акти, які вони приписують, цілком різні; особи, до яких вони звертаються, цілком різні. Приклад: «Нехай людина не краде»; і «Нехай суддя повісить всякого, хто викритий у крадіжці»¹.

Дотримуючись, в цілому, такого ж підходу, М. С. Таганцев, однак, зауважував, що немає жодного закону, який би забороняв, наприклад, убивати чи вчиняти деякі інші види злочинів. З цього він робив висновок, що справді, кримінальний закон містить лише припис про покарання злочинця, а самі ж ці злочини забороняються або іншими законами, або «неписаними законами»². Іноді також говорять, що заборони красти, убивати тощо встановлюються не юридичними законами, а виключно нормами моралі чи релігійними вченнями, наприклад, християнськими заповідями³. З цим, на мій погляд, погодитися важко.

По-перше, очевидно, що порушення регулятивних норм однієї системи повинно тягнути за собою застосування охоронних норм цієї ж системи. У зв'язку з цим порушення моральних норм чи релігійних канонів не може тягнути іншої відповідальності, окрім відповідно моральної та релігійної. З іншого боку, якщо певне діяння тягне за собою відповідальність, передбачену охоронними нормами, що входять до системи юридичних (правових) норм, то, очевидно, і порушує воно при цьому також юридичну (правову) регулятивну норму. Скажано, звісно, не заперечує того, що одне й те ж саме діяння може одночасно порушувати регулятивні норми декількох систем (наприклад, і релігійної, і юридичної), а, отже, одночасно тягнути і відповідальність, передбачену нормами різних регулятивних систем. Так, наприклад, вбивство є не лише правопорушенням, а й аморальним та гріховним вчинком, в силу чого тягне не лише юридичну відповідальність, а й інші її види.

¹ *Бентам І. Введение в основания нравственности и законодательства // Бентам І. Избранные сочинения. Том первый.* – СПб: Издание «РУССКОЙ КНИЖНОЙ ТОРГОВЛИ», 1867. – С. 307–308.

² Див.: *Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Лекции. Часть Общая.* В 2 т. Т. 1. – М.: Наука, 1994. – С. 25.

³ Див., наприклад: *Никонов В.А. Библия и уголовный закон – Тюмень: Тюменск. высш. школа МВД РФ, 1995 – С. 13, 29–32, 35–36; Пикуров Н. И. Системные свойства нормы уголовного права // Уголовное законодательство: история и современные проблемы: Тез. докл. и сообщ. межвуз. научн.-практ. конф. / Ред. колл. Сенцов Л. С. (отв. ред.) и др. / Волгоград: Волгоградск. юрид. ин-т МВД РФ, 1998. – С. 7; Уголовное право. Часть Общая. В четырех томах. Т. 1: Уголовный закон. Преступление. Уголовная ответственность / С. М. Богданов, П. А. Фефелов, И. А. Семенов и др. Отв. ред. И. Я. Козаченко – Екатеринбург: Свердловск. юрид. ин-т, 1992. – С. 6.*

По-друге, видається недоцільним і невиправданим обґрунтування тих чи інших наукових або законодавчих положень посиланнями на релігійні вчення. Цей шлях, на моє переконання, може призвести лише до безперспективних суперечок на релігійному чи морально-етичному підґрунті. Переконати ж цим способом опонента, який має інший релігійний чи моральний світогляд, навряд чи вдасться. Ще менш ймовірно на цих засадах обґрунтувати те чи інше положення законодавства. Вольтер свого часу зазначав, що «ніколи не треба вплутувати Священне писання у наші філософські дискусії: це поняття цілком різномірні, які не мають між собою нічого спільного»¹.

Таким чином, слід зробити висновок, про те, що змістом кримінального закону є нормативно-правовий припис, який звернутий до органів державної влади і який визначає повноваження держави визнати те чи інше діяння злочином та притягнути особу до кримінальної відповідальності за його вчинення. Визначення ж кола норм, що їх порушують злочини, у тих випадках, коли таку норму не можна встановити зі змісту кримінального закону (як, наприклад, це можна зробити зі змісту бланкетної статті), повинно виходити з так званої концепції абсолютних прав. Відповідно до неї наявність права у одній стороні (наприклад, права на життя у людини, права на безпечне існування у суспільства, права на мирне існування у світового співтовариства тощо) одночасно свідчить про заборону всім іншим відповідно убивати, вчиняти хуліганство, закликати до агресивної війни тощо. Вчиняючи подібні злочини, особа порушує саме цю заборону, а не приписи, які є змістом кримінального закону. Дуже вдало, на мій погляд, сформулював це положення відомий радянський цивіліст С. М. Братусь: «Визначення того, що можуть робити уповноважені, є одночасно і визначенням того, що не можуть робити зобов'язані особи»².

Отже, виходячи з викладених вище міркувань, *під змістом кримінального закону слід розуміти систему сформульованих законодавцем нормативно-правових приписів, звернутих до судів та органів кримінального переслідування, і які визначають діяння, що є злочинами, та відповідальність за них.*

Але зміст будь-якого явища чи предмета не може існувати аморфно, сам у собі, без об'єктивізації ззовні. Саме тому нормативно-правовий припис як зміст кримінального закону не може бути позбавле-

¹ Вольтер. Несведущий философ // Вольтер. Философские сочинения – М.: Наука.– С. 325.

Див.: Братусь С. Н. Юридические лица в советском гражданском праве (Понятие, виды, государственные юридические лица).– М.: Юриздат, 1947 – С. 33.

ним форми. Кожен законодавчий припис вимагає наявності, за висловом М. І. Пікурова, певного «поля-провідника», що тільки й дозволяє вплинути закладені в ньому вимоги у реальну поведінку¹. Іншими словами, зміст кримінального закону вимагає наявності певної форми свого закріплення та виразу зовні. «Система кримінального закону, – пише О. І. Коробєєв, – не може існувати інакше як знакова система. Своєю зовнішньою оформленістю вона отримує за допомогою мови, яка у цьому випадку виконує комунікативну функцію – функцію носія, передавача інформації про зміст кримінального законодавства взагалі і кримінально-правових заборон зокрема (курсив мій. – Ю. П.)»². Таким чином, приписи, що становлять зміст кримінального закону, об'єктивуються ззовні через мовленнєву знакову систему.

Загальновизнаним у літературі є положення про те, що будь-який закон, у тому числі й кримінальний, є видом нормативно-правового акту. Іноді спеціально підкреслюється, що це писаний (письмовий) нормативно-правовий акт³. Саме текст закону, тобто слова і цифри, за допомогою яких законодавець формулює окремі статті кримінального закону, вважає З. А. Тростюк, є формою виразу змісту кримінального закону⁴. Думки про те, що «текст закону ... це словесно виражений та закріплений у документі зміст закону», дотримується і С. С. Алексєєв⁵, а М. С. Строгович писав, що зміст закону виражається в його тексті – «букві» закону⁶.

Про те, що формою будь-якого закону може бути лише текст нор-

¹ Пікуров Н. И. Системные свойства нормы уголовного права // Уголовное законодательство: история и современные проблемы: Тез. докл. и сообщ. межвуз. научн.-практ. конф. / Ред. колл. Сенцов Л. С. (отв. ред.) и др. / Волгоград: Волгоградск. юрид. ин-т МВД РФ, 1998 - С. 8.

² Коробеев А. И. Советская уголовно-правовая политика: проблемы криминализации и пенализации. – Владивосток: Изд-во Дальневосточн. ун-та, 1987. – С. 117.

³ Див., наприклад: Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник для юрид. вузів і фак. / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін.; За ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація – К.–Х.: Юрінком-Інтер – Право, 2001. – С. 37; Фридмен Л. Введение в американское право: Пер. с англ. / Под ред. М. Калантаровой – М.: Издательская группа «Прогресс»; Универс, 1993 – С. 81.

⁴ Тростюк З. А. Понятійний апарат Особливої частини Кримінального кодексу України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук – К.: Київськ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка, 2000 – С. 7.

⁵ Алексеев С. С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного анализа – М.: Статут, 1999 -- С. 99.

⁶ Див.: Строгович М. С. Об уголовно-процессуальном законе // Проблемы правосудия и уголовного права: Сб. статей / Ред. колл.: А. М. Ларин и др. – М.: ИГП АН СССР, 1978. – С. 25.

мативно-правового акта, говорить, хай непрямо, і Конституція України. Так, у ч. 1 ст. 94 зазначається, що «закон підписує Голова Верховної Ради України і невідкладно направляє його Президентові України». Про «підписання» закону Президентом України йдеться у частинах 2, 3 та 4 цієї ж статті. Очевидно, що процедура підписання (промульгації) може мати місце лише щодо письмового нормативно-правового акта. Таким чином, законодавчий припис як зміст закону не може об'єктизуватися ззовні інакше, як у його тексті. І навпаки – лише у тексті закону і може бути відображений його зміст. Форма вираження закону впливає на його правильне розуміння, усвідомлення, а, врешті-решт, – і застосування. Тому закон, з точки зору форми його закріплення, повинен бути високоінформативним, однозначним, семантично витриманим¹, чітким, доступним для розуміння, виключати усялякі неясності та колізії².

Проте не всякий текст може бути формою кримінального закону, а лише такий, який був сформульований уповноваженим на те органом за визначеною процедурою. Саме тому в більшості визначень загального поняття закону і спеціального поняття кримінального закону вказується на суб'єкта, який його приймає. В радянській юридичній літературі часто стверджувалося, що закон – це акт державної влади³. Нині одні дослідники продовжують дотримуватися вказаної точки зору⁴, інші стверджують, що закон – це акт вищого представницького чи законодавчого органу влади⁵, треті вказують на можливість прийняття закону як вищим представницьким (законодавчим) органом влади, так і всенародним референдумом⁶.

¹ Див.: *Панов Н. И.* О точности норм уголовного права и совершенствовании законодательной техники // Правоведение – 1987 – № 4 – С. 80.

² Див.: *Иногамова Л. В.* Действие уголовного закона: некоторые проблемы // Региональные проблемы борьбы с преступностью в период совершенствования законодательства: Межвуз. сб. научн. тр – Тюмень, 1992. – С. 3.

³ Див., наприклад: *Денисов А. И.* Теория государства и права. – М.: Юридическое издательство Министерства юстиции СССР, 1948 – С. 436–437; *Тихомиров Ю. А.* Теория закона. – М.: Наука, 1982 – С. 14.

⁴ Див., наприклад: *Севостьянов Н. В., Иванов В. Д.* Уголовное право Российской Федерации: Конспект лекций для подготовки к экзамену – Ростов-на-Дону: Феникс, 1999 – С. 46.

⁵ Див., наприклад: Конституция, закон, подзаконный акт / *И. В. Котелевская, М. А. Митюков, А. В. Мицкевич* и др. Отв. ред. *Ю. А. Тихомиров* – М.: Юридическая литература, 1994 – С. 46–47.

⁶ Див., наприклад: *Процюк І. В.* Закон і його місце у правовій системі України // Нова Конституція України і проблеми вдосконалення законодавства: Темат. зб. наук. праць / Відп. ред. *М. І. Панов* – Х.: Нац. юрид. акад. України, 1997 – С. 6.

Конституція України чітко визначила суб'єкт прийняття законів. Відповідно до пункту 3 ч. 1 ст. 85 прийняття законів належить до повноважень Верховної Ради України. Крім того, будь-який закон (крім тих, що названі в ст. 74 Конституції України), у тому числі й кримінальний, може бути прийнятий на всеукраїнському референдумі. При цьому, в обох випадках при прийнятті закону має бути дотримана відповідна процедура. Так, якщо кримінальний закон приймається Верховною Радою України, то ця процедура має здійснюватися відповідно до положень Конституції України та Регламенту Верховної Ради України¹. Якщо ж закон приймається всеукраїнським референдумом, то мають бути дотримані правила, визначені Конституцією України та Законом України «Про всеукраїнський та місцеві референдуми»².

Отже, виходячи з викладеного вище, можна дійти висновку про те, що *формою кримінального закону є його текст як нормативно-правового акта, прийнятого у порядку, встановленому Конституцією України для прийняття законів.*

Зрозуміло, що розроблення проблем форми і змісту закону, у тому числі закону кримінального, безумовно, має ще великі перспективи. Вони стосуються, наприклад, визначення окремих характеристик форми і змісту кримінального закону, структури його форми і змісту, переходів їх з одного в інше тощо. Однак таке дослідження, з одного боку, виходить за рамки даної роботи, з іншого – не виправдовується її метою. Отже, виходячи із запропонованого розуміння форми і змісту кримінального закону, поняття останнього може бути визначене так:

Кримінальний закон – це прийнятий у встановленому Конституцією України порядку письмовий за формою нормативно-правовий акт (формальна ознака), який визначає діяння, що є злочинами, та кримінальну відповідальність за них (змістовна ознака).

Як бачимо, у наведеному визначенні не знайшли свого місця деякі ознаки, які різними вченими включаються до поняття «закон». Перш за все, це стосується такої ознаки, яку звичайно виділяють при характеристиці загального поняття «закон»: його юридична сила щодо інших актів законодавства. Загального визнання набула теза про верховенство закону у системі нормативно-правових актів, яке часто розуміється як наділеність закону найвищою юридичною силою

¹ Див.: Регламент Верховної Ради України від 27 липня 1994 року // Відомості Верховної Ради України – 1994 – № 35 – Ст. 338.

² Див.: Про всеукраїнський та місцеві референдуми: Закон України від 3 липня 1991 року // Відомості Верховної Ради України – 1991 – № 33 – Ст. 443.

серед усіх нормативних актів¹. І саме цьому часто надається гіпертрофоване значення. Як зазначає, наприклад, Ю. О. Тихомиров, з принципом верховенства закону сьогодні пов'язується вирішення насущних питань у політиці, економіці, соціальній сфері, в екології, у зміцненні правопорядку, зберігаються надії на формування демократичної правової держави².

Проте, теза про вищу юридичну силу закону в системі нормативно-правових актів України не узгоджується з Конституцією України, яка встановлює, що існують інші нормативно-правові акти, які наділяються верховенством відносно закону. Перш за все, як відомо, це сама Конституція України, оскільки закони приймаються на основі Конституції і мають відповідати їй (ч. 2 ст. 8 Конституції України), а у разі недотримання цих вимог вони можуть бути визнані Конституційним Судом України неконституційними і у зв'язку з цим втратити чинність (ст. 152 Конституції України).

Окрім Конституції, вище за закони у ієрархії нормативно-правових актів України стоять і міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України. Загальним принципом міжнародного права, який знайшов своє закріплення в ст. 27 Віденської конвенції про право міжнародних договорів, є те, що «учасник (міжнародного договору.– Ю. П.) не може посилається на положення свого внутрішнього права як на виправдання для невиконання ним договору». З цього випливає, що кожна окрема держава повинна узгоджувати своє національне законодавство з її міжнародними зобов'язаннями⁴, а в разі колізії між ними – визнавати пріоритет останнього⁵. Саме тому в ч. 2 ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України»⁶ встановлюється, що «якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному

¹ Див., наприклад: *Тодька Ю. Н.* Конституционное право Украины: отрасль права, наука, учебная дисциплина.– Х.: Фолио; Райдер, 1998 – С. 138; *Процюк І. В.* Законодавча влада в Україні: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01, Х.: Нац. юрид. акад. України, 1999 – С. 73.

² Див.: *Тихомиров Ю. А.* Публичное право – М.: БЕК, 1995 – С. 228.

³ Див.: Конвенция о праве международных договоров от 23 мая 1969 года // *Україна в міжнародно-правових відносинах. Боротьба зі злочинністю та взаємна правова допомога (книга перша): Зб. документів укр. та рос. мовами / Упоряд.: В. Л. Чубарев, А. С. Мацко – К.: Юрінком, 1996 – С. 30.*

⁴ Див.: *Буткевич В. Г.* Соотношение внутригосударственного и международного права – К.: Вища школа, 1981 – С. 258–259.

⁵ Див.: *Талалаев А. Н.* Право международных договоров: Действие и применение договоров – М.: Международные отношения, 1985 – С. 26.

⁶ Про міжнародні договори України: Закон України від 29 червня 2004 р. // *Відомості Верховної Ради України – 2004 – № 50 – Ст. 540.*

акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору».

Виходячи з викладеного, вища юридична сила (верховенство в ієрархії нормативно-правових актів) не може бути визнана ознакою будь-якого закону, у тому числі й закону кримінального. Отже, видається правильною точка зору тих вчених, які не вказують її у визначенні поняття закону¹.

У зв'язку з цим, поняття кримінального закону, принаймні для цілей даного дослідження, можна визначати так, як було вказано вище:

Кримінальний закон – це прийнятий у встановленому Конституцією України порядку письмовий за формою нормативно-правовий акт, змістом якого є визначення діянь, які є злочинами, та кримінальної відповідальності за їх вчинення.

Цей нормативно-правовий акт приймається органом законодавчої влади – Верховною Радою України – за спеціальною процедурою, що визначена Конституцією України та деталізована Регламентом Верховної Ради України. Він може прийматися і всеукраїнським референдумом, однак практика українського законодавствування ще не знає випадків прийняття таким способом не лише кримінальних, а й будь-яких інших законів. Місце кримінального закону в ієрархії нормативно-правових актів таке ж, як і в інших законів: більшу від нього юридичну силу мають лише Конституція України та міжнародно-правові договори України, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України.

1.2. Зміст поняття кримінального закону

Запропоноване розуміння поняття кримінального закону логічно ставить питання про те, скільки ж нормативно-правових актів в Україні мають ознаки, що відображені у ньому, тобто є кримінальними законами, і які це нормативно-правові акти? Якщо звернутися до положень КК України, то можна зробити висновок про те, що лише названий Кодекс є єдиним кримінальним законом. Так, в частині 1 статті 3 встановлюється, що «законодавство України про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України», а в частині 3 цієї ж статті спеціально наголошується на тому, що «злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом». Таким чином, сам КК України проголошує принцип монізму кримінального закону в Україні. Відповідно до цього принципу всі нормативно-правові

¹ Див., наприклад: Российское уголовное право. Курс лекций. Т. I. Преступление / Т. А. Бушуева, Ю. В. Голик, А. И. Долгова и др. Под ред. А. И. Коробеева – Владивосток: Изд-во Дальневост. гос. ун-та, 1999 – С. 167.

приписи, що визначають діяння, які є злочинами, та кримінальну відповідальність за їх вчинення мають бути зведені до одного нормативно-правового акта. Як зазначає М. І. Хавронюк, «із ч. 1 ст. 3 випливає, що чинне законодавство про кримінальну відповідальність являє собою один кодифікований закон і що єдине джерело кримінального права – це КК. Будь-які інші нормативно-правові акти не входять до системи кримінального законодавства»¹.

У період підготовки проекту нового КК України мали місце намагання законодавчо відмовитися від цього принципу. Так, у ст. 6 проекту КК України, підготовленому робочою групою під керівництвом В. М. Смітєнка та внесеному на розгляд Верховної Ради України Комісією Верховної Ради України 2 (12) скликання з питань правопорядку та боротьби із злочинністю, передбачалося, що «джерелами кримінального законодавства України є:

- а) Конституція України;
- б) цей Кодекс;
- в) тимчасово не кодифіковані закони, що містять кримінально-правові норми;
- г) інші нормативні акти, які безпосередньо не згадуються в цьому Кодексі, але враховуються у нормах з бланкетною диспозицією;
- д) рішення Конституційного суду України щодо конституційності норм кримінального закону;
- е) правові норми, що містяться в ратифікованих Україною міжнародних договорах та угодах»².

Така пропозиція отримала різко негативну оцінку наукової громадськості. Так, наприклад, у висновку кафедри кримінального права Української державної юридичної академії на згаданий проект зазначалося, що в разі її реалізації «від законності не залишиться і сліду, оскільки законодавчі функції фактично будуть підмінені виконавчою та судовою владою»³. З таким твердженням не можна не погодитися,

¹ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А. М. Бойко, Л. П. Брич, В. К. Гришук та ін. За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка – К.: Атіка, 2003 – С. 16.

² Див.: Кримінальний кодекс України: Проект, підготовлений колективом авторів за завданням Комісії Верховної Ради України дванадцятого скликання з питань правопорядку та боротьби із злочинністю – К.: Право; Українська правнича фундація, 1994 – С. 6.

³ Див.: Матеріали проекту Кримінального кодексу України 2001 року. В 28 книгах. Архів. Книга 2 (1993–1994 рр.).– Аркуш 149. (Тут і далі при посиланні на «Матеріали проекту Кримінального кодексу України 2001 року. В 28 книгах. Архів» мається на увазі архів робочих матеріалів членів робочої групи Кабінету Міністрів України з підготовки проекту КК України, що зберігається у фондах наукової бібліотеки Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого (м. Харків)).

оскільки, справді, розмивання кримінально-правових приписів по різних нормативно-правових актах та ще й таких, які приймаються різними суб'єктами (у тому числі – органами виконавчої влади), стало б кроком назад від тих досягнень, які має на сьогодні кримінальне право. Ще Ч. Беккарія підкреслював, що тільки закон може встановлювати покарання за злочини і що влада видавати його може належати лише законодавцеві¹. І сьогодні це твердження в літературі практично не оспорується.

Поєднання всіх кримінально-правових приписів в одному нормативно-правовому акті, яким є виключно закон, свідчить не тільки про високий рівень законодавчої техніки, не тільки полегшує практичну діяльність судів та органів кримінального переслідування, а й є вагомою додатковою гарантією забезпечення прав і свобод людини від їх свавілля. Тому КК України повинен бути і має залишатися єдиним нормативно-правовим актом, який визначає злочинність діяння і кримінальну відповідальність за його вчинення. Інакше кажучи, КК України має бути єдиним кримінальним законом. Аргументом на користь сказаного є й назва цього нормативно-правового акта – Кримінальний кодекс. Як відомо, кодекс – «це єдиний, юридично і логічно цілісний, внутрішньо узгоджений закон, ... що забезпечує повне, узагальнене та системне регулювання даної групи суспільних відносин»².

Справедливо зазначається, що кодекс є не звичайним законом, а «є єдиним законодавчим актом і одночасно збірником законів з певної галузі права»³. Тому існування, поряд з Кодексом, інших законів у сфері кримінального права є невиправданим і не повинно мати місця.

На користь того, що КК України має бути єдиним кримінальним законом, свідчить і зміст ч. 2 ст. 3 КК України, відповідно до якої «закони про кримінальну відповідальність, прийняті після набуття чинності цим Кодексом, включаються до нього після набуття ними чинності». В цьому приписі законодавець ще раз підтверджує свою позицію про те, що поряд з КК України інших кримінальних законів бути не може. Закони про внесення змін і доповнень до нього, як впливає з вказаної частини ст. 3 КК України, не мають самостійного окремого статусу і з моменту набуття ними чинності стають частиною форми і змісту Кримінального кодексу. Цей висновок підтверджується, наприклад, тим, що, в разі подальшої зміни раніше вже

¹ Див.: Беккарія Ч. О преступлениях и наказаниях – М.: Юридическое изд-во НКЮ СССР, 1939.– С. 204.

² Алексеев С. С. Право: азбука – теория - философия: Опыт комплексного анализа – М.: Статут, 1999.– С. 85

³ Галесник А. С. Теоретические вопросы кодификации советского законодательства // Вопросы кодификации советского законодательства: Сб. статей – Свердловск: Свердловск. юрид. ин-т, 1957 – С. 7.

змінених положень КК України, зміни вносяться власне до самого КК України, а не до раніше прийнятого закону про внесення змін до нього. Так, Законом України від 16 січня 2003 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України»¹ ч. 1 ст. 306 КК України була викладена в новій редакції. Коли в подальшому законодавець визнав за необхідне змінити санкцію названого кримінально-правового припису, він вносив зміни до абзацу другого частини першої статті 306 «Кримінального кодексу України (в редакції Закону України від 16 січня 2003 року № 430-IV)»², а не до названого закону.

Крім того, закони про внесення змін до КК України не варто розглядати як самостійні кримінальні закони ще й тому, що у разі, наприклад, пом'якшення таким законом певної санкції в КК України зворотну дію матиме і підлягатиме застосуванню з моменту набуття чинності таким законом змінений Кримінальний кодекс, а не сам закон про внесення змін до нього. Отже, зворотну дію може мати не закон про внесення змін до КК України, оскільки, набувши чинності, він, власне, перестає бути окремим законом, а сам КК України – як новий кримінальний закон (кримінальний закон у новій, змінений редакції). Його новизна саме і полягає у тому, що з набуттям чинності законом про внесення змін до нього КК в тій чи іншій частині стає новим. Тому закони про внесення змін і доповнень до КК України не можна розглядати як окремі кримінальні закони.

Отже, чинний КК України однозначно визначає, що він є єдиним кримінальним законом в державі і послідовно проводить такий підхід. При цьому, поряд з констатацією того, що саме КК України є єдиним кримінальним законом, і в науковій літературі, і в правозастосовних документах часто стверджується, що кримінальними законами є також і окремі приписи (статті) названого Кодексу. Так, наприклад, М. І. Бажанов писав, що під кримінальним законом розуміють і окрему статтю КК, і декілька норм, і, нарешті, весь КК³. Таку ж думку висловлюють і деякі інші автори⁴. Таке твердження часто

¹ Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України: Закон України від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради України – 2003 – № 14 – Ст. 95.

² Див.: Про внесення змін до деяких законів України з питань запобігання використанню банків та інших фінансових установ з метою легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом: Закон України від 6 лютого 2003 року // Відомості Верховної Ради України – 2003 – № 14 – Ст. 104.

³ Див.: *Бажанов М. И.* Уголовное право Украины. Общая часть – Днепропетровск: Пороги, 1992 – С. 8.

⁴ Див., наприклад: *Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник для юрид. вузів і фак. / Г. В. Андрусів, П. П. Андрушко, В. О. Беньківський та ін.* За ред. П. С. Матишевського, П. П. Андрушка, С. Д. Шапченка –

трапляється і в матеріалах судової практики. Наприклад, судова колегія у кримінальних справах Верховного Суду України в ухвалі по справі Ф. назвала окремими кримінальними законами статті 94 та 106 КК України 1960 р. (відповідно ч. 1 ст. 115 та ст. 125 КК України 2001 р. – Ю. П.)¹. Вважаючи, що Кримінальний кодекс – це результат систематизації законів про кримінальну відповідальність за вчинення злочину, В. М. Куц запропонував навіть назвати цей нормативно-правовий акт Кодексом законів України про кримінальну відповідальність².

На мій погляд, з такими твердженнями погодитися не можна. Очевидно, що в даному випадку має місце ототожнення цілого (кримінального закону в цілому) з його частиною (окремим кримінально-правовим приписом). Проте, таке ототожнення є неприпустимим, оскільки відомо, що ціле має такі властивості та закономірності, які не притаманні окремим елементам (частинам) у їх розчленованості³. У зв'язку з цим слушною видається сформульована Конституційним Судом України думка про те, що «термін «закон» вживається в частині четвертій статті 94 Конституції України у значенні юридично цілісного і структурно завершеного нормативно-правового акта, який приймається Верховною Радою України відповідно до її конституційних повноважень (пункт 3 частини першої статті 85, стаття 92 Конституції України), і не означає за змістом окрему частину закону чи поправку до нього»⁴.

Отже, застосування щодо окремих приписів (статей) КК України терміна «кримінальний закон» «є дещо умовним, оскільки на відміну від КК вони не мають всіх атрибутів закону як нормативно-правового акта. Закон у буквальному розумінні – це юридично цілісний і структурно завершений нормативно-правовий акт, який приймається Вер-

К.: Юрінком Інтер, 1998. С. 23; Кримінальне право України. Загальна частина у схемах: Навч. посібник / М. О. Бондаренко, В. І. Рудник, Г. М. Самілик та ін. – Ірпінь: АДПСУ, 2000 – С. 8.

¹ Ухвала судової колегії в кримінальних справах Верховного Суду України від 12 вересня 2000 року (витяг) // Вісник Верховного Суду України. – 2001. – № 1. – С. 13.

² Див.: Куц В. М. Новий Кримінальний кодекс України: яким йому бути – Х.: Ксилон, 1999. – С. 23.

³ Див.: Філософський словник / За ред. В. І. Шемшученка – К.: Головна редакція УРЕ АН УРСР, 1973. – С. 571.

⁴ У справі за конституційним поданням Президента України щодо офіційного тлумачення частин другої і третьої статті 84 та частин другої і четвертої статті 94 Конституції України (справа щодо порядку голосування та повторного розгляду законів Верховною Радою України): Рішення Конституційного Суду України від 7 липня 1998 року // Офіційний вісник України – 1998 – № 27 – Ст. 1009.

ховною Радою України відповідно до її конституційних повноважень. Такі атрибути притаманні саме Кримінальному кодексу в цілому»¹.

У зв'язку з викладеним ототожнення всього КК України як кримінального закону з його частиною (статтею) не може бути сприйнятим як для наукових цілей, так і для практичних. А тому слід погодитися з позицією Верховної Ради України, яка при розгляді у другому читанні проекту КК України 2001 року відхилила внесену народним депутатом України О. М. Бандуркою пропозицію змінити назву КК на «Кодекс законів України про кримінальну відповідальність». Тому КК України розглядається мною як єдиний цілісний нормативно-правовий акт, як єдиний кримінальний закон, а не як певна сукупність окремих кримінальних законів.

Водночас, сучасний стан українського законодавства не дає підстав для категоричного висновку про те, що лише один нормативно-правовий акт – КК України – володіє всіма ознаками змісту і форми кримінального закону. Звернення до окремих чинних нормативно-правових актів свідчить про те, що такими ознаками володіють ще принаймні декілька законів.

Перш за все, – це Закон України «Про застосування амністії в Україні»³, який більшою мірою складається саме з кримінально-правових приписів. Так, стаття 2 цього Закону встановлює можливість повного чи часткового звільнення від покарання в порядку амністії, стаття 3 – визначає коло осіб, щодо яких застосування амністії не допускається, стаття 4 – визначає злочини, від кримінальної відповідальності або покарання за які особа може бути звільнена в порядку амністії, а стаття 5 – встановлює можливість звільнення в порядку амністії не тільки від основного, а й від додаткового покарання, а також визначає порядок обчислення строку судимості при звільненні від покарання за амністією. Очевидно, що всі ці положення Закону України «Про амністію», оскільки вони визначають кримінально-правові питання звільнення від кримінальної відповідальності чи покарання за вчинення злочину, є за змістом кримінально-правовими положеннями. Тому в цій частині названий закон має розглядатися саме як закон кримінальний.

Більш того, в літературі висловлювалися судження про те,

¹ Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, С. Б. Гавриш та ін. За заг. ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація – К.: Ін Юре, 2003. – С. 9.

² Див.: Матеріали проекту Кримінального кодексу України 2001 року. В 28 книгах. Архів. Книга 17 (1999 р.) – Аркуш 186.

³ Про застосування амністії в Україні: Закон України від 1 жовтня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996 – № 48 – Ст. 263.

що і окремі закони, якими оголошується амністія, «пом'якшують чи виключають покарання або ж зовсім усувають кримінальну відповідальність, тобто за характером своєї функції можуть прирівнюватися до норм загальної частини Кримінального кодексу. Закон про амністію – кримінальний закон особливого роду, якому має бути відведене певне місце в системі загальної частини кримінального права»¹.

З таким судженням погодитися важко. Дійсно, так звані «поточні» закони, якими оголошується амністія, можуть містити окремі приписи, які за своєю природою є кримінально-правовими. Такими, наприклад, є положення, якими визначаються додаткові, порівняно із Законом України «Про застосування амністії в Україні», категорії осіб, які не підлягають амністії. Проте, за своїм змістом сама амністія має «комплексну юридичну природу», у зв'язку з чим її певна галузева належність не може бути однозначно визначена². Тому окремі закони, якими оголошується амністія, наразі не можуть розглядатися як кримінальні закони.

Крім того, декілька кримінально-правових приписів містить і Кримінально-процесуальний кодекс України 1960 року³ (далі – КПК України). Сказане стосується, зокрема, частин 3 та 4 ст. 338 цього Кодексу. Перша з них встановлює, що до строку призначеного особі покарання зараховується не лише час попереднього ув'язнення, а й час, протягом якого обвинувачений, знаходячись під вартою, перебував у медичній установі. Друга ж встановлює правила переведення одного покарання на інше у разі, якщо підсудний був засуджений до виправних робіт, а при повторному розгляді тієї ж справи – до позбавлення волі. Матеріальні за своєю природою кримінально-правові приписи містяться також і в ст. 406 КПК України, відповідно до якої

¹ Бородин С. Рец. на: Дурманов Н. Д. Советский уголовный закон – М.: МГУ, 1967 – 317 с. // Социалистическая законность – 1968 – № 4 – С. 94. Думки про те, що окремі закони (акти), якими оголошується амністія, є кримінальними законами (актами кримінального права) дотримуються також К. М. Тищенко (Див.: Тищенко К. М. Эффективность института помилования в уголовном праве: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук – М.: НИИ МВД РФ, 1992 – С. 12), О. С. Зельдов (Див.: Зельдова О. С. Роль амнистии в осуществлении советской уголовной политики: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук – М.: Всесоюз. ин-т по изучению причин и разработке мер предупреждения преступности, 1987 – С. 12), М. І. Карпушин та В. І. Курляндський (Див.: Карпушин М. І., Курляндский В. І. Уголовная ответственность и состав преступления – М.: Юрид. лит, 1974 – С. 224).

² Див.: Школа С. М. Кримінально-правові проблеми застосування амністії та здійснення помилування в Україні. – Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 – К.: Нац. акад. внутр. справ України, 2004 – С. 7–8.

³ Кримінально-процесуальний кодекс України від 28 грудня 1960 року // Кодекси України – 2003. – № 3.

час перебування засудженого до позбавлення волі в лікувальній установі у зв'язку з душевною або іншою хворобою зараховується в строк позбавлення волі, а також в ч. 1 ст. 423, яка встановлює: «коли особа, щодо якої були застосовані примусові заходи медичного характеру внаслідок її психічного захворювання після вчинення злочину, видужає, то ... час перебування в медичній установі, якщо ця особа засуджена до позбавлення волі або виправних робіт, зараховується в строк відбування покарання». Як видно, названі положення даного закону стосуються матеріально-правових питань кримінальної відповідальності за вчинення злочину. Тому в цій частині КПК України має ознаки не процесуального, а матеріального кримінального закону, оскільки змістом названих його статей є кримінально-правові приписи.

Окремі приписи матеріального кримінального права містяться і в Кримінально-виконавчому кодексі України 2003 року¹ (далі – КВК України). Зокрема, статтею 154 цього Кодексу встановлюються не передбачені КК України підстави звільнення від подальшого відбування окремих видів покарань. Так, відповідно до частини 6 названої статті, «у разі визнання інвалідом першої або другої групи особи, засудженої до громадських робіт або обмеження волі, орган чи установа виконання покарань вносить подання до суду про його дострокове звільнення від відбування покарання», а відповідно до частини 9 цієї ж статті «у разі встановлення вагітності у жінки, засудженої до громадських чи виправних робіт, кримінально-виконавча інспекція вносить до суду подання про її дострокове звільнення від відбування покарання з часу звільнення від роботи у зв'язку з вагітністю і пологами». КК України, як відомо, передбачає лише обмеження на призначення згаданих видів покарань відповідним категоріям осіб. Приписи ж, які встановлюють підстави звільнення від даних видів покарань у процесі їх відбування, які за своєю суттю також є кримінально-правовими, передбачені в кримінально-виконавчому законодавстві України. Тому в тій частині, в якій він містить названі приписи, КВК України також має ознаки кримінального закону.

Кримінально-правовий за своєю суттю припис містить і Закон України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю», в частині 2 статті 14 якого передбачається, що «учасник організованого злочинного угруповання може бути частково або повністю звільнений від кримінальної відповідальності та по-

¹ Кримінально-виконавчий кодекс України від 11 липня 2003 року // Офіційний вісник України. 2003 - № 33 - Ст. 1767.

² Див.: Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю: Закон України від 30 червня 1993 року Відомості Верховної Ради України.- 1993.- № 35. Ст. 358.

карання, якщо він у процесі оперативно-розшукової діяльності, попереднього розслідування чи судового розгляду справ сприяє викриттю організованих злочинних угруповань та вчинених ними злочинів, притягненню винних до відповідальності, відшкодуванню шкоди фізичним та юридичним особам і державі». Очевидно, що даний припис, оскільки він визначає підставу звільнення від кримінальної відповідальності, є за своєю природою кримінально-правовим, а тому в цій частині Закон України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» також має ознаки кримінального закону.

Проте, оскільки в ч. 1 ст. 44 та в ч. 1 ст. 74 КК України передбачено можливість звільнення особи від кримінальної відповідальності або покарання (крім випадків амністії та помилування) лише на підставі КК України, а не інших нормативно-правових актів, виникає достатньо складне питання про можливість застосування згаданих положень КВК України та Закону України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю», які передбачають підстави звільнення від покарання та кримінальної відповідальності. І якщо відносно ч. 2 ст. 14 Закону України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» (який, до речі, був прийнятий ще до набуття чинності КК України) ще можна стверджувати, що вона не підлягає застосуванню, оскільки це питання регулює ч. 2 ст. 255 КК України, то відносно частин 6 і 9 ст. 154 КВК України, прийнятого вже після набуття чинності КК України, такий висновок вже не буде настільки однозначним. Адже цей закон визначає такі підстави дострокового звільнення від покарання, які зовсім не передбачені КК України, проте, очевидно, повинні бути передбачені в ньому. Зрозуміло, якщо жінці, яка на момент призначення покарання є вагітною, не можуть бути призначені громадські роботи, то у разі, коли вона завагітніла під час відбування названого покарання, вона повинна бути звільнена від нього. Проте, сам КК України такого припису не містить. Інакше кажучи, КВК України в даному випадку усунув прогалину в КК України, тому, очевидно, відповідні кримінально-правові положення названого Кодексу мають застосовуватися.

Ознаки кримінально-правових мають і приписи ст. 87 Закону України «Про виконавче провадження»¹, відповідно до якої умисне невиконання службовою особою судового рішення, відповідальність за яке передбачена ст. 382 КК України, тягне кримінальну відповідальність лише у разі, якщо ця особа раніше двічі притягувалася до

¹ Про виконавче провадження: Закон України від 21 квітня 1999 року // Відомості Верховної Ради України – 1999 – № 24. – Ст. 207.

адміністративної відповідальності за невиконання цього ж рішення. Колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України Ухвалою від 18 вересня 2003 року визнала незаконним засудження К. вироком Дрогобицького міського суду Львівської області від 30 вересня 2002 року за статтею 176⁴ КК України 1960 року (ст. 382 КК України 2001 року), вказавши на те, що він до адміністративної відповідальності за невиконання судового рішення не при- тгався¹.

Закон України «Про виконавче провадження» містить ще одне положення, яке, на перший погляд, має ознаки кримінально-правового. Мається на увазі додаток до названого Закону, яким визначений перелік видів майна громадян, на яке не може бути звернено стягнення за виконавчими документами, тобто майна, яке не може бути і конфісковане за судовим вироком, оскільки ст. 75 цього Закону встановлює, що «покарання у вигляді штрафу та конфіскації майна підлягають виконанню в порядку, встановленому цим Законом». Очевидно, що визначення предметів, які не можуть бути конфісковані, уточнює межі такого виду покарання, як конфіскація майна, в силу чого Закон, який визначає перелік видів майна, яке не підлягає конфіскації, слід розглядати як кримінальний закон.

Ще в період від набуття чинності Закону «Про виконавче провадження» до втрати чинності КК України 1960 року судова практика йшла шляхом невизнання вказаного додатка до названого Закону кримінальним законом, що визначає обмеження у застосуванні конфіскації майна. Суди продовжували визначати майно, яке не підлягає конфіскації, на підставі додатка до КК України 1960 року. Проте, Л. А. Хрулова вже після набуття чинності КК України 2001 року висловила судження, що перелік майна, яке не підлягає конфіскації, передбачається законодавством про виконання вироку³. На мій погляд, останнє твердження не узгоджується з самим КК України 2001 року, у пункті 2 розділу I «Прикінцевих та перехідних положень» якого встановлено, що «з набранням чинності цим Кодексом втрачають чинність: Кримінальний кодекс Української РСР від 28 грудня 1960 року ... крім Переліку майна, що не підлягає конфіс-

¹ Вісник Верховного Суду України – 2003 – № 6.

² Див.: Практика застосування судами конфіскації майна: Узагальнення, опрацьоване суддею Верховного Суду України С. М. Вус і начальником управління узагальнення судової практики та аналізу судової статистики, суддею у відставці, заслуженим юристом України О. С. Паневіним // Вісник Верховного Суду України – 2000 – № 3.

³ Див.: Науково-практичний коментар до кримінального кодексу України. Загальна частина / П. П. Андрушко, Т. М. Андресюк, О. Г. Атаманюк та ін. Під заг. ред. М. І. Потебенька, В. Г. Гончаренка – К.: ФОРУМ, 2001. – С. 281.

кації за судовим вироком (Додаток до цього Кодексу)». Таке формулювання викликало неоднозначне розуміння статусу вказаного додатка. Так, наприклад, С. С. Яценко вважає, що «нині є чинним перелік майна, що не підлягає конфіскації за судовим вироком (Додаток до КК України 1960 р.)»¹. Натомість, Ю. В. Баулін та В. К. Гришук³ вважають, що вказаний перелік слід розглядати як додаток до КК України 2001 року. На мій погляд, точка зору Ю. В. Бауліна та В. К. Гришука є більш слушною з позицій як граматичного, так і телеологічного тлумачення пункту 2 розділу I «Прикінцевих та перехідних положень» КК України. Вираз «цей Кодекс» («цього Кодексу») у всіх випадках його вживання в КК України (наприклад: ч. 1 ст. 2, частини 2 і 3 ст. 3, ч. 1 ст. 7 та інші) означає саме Кримінальний кодекс України 2001 року, а не будь-який інший кодекс. Очевидно, що саме таке значення має цей вираз і в пункті 2 розділу I «Прикінцевих та перехідних положень». Тому навряд чи доцільним є розглядати названий перелік як додаток до КК України 1960 року, оскільки це призвело б до висновку про те, що наразі в Україні є чинними два Кодекси: КК України 2001 року (повністю) та КК України 1960 року (в частині його додатка – Переліку майна, що не підлягає конфіскації за судовим вироком). Навряд чи законодавець прагнув до такої мети, зберігаючи чинність вказаного переліку. Отже, перелік майна, що не підлягає конфіскації за судовим вироком, нині є частиною КК України 2001 року. Тому Закон України «Про виконавче провадження» в цій частині не може бути визнаний кримінальним законом.

Таким чином зміст чинного законодавства України свідчить, що положення ст. 3 КК України про те, що названий Кодекс є єдиним кримінальним законом в Україні, ще не повною мірою відповідають дійсності. Поряд з КК України, чинними є ще декілька законів (принаймні, чотири), які мають або комплексний характер (як, наприклад, Закон України «Про застосування амністії в Україні»), або віднесені до інших галузей законодавства (КПК України, КВК України, Закон України «Про виконавче провадження» та інші), проте містять окремі приписи, які за своєю суттю є кримінально-правовими, оскільки визначають кримінальну відповідальність за вчинення злочинів.

¹ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Ю. В. Александров, П. П. Андрушко, В. І. Антипов та ін. Відп. ред. С. С. Яценко – К.: А.С.К., 2002. – С. 119.

² Див.: Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, С. Б. Гавриш та ін. За заг. ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К.: Ін Юре, 2003. – С. 1174.

³ Див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. / А. М. Бойко, Л. П. Брич, В. К. Гришук та ін. За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка – К.: Атіка, 2003 – С. 140.

При цьому не можна виключати і того, що нові подібні закони з'являться у майбутньому.

Звичайно, такий стан речей в законодавстві України не є свідченням його досконалості і має бути, по можливості, усунений шляхом акумуляції всіх кримінально-правових приписів у КК України. Проте наразі на це необхідно зважати. І в цьому плані видається за можливе підтримати запропонований В. М. Самсоновим підхід до визначення кола адміністративних законів. До них він відносив не лише «чисті» адміністративні нормативно-правові акти, тобто закони, які містять виключно адміністративно-правові приписи, а й закони, які містять такі приписи в основному, в переважній кількості, а також закони, які містять декілька чи всього один адміністративно-правовий припис. І всі ці закони в тій частині, в якій вони містять адміністративно-правові приписи, він розглядав як адміністративні закони¹.

Видається, що з використанням такого підходу немає потреби виключати з кола дослідження ті закони, які за своєю суттю не є кримінальними, однак містять один чи декілька кримінально-правових приписів. Тому такі закони в тій частині, в якій вони містять ці приписи, також розглядаються мною як кримінальні закони.

1.3. Кримінальний закон і кримінальне законодавство

У кримінально-правовій науці, а також в деяких нормативно-правових актах України часто вживається і термінологічно, і змістовно схоже з поняттям «кримінальний закон» поняття «кримінальне законодавство». Так, зокрема, хоча у статтях 3, 4, 5, 6, 7, 8 КК України і йдеться про «закон про кримінальну відповідальність», проте в назві та частині 1 статті 3 КК України вживається поняття «законодавство про кримінальну відповідальність». Так само про «діяння, передбачені кримінальним законодавством України» йдеться у частинах 1 та 3 ст. 67 Кодексу торговельного мореплавства України²; на можливості притягнення до кримінальної відповідальності лише «у випадках, передбачених кримінальним законодавством України» наголошується у ч. 4 ст. 33 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність»³ тощо. Мабуть, у згаданих нормативно-правових актах різниця між поняттями «криміналь-

¹ Див.: Самсонов В. Н. Административное законодательство: понятие, содержание, реформа – Х.: Основа, 1991 – С. 78–79.

² Кодекс торговельного мореплавства України від 23 травня 1995 року // Відомості Верховної Ради України – 1995 – № 47 – Ст. 349.

³ Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України від 16 квітня 1991 року // Відомості Верховної Ради України – 1991 – № 29 – Ст. 377.

ний закон» і «кримінальне законодавство» не проводиться, тобто вони вважаються тотожними. Однак чи є виправданим таке ототоження?

У правознавчій літературі склалося три підходи щодо розмежування понять «закон» і «законодавство». Одні вчені не проводять сутнісної відмінності між ними. Зокрема, на їх тотожності у контексті актів вищих законодавчої влади наголошує П. Б. Євграфов, який вважає, що різниця між ними має лише термінологічний характер і виражає більшою мірою їх кількісні параметри¹. Так само вважають і С. С. Алексеев, для якого «законодавство – це вся сукупність законів, чинних в країні»², та Ю. О. Бойко, для якого «тотожність і відповідність цих понять одне одному не викликає сумнівів»³. Інші, наприклад С. В. Полєніна, навпаки, розглядають «законодавство» як більш широку категорію відносно категорії «закон» і розуміють під ним сукупність пов'язаних ієрархією та підпорядкованістю не лише законів, а й інших нормативних актів, які взаємодіють між собою і регулюють суспільні відносини⁴. Треті – намагаються поєднати два попередніх підходи. Так, Ю. О. Тихомиров розглядає «законодавство» у двох аспектах: по-перше, він виділяє *законодавство як таке*, розуміючи під ним сукупність виключно законів, і *чинне законодавство*, до якого відносить сукупність не лише законів, а й інших нормативно-правових актів⁵. При цьому він слушно наголошує на неприпустимості «розмивати» різницю між законами та підзаконними актами⁶.

Раніше в юридичній літературі при встановленні співвідношення закону і законодавства інколи мали місце спроби розширеного тлумачення поняття «закон»: розширення його змісту у зв'язку з віднесенням до законів правових актів, які такими не є. Висловлювалася, наприклад, думка, що поняття юридичного закону – неоднозначне, що його слід розуміти у «вузькому» та «широкому» значенні. Мовляв, закон у вузькому значенні – це власне закон, а в широкому значенні –

¹ Див.: *Євграфов П. Б.* Нормативные акты СССР и их роль в укреплении социалистической законности – К.: УМК ВО, 1989 – С. 10.

² *Алексеев С. С.* Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного анализа. – М.: Статут, 1999 – С. 84.

³ *Бойко Ю. О.* Деякі питання щодо уточнення понять «закон» і «законодавство» в контексті Конституції України // Проблеми законності: Респ. міжвідомч. наук. зб. / Відп. ред. В. Я. Тацій – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2001. Вип. 46. – С. 12–13.

⁴ Див.: *Полєніна С. В.* Теоретические проблемы советского законодательства – М.: Наука, 1979 – С. 27.

⁵ Див.: *Тихомиров Ю. А.* Теория закона. – М.: Наука, 1982 – С. 34.

⁶ Див.: Там само – С. 35.

це, окрім того, ще й інші правові акти – постанови уряду, накази, інструкції тощо¹. Очевидно, що така позиція явно суперечить чинній Конституції України, яка чітко розмежовує закон та підзаконні правові акти, а тому не може бути сприйнятою.

Питання про розмежування понять «закон» і «законодавство» торкнувся в одному з рішень і Конституційний Суд України², який, зокрема, зазначив, що «термін «законодавство» досить широко використовується у правовій системі в основному у значенні як сукупності законів та інших нормативно-правових актів, які регламентують ту чи іншу сферу суспільних відносин і є джерелами певної галузі права... У законах залежно від важливості і специфіки суспільних відносин, що регулюються, цей термін вживається в різних значеннях: в одних маються на увазі лише закони; в інших, передусім кодифікованих, в поняття «законодавство» включаються як закони та інші акти Верховної Ради України, так і акти Президента України, Кабінету Міністрів України, а в деяких випадках – також і нормативно-правові акти центральних органів виконавчої влади... Частиною національного законодавства є також, відповідно до ст. 9 Конституції України, чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

Таким чином, Конституційний Суд України сформулював правову позицію, відповідно до якої поняття «законодавство» є збірним, тобто охоплює певну *сукупність нормативно-правових актів*: або тільки законів, або законів та інших правових актів одночасно. Навряд чи її можна застосовувати щодо єдиного нормативно-правового акта, яким у сфері кримінального права, відповідно до частин 1, 2 і 3 ст. 3 КК України, має бути виключно названий Кодекс.

Однак ця правова позиція Конституційного Суду України в самому ж КК України, на жаль, і не знайшла послідовного втілення. Та ж ст. 3 КК України має назву «*Законодавство України про кримінальну відповідальність*» і в її частині першій зазначається, що «*законодавство України про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України*». Таким чином, у цій статті КК України фактично ототожнюється ціле (законодавство) і частина (закон), хоча, як уже зазначалося, це є неприпустимим ні з точки зору філософського

¹ Див., наприклад: *Кириченко М. Г.* Советское законодательство и его роль в коммунистическом строительстве // Советское государство и право – 1974. – № 10. – С. 128.

² У справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21 Кодексу законів про працю України (справа про тлумачення терміну «законодавство»): Рішення Конституційного Суду України від 9 липня 1998 року // Офіційний вісник України – 1998 – № 32 – Ст. 1209.

існення про ціле і частину, ні з позицій формальної логіки. Фактично в КК України закладена логічна суперечність: з одного боку, визначається, що він є єдиним кримінальним законом, з іншого – допускається існування кримінального законодавства як сукупності кримінальних законів.

У цьому зв'язку видаються не позбавленими рації міркування З. В. Ромовської про те, що «якщо у сфері регулювання цивільних відносин поряд з Цивільним кодексом діють інші кодекси і закони і навіть підзаконні акти, то у сфері визначення злочинів та покарань КК має займати монополічне становище, бути одним-єдиним. Тому, – продовжує З. В. Ромовська, – вважаємо, що для вживання терміна «кримінальне законодавство» немає жодних підстав»¹. На мій погляд, така пропозиція заслуговує на увагу. Проте, оскільки на сьогодні КК України фактично не є єдиним кримінальним законом, підстави для вживання поняття «кримінальне законодавство» все ж таки існують, оскільки таке законодавство складається, як мінімум, з декількох законів України, які містять кримінально-правові приписи. Перш за все, це – КК України, а також КПК України, КВК України, Закони України «Про застосування амністії в Україні» та «Про виконавче провадження» в тій частині, в якій вони містять кримінально-правові приписи.

Крім того, наразі в Україні є чинними ще деякі правові акти, які, не маючи ознак форми кримінального закону (не будучи законами), мають ознаки його змісту (містять кримінально-правові приписи). До таких можна віднести, наприклад, окремі міжнародні договори України, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, рішення Конституційного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень кримінального закону. Видається, що такий стан речей тільки зовні, формально суперечить п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України, відповідно до якої *виключно законами України* визначаються діяння, які є злочинами, та відповідальність за них. Втім, по суті суперечності тут немає. Адже, встановлюючи вимогу про те, що вказані, як і інші названі в ст. 92 Конституції України, питання визначалися виключно законами, законодавець перш за все мав на увазі неприпустимість регулювання цих питань актами, які мають меншу за закон юридичну силу. Водночас, регулювання їх актами, які мають більшу юридичну силу (зокрема, міжнародними договорами України, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України та рішеннями Конституційного Суду України, які стосуються конституційності кримі-

¹ Ромовська З. В. Проект Кримінального кодексу України очима цивіліста // Вісник Верховного Суду України. – 1999 - № 6 – С. 55.

нальних законів) не можна визнавати таким, що суперечить Конституції України.

Так, частиною кримінального законодавства України мають бути визнані також і чинні міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, за умови, що вони безпосередньо визначають, які діяння є злочинами та якій відповідальності підлягають особи, що їх вчинили. До таких міжнародних договорів можна віднести, наприклад, Конвенцію про захист прав і основних свобод людини 1950 року, відповідно до статті 7 якої злочинність діяння може визначатися не лише національними законами, а й міжнародним правом, у тому числі – загальними принципами права, визнаними цивілізованими націями. Крім того, до таких міжнародних договорів має бути віднесена і Європейська конвенція про міжнародну дійсність кримінальних вироків, яка була укладена державами – членами Ради Європи 28 травня 1970 року, ратифікована Україною 26 вересня 2002 року, яка набула для нашої держави чинності 12 червня 2003 року. В цій Конвенції, зокрема, містяться положення, що визначають підстави виконання в одній державі покарання, призначеного вирокіом суду іншої держави, уточнюється кримінально-правовий зміст принципу *ne bis in idem*, визначаються кримінально-правові наслідки судимості на підставі вироку суду іноземної держави¹. Очевидно, що всі названі положення згаданих конвенцій є за своїм змістом кримінально-правовими, а тому їх, так само, як і інші міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України і які містять положення подібного змісту, слід вважати частиною кримінального законодавства України.

Проте, не є актами кримінального законодавства ті міжнародно-правові договори, які безпосередньо не стосуються визначення злочинності чи караності діянь, а лише встановлюють обов'язок держав-учасниць визнати злочином певне діяння та переслідувати осіб, які його вчинили. Кількість таких договорів набагато перевищує кількість тих, що безпосередньо містять кримінально-правові приписи. До них, наприклад, віднесені: Конвенція про запобігання злочину геноциду і покарання за нього, Конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації, Конвенція про припинення злочину апартеїду і покарання за нього та інші². Подібні договори біль-

¹ Детальніше див.: Пономаренко Ю. А. Вплив Європейської конвенції про міжнародну дійсність кримінальних вироків на національний кримінальний закон України // Підприємництво, господарство і право – 2003. – № 7. – С. 89–92.

² Див.: Україна в міжнародно-правових відносинах. Боротьба із злочинністю та взаємна правова допомога (книга перша): 36. документів укр. та рос. мовами / Упоряд.: В. Л. Чубарев, А. С. Мауко – К.: Юрінком, 1996 – С. 94–446.

ністю правознавців справедливо не відносяться до актів кримінального законодавства¹.

Нарешті, не можна заперечувати і того, що частиною кримінального законодавства України є також рішення Конституційного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) кримінальних законів. На думку Є. Євграфової, такі рішення «є складовою чинного законодавства і за ознаками ієрархії (субординації) передують законам, тобто займають місце після Конституції України»². Дійсно, такі рішення, оскільки ними не тільки скасовуються певні положення закону, а то й закон в цілому³, але й визначаються певні рамки подальшої законодавчої діяльності Верховної Ради України, виконують функції нормативно-правового акта. При цьому їх юридична сила справді є не меншою за юридичну силу закону, оскільки в іншому разі скасування ними законів було б неможливим.

Що ж до змісту таких рішень, то він є таким же, як і зміст кримінального закону, але (в силу особливого статусу і особливої компетенції Конституційного Суду України) «зі знаком мінус». Якщо змістом кримінального закону є приписи, що визначають, які діяння є злочинами та якій відповідальності підлягають особи, що їх вчинили, то змістом названих рішень є визначення діянь, які не можуть визнаватися злочинами, та заходів кримінальної відповідальності, яким не можуть піддаватися особи, що їх вчинили, у зв'язку з тим, що це суперечить Конституції України.

Так, Рішенням Конституційного Суду України від 29 грудня 1999 року у справі про смертну кару⁴ були визнані такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними) і у зв'язку з цим втратили чинність положення ст. 24 Загальної частини та положення санкцій статей Особливої частини КК України 1960 року, які передбачали смертну кару як вид покарання. Очевидно, що цей припис, оскільки він стосується визначення покарання як однієї із складових кримінальної відповідальності за вчинення злочину, є за своєю природою кримінально-правовим. Проте, оскільки за формою

¹ Див., наприклад: *Ковалев М. И.* Об источниках уголовного права // Правоведение - 1975 - № 5 - С. 132.

² *Євграфова Є* Акти Конституційного Суду України в системі національного законодавства // Право України. - 2001. - № 10 - С. 67.

³ Детальніше про це йтиметься в підрозділі 2.3.

⁴ У справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 24, 58, 59, 60, 93, 190¹ Кримінального кодексу України в частині, що передбачає смертну кару як вид покарання (справа про смертну кару): Рішення Конституційного Суду України від 29 грудня 1999 року // Офіційний Вісник України - 2000. № 4. - Ст. 126.

правовий акт, в якому він міститься, не є законом, віднести його до кримінальних законів не можна. Втім, це рішення є складовою частиною кримінального законодавства України, навіть попри те, що сам КК України, якого воно стосувалося, вже і втратив чинність. Адже саме наявність цього рішення утримує зараз законодавця від прийняття неодноразово пропонованих народними депутатами України проектів законів про внесення змін до КК України, спрямованих на відновлення покарання у виді смертної кари.

Таким чином, говорячи наразі про кримінальне законодавство України, слід щоразу усвідомлювати, що воно складається не з одного КК України, а з декількох законів України, а також чинних міжнародних договорів України, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, та рішень Конституційного Суду України. за умови, що ці закони, договори та рішення містять кримінально-правові приписи. Коли ж таким законом залишиться лише КК України, то принаймні в самому КК України можна буде відмовитися від терміна «кримінальне законодавство», зробивши відповідні зміни у назві та частині першій ст. 3 КК України.

Але у будь-якому разі не належать до кримінального законодавства нормативні та інші правові акти, які хоч певним чином і пов'язані з кримінальним законом, однак не збігаються з ним ні за формою, ні за змістом. Вище вже зазначалося, що в проекті КК України, підготовленому робочою групою під керівництвом В. М. Смітінка та внесеному на розгляд Верховної Ради України Комісією Верховної Ради України 2 (12) скликання з питань правопорядку та боротьби із злочинністю, містилася стаття 6, відповідно до якої джерелами кримінального законодавства України визнавалися також Конституція України, інші нормативні акти, які безпосередньо не згадуються в КК України, але враховуються у нормах з бланкетною диспозицією, а також рішення Конституційного Суду України щодо конституційності норм кримінального закону.

По-перше, Конституцію України не можна визнавати складовою частиною кримінального законодавства України, оскільки її приписи, навіть ті, що текстуально схожі з положеннями КК України (наприклад, ч. 1 ст. 58, ч. 5 ст. 94) або мають для нього безпосереднє значення (наприклад, п. 22 ч. 1 ст. 92), за своєю суттю не є кримінально-правовими. В. А. Федосова правильно підкреслює, що специфіка конституційного (державного) права проявляється саме в особливому колі суспільних відносин, що ним регулюються. Якщо окремі інші галузі права «працюють» у конкретній сфері суспільних відносин, то конституційне право органічно пов'язане з фундаментальними засадами життя суспільства. Воно впливає не на певні окремі види суспільних відносин, а на головні сфери громадського і державного життя

країни¹. Тому навіть у тих своїх положеннях, в яких Конституція України містить приписи, які за своїм змістом певною мірою «перехрещуються» з приписами кримінального закону (наприклад, відповідно до статті 61 Конституції України «Ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення. Юридична відповідальність особи має індивідуальний характер»), вона не є частиною кримінального законодавства. Подібні положення Конституції не торкаються безпосередньо визначення злочинності та караності діяння, а визначають засади політико-правового статусу особи та основні принципи функціонування державної влади.

По-друге, не є складовою частиною кримінального законодавства нормативні акти, до яких відсилають статті КК України з бланкетною диспозицією. В літературі висловлювалася думка, що «наявність у Кримінальному кодексі норм з бланкетними ознаками підриває важливе для кримінального права положення: *nullum crimen sine lege*. Видається, що не позбавлена підстав думка деяких правознавців про те, що конкретизація ознак складу злочину в інших нормативних актах ставить під сумнів тезу про те, що джерелом кримінального права є лише кримінальний закон»². Ще більш категоричним є О. Коташевський, який пише, що в статтях з бланкетними диспозиціями «опис діяння, що визнається злочином, дано в іншому нормативному акті, а не в Кримінальному кодексі»³. Тобто, з позицій такого підходу ті нормативно-правові акти, до яких відсилають статті з бланкетними диспозиціями, визнаються джерелами кримінального права (актами кримінального законодавства) або поряд з КК (В. Марчук), або ж навіть замість КК (О. Коташевський).

На мій погляд, таке розуміння ролі нормативних актів, до яких відсилають статті з бланкетними диспозиціями, є неправильним. Дані нормативні акти не визначають і за природою своєю не можуть визначати злочинності діяння, а лише регулюють правомірну поведінку людини в певній сфері суспільних відносин. Неправомірну поведінку (відступ від своїх правил) такі акти не визначають, і вона перебуває за їх рамками. Така неправомірна (зокрема, злочинна) поведінка визначається в КК України. Однак дійсний її обсяг встановлюється в тому числі й з урахуванням названих нормативно-правових актів, які впли-

¹ Див.: Федосова В. А. Эффективность действия норм советского государственного права.- Воронеж: Изд-во Воронежск. ун-та, 1984 – С. 8.

² Марчук В. Квалификация преступлений при изменении диспозиции уголовно-правовой нормы // Судовы веснік - 2002.- № 1 – С. 37.

³ Коташевський О. Окремі недоліки нового Кримінального кодексу України // Право України – 2002 – № 11 – С. 97.

вають на визначення злочинної поведінки таким чином: визначаючи рамки правомірної поведінки, вони тим самим визначають зовнішні межі злочинних діянь. Оскільки ж вони такі злочинні діяння не описують, то й кримінально-правовими такі нормативні акти не є. Тому правильним є висновок, що «наявність бланкетних диспозицій в нормах кримінального законодавства, що відсилають до нормативних актів інформаційного (для кримінального права – Ю. П.) характеру, не суперечить принципу «*nullum crimen sine poena nulla poena sine lege*», а тому є правомірною»¹.

По-третє, не є актами кримінального законодавства також і вироки, ухвали та постанови судів загальної юрисдикції в окремих кримінальних справах, а також роз'яснення Пленуму Верховного Суду України з окремих питань застосування кримінального законодавства. Вони взагалі не містять приписів кримінального права, а лише роз'яснюють їх (постанови Пленуму Верховного Суду України з певної категорії справ) або застосовують такі приписи до конкретних діянь.

Таким чином, актами кримінального законодавства України є не лише кримінальні закони, а й міжнародні договори України, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, в тих випадках, коли вони безпосередньо містять кримінально-правові приписи, та рішення Конституційного Суду України з питань конституційності кримінальних законів. Не є актами кримінального законодавства України Конституція України, нормативно-правові акти, до яких відсилають статті з бланкетними диспозиціями, а також вироки, ухвали та постанови судів в окремих кримінальних справах та постанови Пленуму Верховного Суду України з певних категорій справ.

У подальшому в цій роботі досліджуються питання чинності і дії в часі лише такої складової частини кримінального законодавства, як кримінальні закони, і не розглядаються питання чинності і дії в часі інших складових частин кримінального законодавства: міжнародних договорів України та рішень Конституційного Суду України. Їх чинність і дія в часі має певні специфічні особливості, які є предметом спеціальних досліджень².

¹ Соколов В. В. Принцип «*nullum crimen nulla poena sine lege*» и бланкетные диспозиции уголовного закона // Советское государство и право. – 1980. – № 12. – С. 99.

² Див., наприклад: Тихий В. Дія рішень Конституційного Суду України в часі // Вісник Конституційного Суду України. – 2001 – № 5 – С. 51–54; Жученко А. А. К вопросу об обратной силе решений Конституционного Суда Украины // Вестник Московского университета. Серия 11. Право – 2002 – № 5. – С. 84–89.

1.4. Щодо адекватності термінології

Визначення поняття закону, який встановлює діяння, що є злочинами, та відповідальність за них, а також встановлення змісту цього поняття з необхідністю порушує проблему віднайдення адекватного герміна для його позначення. З точки зору формальної логіки, «вське поняття виражається в слові, а часто і в декількох словах», а «словесне вираження поняття називається іменем»¹. При цьому ім'я поняття «з відтінком спеціального (наукового) його значення, що уточнюється в контексті будь-якої теорії або галузі знання», прийнято називати «терміном»². Вище автор цих рядків послуговувався для позначення досліджуваного явища терміном «кримінальний закон». Однак такий термін наразі оспорується окремими криміналістами³ і, більш того, сам КК України у своєму тексті містить інший термін – «закон про кримінальну відповідальність». У зв'язку з викладеним питання вибору найбільш адекватного терміна для позначення закону, який визначає злочини та кримінальну відповідальність за них, сьогодні набуло в Україні неабиякого рівня актуальності.

Ніким не заперечується те, що в терміні, яким має позначатися досліджуване поняття, має міститися слово «закон». Проблема полягає в тому, як цей закон назвати. Очевидно, що назва цього закону (зокрема, інші слова з термінологічного вислову, який означає його як поняття) має відображати його особливість, відмінність від інших законів. Вище вже зазначалося, що відмінність досліджуваного закону від інших проводиться за ознаками його змісту, тобто за характером нормативно-правових приписів, що містить цей закон. Якщо ж виходити з того, що змістом досліджуваного закону є нормативно-правові приписи, що визначають, які діяння є злочинами, та кримінальну відповідальність, якій підлягають особи, що їх вчинили, то логічним буде висновок про те, що в терміні, яким позначається дане поняття, мусить мати місце вказівка саме на це. І справді, вітчизняна та світова практика свідчить про те, що в різних країнах закони, які визначають діяння, що є злочинами, та кримінальну від-

¹ *Строгович М. С.* Логика – М.: Государственное изд-во политической литературы, 1949 – С. 103, 104.

² Див.: *Философский энциклопедический словарь* / Гл. редакция: Л. Ф. Ильичев, П. Н. Федосеев, С. М. Ковалев, В. Г. Панов – М.: Советская энциклопедия, 1983 – С. 681.

³ Див., наприклад: *Коржанський М. Й.* Уголовне право України. Частина Загальна: Курс лекцій -- К.: Наукова думка; Українська видавнича група, 1996 – С. 4; *Куц В. М.* Новий Кримінальний кодекс України: яким йому бути.– Х.: Ксилон, 1999.– С. 23.

повідальність за них, отримують свою назву від назви одного з цих двох своїх основних інститутів: або від злочину, або від відповідальності (покарання).

Звернення до доступного (мені) законодавства окремих зарубіжних країн свідчить, що від назви злочину отримали свою назву відповідні закони в Австралії (Criminal Code), Англії та Уельсі (Criminal Law Act), США (Federal criminal code and rules. Title 18. Crimes and criminal procedure – у федеральному Зводі законів) та деяких інших країнах. Від назви покарання іменуються відповідні закони в Австрії (Strafgesetzbuch), Болгарії (Наказателен кодекс), Польщі (Kodeks karny) та низці інших країн.

У цьому плані універсальною є назва відповідного закону в Російській Федерації (Уголовный кодекс), оскільки російське слово «уголовный» має етимологічний зв'язок з обома основними інститутами даної галузі законодавства. Воно пов'язане з інститутом злочину, оскільки в староруському кримінальному праві (стаття 6 Розширеної редакції Руської правди) «головником» іменувалася особа, яка вчинила найтяжчий злочин – вбивство, а також і з інститутом кримінальної відповідальності, оскільки «головничеством» там же називається грошове стягнення, що накладалося на вбивцю¹. Таким чином, в російській мові вдалося уникнути характерного для більшості інших мов надання переваги одному з інститутів даної галузі законодавства, «і в цьому сенсі поняття кримінального (рос.: «уголовного».– Ю. П.) права ніби об'єднує обидві ідеї (і злочину, і покарання), не надаючи переваги жодній з них»².

Визнаючи названі переваги терміна «уголовный» і вважаючи його етимологічно українським, М. Й. Коржанський виступив з пропозицією ввести його до української юридичної термінології, а отже, іменувати «кримінальний закон» «уголовним законом», «кримінальне право» «уголовним правом» і т. ін.³ Проте, така пропозиція не отримала

¹ Див.: Российское законодательство X–XX веков. В девяти томах / Под общ. ред. О. И. Чистякова. Т. I. Законодательство Древней Руси / Отв. ред.: В. Л. Янин – М.: Юридическая литература, 1984 – С. 64, 86. Таке розуміння походження терміна «уголовный» не є загальноприйнятим, існують й інші версії. Див., наприклад: Голик Ю., Елисеєв С. Понятие и происхождение названия «уголовное право» // Уголовное право - 2002.– № 2 – С. 14–16.

² Наумов А. В. Российское уголовное право. Общая часть: Курс лекций – М.: БЕК, 1999.– С. 1.

³ Див.: Коржанський М. Й. Уголовне право України. Частина Загальна: Курс лекцій - К.: Наукова думка; Українська видавнича група, 1996 – С. 4; Коржанський М. Й. Кримінальне чи уголовне // Юридичний вісник України – 1997 – 2–15 січня.

підтримки ні законодавцем, ні в науковій літературі, у зв'язку з чим і сам її автор у подальшому відмовився від використання запропонованого ним терміна¹.

В українській мові закон, який визначає злочини та кримінальну відповідальність за них, традиційно називався кримінальним законом. Говто, українська назва цього закону походить від назви першого з основних його інститутів – інституту злочину (латинською мовою – *crimen*). Зрідка в неюридичних джерелах також використовується термін «карний закон», що має походження від назви другого з його основних інститутів – покарання (відповідальності) за злочин, а окремі юристи навіть пропонують офіційно іменувати Кримінальний кодекс Карним². При цьому в словниках української мови «кримінальний» і «карний» розглядаються як синоніми³, хоча Л. Василькова, яка спеціально досліджувала походження і зміст терміна «кримінальний», приходить до висновку про необхідність надання переваги саме йому, з можливістю використання терміна «карний» «з метою уникнення тавтологічних словосполучень у перекладі російських термінологічних одиниць»⁴.

При прийнятті КК України 2001 року законодавець, за пропозицією народних депутатів М. Ю. Бродського, С. В. Ківалова та В. Й. Развадовського, змінив у тексті КК України традиційний термін «кримінальний закон» на термін «закон про кримінальну відповідальність»⁵. У зв'язку з цим постає питання: який же термін – «кримінальний закон» чи «закон про кримінальну відповідальність» – має більше переваг і більш точно означає закон, який визначає злочини та відповідальність за них? На думку В. І. Борисова, «кримінальний закон» і «закон про кримінальну відповідальність» – тотожні поняття, однак через те, що останнє закріплене в КК, ним потрібно користуватися для характеристики чинного кримінального законодавства України»⁶.

¹ Див.: *Коржанський М. Й.* Кримінальне право і законодавство України. Частина Загальна: Курс лекцій - К.: Атіка, 2001 – С. 3–4.

² Див.: *Ромовська З.* Злочини і покарання в новій редакції // *Голос України* – 1998 – № 225 (24 листопада). – С. 12.

³ Див.: *Словник української мови.* В одинадцяти томах. Том четвертий: І–М. / Ред. кол.: *І. К. Білодід (голова), А. А. Бурячок, В. О. Винник та ін.* – К.: Наукова думка, 1973 – С. 108, 347.

⁴ Див.: *Василькова Л.* З історії становлення терміна «кримінальний» // *Підприємництво, господарство і право* – 2001. – № 12 – С. 76.

⁵ Матеріали проекту Кримінального кодексу України 2001 року. В 28 книгах. Архів. Книга 17 (1999 р.). – Аркуш 189.

⁶ *Кримінальне право України.* Загальна частина: Підручник для юрид. вузів і фак. / *М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін.*; За ред. *М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація* – К.–Х.: Юрінком-Інтер – Право, 2001 – С. 34.

На мій погляд, це викликає необхідність декількох застережень щодо співвідношення термінів «кримінальний закон» і «закон про кримінальну відповідальність».

По-перше, використання в тексті КК України 2001 року терміна «закон про кримінальну відповідальність», очевидно, стало наслідком непослідовності Верховної Ради України у врахуванні та відхиленні пропозицій народних депутатів щодо проекту КК України при його прийнятті. Вище вже зазначалося, що на етапі опрацювання проекту нині чинного КК України в комітетах Верховної Ради України народним депутатом України О. М. Бандуркою була внесена пропозиція змінити його назву на «Кодекс законів України про кримінальну відповідальність». З цією пропозицією була логічно пов'язана пропозиція народних депутатів України М. Ю. Бродського, С. В. Ківалова та В. Й. Развадовського про заміну терміна «кримінальний закон» на термін «закон про кримінальну відповідальність».

Як відомо, Верховна Рада України не підтримала (відхилила) пропозицію про зміну назви Кодексу, однак підтримала (не відхилила) пов'язану з нею заміну терміна «кримінальний закон» на «закон про кримінальну відповідальність», через що останній і з'явився в остаточному варіанті КК України. Така непослідовність створила досить «цікаву» ситуацію, коли у назві кодексу та його тексті для позначення одного й того ж поняття почали вживати різні терміни. В назві кодексу йдеться про «кримінальний кодекс», інакше кажучи, – про «кримінальний закон», оскільки кодекс, як вже зазначалося, – це особливий різновид закону. Водночас далі за текстом йдеться вже про «закон про кримінальну відповідальність».

Очевидно, що така неузгодженість термінів має бути законодавцем усунута, причому через заміну терміна «закон про кримінальну відповідальність» на «кримінальний закон». На користь цього, окрім наведеного вище аргументу (непослідовність законодавця при відхиленні депутатських пропозицій до проекту КК України), говорить і те, що назва закону має поширюватися на весь його текст. І при цьому терміни, які використовуються у тексті закону, не повинні суперечити його назві.

По-друге, кримінальний закон, як вже неодноразово підкреслювалося, визначає два взаємопов'язаних явища: злочин та кримінальну відповідальність за нього, які є основними його інститутами. Тому, коли говорять, що це «закон про кримінальну відповідальність», тим самим забувають про те, що він ще є й «законом про злочин». Звичайно, і термін «кримінальний закон» має генетичну пов'язаність лише з одним з названих основних його інститутів – інститутом злочину. Проте, за довгі роки вживання він у багатьох європейських мовах, у тому числі й в українській, дістав етимологічний зв'язок

і з інститутом кримінальної відповідальності (покарання). Згадаймо хоча б застарілу українську назву в'язниці – «кримінал»¹. Тому слушним видається висновок Л. Василькової про те, що «саме цей термін («кримінальний».– Ю. П.) можна вважати більш-менш вдалим відповідником до російського *уголовный*, оскільки він включає і значення «карний», адже вчинення злочину спричиняє покарання, яке передбачається законом та призначається судом»². Таким чином, і з лінгвістичної точки зору термін «кримінальний закон» видається більш вдалим, ніж «закон про кримінальну відповідальність» для позначення закону, який визначає злочини та відповідальність за них.

По-третє, термін «кримінальний закон» є традиційним і звичним для вітчизняної правової системи, він також є усталеним у науці, відомий практичним працівникам, використовується в іноземному законодавстві. Інакше кажучи, він вже давно «прижився», адекватно відображає сутність означуваного ним поняття, недвозначно сприймається більшістю вчених та правозастосувачів. Тому відмова від нього і з цього погляду є передчасною. Однак, якщо правозастосовні органи пов'язані термінологією, яку використовує законодавець, у зв'язку з чим в офіційних документах повинні послуговуватися терміном «закон про кримінальну відповідальність», то поширювати таке ж правило і на наукове середовище видається невиправданим.

З огляду на викладене, вважаю, що на сьогодні вченим-криміналістам немає підстав відмовлятися від терміна «кримінальний закон». Саме тому він використовується і в цьому дослідженні. При цьому, говорячи про «кримінальний закон», я розумію його не як злочинний закон³, не як закон поведінки криміналітету⁴, а в значенні: «який стосується вивчення злочинів і злочинності, боротьби з ними і запобігання злочинам»⁵, точніше – який стосується визначення злочинів і кримінальної відповідальності за них.

Що ж до того, що в тексті КК України застосовується інший термін, то це не може бути підставою для зміни наукової термінології. Навпаки, наука наразі має довести необхідність уточнення термінологічного апарату КК України.

¹ Див.: Новий тлумачний словник української мови. У чотирьох томах. Т. 2: Ж – ОБД. / Укладачі: В. Яременко, О. Сліпушко – К.: Аконіт, 2000 – С. 380.

² Василькова Л. З історії становлення терміна «кримінальний» // Підприємництво, господарство і право – 2001 – № 12 – С. 76.

³ У такому значенні розуміє цей термін М. Й. Коржанський. Див.: Коржанський М. Й. Уголовне право України. Частина Загальна: Курс лекцій.– К.: Наукова думка; Українська видавнича група, 1996 – С. 4.

⁴ Так сприймає його В. М. Куц. Див.: Куц В. М. Новий Кримінальний кодекс України: яким йому бути – Х.: Ксилон, 1999 – С. 23.

⁵ Тлумачний словник української мови / Укладачі: Т. В. Ковальова, Л. П. Коврига.– Х.: Синтекс, 2002 – С. 282.

Р о з д і л 2

ЧИННІСТЬ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ В ЧАСІ

2.1. Поняття чинності кримінального закону в часі

Кримінальний закон, як і будь-яке інше явище об'єктивної дійсності, з необхідністю існує у часі. Інакше кажучи, його зміст і форма в їх єдності є не постійно існуючими, а визначаються певними часовими рамками. І при цьому темпоральні властивості кримінального закону самі по собі є предметом правового регулювання, причому регулюються вони як самим кримінальним законом (статті 4, 5 КК України), так і актами конституційного законодавства України (статті 57, 58, 94 Конституції України, а також інші нормативно-правові акти). Таким чином, часові рамки існування кримінального закону отримали нормативне закріплення. У зв'язку з цим, підлягають окремому дослідженню питання появи та зникнення кримінального закону як явища об'єктивної дійсності, яке існує протягом певного часового періоду.

Визначальним моментом у такому дослідженні має бути констатація того, що час як такий не є юридичною категорією. Поряд з категорією простору він є особливим загальним співвідношенням явищ дійсності, є одним з видів діалектичного співвідношення матеріальних станів. За своєю суттю час є особливою категорією діалектики, а тому, як зазначає В. І. Свідерський, будь-яке наукове дослідження явищ, пов'язаних з часом, має проводитися з урахуванням цих його властивостей¹. На думку Р. А. Аронова та В. В. Терентьева, час, як і простір, не наділені ні геологічними, ні біологічними, ні правовими чи іншими властивостями. «Всі ці властивості, – вказують вони, – притаманні відповідним системам явищ та взаємовідношенням між ними»².

Дотримуючись цих же відправних положень, П. М. Рабінович

¹ Див.: Свідерский В. И. О некоторых методологических принципах теории пространства и времени // Пространство и время в современной физике (К 50-летию создания общей теории относительности Альбертом Эйнштейном). – К.: Наукова думка, 1968 – С. 141.

² Аронов Р. А., Терентьев В. В. Существуют ли нефизические формы пространства и времени? // Вопросы философии – 1988 – № 1 – С. 79.

справедливо стверджує, що право регулює не час як такий (оскільки діалектичні категорії не підвладні правовому регулюванню), а часові (темпоральні) параметри об'єктивних явищ, функціонуючи як один із засобів, інструментів освоєння часу¹.

Таким чином, законодавством України регулюються (визначаються) лише межі (початкова та кінцева) існування кримінального закону в часі, а не сам час існування кримінального закону як абсолютний об'єктивний його атрибут, що є формою послідовних існувань кримінального закону одномірно і односпрямовано від минулого до майбутнього². Час, протягом якого існує кримінальний закон (як, втім, і будь-який інший закон), прийнято називати часом чинності кримінального закону; початковий момент цього часу – моментом (часом) набуття чинності законом, а кінцевий – моментом (часом) втрати чинності законом. Отже, чинність кримінального закону – це його існування впродовж певного проміжку часу, протягом якого закон «живе» – від його появи і до зникнення.

Проте, закон як такий з'являється ще до набуття ним чинності. В Конституції України документ, прийнятий Верховною Радою України, ще не підписаний її Головою, вже називається законом (ч. 1 ст. 94). Таким чином, з точки зору Конституції України, законопроект стає законом з моменту голосування за нього в цілому, тобто ще задовго не лише до набуття ним чинності, а й до його опублікування і навіть підписання Головою Верховної Ради України та Президентом України. У зв'язку з цим, багатьма правознавцями чинність як час існування закону обмежується вказівкою на певні додаткові ознаки. Так, вважає О. Плечій, «чинність можна сформулювати як здатність (можливість) нормативно-правового акта здійснювати вплив на поведінку суб'єктів з визначеного моменту»³. М. М. Жовтобрюх зазначає, що «чинність звичаєвого права визначається як властивість звичаєво-правових норм діяти за певних умов і мати юридичну силу»⁴.

Справді, в нормативно-правових актах і науковій юридичній літе-

¹ Див.: *Рабінович П.* Час у праві (темпоральні властивості діяльності як об'єкт правового регулювання) // Вісник Академії правових наук України.– 1999.– Вип. 3 (18).– С. 3–4.

² Див.: *Аскін Я. Ф.* Направление времени и временная структура процессов / Под ред. *И. В. Кузнецова* – М.: Наука, 1971 – С. 57; *Габричевский А. Г.* Пространство и время // Вопросы философии – 1994 – № 3 – С. 134–138.

³ *Плечій О.* Часові межі дії нормативно-правових актів України: проблемні питання // Вісник Львівського університету. Серія юридична - 2002 – Вип. 37.– С. 71.

⁴ *Жовтобрюх М. М.* Звичаєве право: сутність, генеза, чинність: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.12 – К.: Нац. акад. внутр. справ України МВС України, 2002 – С. 10.

ратурі поняття «чинність закону» часто вживається в одному синонімічному ряду з поняттями «дія закону» і «сила закону». Наприклад, в самому КК України в ст. 4, яка має назву «*Чинність* (курсив мій – Ю. П.) закону про кримінальну відповідальність в часі», встановлюється, що «злочинність і караність діяння визначаються законом про кримінальну відповідальність, який *діяв* (курсив мій – Ю. П.) на час вчинення цього діяння» (ч. 2 названої статті). Очевидно, що законодавець в даному разі розглядає поняття чинності і дії кримінального закону як тотожні. Так само поняття чинності і дії закону часто ототожнюються і науковій літературі, причому як у кримінально-правовій¹, так і в роботах із загальної теорії права². Нерідко поняття чинності закону синонімізується і з поняттям сили закону, коли говорять, наприклад, про вступ закону в силу³. Мабуть, такий підхід породив широковживаний у літературі термін «зворотна сила кримінального закону». Іноді навіть говорять про «зворотну чинність закону»⁴.

Для ототожнення понять «чинність», «дія» і «сила» закону є певні підстави з погляду їх лінгвістичного тлумачення. Так, в академічному «Словнику української мови» слово «чинність» тлумачиться як властивість за значенням «чинний», а останнє означає – «який діє за певних умов, має юридичну силу»⁵. Водночас «сила» в одному із своїх значень означає «чинність, дієвість»⁶. Тому використання названих

¹ Див., наприклад: *Василаш В. М.* Чинність кримінального закону України в часі: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 - К.: Київськ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка, 1995 – С. 7.

Див., наприклад: *Загальна теорія держави і права: Підручник для студ. юрид. спец. вищих навч. закладів / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Богачова та ін.* За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина - Х.: Право, 2002. – С. 309.

³ М. Й. Коржанський пише: «Днючим визнається кримінальний закон, який ... набрав чинної сили» (Див.: *Коржанський М. Й.* Кримінальне право і законодавство України. Частина Загальна: Курс лекцій. – К.: Атіка, 2001 – С. 91).

* Цей термін міститься, наприклад, в українському перекладі Конституції США (частина 3 розділу 9 та частина 1 розділу 10 статті I, які забороняють прийняття законів *ex post facto*), що розміщений на Інтернет-сторінці бібліотеки Верховної Ради України (Див.: Конституція Сполучених Штатів Америки // http://www.rada.kiev.ua/LIBRARY/catalog/law/usa_const.htm. Дата перегляду: 10 січня 2004 року).

⁵ Див.: Словник української мови. Том одинадцятий: Х–Б. / Ред. кол.: *І. К. Білодід (голова), А. А. Бурячок, В. О. Винник та ін.* – К.: Наукова думка, 1980. – С. 326.

⁶ Див.: Словник української мови. Том дев'ятий: С. / Ред. кол.: *І. К. Білодід (голова), А. А. Бурячок, В. О. Винник та ін.* – К.: Наукова думка, 1978 – С. 166.

термінів як синонімів не може викликати жодних заперечень, якщо воно здійснюється в позаюридичних текстах і публікаціях.

Проте, термінологія юридичної науки, а тим більш – термінологія законодавства має бути чіткою, однозначною і по можливості не допускати синонімії. Кожен термін, який використовується в текстах нормативно-правових актів і в наукових публікаціях, має означати окреме поняття, що має власний зміст, відмінний від змісту інших, хай і суміжних, понять. Тому видається недоцільним використовувати в законодавстві і юридичній науці терміни «чинність», «сила» і «дія» закону як синоніми, тим паче, що поняття, які вони означають, різняться між собою.

Вище вже зауважувалося, що сила закону визначається його місцем в ієрархії правових актів. Вона полягає в здатності закону переважувати над іншим правовим актом у разі виникнення колізії між ними. Зокрема, закон (будь-який, у тому числі й кримінальний), має вищу юридичну силу, ніж постанови Верховної Ради України, акти Президента України, Кабінету Міністрів України та інших органів виконавчої влади, акти органів місцевого самоврядування. Тому у разі виникнення колізії з ними кримінальний закон підлягає переважному застосуванню. Водночас, кримінальний закон має меншу юридичну силу, ніж Конституція України та чинні міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України. Тому у разі виникнення колізії кримінального закону з цими нормативно-правовими актами застосуванню підлягатимуть саме вони, а не закон.

У зв'язку з викладеним, силу закону, яка є його статичною характеристикою і встановлюється завжди порівняно з тим чи іншим правовим актом, який є одночасно чинним з ним, не можна ототожнювати з чинністю закону, яка є його динамічною характеристикою і полягає, як зазначалося вище, в об'єктивному існуванні закону протягом певного відрізка часу.

Так само не можна й ототожнювати чинність закону з його дією. Поняття «дія кримінального закону» та його відмінність від поняття «чинність кримінального закону» буде предметом окремого дослідження у підрозділі 3.1. цієї роботи. Тепер же зазначу, що чинність закону є лише передумовою для його дії. Тільки такий закон, який набув чинності, може діяти, тобто реально впливати на суспільні відносини, визначаючи їх зміст – права та обов'язки суб'єктів цих відносин. У зв'язку з цим чинність і дія закону не є тотожними поняттями і в самому кримінальному законі слід було б чітко і точно використовувати відповідну термінологію. Так, в ч. 2 ст. 4 КК України, в якій встановлюється загальне правило дії кримінального закону в часі, йдеться про те, що «злочинність і караність діяння визначаються законом про кримінальну відповідальність, який діяв на час вчинення

цього діяння». Очевидно, що на момент вчинення діяння закон щодо нього ще не діє. Проте, його злочинність і караність визначаються тим кримінальним законом, який існував на момент його вчинення, тобто був чинним. У зв'язку з цим більш точним було б використання в цитованому приписі кримінального закону терміна «чинний», в результаті чого і з урахуванням інших необхідних змін ч. 2 ст. 4 КК України могла би бути викладена, наприклад, у такій редакції: «Злочинність діяння та кримінальна відповідальність за нього визначаються кримінальним законом, чинним на час вчинення цього діяння». Крім того, має бути уточнена термінологія і в назвах: Стаття 6. «Чинність закону про кримінальну відповідальність щодо злочинів, вчинених на території України», Стаття 7. «Чинність закону про кримінальну відповідальність щодо злочинів, вчинених громадянами України або особами без громадянства за межами України» та Стаття 8. «Чинність закону про кримінальну відповідальність щодо злочинів, вчинених іноземцем або особою без громадянства за межами України» КК України.

Зрозуміло, що в цих статтях йдеться не про часові рамки існування кримінального закону, а про можливість його застосування до злочинів, вчинених у певному місці (на території України чи за її межами), тобто про можливість дії кримінального закону у правовідносинах, породжених юридичним фактом, що мав місце на певній території. Саме тому у назвах статей 6, 7 та 8 КК України термін «чинність» слід замінити терміном «дія», після чого вони з урахуванням інших необхідних змін могли б отримати, наприклад, такі назви: Стаття 6. «Дія кримінального закону щодо злочинів, вчинених на території України»; Стаття 7. «Дія кримінального закону щодо злочинів, вчинених громадянами України або особами без громадянства за межами України»; Стаття 8. «Дія кримінального закону щодо злочинів, вчинених іноземцем або особою без громадянства за межами України».

З огляду на викладене вище, безумовно не можна ототожнювати і терміни «дія» та «сила» закону, оскільки означувані ними поняття є різними за своїм змістом. Тому видається правильним послідовне використання законодавцем і в Конституції України, і в КК України терміна «зворотна дія» закону в часі. Проте, не можна підтримати тих криміналістів, які й після набуття чинності Конституцією України та КК України 2001 року і далі послуговуються терміном «зворотна сила» кримінального закону¹. Очевидно, що сила закону є різнопо-

¹ Див., наприклад: *Коржанський М. Й.* Кримінальне право і законодавство України. Частина Загальна: Курс лекцій.— К.: Атіка, 2001.— С. 93–95; Уголовный кодекс Украины: Комментарий / *А. П. Бабий, Т. А. Гончар, А. В. Загика* и др. Под ред. *Ю. А. Кармазина, Е. Л. Стрельцова.*— Х.: Одиссей, 2002 — С. 19–21 та ін.

рядковим явищем з його дією, а тому підміняти одне іншим неприпустимо.

Таким чином, викладене вище дозволяє дійти висновку, що чинність кримінального закону – це його темпоральна (часова) характеристика, яка полягає в об'єктивному існуванні кримінального закону як такого протягом певного часу, коли він має юридичну силу, тобто знаходиться на певному місці в ієрархії правових актів – від моменту набуття чинності і до моменту її втрати. Тому, для того, щоб встановити час чинності кримінального закону саме й слід визначити початковий та кінцевий моменти його існування: момент «народження» («появи») закону, тобто набуття ним чинності, та момент його «смерті» («зникнення»), тобто втрати ним чинності.

При цьому слід мати на увазі, що поява та зникнення кримінального закону, так би мовити, в чистому вигляді, тобто набуття чинності кримінальним законом, який повністю є новим, і одночасно втрата чинності всім попереднім кримінальним законом, є досить рідкісним явищем. Воно має місце тільки під час повного реформування кримінального закону, коли на зміну одному Кримінальному кодексу приходить інший. Саме в таких випадках можна говорити про те, що з'явився (набув чинності) один кримінальний закон і зник (втратив чинність) інший. Однак такі події трапляються рідко.

У переважній же більшості інших випадків, коли до КК вносяться зміни чи доповнення, говорити про набуття чи втрату чинності новим кримінальним законом можна лише з певною мірою умовності. Вище вже зазначалося, що закони про внесення змін або доповнень до КК України самостійного юридичного значення не мають, оскільки з моменту набуття ними чинності вони стають частиною форми і змісту самого КК. Тому такий закон, набувши чинності, власне і перестає бути окремим законом. У зв'язку з викладеним, більш точно у даному випадку можна було б говорити про набуття чинності новою редакцією КК (з урахуванням змін та доповнень, внесених до нього) і втрату чинності попередньою редакцією. Проте, оскільки Конституція України та КК України регулюють порядок набуття чинності саме законом, а не новою його редакцією, а зміни та доповнення до КК України, хоч і не є окремими кримінальними законами, однак вносяться саме законами, надалі автор буде користуватися термінами «набуття чинності» і «втрата чинності» кримінальним законом, а не певною його редакцією, усвідомлюючи при цьому зазначені вище особливості даних законів, які роблять використання таких термінів до певної міри умовним.

2.2. Набуття чинності кримінальним законом

Кримінальний закон починає своє існування з моменту набуття ним чинності¹, яке в правознавчій літературі називається завершальною стадією законодавчого процесу², що відбувається поза Парламентом і здійснюється Президентом України³. Відповідно до ч. 2 ст. 94 КК України, Президент України, отримавши від Голови Верховної Ради України прийнятий Парламентом закон, «протягом п'ятнадцяти днів після отримання закону підписує його, бручи до виконання, та офіційно оприлюднює його...». Відповідно до ч. 5 цієї ж статті «закон набирає чинності через десять днів з дня його офіційного оприлюднення, якщо інше не передбачено самим законом, але не раніше дня його опублікування». Останній припис фактично повторений законодавцем у ч. 1 ст. 4 КК України стосовно порядку набуття чинності кримінальними законами. В ній встановлюється: «Закон про кримінальну відповідальність набирає чинності через десять днів з дня його офіційного оприлюднення, якщо інше не передбачено самим законом, але не раніше дня його опублікування».

Таким чином, відповідно до положень Конституції України та КК України, для того, щоб кримінальний закон набув чинності, мусить мати місце сукупність двох обставин. По-перше, такий закон має бути офіційно оприлюднений, по-друге, з моменту офіційного оприлюднення має сплинути певний строк, визначений Конституцією України

¹ Конституція України в одних випадках говорить про «набрання чинності» (ч. 5 ст. 94), в інших – про «набуття чинності» (ст. 160). Конституційний суд України в одному із своїх рішень зазначив, що «словосполучення «набуває чинності» у статті 160 і словосполучення «набирає чинності» у частині п'ятій статті 94 Конституції України мають синонімічні значення» (Див.: У справі за конституційним зверненням Барабаша Олександра Леонідовича щодо офіційного тлумачення частини п'ятої статті 94 та статті 160 Конституції України (справа про набуття чинності Конституцією України): Рішення Конституційного Суду від 3 жовтня 1997 року // Офіційний вісник України.– 1997 – № 42 – С. 59–62). У зв'язку з цим, названі терміни використовуються мною як рівнозначні.

Див.: Опубликование нормативных актов / С. В. Боголюбов, М. Н. Николаева, А. С. Пиголкин, Р. М. Романов. Под ред. А. С. Пиголкина – М.: Юридическая литература, 1978 – С. 7.

Див.: Воронов Н. П. Вопросы законодательной деятельности Верховного Совета Украины. / Правовое регулирование государственного строительства в Украине и проблемы совершенствования законодательства: Крат. тез. докл. и сообщ. межрегионал. научн. конф. молод. ученых и соискателей -- Х.: Украинская юридическая академия, 1992 – С. 37–38.; Коментар до Конституції України / В. Б. Авер'янов, В. Ф. Бойко, В. І. Борденюк та ін.; Ред. кол.: В. Ф. Опришко (голова), М. Ф. Верменчук, Л. Є. Горьовий та ін. – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 1998 – С. 221.

або самим законом. Тільки за дотримання цих двох умов закон набуде чинності. І навпаки, у разі відсутності (порушення, недотримання) хоча б однієї з них, прийнятий Верховною Радою України закон не можна вважати чинним. Сказане зумовлює необхідність окремого дослідження кожної з двох обов'язкових умов набуття чинності кримінальним законом.

Отже, першою такою умовою є офіційне оприлюднення прийнятого Верховною Радою України закону, яке, відповідно до Конституції України, здійснюється Президентом України. Необхідність дотримання цієї умови набуття законами чинності є визначним досягненням розвинутих демократій. У сучасному розумінні вона з'явилася у період формування ліберально-демократичної парадигми права, яка протистояла середньовічним юридичним канонам, що допускали застосування невідомим суспільству законів¹. Її обстоювали і аргументували у своїх трудах визначні мислителі ще XVIII–XIX століть. Зокрема, Г. В. Ф. Гегель писав: «Право торкається свободи – найбільш достойного і найбільш священного в людині, і вона сама, оскільки воно для неї обов'язкове, повинна знати його»². Отже, робив він висновок, «зобов'язання кожного відносно закону містить у собі ... необхідність того, щоб закони були доведені до загального відома».

З огляду на те, що кримінальні закони встановлюють можливість найбільш суворого обмеження прав людини, а в сфері кримінального права протиріччя інтересів особи та держави набувають найбільшої гостроти, визначні юристи-гуманісти минулого часто спеціально акцентували на обов'язковості оприлюднення саме кримінальних законів. Так, на необхідність визначення злочинів та покарань лише відомими населенню законами неодноразово вказував Ш. Л. Монтеск'є⁴, а Е. Бентам прямо називав недійсним покарання, призначене хоча й на підставі закону, але такого, що належним чином не доведений до відома осіб, щодо яких він повинен діяти⁵.

¹ Наприклад, основним джерелом кримінального права Японії до 1868 року були «Сто законів 1742 року», укладачі яких керувалися конфуціанським принципом: «Народ не повинен знати законів, а лише підкорятися їм», поділяючи при цьому концепції давньокитайського права, відповідно до яких невідомість майбутнього покарання сильніше утримує від вчинення злочину, ніж точне знання певного покарання (Див.: *Пионтковский А. А. Уголовная политика Японии.* – М.: Советское законодательство, 1936. – С. 7).

² Гегель Г. В. Ф. *Философия права* – М.: Мысль, 1990 – С. 253.

³ Там само – С. 252.

⁴ Див.: *Монтескье Ш. О духе законов.* // *Монтескье Ш. Избранные произведения* – М.: Госюриздат, 1955 – С. 231, 233, 238, 318, 325.

Див.: *Бентамъ І. Избранныя сочинения. Томъ первый.* – СПб.: Издание «Русской книжной торговли», 1869 – С. 169.

Декларуючи свою відданість ідеалам права та демократії, і Конституція України встановлює, що закони повинні бути доведені до відома населення у встановленому законом порядку (ч. 2 ст. 57) і що не доведений до відома населення закон є нечинним (частина 3 тієї ж статті). Загальні положення про порядок оприлюднення законів України та набуття ними чинності сформульовані, як вже зазначалося, у ч. 4 ст. 94 Конституції України та ч. 1 ст. 4 КК України. Відповідно до обох названих правових приписів закон набирає чинності «через десять днів з дня його офіційного оприлюднення, якщо інше не передбачено самим законом, але не раніше дня його опублікування». Перше, що звертає на себе увагу в такій формулі, – це використання в ній двох різних, але подібних термінів: «оприлюднення» і «опублікування». Чи є вони тотожними між собою?

На думку А. З. Георгіци, – ні. Він вважає, що «оприлюднення закону означає офіційне доведення його до відома населення, яке може проводитися за допомогою різних засобів – шляхом опублікування, обнародування по телебаченню, радіо, передачі каналами зв'язку, безпосереднього направлення виконавцям та заінтересованим суб'єктам і т. п. Опублікування – це один із сучасних засобів оголошення закону, акт його офіціалізації і надання публічного характеру»¹. Близькою є позиція А. С. Піголкіна, який також вважає, що офіційне опублікування (разом з оголошенням по радіо та телеграфу, вивішуванням тексту закону в людних місцях) є однією з форм його оприлюднення (обнародування), яке, однак, є офіційним лише тоді, коли здійснюється у формі опублікування².

Діаметрально протилежну думку висловлював раніше І. Гришанин, зазначаючи, що новий закон набуває чинності лише після «його оприлюднення, тобто опублікування в офіційних органах»³.

Судження, відмінне від наведених вище, висловлює В. І. Борисов, який також вважає різницю між «оприлюдненням» та «опублікуванням» закону: оприлюднення «полягає в доведенні до відома громадян і державних органів від імені Президента України повного і точного тексту закону державною мовою шляхом його поміщення в офіційному виданні... В окремих випадках закон може бути оприлюднений через телебачення і радіо... Закони України можуть бути опубліковані

¹ Див.: Конституція України: Науково-практичний коментар / В. Б. Авер'янов, О. В. Батанов, Ю. В. Баулін та ін.; Ред. кол. В. Я. Тацій, Ю. П. Битяк, Ю. М. Грошевий та ін. – Х.: Право; К.: Ін Юре, 2003 – С. 448.

² Див.: Оpubлікованіе нормативных актов / С. В. Боголюбов, М. Н. Николаева, А. С. Пиголкин, Р. М. Романов. Под ред. А. С. Пиголкина – М.: Юридическая литература, 1978 – С. 13–15.

³ Гришанин И. Акт укрепления социалистической законности // Советская юстиция – 1958 – № 10 – С. 16.

і в інших виданнях, але лише після їх офіційного оприлюднення»¹. Таким чином, якщо, на думку А. З. Георгіци та А. С. Піголкіна, оприлюднення є категорією більш широкою і охоплює собою в тому числі й опублікування як один із видів оприлюднення, І. Гришанин вважав більш широкою категорією «опублікування» і його різновидом – «оприлюднення», то В. І. Борисов вважає, що «оприлюднення» і «опублікування» суть два самостійних явища: перше є офіційним, а друге – неофіційним.

На мій погляд, включення до ч. 4 ст. 94 Конституції України та ч. 1 ст. 4 КК України двох термінів – «оприлюднення» та «опублікування» закону – навряд чи є виправданим. Насамперед, очевидно, що вони є тотожними за змістом, адже «оприлюднення» – це український аналог латинізму «опублікування», який походить від латинського *publicare* – «1) зробити спільним набутком, надати всім, відкрити для всіх; 2) оголосити всенародно, обнародувати, опублікувати; випустити в світ, розголошувати», інакше кажучи, – довести до загального відома, до відома людей. Крім того, вони фактично розуміються як однозначні (синоніми) в чинному законодавстві.

Так, в Указі Президента України від 10 червня 1997 року «Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності»³, хоча спочатку і йдеться про офіційне оприлюднення та неофіційну публікацію (пункти 1, 2), проте далі містяться такі положення: «Громадяни, державні органи, підприємства, установи, організації під час здійснення своїх прав і обов'язків повинні застосовувати закони України ... опубліковані в офіційних друкованих виданнях» (пункт 3); «Нормативно-правові акти Верховної Ради України ... набирають чинності через десять днів з дня їх офіційного оприлюднення, якщо інше не передбачено самими актами, але не раніше дня їх опублікування в офіційному друкованому виданні» (пункт 4). Очевидно, в цьому Указі «офіційне оприлюднення» ототожнюється з «офіційним опублікуванням», а слово «опублікування», яке вживається в ч. 4 ст. 94 Конституції України та ч. 1 ст. 4 КК України, розуміється саме як офіційне опублікування.

Нарешті, якщо вдатися до історичного тлумачення поняття

¹ Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник для юрид. вузів і фак. / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін.; За ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація – К.–Х.: Юрінком-Інтер – Право, 2001 – С. 51.

² Див.: Лутвинов В. Д. Латинсько-український словник. – К.: Українські пропілеї, 1998. – С. 528.

³ Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності: Указ Президента України від 10 червня 1997 р. // Офіційний вісник України – 1997 – № 24 – С. 11.

«опублікування», то воно завжди розумілося як надрукування тексту закону в офіційному засобі масової інформації. Так, в п. 2 Указу Президії Верховної Ради Української РСР «Про порядок опублікування законів Української РСР, постанов та інших актів Верховної Ради Української РСР, указів і постанов Президії Верховної Ради Української РСР і набрання ними чинності»¹ встановлювалося, що «Законои Української РСР ... підлягають *опублікуванню* у «Відомостях Верховної Ради Української РСР», які видаються українською і російською мовами, та в газетах «Радянська Україна» і «Правда Украины»... *Опублікування* актів Верховної Ради Української РСР і Президії Верховної Ради Української РСР у «Відомостях Верховної Ради Української РСР» і в газетах «Радянська Україна» і «Правда Украины» є *офіційним опублікуванням*» (курсив мій – Ю. П.).

Так само розумілося дане поняття і після прийняття Конституції України. Так, в Указі Президента України «Про опублікування актів законодавства України в інформаційному бюлетені «Офіційний вісник України» встановлювалося, що «інформаційний бюлетень «Офіційний вісник України», який засновується і видається Міністерством юстиції України, є щотижневим офіційним виданням, у якому *публікуються* державною мовою: закони України...»² (курсив мій – Ю. П.). Як бачимо, в названих правових актах термін «опублікування» вживається в тому значенні, в якому тепер розуміється «оприлюднення». Саме тому, на мою думку, ці терміни у даному контексті слід розуміти як синоніми, хоча синонімія в нормативно-правових актах (тим паче в Конституції) є свідченням недосконалості законодавчої техніки.

Розрізнати ж належить лише офіційне і неофіційне оприлюднення (опублікування). Офіційне оприлюднення закону полягає у доведенні закону до загального відома уповноваженими на те органами державної влади. Від звичайного оприлюднення (чи публікації) закону офіційне відрізняється тим, що органи влади, які офіційно оприлюднюють закон, одночасно з цим засвідчують ідентичність опублікованого тексту тому текстові, який затверджений законодавцем. Саме тому, офіційне оприлюднення закону включає в себе два елементи: опри-

¹ Про порядок опублікування законів Української РСР, постанов та інших актів Верховної Ради Української РСР, указів і постанов Президії Верховної Ради Української РСР і набрання ними чинності: Указ Президії Верховної Ради Української РСР від 24 вересня 1958 року // Відомості Верховної Ради Української РСР – 1958 – № 9 – Ст. 101 (В редакції Указу Президії ВР № 680-10 від 6 серпня 1980 року // Відомості Верховної Ради Української РСР – 1980. – № 34. – Ст. 654).

² Про опублікування актів законодавства України в інформаційному бюлетені «Офіційний вісник України»: Указ Президента України від 13 грудня 1996 року // Урядовий кур'єр – 1996 – 19 грудня.

люднення його тексту та засвідчення того, що цей текст є офіційним публікатом оригінального тексту, прийнятого законодавцем і підписаного президентом, його точною копією¹. Натомість неофіційне оприлюднення (опублікування) – це будь-яке викладення змісту нового закону, яке має на меті ознайомлення з ним широких верств населення та конкретних заінтересованих осіб. Воно може мати бути здійснене як шляхом надрукування тексту закону в неофіційних засобах масової інформації, так і іншими способами. В. А. Туманов, наприклад, вважав неофіційним опублікуванням законів і публікацію в засобах масової інформації статей, що містять виклад змісту закону, і оголошення їх на публічних лекціях, і передачу по радіо тощо².

Заслуговує на увагу судження про необхідність виділення поряд з офіційним та неофіційним оприлюдненням закону також і напівофіційного (офіціозного). «Прикладом так званого офіціозного опублікування слід вважати опублікування Хронологічних і Систематичних збірників чинного законодавства, текстів законодавчих та урядових актів, вміщених у різного роду офіційних відомчих виданнях без уповноваження органу, що їх прийняв, офіційних текстів Кодексів з внесеними на певну дату змінами»³. Таке опублікування не є офіційним у буквальному значення цього слова, оскільки від нього не відраховується час, через який закон набуде чинності. Такі закони вже є чинними. Проте, таке опублікування має одну з ознак офіційного, а саме: доведення до відома населення повного і точного тексту закону.

Історії відомі різні способи офіційного оприлюднення законів: від вивішування їх текстів у людних місцях та оголошення глашатаями і до обнародування по телебаченню, радіо, передачі телеграфом, розіслання відповідним державним органам та громадським організаціям. Сьогодні в Україні, як і в більшості інших демократичних країн, закони офіційно оприлюднюються шляхом надрукування їх тексту в офіційних друкованих засобах масової інформації. Такий висновок впливає з Указу Президента України «Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності».

¹ Див.: Дябло В. Обнародование, его юридическая природа и организация в З. Европе и Союзе ССР // Советское право – 1925 – № 6 – С. 46; Опубликование нормативных актов / С. В. Боголюбов, М. Н. Николаева, А. С. Пиголкин, Р. М. Романов. Под ред. А. С. Пиголкина – М.: Юридическая литература, 1978. – С. 11.

² Див.: Туманов В. А. Вступление в силу норм советского права // Все-союзный институт юридических наук. Ученые записки. Вып. 7 – М.: Гос. изд-во юридической литературы, 1958. – С. 92.

³ Опубликование нормативных актов / С. В. Боголюбов, М. Н. Николаева, А. С. Пиголкин, Р. М. Романов. Под ред. А. С. Пиголкина – М.: Юридическая литература, 1978 – С. 24.

Відповідно до п. 1 названого Указу, «законои України ... не пізніш як у п'ятнадцятиденний строк після їх прийняття у встановленому порядку і підписання підлягають оприлюдненню державною мовою в офіційних друкованих виданнях».

При цьому слід зазначити, що саме визначення переліку засобів масової інформації, надрукування закону в яких є його офіційним опублікуванням (офіційних друкованих видань), наразі є вкрай заплутаним. Традиційно основним нормативно-правовим актом, яким визначається цей перелік, вважається згаданий вище Указ Президента України «Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності» (зі змінами, внесеними Указами Президента України від 4 грудня 1997 року, 10 листопада 1998 року, 8 квітня 2004 року та 28 травня 2004 року), в ст. 1 якого визначається, що офіційними друкованими виданнями, в яких здійснюється офіційне оприлюднення законів, є: «Офіційний вісник України», «Відомості Верховної Ради України», а також газети «Голос України», «Президентський вісник» та «Урядовий кур'єр». Таким чином, цим Указом передбачено п'ять офіційних друкованих видань. Водночас ст. 6.10.3 нині чинного Регламенту Верховної Ради України¹ передбачає, що офіційними є лише публікації закону українською і російською мовами у «Відомостях Верховної Ради України» та газеті «Голос України».

Нарешті, відповідно до статті 22 Закону України «Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації», «Законои України, постанови Верховної Ради України, укази та розпорядження Президента України, постанови та розпорядження Кабінету Міністрів України, постанови Верховного Суду України та Конституційного Суду України, рішення органів місцевого самоврядування, інші нормативно-правові акти публікуються в офіційних виданнях (відомостях, бюлетенях, збірниках, інформаційних листках тощо) та друкованих засобах масової інформації *відповідних органів державної влади та органів місцевого самоврядування*» (курсив мій – Ю. П.). Відомо, що Верховна Рада України, яка є єдиним законодавчим органом, виступає засновником таких друкованих засобів масової інформації, як газета «Голос України» та журнали «Відомості Верховної Ради

¹ Регламент Верховної Ради України від 27 липня 1994 р. // Відомості Верховної Ради України – 1994 – № 35 – Ст. 338.

² Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації: Закон України від 23 вересня 1997 року // Відомості Верховної Ради України – 1997. – № 49. – Ст. 299.

України» та «Віче», і саме їх іноді пропонують вважати єдиними джерелами офіційного опублікування законів¹.

Отож, маємо на сьогодні три нормативно-правових акти, що порізно визначають коло засобів масової інформації, опублікування законів у яких є офіційним оприлюдненням: Закону України, Регламенту Верховної Ради України та Указу Президента України. У зв'язку з цим виникає питання: якому ж із названих нормативно-правових актів має бути надана перевага?

У преамбулі згаданого Указу Президент посилається на ст. 57, частини другу та п'яту ст. 94, частину другу ст. 102 Конституції України як на конституційні підстави його видання. Відповідно до ч. 2 ст. 102 Конституції України, Президент є гарантом додержання Конституції, прав і свобод людини і громадянина. Справді, визначення переліку офіційних засобів масової інформації є складовою гарантування прав та свобод людини і громадянина, оскільки оприлюднення закону є запорукою того, що особа ознайомиться з можливими обмеженнями своїх прав та свобод, які передбачені цим законом. Однак відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 92 Конституції України визначення гарантій прав та свобод людини і громадянина належить до кола питань, які регулюються виключно законами. Більш того, ч. 2 ст. 57 Конституції України (на яку міститься посилання в преамбулі Указу!) прямо встановлює, що «закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, мають бути доведені до відома населення у порядку, встановленому законом». Тобто визначення порядку доведення законів до відома населення належить до прерогатив Верховної Ради України як єдиного законодавчого органу в країні. Президент України нормотворчих повноважень у цій галузі не має². Тому конституційним було б визначення кола джерел офіційного опублікування законів саме в Законі, а не в Указі Президента.

На думку деяких, силу закону має чинний Регламент Верховної Ради України³. Так, Конституція України містить посилання на Закон про Регламент Верховної Ради України (ч. 5 ст. 82), та й у самому Регламенті сказано, що він має силу закону (ст. 1.0.2.). Проте, чинний Регламент, як відомо, був затверджений постановою Верховної Ради

¹ Див., наприклад: *Демський С.* Когда начинает действовать закон? // *Голос Украины* – 2002 - № 206 (7 ноября) – С. 5.

² Див.: *Серьогіна С. Г.* Питання нормотворчої діяльності Президента України // *Проблеми законності.* Вип. 37: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. *В. Я. Тацій* – Х.: Нац. юрид. акад. України, 1999 – С. 64, 65.

³ Див., наприклад: *ПоGREБНЯК С. П.* О порядке вступления в силу законов // *Актуальные проблемы юридической науки: Тезисы доп. та наук. повідомлень наук. конф. молодих учених та аспірантів / За ред. М. І. Панова* - Х.: Нац. юрид. акад. України, 2000 – С. 9.

Україні¹ ще за чинності Конституції України 1978 року і всі подальші зміни до нього (в тому числі, й після прийняття Конституції України 1996 р.) вносилися лише постановами Верховної Ради України, тоді як закон може бути змінений лише іншим законом. Таким чином, на мій погляд, немає підстав стверджувати, що Регламент Верховної Ради України на сьогодні є законом. Отже, не можна робити висновку і про те, що визначене ним коло джерел офіційного оприлюднення законів є єдино відповідним Конституції.

Таким чином, викладене приводить до висновку, що визначення кола засобів масової інформації, в яких можуть офіційно оприлюднюватися закони, має здійснюватися на підставі ст. 22 Закону України «Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації», яка чомусь мало береться до уваги в даному аспекті. А втім, саме в цій статті міститься припис, який формально повністю відповідає ч. 2 ст. 57 Конституції України. Проте не можна погодитися з С. Демським у тому, що відповідно до названого Закону засобами масової інформації, в яких може здійснюватися офіційне оприлюднення законів, мають вважатися виключно газета «Голос України» та журнал «Відомості Верховної Ради України»². Адже в ст. 22 названого Закону встановлюється, що закони України публікуються не тільки в друкованих засобах масової інформації відповідного органу державної влади (Верховної Ради України), а й в офіційних виданнях (відомостях, бюлетенях, збірниках, інформаційних листках тощо). Очевидно, що під останніми слід розуміти такі офіційні видання, засновником яких не є відповідний орган влади. До таких має бути віднесений, зокрема, журнал «Офіційний вісник України», який є щотижневим інформаційним бюлетенем, що заснований і видається Міністерством юстиції України. Більш спірним є віднесення до офіційних видань, згідно зі ст. 22 названого Закону, заснованої Кабінетом Міністрів України газети «Урядовий кур'єр», а також газети «Президентський вісник», які важко назвати відомостями, бюлетенем, збірником, інформаційним листком чи тому подібними виданнями.

Водночас, ви здається недоцільним абсолютизувати названий Закон як такий, що визначає порядок офіційного оприлюднення законів.

¹ Про порядок введення в дію Регламенту Верховної Ради України: Постанова Верховної Ради України від 27 липня 1994 року // Відомості Верховної Ради України – 1994 № 35 – Ст. 339.

² Очевидно, що в силу ст. 22 Закону України «Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації» немає підстав не визнавати офіційним опублікуванням і можливу публікацію закону в журналі «Віче», однак дане видання, як відомо, є науково-публіцистичним і не здійснює публікації законів.

Чому? По-перше, названий Закон не визначає окремих положень, які стосуються порядку опублікування законів і які містяться у згаданому Указі Президента. Зокрема, це правила визначення пріоритетності офіційної публікації над неофіційною, визначення моменту набуття законом чинності при неодноточасному офіційному опублікуванні у різних джерелах тощо. По-друге, якщо формально стати на позицію названого Закону, то доведеться заперечувати офіційність публікацій законів в «Урядовому кур'єрі», що навряд чи буде практично доцільним. Ця газета вважається офіційними джерелом оприлюднення законів практично за загальним визнанням і органів державної влади, і окремих юристів – практиків та науковців України – і користується у них високим авторитетом.

Тому вихід із вкрай суперечливої ситуації з визначенням кола офіційних друкованих видань вбачається у тому, що слід, очевидно, погодитися з тим, що до моменту прямого законодавчого врегулювання порядку набуття законами чинності визначення переліку офіційних джерел їх опублікування має здійснюватися на підставі Закону України «Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації», із урахуванням Указу Президента України «Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності».

Таким чином, джерелами офіційного оприлюднення законів слід визнати газети «Голос України», «Урядовий кур'єр» та «Президентський вісник», журнали «Офіційний вісник України» та «Відомості Верховної Ради України». Саме з моменту оприлюднення тексту Закону у цих виданнях і повинен вираховуватися строк, що має пройти до моменту набуття ними чинності. Що ж до проблемної ситуації, яка склалася з цього питання, то вона, відповідно до ч. 2 ст. 57 Конституції України, має бути чітко вирішена Верховною Радою України або в Законі України «Про закони та законодавчу діяльність», або в окремому законі про порядок опублікування законів України та набуття ними чинності.

Чинні на сьогодні нормативно-правові акти, які визначають порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набуття ними чинності, допускають здійснення такого оприлюднення не лише шляхом надрукування їх тексту в офіційному друкованому виданні, а й у інший спосіб. Мається на увазі ч. 3 ст. 1 Указу Президента України «Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності», відповідно до якого «акти Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України можуть бути в окремих випадках офіційно оприлюднені через телебачення і радіо». Таким чином, допускається можливість в окремих

випадках (невідомо, до речі, в яких) довести зміст нового закону до відома населення через телебачення чи радіо. При цьому жодних інших положень, які б визначали порядок здійснення офіційного оприлюднення закону в такий спосіб, ні названий Указ, ні інші акти законодавства не містять. Не встановлюється, зокрема, на яких телевізійних та радіоканалах може здійснюватися таке оприлюднення (це повинні бути загальнодержавні чи місцеві канали?), якими мають бути час, кількість та періодичність трансляцій тощо. Невизначеним є і спосіб оприлюднення законів через телебачення і радіо. І якщо стосовно оприлюднення по радіо ще можна здогадатися, що воно здійснюватиметься шляхом зачитування тексту закону диктором (чи самим Президентом України? Адже відповідно до ч. 2 ст. 94 КК України саме він офіційно оприлюднює закони)¹, то стосовно оприлюднення по телебаченню можливі різні варіанти. Воно може бути здійснене і шляхом зачитування тексту, і шляхом показування сторінок закону, і розміщенням у системі «Телетекст» та й навіть «рядком, що біжить» під час демонстрації художнього фільму чи розважальної програми. І, очевидно, жоден з названих способів формально не суперечитиме Указу Президента. Зрозуміло, що в таких випадках можливість населення ознайомитися з новим законом буде значно ускладнена. А ще більше ускладненою буде можливість зрозуміти його. Адже сприйняття закону на слух, на відміну від прочитання надрукованого тексту, не дозволяє багаторазово знайомитися з текстом, повертатися до потрібних положень, порівнювати їх, сприймати загальну структура закону, зіставляти його з іншими актами законодавства тощо².

Нарешті, допускаючи можливість оприлюднення законів через телебачення та радіо, Указ Президента не визначає, яким чином має практично застосовуватися оприлюднений у такий спосіб Закон до його опублікування шляхом надрукування в офіційних друкованих виданнях. Адже у ст. 3 названого Указу встановлено: «Громадяни, державні органи, підприємства, установи, організації під час здійснення своїх прав і обов'язків повинні застосовувати закони України, інші акти Верховної Ради України, акти Президента України і Кабінету Міністрів України, опубліковані в офіційних друкованих виданнях або одержані у встановленому порядку від органу, який їх видав». То як же суддя має «підшити до справи» слово, почуте ним від диктора

¹ Не хочеться вірити в те, що оприлюднення закону по радіо може бути здійснено не шляхом зачитування його тексту, а з використанням певної умовної знакової системи, наприклад такої, як азбука Морзе. Хоча такий спосіб оприлюднення Закону по радіо формально не суперечить Указу Президента.

² Див.: Опубликование нормативных актов / С. В. Боголюбов, М. Н. Николаева, А. С. Пиголкин, Р. М. Романов. Под ред. А. С. Пиголкина. – М.: Юридическая литература, 1978 – С. 15, 28.

телебачення чи радіо? І чи можна вважати правовою державу, в якій населення повинно узгоджувати свою поведінку із законами, опублікованими по радіо чи телебаченню, а органи державної влади не можуть керуватися в своїй діяльності такими законами?

З огляду на викладене, а також беручи до уваги ст. 22 Закону України «Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації», яка недвозначно встановлює, що «Закони України ... публікуються в офіційних виданнях (відомостях, бюлетенях, збірниках, інформаційних листках тощо) та друкованих засобах масової інформації відповідних органів державної влади та органів місцевого самоврядування» і не передбачає можливості оприлюднення законів через телебачення чи радіо, видається, що ці способи не повинні застосовуватися. До того ж питання про конституційність Указу Президента «Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності» залишається відкритим.

Таким чином, слід зробити висновок: офіційне оприлюднення закону як перша з двох умов, за яких закон набуває чинності, полягає в надрукуванні від імені Президента України повного і точного його тексту в офіційному друкованому засобі масової інформації, до яких наразі належать газети «Голос України», «Урядовий кур'єр» та «Президентський вісник», а також журнали «Відомості Верховної Ради України» та «Офіційний вісник України». Отже, в Україні сьогодні існує відразу 5 друкованих засоби масової інформації, в яких можуть офіційно оприлюднюватися закони. Це відрізняє нашу державу від деяких зарубіжних, в яких закони можуть офіційно публікуватися лише в одному виданні. Наприклад, відповідно до ст. 108 Конституції Естонської Республіки, «Закон набуває чинності на десятий день після опублікування у «Відомостях Естонської Республіки»¹.

На мій погляд, вітчизняна поліджерельність офіційного опублікування законів не є позитивом. Адже неминучим її наслідком є те, що в різних офіційних засобах масової інформації закони публікуються в різні дні. Це, перш за все, змушує заінтересованих осіб відстежувати одночасно чотири видання, що не кожен може здійснювати як фізично, так і з точки зору фінансової. Якщо ж певна особа цілком резонно розраховує на те, що, передплачуючи одне офіційне видання, вона буде отримувати тексти нових законів до набуття ними чинності і при цьому зможе визначити момент набуття законом чинності від дня

¹ Див.: Конституція Естонської Республіки: Прийнята на референдумі 28 червня 1992 року // Конституції нових держав Європи та Азії / Упоряд. С. Головатий – К.: Українська правнича Фундація. Вид-во «Право», 1996 – С. 27.

його опублікування саме в цьому виданні, вона за певних умов може виявитися ошуканою. Наприклад, передплатники «Голосу України» отримали текст Закону України від 22 травня 2003 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо правової охорони інтелектуальної власності», яким були викладені в новій редакції статті 176, 177 та 229 КК України, лише в № 120 від 2 липня 2003 року. На цю дату вказаний закон був вже цілий тиждень чинним, оскільки набув чинності з дня опублікування в «Урядовому кур'єрі» № 115 від 25 червня того ж року. Що ж стосується «Відомостей Верховної Ради України», та «Офіційного вісника України» то вони, як правило, друкують нові закони через декілька тижнів, а то й місяців від дня їх опублікування в «Голосі України» та «Урядовому кур'єрі».

Таким чином, ті передплатники, які «вгадали» видання, що першим опублікує новий закон, матимуть невиправдані привілеї порівняно з іншими. Крім того, особа яка отримала текст закону в офіційному друкованому виданні, що опублікувало його пізніше за інші, може цілком виправдано помилятися у визначенні моменту набуття таким законом чинності, а отже, й у визначенні злочинності або караності своїх дій чи дій інших осіб. Це, безперечно, значно ускладнить практику застосування кримінального закону. Більш того, деякі офіційні засоби масової інформації взагалі не публікують нові кримінальні закони, тим самим позбавляючи своїх передплатників їхнього права на своєчасне (до набуття чинності) отримання офіційного тексту нового закону. Найяскравіший тому приклад: неопублікування в «Урядовому кур'єрі» нового КК України 2001 року.

У зв'язку з викладеним, видається за необхідне в найближчому майбутньому скоротити коло джерел офіційного опублікування нових законів. Подібна пропозиція обговорювалася і знаходила підтримку в юридичній літературі ще в тридцять роки ХХ століття¹ і досі залишається актуальною. Нові закони, гадаємо, мають офіційно оприлюднюватися в одній газеті чи одному журналі. Максимум таких джерел має бути два (газета і журнал), причому вони мали б або одночасно публікувати нові закони, або слід було б закріпити правило при різночасному опублікуванні перше завжди здійснюється в якомусь одному з цих джерел, наприклад, – у газеті.

¹ Див., наприклад: *Кобяков*. Необходимо объединить и упорядочить опубликование законов и урегулировать издание ведомственных актов // Советская юстиция – 1930 – № 24–25 – С. 31–32; *Мантэк*. Объединить опубликование законов и ведомственных актов // Советская юстиция – 1930 – № 34 – С. 14; *Захаров В.* Объединить опубликование законов и ведомственных актов // Советская юстиция – 1930 – № 34 – С. 14–15; *Волков И.* Необходимо изменить порядок опубликования законов и издания ведомственных актов // Советская юстиция – 1930 – № 35–36 – С. 8–10.

Проте, такі міркування поки що залишаються виключно *de lege ferenda*. *De lege lata*, в Україні друкованими засобами масової інформації, в яких можуть офіційно оприлюднюватися закони, є газети «Голос України», «Урядовий кур'єр» «Президентський вісник», а також журнали «Відомості Верховної Ради України» та «Офіційний вісник України». Офіційне оприлюднення кримінального закону в цих засобах масової інформації є першою з двох умов, за яких такий закон набуває чинності.

Другою умовою, яка необхідна для набуття законом чинності, є вплив визначеного Конституцією України чи самим законом строку після його офіційного оприлюднення. Адже очевидно, що в сам момент опублікування закону переважна більшість населення не в змозі знати його зміст і узгодити з ним свою поведінку. Саме для цього й потрібен певний проміжок часу, впродовж якого у особи має з'явитися хоча б мінімальна можливість отримати текст закону і ознайомитися з ним¹. У зв'язку з цим ч. 5 ст. 94 Конституції України встановлює, що «закон набирає чинності через десять днів з дня його офіційного оприлюднення, якщо інше не передбачено самим законом, але не раніше дня його опублікування». Про це ж йдеться і в ч. 1 ст. 4 КК України, відповідно до якої «закон про кримінальну відповідальність набирає чинності через десять днів з дня його офіційного оприлюднення, якщо інше не передбачено самим законом, але не раніше дня його опублікування».

Таким чином, Конституцією України і КК України допускається два варіанти визначення строку, який має сплинути від офіційного оприлюднення закону до набуття ним чинності. Перший варіант – це ординарний (конституційний) порядок, коли закон набуває чинності через десять днів з дня його офіційного оприлюднення. Другий варіант – це екстраординарний (законний) порядок, коли закон набуває чинності не через десять днів з дня його офіційного оприлюднення, а з іншого моменту, визначеного цим же законом. При цьому Конституція України встановлює, а КК України повторює, що конституційний порядок застосовується тоді, коли законом не визначено інше, тобто за відсутності законного порядку.

Таке надання переваги законному порядку над конституційним спричинило визначення в Конституції України певних його рамок. Встановлюється, зокрема, що при законному визначенні моменту набуття законом чинності цей момент не може бути в часі раніше за день опублікування закону.

¹ Див.: *Туманов В. А.* Вступление в силу норм советского права // Все-союзный институт юридических наук. Ученые записки. Вып. 7 – М.: Гос. изд-во юридической литературы, 1958 – С. 111.

В ординарному (конституційному) порядку закон набуває чинності через десять днів з дня його офіційного оприлюднення. Очевидно, що днем оприлюднення закону має вважатися той день, який вказаний у вихідних даних офіційного засобу масової інформації, тобто календарне число, яким датовані відповідні газета чи журнал. При цьому існуюча в Україні множинність джерел офіційного опублікування законів призвела до того, що один і той же закон у різних виданнях публікується в різні дні. Це, в свою чергу, ставить питання про те, від якої саме офіційної публікації має здійснюватися вирахування строку, що має сплинути до набуття законом чинності? Підхід до розв'язання цього питання закладено в пункті 6 Указу Президента України «Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності», де встановлюється: якщо нормативно-правовий акт оприлюднено у газеті «Урядовий кур'єр» раніше, ніж у «Офіційному віснику України» та «Відомостях Верховної Ради України», строк, що повинен сплинути до моменту набуття ним чинності, вираховується з дня публікації в «Урядовому кур'єрі»¹.

Це правило, цілком слушне за своїм змістом, очевидно, має бути сформульоване ширше: строк, який має сплинути для набуття Законом чинності, має вираховуватися з дня його першого офіційного оприлюднення, у якому б джерелі воно не мало місце. Саме так, на мій погляд, і повинне бути закріплене дане правило, у відповідному законі, який врегулює порядок офіційного опублікування законів та набуття ними чинності (природно, за умови збереження поліджерельності офіційного оприлюднення закону).

Отже, після першого офіційного оприлюднення має сплинути десять днів для того, щоб новий закон відповідно до Конституції України набув чинності. Конституційний суд України в абзаці 6 пункту 3

¹ Слід, однак зазначити, що практиці відомі випадки, коли момент набуття законом чинності визначався виходячи з дня не першого його офіційного оприлюднення, а наступного. Так, Міністерство юстиції України листом № 27-5/892 від 9 липня 2001 року до редакції газети «Урядовий кур'єр» пропонувало подати в газеті роз'яснення, що днем опублікування Закону України від 5 квітня 2001 року «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо відповідальності за порушення правил дорожнього руху» слід вважати не той день, коли він був опублікований в цій газеті (5 травня 2001 року), а день, коли він був опублікований в «Офіційному віснику України» (18 травня 2001 року). Таке роз'яснення і було опубліковане (Див.: Урядовий кур'єр – 2001 – № 126 (18 липня)). Навряд чи таке роз'яснення є законним і обґрунтованим, навіть з огляду на те, що воно було дане з метою уникнення суперечностей між двома законами, що одночасно вносили зміни до однієї й тієї ж статті Кодексу України про адміністративні правопорушення.

мотивувальної частини Рішення у справі за конституційним поданням Президента України щодо офіційного тлумачення частин другої і третьої статті 84 та частин другої і четвертої статті 94 Конституції України (справа щодо порядку голосування та повторного розгляду законів Верховною Радою України) дійшов висновку, що «термін «дні», якщо він вживається у ... правових актах без застережень, означає лише календарні дні. Саме в такому значенні цей термін вживається і в тексті Конституції України, зокрема у статті 94»¹.

Отже, щоб встановити момент набуття кримінальним законом чинності в конституційному порядку, слід від дати його першої офіційної публікації відлічити десять календарних днів. Однак відомо, що ні в конституційному законодавстві, ні в КК України не міститься жодних положень щодо порядку обчислення тих чи інших строків, зокрема строків, які мають сплинути до моменту набуття законом чинності. Тому видається за можливе звернення для цього до процесуального законодавства, в якому регулюється порядок обчислення процесуальних строків, і застосування відповідних його положень за аналогією для обчислення строків, які мають сплинути до набуття законом чинності. Тим паче, що таке звернення вже мало місце в судовій практиці для встановлення моменту досягнення особою віку, з якого вона може підлягати кримінальній відповідальності. Мається на увазі те, що при проведенні узагальнення судової практики у справах про злочини неповнолітніх і втягнення їх у злочинну діяльність Судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України та Управління узагальнення судової практики та аналітичної роботи з питань застосування законодавства Верховного Суду України підтримали сформульовану раніше в практиці Верховного Суду СРСР

¹ У справі за конституційним поданням Президента України щодо офіційного тлумачення частин другої і третьої ст. 84 та частин другої і четвертої ст. 94 Конституції України (справа щодо порядку голосування та повторного розгляду законів Верховною Радою України): Рішення Конституційного Суду України від 7 липня 1998 року // Офіційний вісник України – 1998 – № 27 – Ст. 1009.

² Див., наприклад: Дело Киселева. Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 24 марта 1959 г. // Сборник постановлений Пленума и определенной коллегий Верховного Суда СССР по уголовным делам 1959–1971 гг. / Под ред. Г. З. Анашкова – М.: Юридическая литература, 1973 – С. 42–44; О практике применения судами законодательства по делам о преступлениях несовершеннолетних и о вовлечении их в преступную и иную антиобщественную деятельность: Постановление Пленума Верховного Суда СССР № 18 от 3 декабря 1976 года. // Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР (1924–1977 гг.) Часть 2 / Сост.: Е. А. Смоленцев (глав. ред.), Л. Г. Алексеева, С. Г. Банников и др. – М.: Известия советов народных депутатов СССР, 1978 – С. 297–310 (пункт 6 Постановления).

на підставі положень кримінально-процесуального законодавства про обчислення процесуальних строків тезу про те, що «особа вважається такою, яка досягла певного віку, починаючи з наступної доби після дня народження»¹.

Відповідно до частини 3 статті 87 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України), «коли строки визначаються днями, то їх обчислюють з дня, наступного після того дня, з якого починається строк». Частина 4 цієї ж статті встановлює, що «останній день строку триває до 24 години...» Аналогічні положення містяться і в ст. 89 КПК України, відповідно до частини 1 якої «при обчисленні строків не беруться до уваги той день і та година, від яких починається строк», а частина 2 встановлює, що «при обчисленні строку добами строк закінчується о 24 годині останньої доби». При цьому, щоправда, і в ЦПК України, і в КПК України міститься застереження: якщо закінчення строку припадає на неробочий день, то останнім днем строку вважається наступний робочий день.

Проте, гадаю, що для цілей визначення моменту набуття законом чинності таке положення не може бути застосоване. Конституційний Суд України, як зазначалося вище, слушно роз'яснює, що термін «дні» у законі означає календарні дні (будь-які: і робочі, і неробочі), якщо тільки інше спеціально не застережено. Стосовно строків, які мають сплинути від дня опублікування закону до набуття ним чинності, на відміну від процесуальних строків, не застережено, що останній день цього строку має бути саме робочим. У зв'язку з цим, закон може набутти чинності і в неробочий день, якщо в цей день закінчується встановлений Конституцією України десятиденний строк.

Таким чином, при ординарному (конституційному) порядку набуття кримінальним законом чинності, він набуває її о 24-й годині останнього (десятого) дня після дня його опублікування. Іншими словами, він набуває чинності в 0 годин одинадцятого дня після дня його опублікування. Такий висновок, крім того, що він зумовлений застосуванням за аналогією положень процесуального законодавства про обчислення процесуальних строків, підтверджується і догматичним тлумаченням ч. 5 ст. 95 Конституції України та ч. 1 ст. 4 КК України. Адже в них зазначається, що закон набуває чинності через десять днів (точніше було б сказати, – діб) від дня його офіційного оприлюднення, тобто очевидно, що десятий день (точніше, – доба), який настане після дня оприлюднення закону, має закінчитися повністю. При цьому

¹ Судова практика у справах про злочини неповнолітніх і втягнення їх у злочинну діяльність // 3 Інтернет-сайту Верховного Суду України: <http://www.scont.gov.ua>

першим днем з дня опублікування закону є день, наступний за тим, який вказаний на офіційному друкованому засобі масової інформації, де вперше був опублікований закон.

Такий порядок встановлення моменту набуття законом чинності мав би у майбутньому отримати законодавче закріплення, наприклад, у Законі України «Про закони і законодавчу діяльність». Тим паче, що позитивний іноземний досвід у цьому плані є. Так, Законом Народної Республіки Болгарія від 29 березня 1973 року «Про нормативні акти» було прямо передбачено, що строк, який має сплинути до моменту набуття законом чинності, закінчується о 24-й годині останнього дня¹. Положення подібного змісту може міститися і в українському законодавстві.

Із чотирнадцяти законів, якими за станом на 1 червня 2004 року вносилися зміни до КК України 2001 року, жоден не набував чинності в ординарному (конституційному) порядку. Останнім із законів, якими вносилися зміни до КК України 1960 року і який набув чинності в ординарному порядку, був Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону України «Про внесення змін і доповнень до Кодексу про шлюб та сім'ю України»². Він був опублікований у «Голосі України» 17 квітня, в «Урядовому кур'єрі» 18 квітня, в «Офіційному віснику України» 30 квітня, а у «Відомостях Верховної Ради України» 16 вересня 1998 року. Отже, рахуючи від першої офіційної публікації, цей закон набув чинності о 24-й годині 00 хвилин 27 квітня (або в 0 годин 00 хвилин 28 квітня) 1998 року. Саме в цей момент закінчився десятий день після першого офіційного оприлюднення цього закону.

Більш поширеним є екстраординарний (законний) порядок набуття кримінальним законом чинності, коли такий закон набуває її не через десять днів з дня його офіційного оприлюднення, а з іншого моменту, ним же і визначеного. Саме в такому порядку набували чинності не тільки всі закони про внесення змін до КК України 2001 року (за станом на 1 січня 2004 року), а й більшість законів про внесення змін до КК України 1960 року, прийнятих в останні роки його чинності. При цьому практика законодавствування свідчить про те, що при екстраординарному порядку набуття законом чинності

¹ Див.: Законодательство зарубежных стран. Обзорная информация. Вып. 111. Опубликование нормативных актов в европейских социалистических странах и формы их систематизации (ВНР, ГДР, НРБ, ПНР, СРР, ЧССР) / Сост.: А. С. Пиголкин, М. Н. Николаева. М.: ВНИИ СЗ, 1976 - С. 21.

² Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону України «Про внесення змін і доповнень до Кодексу про шлюб та сім'ю України»: Закон України від 24 березня 1998 року // Відомості Верховної Ради України 1998 - № 35 - Ст. 241.

визначення моменту, з якого він є чинним, може здійснюватися чотирма способами. По-перше, законодавець може встановити інший, більш тривалий, ніж при ординарному порядку, строк, який має сплинути від дня офіційного оприлюднення закону до дня набуття ним чинності. В принципі, можливе встановлення і строку, меншого за десять днів, проте стосовно набуття чинності кримінальним законом український законодавець ніколи не користувався таким способом. По-друге, законодавець може визначити конкретний день (календарну дату), з якого закон набуде чинності. По-третє, законодавець може пов'язати набуття чинності кримінальним законом з певною подією, яка, на його думку, неминуче має настати у майбутньому. Нарешті, по-четверте, законодавець може встановити, що закон набуває чинності з дня його опублікування. Таким чином, екстраординарний (законний) спосіб набуття кримінальним законом чинності може мати чотири названих різновиди.

Отже, першим його різновидом є визначення більш тривалого, ніж десять днів, строку, який має сплинути від дня офіційного оприлюднення закону до дня набуття ним чинності. У такий спосіб набував чинності, наприклад, Закон України «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування»¹, яким КК України був доповнений статтею 203¹. Відповідно до частини 1 статті 10 названого Закону він набув чинності через шістьдесят календарних днів з дня опублікування. Офіційно ж опублікований він був в «Урядовому кур'єрі» 20 лютого, в «Офіційному віснику України» 1 березня, в «Голосі України» 2 березня, а у «Відомостях Верховної Ради України» 26 квітня 2002 року. Таким чином, рахуючи від дня його першого офіційного оприлюднення, шістьдесятий день закінчився о 24 годині 00 хвилин 21 квітня 2002 року. З цього моменту (інакше кажучи, – з 0 годин 00 хвилин 22 квітня) даний закон і набув чинності.

Не можна виключати й того, що в певних випадках при встановленні більш тривалого, ніж при ординарному способі, строку, який має сплинути від дня офіційного оприлюднення кримінального закону до набуття ним чинності, законодавець визначить цей строк не в днях, а в місяцях. І хоча таких випадків при набутті чинності кримінальним законом ще не було, практиці законодавствування вони відомі. Наприклад, через три місяці з дня опублікування набув чинності

¹ Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування: Закон України від 17 січня 2002 року // Відомості Верховної Ради України – 2002 – № 17 – Ст. 121.

Закон України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності»¹. На мій погляд, для обчислення строків, визначених законодавцем не в днях, а в місяцях, також можна користуватися за аналогією відповідними положеннями ЦПК України та КПК України про обчислення процесуальних строків, визначених у місяцях. Відповідно до ч. 2 ст. 87 ЦПК України та частин 2 і 3 ст. 89 КПК України строк, який обчислюється місяцями, закінчується у відповідне число останнього місяця строку. Якщо закінчення строку, який обчислюється місяцями, припадає на той місяць, який не має відповідного числа, то строк закінчується в останній день цього місяця. Таким чином, якщо в певному випадку законодавець визначить строк, який має сплинути від дня офіційного оприлюднення кримінального закону до дня набуття ним чинності у місяцях, то такий закон набуде чинності о 24-й годині 00 хвилин того дня місяця, в якому сплине визначений ним строк і який матиме таке ж число, як і день, у який цей закон був опублікований. Наприклад, якщо закон був опублікований, скажімо, 15 січня з вказівкою, що він набуває чинності через місяць з дня його опублікування, то фактично він набуде чинності о 24-й годині 00 хвилин 15 лютого (або в 0 годин 00 хвилин 16 лютого) того ж року. Але якщо б цей же закон був опублікований, наприклад, 30 січня, то він набув би чинності о 24-й годині 00 хвилин 28 лютого (а у високосному році – 29 лютого), оскільки даний місяць відповідного (тридцятого) числа не має.

Другим різновидом екстраординарного способу визначення моменту набуття законом чинності є визначення законодавцем конкретного дня (календарної дати), з якого закон набуде чинності. У такий спосіб був визначений момент набуття чинності самого КК України 2001 року, в пункті 1 розділу I Прикінцевих і перехідних положень якого було встановлено, що «цей Кодекс набирає чинності з 1 вересня 2001 р.». Цей же спосіб був використаний і при визначенні моменту набуття чинності Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону України «Про Державну прикордонну службу України»², яким були внесені зміни до ч. 2 ст. 401 КК України. Відповідно до п. 1 Прикінцевих положень згаданий Закон набув чинності з 1 серпня 2003 року. Таке

¹ Про ліцензування певних видів господарської діяльності: Закон України від 1 червня 2000 року // Відомості Верховної Ради України – 2000 – № 36. – Ст. 299.

² Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону України «Про Державну прикордонну службу України»: Закон України від 3 квітня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 27. – Ст. 209.

законодавче формулювання, при якому чітко встановлюється календарна дата, з якої закон має набути чинності, тягне постановку питання: з якого ж моменту вказаної доби закон є чинним?

Традиційно вважається, що в таких випадках закон набуває чинності з початку вказаної в ньому дати. Тобто, КК України 2001 року набув чинності в 0 годин 00 хвилин 1 вересня 2001 року, а Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону України «Про Державну прикордонну службу України» – в 0 годин 00 хвилин 1 серпня 2003 року. Проте, жодних аргументів на користь такого висновку ні в науковій літературі, ні в судовій практиці знайти неможливо. На мій погляд, аргументом на користь наведеного висновку може бути, принаймні, наступне.

Законодавець, встановлюючи конкретну календарну дату, з якої закон має набути чинності, виражає свою волю на те, щоб вже цього дня закон був чинним. Такий висновок впливає з догматичного тлумачення словосполучення «набуває чинності з...», яке, на мою думку, слід розуміти так, що в якусь мить цього дня закон вже має бути чинним. Постає питання лише про те, в яку мить у рамках вказаної доби він набуде чинності: в першу, в останню чи в якусь іншу? Оскільки законодавець пов'язує набуття чинності законом з настанням певної події в часі – настанням доби, що має визначену календарну дату, то, очевидно, закон і повинен набувати чинності з моменту настання цієї події, тобто з початку відповідної доби. Крім того, закони, яким надається чинність з певної календарної дати, офіційно оприлюднюються задовго до цієї дати, що теж не дає підстав для заперечень, щоб вони набували чинності з початком вказаної доби, тобто в першу її мить.

При цьому, визначаючи календарну дату, з початком якої закон набуде чинності, законодавець, відповідно до вимог ч. 5 ст. 94 Конституції України, не має права встановлювати цю дату раніше дня офіційного опублікування закону. Проте, намагання надати законів чинності з дня, що передував дню його офіційного опублікування, є на сьогоднішній час, на жаль, непоодинокими. Так, пунктом 1 розділу VII «Прикінцеві положення» Сімейного кодексу України¹ (далі – СК України), прийнятого Верховною Радою України 10 січня 2002 року, було передбачено, що названий Кодекс набуває чинності 1 січня 2003 року. 26 грудня 2002 року було прийнято Закон України «Про внесення змін до Сімейного кодексу

¹ Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року // Відомості Верховної Ради України – 2002 – № 21 – Ст. 135.

Україні»¹, яким момент набуття чинності СК України було перенесено на момент набуття чинності Цивільним кодексом України 2003 року (далі – ЦК України), тобто, – на 1 січня 2004 року. Пунктом 2 цього Закону передбачалося, що він набуває чинності з 1 січня 2003 року. Проте, названий закон був опублікований в офіційних засобах масової інформації пізніше: в «Урядовому кур'єрі» 11 січня, в «Голосі України» 14 січня, в «Офіційному віснику України» 24 січня, а у «Відомостях Верховної Ради України» – 14 лютого 2003 року. Отже, склалася ситуація, при якій визначений законодавцем момент набуття законом чинності мав місце до його офіційного опублікування, що заборонено Конституцією України.

Таким чином, п. 2 згаданого Закону почав прямо суперечити ч. 5 ст. 94 Конституції України. У зв'язку з цим він не міг застосовуватися. В юридичній періодиці з'явилися публікації, в яких стверджувалося, що СК України, набувши чинності 1 січня, був чинним 10 днів (З. В. Ромовська) чи «менше двох тижнів» (О. В. Лавринович³), тобто, очевидно, до моменту опублікування Законом України від 26 грудня 2002 року. На мій погляд, така позиція, будучи слушною у тій частині, що цей Закон не міг набути чинності раніше дня його опублікування, водночас не є послідовною в частині визначення моменту, з якого цей закон набув-таки чинності.

Пленум Верховного Суду України у підпункті 2 абзацу 3 пункту 2 постанови «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» дає судам таке роз'яснення: «Суд безпосередньо застосовує Конституцію у разі ... коли закон, який був чинним до введення в дію Конституції чи прийнятий після цього, суперечить їй»⁴. Виходячи з цього, в ситуації, яка склалася з набранням чинності Законом України «Про внесення змін до Сімейного кодексу України», мала безпосередньо застосовуватися частина 5 статті 94 Конституції України, відповідно до якої «закон набирає чинності через десять днів з дня його офіційного оприлюднення», оскільки інший момент набуття ним чинності, що визначений самим цим Законом, суперечить Конституції України, а тому є юридично нікчемним.

¹ Про внесення змін до Сімейного кодексу України: Закон України від 26 грудня 2002 року // Відомості Верховної Ради України – 2003 – № 7 – Ст. 70.

² Див.: Гончаренко Т. Семейный кодекс Украины: мнения не однозначны // Юридическая практика – 2003 – № 8 (25 февраля).

³ Див.: Кокіна В. Кодекси запрацюють одночасно // Урядовий кур'єр – 2003. – № 18 (30 січня).

⁴ Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя: Постанова Пленуму Верховного Суду України № 9 від 1 листопада 1996 року // Право України. – 1996 – № 12 – С. 91.

Таким чином, Закон України «Про внесення змін до Сімейного кодексу України» набув чинності через 10 днів з дня його першого офіційного оприлюднення, тобто з 0 годин 22 січня 2002 року, а не з дня його опублікування, як вважають З. В. Ромовська та О. В. Лавринович, які, до того ж, розходяться у визначенні моменту набуття цим законом чинності.

Аналогічна ситуація склалася і при проведенні у 2001 році так званої «малої судової реформи». З пакету законів, що були прийняті Верховною Радою України у зв'язку із закінченням дії «Перехідних положень» Конституції України, у двох передбачалося набуття ними чинності раніше дня їх опублікування, а саме – з 29 червня 2001 року. Перший – це Закон України «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України»¹, який був офіційно опублікований у «Голосі України» 5 липня, в «Офіційному віснику України» 6 липня, в «Урядовому кур'єрі» 10 липня, а у «Відомостях Верховної Ради України» 31 серпня 2001 року. Другий – це Закон України «Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України», який був офіційно опублікований в «Голосі України», «Офіційному віснику України» та «Урядовому кур'єрі» того ж дня, що й Закон України «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України», а у «Відомостях Верховної Ради України» – 28 вересня 2001 року. Очевидно, що і в цьому випадку, у зв'язку з порушенням конституційної заборони про надання законам чинності раніше дня їх опублікування, має використовуватися загальний (ординарний) передбачений Конституцією України порядок визначення моменту, з якого вони набудуть чинності. Ці закони за Конституцією України набули чинності лише з 0 годин 16 липня 2001 року.

І хоча стосовно кримінального закону ще не було намагань надати йому чинності раніше дня його опублікування, тенденція до порушення ч. 5 ст. 94 Конституції України не може не насторожувати. Тому, якщо в певному випадку матиме місце визначення дати набуття кримінальним законом чинності раніше дня його опублікування, таке визначення, оскільки воно прямо суперечить Конституції України, не підлягатиме застосуванню, і закон набуватиме чинності в ординарному (конституційному) порядку.

Третім різновидом екстраординарного (законного) порядку набрання кримінальним законом чинності є встановлення того, що він

¹ Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України: Закон України від 21 червня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 34–35. – Ст. 187.

² Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України: Закон України від 21 червня 2001 року // Відомості Верховної Ради України – 2001 – № 39. – Ст. 190.

набуває чинності з певною подією, яка, на думку законодавця, має пеминуче настати у майбутньому. Такою подією, до якої «прив'язується» час набуття чинності кримінальним законом, є, як правило, набуття чинності іншим законом. Наприклад, Законами України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України»¹ та «Про внесення змін до деяких законів України з питань запобігання використанню банків та інших фінансових установ з метою легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом»² передбачалося, що вони набувають чинності одночасно з набранням чинності Законом України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом». Інакше кажучи, момент набрання чинності останнім законом був визначений законодавцем як момент набрання чинності і законами, які вносили зміни до КК України. Оскільки Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом» набув чинності о 24-й годині 00 хвилин 10 червня 2003 року (через шість місяців з дня його першого офіційного оприлюднення у «Голосі України» 10 грудня 2002 року), то з вказаного ж моменту набули чинності і названі закони про внесення змін до КК України.

Водночас, практика українського законодавствування свідчить, що в окремих випадках використання цього різновиду екстраординарного способу визначення порядку набуття законом чинності виявляється неефективним. Так, у пункті 2 постанови Верховної Ради України «Про порядок введення в дію Закону України «Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за правопорушення в галузі зв'язку» було визначено, що згаданий Закон у частині внесення змін до статей 131 та 205 КК України 1960 року набуває чинності «одночасно із введенням в дію закону щодо внесення змін до статті 32 Кримінального кодексу України стосовно визначення розміру штрафу залежно від неоподаткованого мінімуму доходу громадян»³. З часу прийняття згаданих

¹ Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України: Закон України від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради України – 2003 - № 14 - Ст. 95.

² Про внесення змін до деяких законів України з питань запобігання використанню банків та інших фінансових установ з метою легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом: Закон України від 6 лютого 2003 року // Відомості Верховної Ради України – 2003.- № 14 – Ст. 104.

³ Про порядок введення в дію Закону України «Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за правопорушення в галузі зв'язку»: постанова Верховної Ради України від 1 жовтня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України – 1996 -- № 46 - Ст. 248.

Закону та постанови Верховної Ради України і до втрати чинності КК України 1960 року минуло майже п'ять років, протягом яких змін до ст. 32 КК України 1960 року так і не було внесено, а, отже, нові редакції його статей 131 та 205 так і не набули чинності. Законодавець же про встановлений ним самим порядок набуття чинності цим законом, очевидно, забув.

У зв'язку з тим, що подібні ситуації не можна виключати і на майбутнє, а також беручи до уваги те, що подібний порядок суттєво ускладнює можливість визначення моменту набуття чинності кримінальним законом як правозастосувачами, так і населенням країни, видається, що його використання має бути максимально обмеженим. Він може використовуватися лише тоді, коли закон, одночасно з яким має набутти чинності новий кримінальний закон, вже прийнято або, що краще, опубліковано. Прив'язка ж моменту набуття кримінальним законом чинності до моменту набуття чинності законом, який ще не прийнято, як свідчить практика, не завжди свідчить про те, що кримінальний закон таки набуде чинності.

Нарешті, четвертим різновидом екстраординарного способу визначення моменту набуття кримінальним законом чинності є встановлення законодавцем того, що закон набуває чинності з дня його опублікування. Практика свідчить, що цей різновид користується у законодавця найбільшою популярністю. Так, з чотирнадцяти законів, якими на 1 червня 2004 року вносилися зміни до КК України, дев'ять, тобто майже дві третини, набували чинності з дня опублікування. Та й більшість законів, якими вносилися зміни до КК України 1960 року в останнє десятиліття його чинності, також набували чинності з дня їх опублікування. Така популярність у законодавця даного різновиду екстраординарного способу визначення моменту набуття кримінальним законом чинності привертає до нього особливу увагу.

Насамперед, при використанні даного способу одразу ж постає питання: з якого саме моменту дня (точніше, – доби) опублікування закон набуває чинності? П. П. Михайленко вважає, що в такому випадку закон «набуває чинності з дня випуску в світ та отримання на місці «Відомостей Верховної Ради» чи «Голоса України»¹. З таким твердженням погодитися важко, оскільки відомо, що день виходу видання в світ (надрукування) та отримання його читачами можуть не збігатися. Тому більш обґрунтованим є традиційне для підручників з кримінального права та коментарів до КК України твердження про те, що такий закон набуває чинності з 0 годин доби, наступної за днем його опублікування. Такий висновок не може викликати яких-небудь

¹ Михайленко П. П. Уголовное право Украины. Общая часть - К.: РИО МВД Украины, 1995. – С. 41.

принципових заперечень, однак, очевидно, потребує свого обґрунтування, яке досі залишається малорозробленим.

На мій погляд, визначаючи момент набуття кримінальним законом чинності в ситуації, що аналізується, перш за все слід виходити з того, що законодавець щодо цього чітко висловив свою волю: закон має набути чинності саме з дня опублікування, отже, в якусь мить цього дня закон вже має бути чинним. Питання постає лише про те, в яку саме мить у рамках вказаної доби він набуде чинності: в першу, в останню чи в якусь іншу? Отже, проблема в даному випадку є подібною до тієї, яка складається при наданні кримінальному законові чинності з певної доби. Однак розв'язання її є діаметрально протилежним. Якщо при наданні кримінальному законові чинності з певної календарної дати він набуває її з початком відповідної доби (в 0 годин 00 хвилин), то при наданні йому чинності з дня опублікування він фактично набуває її в останню мить цього дня – о 24-й годині 00 хвилин. Це зумовлено тим, що якщо у першому випадку закон офіційно оприлюднюється, як правило, задовго до дня набуття ним чинності, то в другому – він оприлюднюється в сам день набуття чинності. Оскільки ж фактично офіційні друковані засоби масової інформації доходять до передплатників вже після початку цієї доби (за загальним правилом, – ближче до її середини або завершення) надання новому законові чинності з початком цієї доби означало б, що чинним є закон, який ще не доведений до відома населення. А це прямо суперечить частині 3 статті 57 Конституції України, яка встановлює, що закони, не доведені до відома населення, є нечинними. Тому, беручи до уваги, що ні Конституція України, ні поточне законодавство не визначають іншого моменту набуття таким законом чинності, правильним є висновок: він має набувати чинності в останню мить доби опублікування – о 24-й годині 00 хвилин. Або, що те ж саме, – з 0 годин 00 хвилин наступної доби, оскільки ці моменти збігаються.

Крім того, про слушність такого висновку свідчить і застосування за аналогією положень процесуального законодавства про порядок обчислення строків, які починаються з певної події. Відповідно до частини 3 статті 87 ЦПК України «перебіг строку, визначеного вказівкою на подію, яка повинна неминуче наступити, починається наступного дня після настання події». Очевидно, що офіційне опублікування закону також є подією, яка неминуче має настати. Тому правильним є відрахування в подібних випадках строку чинності закону з початку доби, наступної за днем його опублікування.

Водночас, надання кримінальним законам чинності з дня їх опублікування породжує і досить серйозну проблему визначення моменту набуття ним чинності, яка спричиняється множинністю офіційних друкованих видань в Україні. Як відомо, при встановленні законодав-

цем того, що кримінальний закон набуває чинності з дня його офіційного опублікування, до уваги береться день першого такого опублікування. Однак вказана множинність призводить до того, що опублікування одного й того ж закону в різних офіційних виданнях здійснюється в різні дні. Отже, тільки передплатники того офіційного друкованого видання, яке першим опублікує новий кримінальний закон, знатимуть про момент набуття ним чинності. Передплатники ж інших (теж офіційних) видань, які, передплачуючи їх, розраховували на те, що матимуть офіційні тексти законів до дня набуття ними чинності, фактично отримують закон, який вже набув чинності. Отже, надаючи законам чинності з дня їх першого офіційного опублікування, держава фактично змушує населення передплачувати одночасно всі п'ять офіційних друкованих видання або принаймні одночасно «Голос України» і «Урядовий кур'єр», які більш оперативно, ніж «Відомості Верховної Ради України» та «Офіційний вісник України», публікують нові закони. Навряд чи це правильно. Тому з урахуванням викладеного і за умови збереження в Україні множинності джерел офіційного оприлюднення законів видається за необхідне при використанні даного різновиду екстраординарного порядку визначення моменту набуття законом чинності публікувати його одночасно (в один день) в усіх офіційних друкованих засобах масової інформації, або, принаймні, в «Голосі України», «Урядовому кур'єрі» та «Президентському віснику».

Таким чином, офіційне оприлюднення нового кримінального закону є першою з необхідних умов для набуття ним чинності. Другою є спливи після цього певного строку. Вважається, що за наявності обох цих умов буде досягнута мета доведення закону до відома населення (ч. 2 ст. 57 Конституції України). Однак така мета видається занадто декларативною, оскільки навряд чи її буде колись досягнуто. Має рацію Л. Л. Фуллер, коли пише, що «було б безглуздя намагатися просвітити кожного громадянина щодо повного значення кожного закону, який теоретично може бути до нього застосований»¹.

Не довести до відома населення зміст кожного закону, а створити реальну можливість для ознайомлення людей із законом – саме таку мету можна і треба ставити і саме до її досягнення слід прагнути. Саме з метою створення реальної можливості для ознайомлення населення зі змістом нових законів Конституцією і передбачається де-

¹ Фуллер Л. Л. Мораль права / Пер. з англ. Н. Комарова - К.: Сфера, 1999 – С. 53. Проте, Л. Фуллер, з посиланням на *Rationale of Judicial Evidence*, ch. IV, «Of Preappointed Evidance», *Works*, Bowring's ed., 508- 585, наводить приклад, коли такі намагання реально мали місце (Див.: Фуллер Л. Л. Цит. праця).

сятиденний строк, який, за загальним правилом, має сплинути з моменту оприлюднення закону до моменту набуття ним чинності.

Прийнято вважати, що протягом цих десяти днів (при ординарному порядку набуття законом чинності) чи іншого строку (при екстраординарному) кожен громадянин має реальну можливість ознайомитися зі змістом закону. Проте, така презумпція, гадаємо, не завжди є виправданою. Тим більше не виправданою видається відмова від надання навіть десятиденного строку на ознайомлення із законом у випадках, коли він набуває чинності, як це часто має місце, з дня опублікування. Зрозуміло, не всі законотворчі громадяни сидітимуть і читатимуть нові закони. Власне, це і не ставиться за мету.

Люди, як правило, дізнаються про зміст нових законів, коли «наслідують взірці, встановлені іншими, кого вони вважають краще поінформованими, ніж самих себе»¹. Це твердження Л. Л. Фуллера має особливе значення саме для кримінальних законів, які визначають види злочинної поведінки та відповідальність за них. Такий закон, перш ніж набути чинності, має увійти у суспільну свідомість як через безпосереднє ознайомлення з ним, його викладом чи коментарями кожного, кого він стосується, так і, головним чином, через передачу інформації про злочини шляхом створення певного суспільного еталону правомірної поведінки тими, чії дії вважаються за взірці іншими людьми. Навряд чи це можна зробити за 10 днів. І вже абсолютно неможливо цього досягти опівночі тієї доби, коли був оприлюднений закон, що набуває чинності з дня опублікування.

Тому актуальним залишається судження В. А. Туманова: «Найбільш правильним, демократичним... слід визнати такий стан речей, за якого співвідношення опублікування нормативно-правового акта в офіційному органі і набуття ним чинності забезпечує громадянам і посадовим особам реальну можливість ознайомитися із затвердженим і опублікованим нормативним актом, який має набути чинності»².

Очевидно, що реальна можливість знати зміст закону, який набуває чинності з дня його опублікування, забезпечується не широким колом населення України, а лише тим особам, які з певних джерел довідалися про нього ще до його опублікування. Цілком зрозуміло, що у такому разі має місце грубе порушення принципу рівності громадян у праві доступу до інформації. Така ситуація викликає справедливе занепокоєння і в деяких країнах стає предметом розгляду Конституційних Судів.

¹ Фуллер Л. Л. Мораль права / Пер. з англ. Н. Комарова – К.: Сфера, 1999.– С. 54.

² Туманов В. А. Вступление в силу норм советского права // Всесоюзный институт юридических наук. Ученые записки. Вып. 7 – М.: Гос. изд-во юридической литературы, 1958.– С. 111.

Конституційний Суд Австрії, наприклад, в одному із своїх рішень сформулював положення, що «опублікування норми та встановлення набрання нею чинності таким чином, що лише особи, які знали про зміст цієї норми ще до її опублікування, можуть отримати користь з даної норми, суперечать принципу правової держави»¹. До цієї ж проблеми звертався і Конституційний Суд Російської Федерації. В рішенні щодо однієї із справ, яка стосувалася визначення моменту набуття законом чинності, він відзначив, що «день 11 березня 1996 року, яким датований випуск «Собрания законодательства Российской Федерации» з текстом Федерального Закону «Про внесення змін до Закону Російської Федерації «Про акцизи» не може вважатися днем його опублікування. Вказана дата, як свідчать вихідні дані, збігається з датою підписання видання до друку, і, отже, з цього моменту ще реально не забезпечується отримання інформації про зміст закону його адресатами»².

Інакше кажучи, Конституційний Суд Російської Федерації дійшов висновку: день, яким датоване офіційне джерело публікації закону, не завжди може вважатися тим днем, коли створена реальна можливість для ознайомлення з ним. Подальший розвиток цієї правової позиції Конституційного Суду Росії справедливо підводить до висновку, що, оскільки у день оприлюднення не завжди забезпечується реальна можливість ознайомлення з новим законом, не є виправданою практика набуття законами чинності з дня їх опублікування.

Окрім ситуації, яка описана у цитованому рішенні Конституційного Суду Росії, реальна можливість ознайомлення з новим законом, який набуває чинності з дня оприлюднення, також відсутня, наприклад, і тоді, коли джерело офіційного оприлюднення закону доставляється передплатникам не того ж дня, яким воно датоване. Відомо, що навіть в середині січня 2004 року ще не були отримані передплатниками останні номери «Офіційного вісника України» та «Відомостей Верховної Ради України» за 2003 рік. Не так давно передплатники з Харківської області отримували і «Голос України» лише наступного дня після його виходу з друку. Відома також і практика друкування у джерелі офіційного оприлюднення закону не тієї

¹ Див.: Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes – 1993. Nr. 13.329. Цит. за: *Визер Б., Будар Й.* Принцип правового государства в конституционном правосудии Австрии // Государство и право. – 1999. – № 11. – С. 62.

² По делу о проверке конституционности части 1 статьи 2 Федерального Закона от 7 марта 1996 «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «Об акцизах»: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 24 октября 1996 года // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1996 – № 45 – Ст. 5202.

дати, коли це видання було реально віддруковане, а іншої, більш ранньої¹.

Саме тому вважаю за необхідне відмовитися від надання чинності кримінальним законам з дня їх опублікування у випадках, коли вони встановлюють злочинність діяння чи посилюють покарання. Заслуговує на увагу точка зору Г. С. Курбанова: кримінальні закони, які встановлюють злочинність діяння або посилюють кримінальну відповідальність, повинні набувати чинності не раніше, ніж через три місяці з дня їх офіційного оприлюднення, і лише кримінальні закони, що скасовують злочинність діяння чи пом'якшують кримінальну відповідальність – з дня їх оприлюднення². Таке положення він пропонує закріпити у національному кримінальному законі. Однак, за всієї своєї привабливості, ця пропозиція не може бути реалізована у кримінальному законі України. Конституційний Суд України у своїх рішеннях неодноразово наголошував на тому, що винятки з конституційних приписів можуть встановлюватися виключно самою Конституцією України, а ніяк не іншими законодавчими актами³. Оскільки ж Конституцією встановлено загальний порядок набуття чинності будь-яким законом, то й винятки з цього загального порядку можуть бути встановлені лише в самій Конституції.

Саме тому найбільш правильним було б доповнити ч. 5 ст. 94 Конституції України посиланням на те, що в законодавстві України можуть бути встановлені інші обов'язкові строки, які мають

¹ Див.: *Ребане И.* О разработке и введении в действие нормативных актов в правовом государстве // *Ребане И.* Вопросы правовой реформы - Тарту: Тартуский государственный университет, 1989 - С. 25.

² Див.: *Курбанов Г. С.* Теоретические основы реформирования уголовного законодательства Азербайджанской Республики: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. М.: НИИ проблем укрепления законности и правопорядка при Генеральном прокуратуре РФ, 1997 - С. 22. Водночас, О. Плечій вважає, що більш тривалими, ніж нині, повинні бути строки, які мають сплинути до набуття чинності будь-якого закону, незалежно від його змісту (Див.: *Плечій О.* Часові межі дії нормативно-правових актів України: проблемні питання // *Вісник Львівського університету. Серія юридична* -- 2002 - Вип. 37.- С. 72).

³ Див.: У справі щодо офіційного тлумачення статей 3, 23, 31, 47, 48 Закону України «Про інформацію» та ст. 12 Закону України «Про прокуратуру» (справа Г. К. Устименка): Рішення Конституційного Суду України від 30 жовтня 1997 року // *Офіційний вісник України* 1997.- № 46 - С. 126; У справі за конституційним поданням 54 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про ратифікацію Європейської хартії регіональних мов або мов меншин, 1992 р.» (справа про ратифікацію Хартії про мови, 1992 р.): Рішення Конституційного Суду України від 12 липня 2000 року // *Офіційний вісник України* - 2000.- № 29.- Ст. 1232.

сплинути від дати оприлюднення окремих видів законів, до дати набуття ними чинності, і які можуть перевищувати передбачений Конституцією загальний десятиденний строк. Визначення таких строків є, як видається, предметом регулювання Закону України «Про закони і законодавчу діяльність в Україні», проте не виключене їх визначення і в окремих базових чи єдиних законодавчих актах певних галузей, тобто і в КК України у тому числі.

До внесення подібних змін до Конституції України правило про встановлення більш тривалих строків від дня опублікування нових кримінальних законів до набуття ними чинності могло б бути прийняте українським законодавцем як певна традиція. Саме такої традиції дотримуються законодавці багатьох країн, встановлюючи досить тривалі терміни для ознайомлення з новими кримінальними законами, перш ніж вони набудуть чинності. Наприклад, КК Японії було прийнято 24 квітня 1907 року, а набув чинності 1 жовтня 1908 року, тобто через півтора роки¹; КК Швейцарії було прийнято Федеральними зборами Швейцарської конфедерації 21 грудня 1937 року, а набув чинності тільки 1 січня 1942 року, тобто більш, ніж через 4 роки²; Загальна частина КК Австралії була прийнята Федеральним парламентом у березні 1995 року, а набула чинності лише 15 грудня 2001 року, тобто аж через 6 років і 9 місяців³ тощо.

Що ж до законів, які скасовують чи пом'якшують кримінальну відповідальність, то вони, очевидно, мають набувати чинності саме з дня їх офіційного оприлюднення. Сказане пояснюється як тим, що необізнаність особи про скасування чи пом'якшення кримінальної відповідальності жодним чином не впливає на вибір нею правомірної чи неправомірної поведінки, так і міркуваннями захисту прав людини від можливого їх порушення з боку судів та органів кримінального переслідування, а також міркуваннями економії сил та ресурсів названих органів. Очевидно, що набуття чинності, наприклад, декриміналізуючим кримінальним законом після спливу певного часу з дня його офіційного оприлюднення відкриває шлях до можливих зловживань державних органів.

Наприклад, наклеп та образа були декриміналізовані в Україні з 1 вересня 2001 року, тобто з дня набуття чинності КК України

¹ Див.: *Коробеев А. И.* Предисловие // Уголовный кодекс Японии / Под ред. и с предисл. *А. И. Коробеева*; Пер. с япон. – Владивосток: Изд-во Дальневосточ. ун-та, 2000 – С. 5.

² Див.: Уголовный кодекс Швейцарии / Пер. с нем. *А. В. Серебренниковой*. Науч. ред. *Н. Ф. Кузнецова* – М.: Зерцало, 2000 – С. 5, 135.

³ Див.: Уголовный кодекс Австралии 1995 г. / Науч. ред. и предисл. *И. Д. Козочкина, Е. Н. Трикоз*; Пер. с англ. *Е. Н. Трикоз* – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 19–20, 45.

2001 року. Проте сам КК України був вперше офіційно оприлюднений 8 червня 2001 року (Офіційний вісник України – 2001.– № 21.– Ст. 920), а неофіційно – ще раніше. Таким чином, за період з 8 червня до 1 вересня 2001 року органи кримінального переслідування та суди могли порушувати та провадити кримінальні справи за статтями 125 та 126 КК України 1960 року, наперед знаючи, що з 1 вересня такі кримінальні справи будуть закриті.

У Російській Федерації подібна ситуація склалася при набутті чинності КК 1996 року, який був офіційно оприлюднений майже за півроку до дня набуття ним чинності. Це створило досить широке коло проблем у правозастосуванні, пов'язаних з тим, що окремі суди застосовували положення ще не чинного КК, інші ж продовжували розгляд справ до останнього дня чинності старого КК, а потім припиняли їх тощо¹.

У зв'язку з викладеним було б доцільно допускати можливість застосування тих положень нового кримінального закону, які скасовують злочинність діяння або пом'якшують кримінальну відповідальність, з дня його опублікування.

І останнє, на що слід звернути увагу, досліджуючи проблему доведення законів до відома населення. Законодавство України виходить з того, що всі громадяни мають рівні можливості щодо ознайомлення з оприлюдненим законом, не допускаючи при цьому будь-яких привілеїв чи переваг. Однак історії розвитку кримінального законодавства окремих зарубіжних країн відомі випадки, коли передбачалася ціла шкала пом'якшення покарання для осіб, можливість яких ознайомитися із законом в силу тих чи інших причин була обмежена. Так, за КК Ефіопії 1930 року з вказаних підстав для ченця, який живе в усамітненому монастирі, передбачалося пом'якшення покарання на 3/10, для відсталого несвідомого бідняка – на 4/10, для іноземця, який не знає ефіопських законів, та для селянина, який живе у віддаленому районі і говорить діалектом, відмінним від офіційної мови, – на 1/2². Зрозуміло, що застосування подібної шкали наразі є неприпустимим в цивілізованій демократичній країні. Проте, очевидно, і в Україні не виключені ситуації, коли особа, в силу певних обставин об'єктивно позбавлена можливості ознайомитися із законом. Ці обставини можуть бути пов'язані як з самою цією особою (наприклад, хвороба, фізичні вади, закордонне відрядження, незнання української мови

¹ Див.: Максимов В., Шестак А. О пределах обратной силы уголовного закона // Законность - 1997 - № 5 - С. 10-11.

² Див.: Решетников Ф. М. Очерк уголовного законодательства Эфиопии // Труды Университета дружбы народов имени Патриса Лумумбы - Т. XVIII: Экономика и право - Вып. 1.- М., 1966 - С. 45.

тощо), так і бути для неї об'єктивними, не залежати від неї (наприклад, недотримання державою порядку офіційного оприлюднення нового закону).

Тому видається, що абсолютизувати принцип «незнання законів не звільняє від юридичної відповідальності» (ч. 2 ст. 68 Конституції України) у таких випадках недоцільно. Адже загальноправовими умовами ставлення особи в вину будь-якої бездіяльності (невчинення, незнання тощо) є одночасна наявність у неї обов'язку і можливості діяти (вчинити, знати тощо). Оскільки ж в окремих випадках особа може не мати реальної можливості знати закон, то таке незнання не може тягнути і відповідальності за вчинення дій, які оголошені даним законом злочинними. Про це писав, наприклад, О. І. Денисов, який вважав, що «об'єктивна неможливість ознайомитися з новим законом звільняє від відповідальності за діяння, що кваліфікуються цим законом як неправомірні»¹. Однак цілком з ним погодитися не можна, оскільки добросовісне незнання особою закону, а отже, добросовісне неусвідомлення нею протиправності своїх дій свідчить про виправдальну юридичну помилку в злочинності діяння, яка усуває вину особи, а значить – виключає кримінальну відповідальність².

Отже, кримінальний закон набуває чинності в той момент, у який закінчується визначений Конституцією України чи самим кримінальним законом строк для ознайомлення з ним, який має сплинути від дня його офіційного оприлюднення.

2.3. Втрата чинності кримінальним законом

Якщо набуття чинності – це початковий момент життя закону, з якого він, власне, й існує як такий і за формою, і за змістом, то втрата ним чинності – кінцевий момент його існування. Однак, якщо набуття законом чинності більш чи менш повно врегульоване Конституцією та законодавством України, то втрата ним чинності ще, на жаль, не отримала належного законодавчого регулювання, що інколи призводить до певних труднощів у визначенні кінцевого моменту чинності одного закону та початкового моменту чинності іншого, а, отже – і до труднощів визначення того, який саме закон має бути застосовано.

¹ Див.: Денисов А. И. Теория государства и права – М.: Юридическое издательство Министерства юстиции СССР, 1948.– С. 484.

² Див.: Уголовное право Украины. Общая часть: Учебник для студентов юрид. вузов и фак. / М. И. Бажанов, Ю. В. Баулин, В. И. Борисов и др.; Под ред. М. И. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тацця – Х.: Право, 1999 – С. 148.

У науці кримінального права давно вже висловлена і ніким не заперечується думка про те, що кримінальний закон є чинним доти, доки його не буде скасовано чи змінено у встановленому порядку¹. Однак окремі криміналісти трактують підстави втрати чинності кримінальним законом дещо ширше. Так, на думку О. А. Герцензона, «затверджений кримінальний закон, що набув чинності, є чинним до настання однієї з таких умов: 1) скасування закону, 2) зміни закону в частині, заміни його іншим законом, 3) спливу строку чинності закону, 4) відпадиння особливих умов і обставин, що викликали дію цього закону»². Запропоновані О. А. Герцензоном чотири підстави втрати кримінальним законом чинності сьогодні стали практично хрестоматійними і увійшли до багатьох підручників з кримінального права³. Однак, повністю погодитися з ними не видається за можливе. Зокрема, це стосується такої підстави, за якої, на думку О. А. Герцензона, кримінальний закон втрачає чинність, а саме: «відпадиння особливих умов і обставин», на існування яких такий закон був розрахований.

Зауважимо: сама ідея про таку підставу втрати законом чинності не є новою. Ще відомий римський юрист Юліан писав: «Дуже правильно прийнято, що закони відмінюються не тільки голосуванням законодавця, а й мовчазною згодою всіх шляхом незастосування» (Дигести. 13.32)⁴, маючи на увазі незастосування закону за змінених обставин суспільного життя.

В радянській кримінально-правовій літературі була досить поширеною думка про те, що окремі закони набувають чинності лише за настання певних обставин і після їх зникнення – втрачають чинність. Часто як приклад цієї підстави втрати чинності кримінальним зако-

¹ Див.: *Кобалевский В.* Обязательное постановление и уголовный закон // Вестник советской юстиции – 1923 – № 1 – С. 11.

² *Герцензон А. А.* Уголовное право. Часть Общая - М.: Издание РИО ВЮА, 1948.– С. 213.

³ Див., наприклад: *Ветров Н. И.* Уголовное право. Общая часть: Учебник для вузов – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 1999.– С. 33; *Коржанський М. Й.* Уголовне право України. Частина Загальна: Курс лекцій - К.: Наукова думка та Українська видавнича група, 1996 - С. 53–53; *Смирнова Н. Н.* Уголовное право: Учебник – СПб.: Изд-во Михайлова В. А., 1998 – С. 32; *Прохоров Л. А., Прохорова М. Л.* Уголовное право: Учебник.– М.: Юристъ, 1999 – С. 25; Уголовное право. Общая часть / *Г. Н. Борзенков, М. Н. Голоднюк, В. И. Зубкова* и др. Под ред. *Н. Ф. Кузнецовой, Ю. М. Ткачевского, Г. Н. Борзенкова* - М.: Изд-во Московского университета, 1993 – С. 72 та ін.

⁴ Див.: *Підпригора О. А.* Римське приватне право: Підручник для студ. юрид. спец. вищих навч. закладів – К.: Ін Юре, 2001 – С. 54.

ном наводилися закони воєнного часу¹. Ще далі йде П. П. Михайленко, який пише, що «низка статей (КК України.— Ю. П.) про військові злочини втрачає чинність з відпадинням вказаних у законі обставин»².

Справді, за окремими законами особа може бути засуджена лише за діяння, вчинені у військовий час. Однак самі ці закони можуть бути чинними як до початку війни, так і після неї: вони не набувають чинності і не втрачають її у зв'язку з війною. Стан війни лише створює підстави для застосування, для дії такого кримінального закону. Слід тому погодитися з позицією В. М. Чхиквадзе, який вказував на можливість притягнення до кримінальної відповідальності за законом воєнного часу особи, що вчинила злочин у військовий час, хай би навіть притягнення і мало місце після закінчення війни³. А. А. Піонтковський⁴ (батько) та А. С. Піголкін⁵ також вважали, що хоч би яким застарілим не був нормативно-правовий акт, він може втратити чинність лише у разі його скасування.

Якщо ж мати на увазі закони, видані саме у зв'язку з певними обставинами, то й у даному разі не можна говорити про втрату цими законами чинності після зникнення відповідних обставин. На користь цього свідчать як вищенаведені аргументи, так і історичний досвід. Відомо, що власне закінчення Великої Вітчизняної війни не послужило підставою для втрати чинності, наприклад, Указу Президії Верховної Ради СРСР від 6 липня 1941 року «Про відповідальність за поширення у воєнний час неправдивих чуток, що збуджують тривогу серед населення»⁶, виданого у зв'язку з її початком. Цей Указ був чинним

¹ Див., наприклад: *Герцензон А. А.* Уголовное право. Часть Общая.— М.: РИО ВЮА, 1948 — С. 213; *Тилле А. А.* Время, пространство, закон. Действие советского закона во времени и в пространстве — М.: Юрид. лит., 1965 — С. 29; *Утевский Б. С.* Уголовное право — М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1949 — С. 20.

² *Михайленко П. П.* Уголовное право Украины. Общая часть.— К.: РИО МВД Украины, 1995 — С. 42–43.

³ Див.: *Чхиквадзе В. М.* Советское военно-уголовное право — М.: Юридическое издательство Министерства юстиции СССР, 1948 — С. 129–130.

⁴ Див.: *Піонтковський А. А.* Уголовное право (пособие к лекциям). Часть Общая. Выпуск первый — Казань: Типо-литография Императорского Казанского Университета, 1913 — С. 89.

Див.: *Піголкін А. С.* Некоторые вопросы признания нормативных актов утратившими силу // Правоведение 1966.— № 2 — С. 34–42.

⁶ Об ответственности за распространение в военное время ложных слухов, возбуждающих тревогу среди населения: Указ Президиума Верховного Совета СССР от 6 июля 1941 года // Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР 1917–1952 / Под ред. *И. Т. Голякова* — М.: Государственное изд-во юридической литературы, 1953.— С. 416.

і після її закінчення, аж до того, поки не був скасований Указом Президії Верховної Ради СРСР від 13 квітня 1959 року¹.

У зв'язку з викладеним, не можна погодитися і з В. М. Василяшем у тому, що втратив чинність після проведення в Україні грошової реформи² Указ Президії Верховної Ради України «Про відповідальність за виготовлення з метою збуту та збут підроблених купонів багаторазового використання»³. Цей Указ був чинний аж до 1 вересня 2001 року, поки не був скасований (втратив чинність) відповідно до пункту 2 розділу I Прикінцевих та перехідних положень КК України 2001 року. Інакше слід було б погодитися з тим, що Указ Президента України, який за своєю суттю є підзаконним актом, скасував чинність Указу Президії Верховної Ради України, який відповідно до Конституції України 1978 року мав силу закону, тобто правовий акт, який має меншу юридичну силу, скасував акт з більшою юридичною силою.

Отже, кримінальний закон в тій чи іншій частині може втратити чинність з таких трьох причин: по-перше, у зв'язку з його скасуванням; по-друге, – із заміною його іншим законом (викладенням в іншій редакції); по-третє, – зі спливом визначеного законодавцем строку чинності тієї чи іншої статті кримінального закону.

Скасування кримінального закону, поряд із заміною його іншим, є найбільш поширеним способом втрати чинності всім законом чи окремими його частинами. Таке скасування може здійснюватися Верховною Радою України шляхом прийняття закону про скасування (втрату чинності) того чи іншого припису кримінального закону без заміни його іншим. Тоді з моменту набуття чинності таким законом визначений у ньому припис свою чинність втрачає.

Крім того, відповідно до ч. 2 ст. 152 Конституції України, закон чи окремі його положення також втрачають чинність з дня ухвалення

¹ Див.: О признании утратившими силу законодательных актов в связи с введением в действие Основ уголовного законодательства, законов об уголовной ответственности за государственные и воинские преступления, Основ законодательства о судостроительстве, Положения о военных трибуналах и Основ уголовного судопроизводства: Указ Президиума Верховного Совета СССР от 13 апреля 1959 года // Ведомости Верховного Совета СССР – 1959. – № 15. – Ст. 91.

² *Василяш В. М.* Втрата та зупинення чинності кримінального закону // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 1999. – Вип. 34 – С. 186.

³ Див.: Про грошову реформу в Україні: Указ Президента України від 25 серпня 1996 р. // Урядовий кур'єр – 1996. – 29 серпня.

⁴ Про відповідальність за виготовлення з метою збуту та збут підроблених купонів багаторазового використання: Указ Президії Верховної Ради України від 21 січня 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992 – № 18 – Ст. 246.

Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність. На перший погляд, Конституція прямо і недвозначно визначає, що скасування кримінального закону як підстава втрати ним чинності може мати місце як за рішенням Верховної Ради України, так і за рішенням Конституційного Суду України. Однак реальне застосування цього конституційного припису щодо кримінального закону України показало наявність певних проблем, пов'язаних з його неоднозначним тлумаченням. Так, прийняття Закону України «Про внесення змін до Кримінального, Кримінально-процесуального та Виправно-трудоного кодексів України»¹, яким була скасована стаття 24 КК України 1960 року та скасовані чи змінені положення статей Особливої частини, що передбачали смертну кару як вид покарання, і які до цього були визнані неконституційними за рішеннями Конституційного Суду України², знову порушило питання про юридичну природу рішень останнього. Зокрема: чи може Конституційний Суд своїм рішенням скасовувати повністю чи в частині закон, визнаний неконституційним, чи його рішення є лише підставою для скасування чи зміни такого закону Верховною Радою України? Інакше кажучи, чи є визнання кримінального закону неконституційним самостійним способом його скасування?

Очевидно, що з дня визнання його неконституційним закон не може бути застосованим, він перестає бути загальнообов'язковим до виконання як нормативний акт. Тобто, його змістом перестають бути державні владні веління. Таким чином, закон втрачає ознаку свого змісту, втрачає нормативно-правові приписи, які регулюють ті чи інші суспільні відносини. Як відомо, втрата будь-яким явищем однієї з обов'язкових своїх ознак, властивих класу, що мислиться в понятті про це явище, призводить до зникнення самого явища як такого та перетворення його на якісно інше, що належить до класу, що мислиться під іншим поняттям³. Таким чином, закон, який з дня ухвалення рішення про його неконституційність стає «формою без змісту», з цього ж самого моменту перестає бути власне законом, оскільки існу-

¹ Про внесення змін до Кримінального, Кримінально-процесуального та Виправно-трудоного кодексів України: Закон України від 22 лютого 2000 року // Відомості Верховної Ради України – 2000 – № 17. – Ст. 123.

² У справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 24, 58, 59, 60, 93, 190¹ Кримінального кодексу України в частині, що передбачає смертну кару як вид покарання (справа про смертну кару): Рішення Конституційного Суду України від 29 грудня 1999 року // Офіційний вісник України – 2000. – № 4 – Ст. 126.

³ Див.: Зегет В. Элементарная логика / Пер. с нем. И. М. Морозовой – М.: Высшая школа, 1985 – С. 118.

вання беззмістовної форми є неможливим¹. З цього випливає, що такий «закон» не може скасовуватися чи змінюватися Верховною Радою у порядку, передбаченому для скасування чи зміни законів.

Слушною з цього приводу є думка Судді Верховного Суду США Філда, висловлена ним у справі *Norton v. Shelby County* (1886 рік): «Неконституційний закон не є правом, він не створює суб'єктивних прав, не покладає обов'язків; не є підставою для захисту особи; не створює посадових функцій. Такий закон у правовому сенсі не чинний так само, як він ніколи б не був прийнятий»².

Слід зазначити, що загалом законодавча практика в Україні підтверджує істинність цієї тези – визнання Конституційним Судом окремих положень закону неконституційними було самостійним видом їх скасування і не потребувало «підтвердження» Верховною Радою. Безпосередньо у зв'язку з рішеннями Конституційного Суду України втратили чинність (були скасовані), наприклад, окремі положення Закону України «Про вибори народних депутатів України», а Верховна Рада України при внесенні змін до цього закону вже не торкалась неконституційних положень³. І сам Конституційний Суд України фактично підтвердив правильність такої практики, вказавши в одному із своїх рішень, що «втрата чинності окремих положень Закону в цьому разі (у разі визнання їх неконституційними. – Ю. П.) безпосередньо пов'язана з ухваленням Рішення Конституційного Суду України, а не з прийняттям правового акта на його підтвердження чи виконання».

І далі в Суд відзначив: «Рішення Конституційного Суду України мають пряму дію і для набрання чинності не потребують підтвердження з боку будь-яких органів державної влади». Навіть наявність у таких рішеннях додаткового визначення порядку їх виконання «не скасовує і не підміняє загальної обов'язковості їх виконання. Незалежно від того, наявні чи відсутні в рішеннях, висновках Конститу-

¹ Див., наприклад: *Философский энциклопедический словарь* / Гл. редакция: Л. Ф. Ильичев, П. Н. Федосеев, С. М. Ковалев, В. Г. Панов – М.: Советская энциклопедия, 1983 – С. 621.

² *Лунц Л. И. Суд в Соединенных Штатах Америки на службе капитала* – М.: Юридиздат, 1948. – С. 9.

³ Див.: Про чинність Закону України «Про вибори народних депутатів України»: Постанова Верховної Ради України від 3 березня 1998 року // Відомості Верховної Ради України. – 1998 – № 8 – Ст. 30; Про внесення зміни до Закону України «Про вибори народних депутатів України»: Закон України від 3 березня 1998 року // Відомості Верховної Ради України – 1998. – № 10 – Ст. 38; Про внесення зміни до статті 7 Закону України «Про вибори народних депутатів України»: Закон України від 24 березня 1998 року // Відомості Верховної Ради України – 1998 – № 14 – Ст. 62.

ційного Суду України приписи щодо порядку їх виконання, відповідні закони, інші правові акти або їх окремі положення, визнані за цими рішеннями неконституційними, не підлягають застосуванню як такі, що втратили чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність»¹.

Повноваження Конституційних Судів скасовувати неконституційні закони є традиційним для світової практики конституційного судочинства. Ідеолог сучасної системи конституційного судочинства Г. Кельзен вважав, що парламент не може сам забезпечувати свою підпорядкованість Конституції і відповідність їй всіх своїх актів і «саме тому незалежному від парламенту і, як наслідок, незалежному від будь-якої іншої державної влади органу слід доручити анулювання неконституційних актів, тобто судовому органу чи Конституційному трибуналові»².

Аналізуючи сутність конституційного контролю в Україні, Ю. М. Тодика та О. В. Марцеляк дійшли висновку, що «з точки зору правових наслідків конституційний контроль в Україні є остаточним, а не консультативним... Адже при консультативному контролі рішенням конституційного суду притаманна моральна, а не юридична сила... Навпаки, рішення, що приймається в порядку постановляючого контролю, є обов'язковим, навіть загальнообов'язковим, і якщо таким рішенням оголошується акт як такий, що не відповідає Конституції, то жодні претензії до нього в цьому разі більше не приймаються. Якщо ж акт визнаний неконституційним, то він втрачає юридичну силу»³.

На думку Є. Євграфової, «ухвалюючи рішення про визнання законів, інших рішень або їх окремих положень такими, що не відповідають Конституції України (неконституційними), Конституційний

¹ У справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Постанови Верховної Ради України «Про чинність Закону України «Про Рахункову палату», офіційного тлумачення положень частини другої статті 150 Конституції України, а також частини другої статті 70 Закону України «Про Конституційний Суд України» стосовно порядку виконання рішень Конституційного Суду України (справа про порядок виконання рішень Конституційного Суду України): Рішення Конституційного Суду України від 14 грудня 2000 року // Офіційний вісник України – 2000 – № 51 – Ст. 2226.

² Kelsen H. La garantie juridictionnelle de la Constitution // Revue de la droit public et de la science politique en France – P., 1928 – # 2. – P. 198. Цит. за: Маклаков В. В. Конституционный контроль в странах – членах Европейского Союза. – М.: ИНИОН РАН, 1995. – С. 15.

³ Тодика Ю., Марцеляк О. Конституційний Суд України в механізмі забезпечення основних прав і свобод громадянина // Вісник Академії правових наук України. – 1997 – № 4 – С. 33–34.

Суд таким чином вносить в чинне законодавство... певні зміни»¹, а Г. Гаджиев вважає, що у зв'язку з цим «при новому опублікуванні закону, одне з положень якого визнано неконституційним, скасоване положення не відтворюється, і в примітці зазначається, якою постановою Конституційного Суду зроблено «пролом» у законі»².

Суддя Верховного Суду США Холмс у рішенні по справі *Southern Pacific Co v. Jensen* зазначив: «Я визнаю без коливань, що судді можуть і повинні законодавствувати»³. Проте в країнах континентальної системи права суддівське «законодавствування» звужене порівняно з країнами англосаксонського права. В країнах з континентальною системою права, у тому числі й в Україні, суд (зокрема, Конституційний) з трьох функцій законодавця (приймати, змінювати та скасовувати закони) виконує лише одну. Він може лише скасувати закон, причому лише за однією підставою – у разі визнання такого закону неконституційним.

Розглядаючи проблеми скасування юридичних актів, В. О. Толстик зробив висновок, що «перш за все, подібне право (скасування юридичних актів – Ю. П.) має будь-який суб'єкт правотворчості відносно прийнятих ним норм. Це так зване автентичне скасування... Крім автентичного існує і легальне скасування, тобто надане законом тому чи іншому органу державної влади право скасувати чинність нормативних правових актів, прийнятих іншими (як правило, нижчестоящими) суб'єктами правотворчості. Право легального скасування має Конституційний Суд»⁴.

Про те, що «рішення Конституційного суду України про неконституційність правових актів скасовують їх», пише і суддя Конституційного Суду України В. П. Тихий. Повноваження Конституційного Суду скасовувати неконституційні закони дало підстави В. М. Бара-

¹ *Євграфова Є.* Акти Конституційного Суду України в системі національного законодавства // *Право України – 2001 – № 10.* – С. 66.

² *Гаджиев Г.* Правовые позиции Конституционного Суда РФ как источник конституционного права // *Конституционное право: восточно-европейское обозрение – 1999 – № 3 (28).* – С. 85.

³ *Cardozo B.* *The Nature of Juridical Process* – N.Y., 1968. P. 69. Цит. за: *Нудель М. А.* Конституционный контроль в капиталистических государствах. – М.: Юридическая литература, 1968 – С. 155.

⁴ *Толстик В. А.* Техничко-юридические приемы выявления, устранения и преодоления формально-логических противоречий // *Проблемы юридической техники: Сборник статей / Под ред. д-ра юрид. наук. проф. В. М. Баранова* – Нижний Новгород, 2000 – С. 122–123.

⁵ Див.: *Тихий В.* Дія рішень Конституційного Суду України в часі // *Вісник Конституційного Суду України – 2001.* – № 5 – С. 51.

нову та Д. С. Кондакову образно назвати його «негативним законодавцем»¹.

У зв'язку зі сказаним, не можна погодитися з думкою тих правознавців, які, заперечуючи можливість скасування законів Конституційним Судом України, посилаються на те, що останній не є законодавцем. Так, він справді ним не є. Але твердження про те, що Конституційний Суд уповноважений скасовувати закони, які є неконституційними, аж ніяк не є наслідком визнання його законодавцем. Конституційний Суд України, не будучи законодавцем, як вже зазначалося, лише виконує одну з функцій, яка раніше (до утворення Конституційного Суду) самому законодавцеві і належала, а з моменту створення Конституційного Суду – була передана йому. Це – функція скасування (визнання не чинними) неконституційних законів. Ніяких інших законодавчих функцій Конституційний Суд не виконує та й не може виконувати, оскільки він дійсно не є законодавцем. Є. Євграфова правильно пише, що, «ухвалюючи рішення (про неконституційність законів, – Ю. П.), Конституційний Суд не встановлює норм права, що не властиво його призначенню і повноваженням, а лише «звільняє» систему законодавства від актів, що суперечать Основному Закону держави»².

Таким чином, процедура «підтвердження» Верховною Радою України рішень Конституційного Суду не відповідає ні Конституції України, ні світовій конституційній практиці, ні позиціям правової доктрини. Вона підриває статус Конституційного Суду як незалежного авторитетного органу державної влади, перетворюючи його у такий собі дорадчий орган при Парламенті. Саме тому, визнання кримінального закону в цілому чи в окремій частині неконституційним слід вважати окремим способом його скасування, який не потребує жодного «підтвердження». Тому слід вважати, що стаття 24 та інші статті КК України 1960 року, що передбачали смертну кару як вид покарання, втратили чинність не з моменту набуття чинності Законом України від 22 лютого 2000 року «Про внесення змін до Кримінального, Кримінально-процесуального та Виправно-трудоного кодексів України», а з моменту набуття чинності Рішенням Конституційного Суду України від 29 грудня 1999 року у справі про смертну кару.

Наступною підставою втрати чинності кримінальним законом є

¹ Див.: Баранов В. М., Кондаков Д. С. Примечания в российском праве: природа, виды, проблемы реализации // Проблемы юридической техники: Сборник статей / Под ред. д-ра юрид. наук. проф. В. М. Баранова – Нижний Новгород, 2000 – С. 399.

² Євграфова Є. Акти Конституційного Суду України в системі національного законодавства // Право України – 2001. – № 10 – С. 67.

його заміна іншим або ж викладення у новій редакції. Такий порядок припинення чинності законів є відомим ще з часів давньоримського права – *lex posterior derogat priori* (закон наступний скасовує попередній) – і сьогодні знайшов визнання не лише у вітчизняній та зарубіжній правовій науці, а й в актах органів державної влади України. Так, у Рішенні в справі за конституційним зверненням Барабаша Олександра Леонідовича щодо офіційного тлумачення частини п'ятої статті 94 та статті 160 Конституції України (справа про набуття чинності Конституцією України) Конституційний Суд України сформулював таку правову позицію: «Конкретна сфера суспільних відносин не може бути водночас врегульована однопредметними нормативними правовими актами однакової сили, які за змістом суперечать один одному. Звичайною є практика, коли наступний у часі акт містить пряме застереження щодо повного або часткового скасування попереднього. Загальновизнаним є й те, що з прийняттям нового акта, якщо інше не передбачено самим цим актом, автоматично скасовується однопредметний акт, який діяв у часі раніше»¹.

Цю ж думку Конституційний Суд України повторив і в ухвалі про припинення конституційного провадження у справі за конституційним поданням 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Указу Президента України від 29 листопада 1996 р. «Про Державну митну службу України» та Указу Президента України від 8 лютого 1997 р. «Про Положення про Державну митну службу України», відзначивши, що «загальновизнаним є те, що з прийняттям нормативно-правового акта в новій редакції втрачають чинність норми акта в попередній редакції»². Таким чином, викладення кримінального закону в новій редакції, навіть якщо про це немає спеціального застереження у самому новому законі, припиняє чинність попередньої редакції так само, як припиняє її і скасування закону Верховною Радою України.

Втрата кримінальним законом чинності з підстав спливу строку, визначеного законодавцем при його прийнятті, в історії розвитку кримінальних законів України ще не траплялася. Це, однак, не виключає того, що на певному історичному етапі законодавець може вдатися до неї, а, отже, потенційно вона є можливою і тому має роз-

¹ У справі за конституційним зверненням Барабаша Олександра Леонідовича щодо офіційного тлумачення частини п'ятої статті 94 та статті 160 Конституції України (справа про набуття чинності Конституцією України): Рішення Конституційного Суду від 3 жовтня 1997 року // Офіційний вісник України – 1997 - № 42 – С. 59–62.

² Огляд ухвал Конституційного Суду України // Вісник Конституційного Суду України – 2000. – № 1 – С. 45.

глядатися в системі інших підстав. Відмінність цієї підстави втрати кримінальним законом чинності від його скасування шляхом прийняття іншого закону, строк набуття чинності якого віддалений у часі, полягає в двох моментах. По-перше, при втраті кримінальним законом чинності у зв'язку зі спливом визначеного строку, строк його чинності визначається саме в цьому, а не в іншому законі. По-друге, такий строк визначається законодавцем вже в момент прийняття закону, а не під час його чинності. При недотриманні принаймні однієї з цих умов вже матиме місце втрата чинності законом з підстав його скасування.

Прийняття Верховною Радою України постанови «Про зупинення застосування статей 25¹ та 52² Кримінального кодексу Української РСР»¹ поставило перед наукою кримінального права також проблему дослідження юридичної сутності та значення зупинення застосування закону. Іноді вважають, що зупинення застосування закону фактично є окремою підставою втрати ним чинності. Натомість В. М. Василяш, посилаючись на вищезгадану постанову Верховної Ради України, пропонує розрізнити поняття «втрати чинності кримінальним законом» і «зупинення чинності кримінального закону», визнаючи за можливе таке зупинення шляхом прийняття Верховною Радою України спеціальних постанов². Про доцільність легалізації інституту призупинення дії окремих нормативних правових актів, яке має здійснюватися суб'єктом правотворчості, пише і В. О. Толстик³.

Проте погодитися з можливістю зупинення (чи призупинення) чинності (чи застосування) кримінального закону спеціальними постановами Верховної Ради України не видається за ймовірне. По-перше, видання таких постанов (чи навіть законів) не визначене серед повноважень Верховної Ради України, що вичерпно встановлені Конституцією України (стаття 85 та інші). По-друге, зупинення чинності кримінального закону є неможливим за визначенням, оскільки неможливо зупинити його існування. Мав рацію С. Ф. Кечек'ян, коли стверджував, що «закони не можуть мовчати ні за яких обставин,

¹ Про зупинення застосування статей 25¹ та 52² Кримінального кодексу Української РСР: Постанова Верховної Ради України від 16 травня 1992 року // Відомості Верховної Ради України. – 1992 – № 32 – Ст. 462.

² Див.: Василяш В. М. Втрата та зупинення чинності кримінального закону // Вісник Львівського університету. Серія юридична – 1999. – Вип. 34 – С. 188.

³ Див.: Толстик В. А. Техничко-юридические приемы выявления, устранения и преодоления формально-логических противоречий // Проблемы юридической техники: Сборник статей / Под ред. д-ра юрид. наук, проф. В. М. Баранова – Нижний Новгород, 2000 – С. 123.

якщо вони не скасовані і залишаються чинними. Зупинення їх чинності має бути ні чим іншим, як наслідком чинності іншого закону»¹.

Отже, Верховна Рада України може лише припинити існування кримінального закону (скасувати його), а потім відновити таке існування (знову прийняти відповідний закон). По-третє, зупинення застосування закону, як видається, порушує і встановлений Конституцією України принцип поділу влад (ч. 1 ст. 6). Адже застосування чинного кримінального закону є виключним повноваженням органів судової влади, і заборона застосування чинних законів органом законодавчої влади у формі «зупинення їх чинності» є прямим втручанням у незалежність правосуддя. Саме тому не можна визнати за доцільну і конституційну практику зупинення Верховною Радою України чинності чи застосування кримінального закону. З цих же причин не можна й прирівнювати так зване «зупинення чинності» кримінального закону до втрати ним чинності.

Отже, кримінальний закон є чинним, доки не втратить чинність у зв'язку з однією з таких підстав: його скасування (самим законодавцем чи Конституційним Судом України), зміни іншим законом чи спливу визначеного строку його чинності.

¹ Кечекьян С. Ф. Правоотношения в социалистическом обществе – М.: Изд-во Академии наук СССР, 1958 – С. 15.

Р о з д і л 3

ДІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ

3.1. Поняття дії кримінального закону

Проблема поняття дії кримінального закону до цього часу залишається малодослідженою в кримінально-правовій науці. Частково це зумовлено тим, що і в загальній теорії права досі ще не досягнуто однозначності в розумінні загальних питань дії закону. Проте, розуміння цього феномена має принципове значення, оскільки, як слушно зазначає Ю.О. Тихомиров, дозволяє виявити та глибше зрозуміти особливості законодавчого впливу на поведінку людей та ефективність такого впливу¹. При цьому слід одразу зазначити, що однією з причин такої ситуації є, очевидно, полісемія (багатозначність) при використанні юристами-науковцями терміна «дія закону». Так, у багатьох випадках в літературі поняття «дія закону» ототожнюється з «чинністю закону», у зв'язку з чим під «дією» закону розуміється як власне його дія, так і його чинність. Навіть Конституційний Суд України в своїх рішеннях також фактично ототожнює поняття «дія» і «чинність» закону: «Дію нормативно-правового акта в часі треба розуміти так, що вона починається з моменту набрання цим актом чинності і припиняється з втратою ним чинності»². У КК України 1960 року ці поняття також не розмежовувалися і вживалися в статті 6 як синоніми: якщо в назві цієї статті йшлося про «чинність кримінального закону в часі», то в частині 1 встановлювалося, що «злочинність і караність діяння визначаються законом, який діяв під час вчинення цього діяння».

Такий стан термінологічної невизначеності, очевидно, виклика-

¹ См.: Тихомиров Ю. А. Теория закона – М.: Наука, 1982 – С. 222.

² Див.: У справі за конституційним зверненням Національного банку України щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 58 Конституції України (справа про зворотню дію в часі законів та інших нормативно-правових актів): Рішення Конституційного Суду України від 9 лютого 1999 року // Офіційний вісник України – 1999 – № 7 – Ст. 255.

ний тим, що вітчизняна правова наука протягом тривалого часу розвивалася в «російськомовному варіанті», а це викликало труднощі щодо розмежування понять «чинність» і «дія» кримінального закону, оскільки, як відомо, російською і «чинність», і «дія» перекладаються однаково – «действие». Так, Ю. А. Соколов писав: «Закон є чинним (рос.: «имеет силу» – Ю. П.) остільки і до тих пір, оскільки і поки він зберігає свою обов'язковість. Дія (рос.: «действие».– Ю. П.) радянського закону починається з моменту набуття ним чинності. Тому радянське законодавство не проводило і не проводить відмінності між набуттям законом чинності і набуттям (введенням) його в дію»¹. Так само не проводять відмінності між чинністю і дією закону і багато сучасних криміналістів². Справедливо звертаючи на це увагу, А. А. Белкін, наприклад, пропонує відрізнити дію закону від володіння ним силою (чинністю) .

Таким чином, першою проблемою, яка постає при визначенні поняття дії кримінального закону, є відмежування її від чинності кримінального закону. Навряд чи можна погодитися з В. В. Копейчиковим у тому, що «будь-який закон живе тільки тоді, коли він виконується всіма і повсюдно»⁴. Як вже було сказано, «життя» закону, тобто його чинність, є його об'єктивною властивістю, пов'язаною з існуванням закону у часі, як об'єктивного явища. І не більше. Тому кримінальний закон, який є чинним, необов'язково може діяти. Дещо забігаючи наперед, зазначу, що такі ситуації мають місце, наприклад, у випадках, коли відсутні юридичні факти, які зумовлюють дію кримінального закону, – не вчиняються передбачені ним злочини. І навпаки, може діяти кримінальний закон, який вже не є чинним. Це має місце у разі так званого «переживання» старого кримінального закону, коли за-

¹ С. К. Действие советских законов во времени (Диссертация Ю. А. Соколова) // Советское государство и право – 1950 – № 4. – С. 92.

² Див., наприклад: *Журавлёва Е. М.* Действие уголовного законодательства Российской Федерации во времени: Дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 – М.: Академия управления Министерства внутренних дел России, 1997 – С. 17–18; *Мельников М. Г.* Действие уголовного закона во времени и в пространстве: Дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 – Рязань: Рязанский институт права и экономики, 1999 – С. 24–29; *Уголовный закон и преступление / Э. Т. Борисов, О. В. Корягина, И. Б. Степанова, Э. С. Тенчов, Т. М. Явчуновская.* Под ред. Э. С. Тенчова – Иваново: Ивановский гос. ун-т, 1997 – С. 20–21; *Коржанский Н. И.* Очерки теории уголовного права. – Волгоград: Высшая школа МВД РФ, 1992. – С. 30; *Воробей П. А., Коржанский М. И., Шупаковский В. М.* Завдання і дія кримінального закону – К.: Генеза, 1997 – С. 95.

³ Див.: *Белкин А. А.* Юридические акты: обладание силой и действие // Правоведение – 1993 – № 5 – С. 3–14.

⁴ *Копейчиков В. В.* Роль КИРС у зміцненні законності і правопорядку // Радянське право. – 1983 – № 8 – С. 9.

кон, який вже втратив чинність, застосовується втім до злочину, вчиненого під час його чинності, оскільки наступний кримінальний закон посилює кримінальну відповідальність. Тому правильним буде висновок: чинність кримінального закону в часі, тобто його існування у часі, не є залежною від обставин, що зумовлюють його дію, а, навпаки, створює передумови для дії закону. Інакше кажучи, не дія кримінального закону є умовою його чинності, а чинність закону є передумовою його дії, оскільки діяти може лише той закон, який є (чи був) чинним, існуючим на певний момент. П. А. Воробей, М. Й. Коржанський та В. М. Щупаковський пишуть, що законодавець, надаючи закону чинності, лише створює можливість дії, можливість застосування. На їх думку, «закон починає діяти лише тоді, коли виконавці закону перетворюють цю законодавчу можливість в дійсність, коли вони почнуть його виконувати, реалізовувати. Без його виконання, застосування закон не діє, а лише існує на папері мертвим письмом»¹.

Отже, дія закону – явище, відмінне від просто його існування (чинності) і полягає в переведенні положень чинного закону в певний соціальний результат. У зв'язку з цим слушною вважаємо думку В. Є. Гулієва та Г. А. Кравцова: «Для пояснення того, що таке «дія закону», очевидно слід розглянути способи реалізації правових приписів – застосування, виконання та дотримання норм права – та пов'язати кожен з них з часовими та просторовими межами існування закону»². Тобто, дія кримінального закону має розглядатися крізь призму реалізації його положень у конкретних умовах часу і місця. Причому така реалізація проявляється у процесі застосування даного закону до тих соціальних явищ, які ним регулюються. Отже, «питання про дію кримінального закону є питанням про його застосування»³.

У загальній теорії права вважається, що застосування закону разом з його дотриманням, виконанням та використанням є формою реалізації закону (права). При цьому, якщо останні три форми реалізації законів здійснюються приватними особами, які дотримуються заборон, виконують обов'язки та використовують права, визначені

¹ Воробей П. А., Коржанський М. Й., Щупаковський В. М. Завдання і дія кримінального закону – К.: Генеза, 1997 – С. 5.

² Гулієв В. Е., Кравцов Г. А. Действие закона во времени и в пространстве: Рец. на: Тилле А. А. Время, пространство, закон – М.: Юридическая литература, 1965.– 201 с. // Советское государство и право.– 1966.– № 7.– С. 157.

³ Див.: Шнейдер М. А. Советское уголовное право. Часть Общая (Учебное пособие).– М.: ВЮЗИ, 1955 – С. 33.

законом, то застосування закону є прерогативою органів державної влади і полягає у їх владній, організуючій діяльності, що має на меті забезпечити суб'єктам, яких стосуються законодавчі приписи, реалізацію належних їм прав та обов'язків¹.

Таким чином, реалізація кримінального закону як закону що звернутий до судів та органів кримінального переслідування², може бути здійснена лише у формі його застосування цими органами. Під час такого застосування здійснюється логічна операція підведення одичного під загальне, або, як писав Г. В. Ф. Гегель, загальне визначення закону зламлюється до окремого конкретного випадку³. Тобто, повноваження держави покласти на особу, що вчинила злочин, кримінальну відповідальність, яке загальним чином визначене у кримінальному законі, конкретизується і реалізується для певного випадку вчинення особою злочину.

Втім, дія кримінального закону є більш широким поняттям порівняно із його застосуванням, оскільки вона має місце і поза процесом застосування закону. Відомо, що застосування закону завжди пов'язується з діяльністю певних державних органів, яка починається зі встановлення ними фактичних обставин справи і завершується прийняттям рішення у справі⁴. Проте, вже для того, щоб компетентні державні органи почали встановлювати фактичні обставини справи, вони мають бути наділені відповідним повноваженням. Це повноваження у них з'являється на підставі кримінального закону, тобто також є результатом його дії.

Отже, видається за можливе розглядати дію кримінального закону в двох аспектах, або, точніше, на двох рівнях. Перший рівень дії кримінального закону – це його потенційна, або попередня дія. Вона полягає в тому, що кримінальний закон надає державі повноваження визнати те чи інше конкретне вчинене особою діяння злочином та

¹ Див., наприклад: *Алексеев С. С.* Теория права – М.: БЕК, 1994 – С. 176–180; *Общая теория права и государства: Учебник / В. С. Афанасьев, А. Г. Братко, А. П. Герасимов* и др. Под ред. *В. В. Лазарева* – М.: Юрист, 1994 – С. 174; *Теория государства и права: Учебник для вузов / С. В. Боботов, Н. В. Варламова, В. В. Лазарев* и др. Под ред. *Г. Н. Манова*. – М.: БЕК, 1995 – С. 206.

² Винятки, як зазначалося вище, становлять лише положення, які визнають право приватних осіб на вчинення тих чи інших дій та порядок здійснення цього права (наприклад, право на необхідну оборону, на затримання злочинця тощо).

³ *Гегель Г. В. Ф.* Философия права. – М.: Мысль, 1990 – С. 252.

⁴ Див., наприклад: *Загальна теорія держави і права: Підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Богачова* та ін. За ред. *М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина* – Х.: Право, 2002 – С. 365–366.

застосувати за його вчинення кримінальну відповідальність. Щоб в результаті потенційної дії кримінального закону у держави виникло повноваження визнати злочином конкретне діяння конкретної особи та покласти на цю особу кримінальну відповідальність, повинно бути вчинене таке діяння, яке підпадає під ознаки складу злочину, що описані в кримінальному законі. Вчинення такого діяння саме і виступає тією необхідною умовою, яка забезпечує перехід наслідків, що випливають із закону, з можливості у дійсність¹. Інакше кажучи, вчинення такого діяння породжує у держави дійсне повноваження на визнання вчиненого злочином та покладення на особу, що його вчинила, кримінальної відповідальності.

Таким чином, *на цьому рівні дія кримінального закону полягає в наділенні держави в особі органів кримінального переслідування повноваженням визнати конкретне вчинене особою діяння злочином та піддати таку особу кримінальній відповідальності*. Поява такого повноваження стає результатом дії кримінального закону. Але, оскільки таке повноваження ще не може бути одразу, з моменту його появи, реалізоване, а для своєї реалізації вимагає певного підтвердження, його цілком можна іменувати потенційним. У зв'язку з цим і дія кримінального закону на даному етапі є ще тільки потенційною.

Отже, для того, щоб кримінальний закон отримав потенційну дію, має бути вчинений злочин. І навпаки, поки особою злочин не вчинено – кримінальний закон не діє і не наділяє державу повноваженням на притягнення цієї особи до кримінальної відповідальності. Тому не видається за можливе погодитися з досить поширеною у кримінально-правовій науці думкою, яку, наприклад, М. Д. Дурманов висловлював так: «Кримінально-правова норма ... діє і чинить регулюючий вплив на суспільні відносини з моменту набуття чинності кримінальним законом, що містить цю норму, але ніяк не з моменту вчинення винуватцем злочину, закріпленого нормою, чи застосування санкції цієї норми»². Інші криміналісти були менш категоричними у своїх судженнях і допускали можливість дії кримінального закону як до моменту вчинення злочину, так і після його вчинення. Наприклад, Т. В. Кльонова зазначає: «До вчинення злочину, яким порушується встановлена заборона, кримінально-правова норма реалізується у формі відносин, що виникають між громадянами та державою

¹ Філософський словник / За ред. В. І. Шинкарука. – К.: Українська радянська енциклопедія, 1973 – С. 155.

² Див.: Развитие советской демократии и укрепление правопорядка на современном этапе / А. И. Денисов, В. Д. Меньшагин, Н. Ф. Кузнецова и др. Под ред. А. Н. Васильева – М.: Изд-во МГУ, 1967 – С. 100–101. (автор глави – М. Д. Дурманов).

у зв'язку з попередженням злочинів на підставі заборон певних видів поведінки... Якщо ж всупереч встановленій забороні злочин вчинюється, кримінально-правова норма реалізується вже у формі відносин, що виникають між державою та злочинцем у зв'язку з вчиненням злочином, коли злочин певним чином кваліфікується, а особи, винуватій у його вчиненні, призначається кримінальне покарання»¹.

Таке розуміння дії кримінального закону, гадаю, є занадто широким. Дійсно, наявність у суспільстві кримінального закону, який містить перелік видів поведінки, що визнаються злочинами, та заходи кримінальної відповідальності за їх вчинення є певним стримуючим фактором для окремих членів цього суспільства². Вище вже називалися наведені різними дослідниками цифри, які свідчать про те, що певний, досить малий, відсоток людей не вчинюють злочини через страх перед кримінальним законом. Але не можна сказати, що таке невчинення злочину є результатом дії закону. Слід погодитися з Л. І. Спиридоновим у тому, що воно швидше є результатом ціннісно-орієнтаційного впливу існування кримінального закону на суспільну свідомість, який відбувається поза межами реалізації закону, поза межами його дії³.

Слушною видається також і думка І. М. Даньшина та Ю. М. Грошового, які пишуть, що кримінальний закон сприяє зміцненню в свідомості громадян стійких правил належної поведінки. При цьому він – лише один з числа інших заходів (література, мистецтво, сучасні масові засоби виховання), спрямованих на формування певних соціальних і особистих якостей громадян⁴. Тобто, утримуючи самим фактом свого існування певну категорію осіб від вчинення злочину, кримінальний закон виконує таку ж роль, як і замок на дверях, який перешкоджає злочинцеві проникнути до приміщення з метою вчинення

¹ Кленова Т. В. Предмет и метод уголовного-правового регулирования как основные критерии классификации уголовно-правовых норм // Актуальные вопросы реализации уголовной ответственности: Межвуз. сб. ст. – Куйбышев: Куйбышевск. гос. ун-т, 1988 – С. 8.

² Деякі криміналісти, визнаючи наявність у кримінальному законі певного стримуючого впливу на індивіда, надають цьому впливу гіпертрофованого значення, стверджуючи, що його здійснення є «провідною метою кримінально-правової норми» (Див.: Похмелкин В. В. О противоречиях уголовно-правового запрета и путях их преодоления в законодательной практике // Основания и порядок реализации уголовной ответственности: Межвуз. сб. науч. раб. – Куйбышев: Куйбышевск. гос. ун-т, 1989 – С. 4.)

³ Див.: Спиридонов Л. И. Социология уголовного права – М.: Юридическая литература, 1986 – С. 168–179.

⁴ Див.: Даньшин И, Грошовий Ю. Запобіжне значення кримінального і кримінально-процесуального законів // Радянське право – 1969 – № 6 – С. 74–75.

крадіжки. Хтось у зв'язку з такими факторами (закон чи замок) не вчинить злочину, а інший – знехтує ними і скоїть задумане. Такий вплив закону на поведінку людей здійснюється ним позаюридичними засобами: в цих випадках кримінальний закон не створює ніяких прав, обов'язків чи повноважень. Вище вже зазначалося, що кримінальний закон не містить заборон на вчинення злочинів, а лише карає за порушення заборон, що випливають з існуючого правопорядку. Тому утримання певних осіб від вчинення злочинів через страх покарання є не результатом дії кримінального закону, а результатом впливу на свідомість цих людей авторитету закону та державних органів, які його застосовують.

Саме тому в контексті даного дослідження дія кримінального закону розглядається виключно як його юридична дія, як породження ним суб'єктивних прав, юридичних обов'язків чи повноважень у суб'єкта, до якого він звернутий, чия діяльність він регулює. Таким суб'єктом, як зазначалося, є лише держава в особі відповідних органів державної влади. Тому діяти кримінальний закон може тільки щодо цих органів, наділяючи їх відповідними повноваженнями¹. Будь-який інший вплив кримінального закону на суспільство, не пов'язаний з породженням прав, обов'язків чи повноважень у конкретних суб'єктів, а лише такий, що полягає у формуванні їх правосвідомості, не є дією закону.

Отже, у випадку вчинення злочину в результаті потенційної дії кримінального закону у держави породжується потенційне повноваження визнати таке діяння злочином та застосувати до особи, яка його вчинила, кримінальну відповідальність. При цьому відомо, що поява в результаті тієї чи іншої дії або події юридичних наслідків (у виді прав чи обов'язків) вже свідчить про появу правовідношення². Таким чином, слід визнати, що з моменту вчинення злочину між особою, яка його вчинила, та державою складаються певні правовідносини.

Питання про момент виникнення і припинення правовідносин, які складаються між державою та особою, яка вчинила злочин, є досить дискусійними у науці кримінального права. Іноді навіть взагалі заперечується можливість існування будь-яких правовідносин у такому

¹ Знову ж таки зауважимо, що в тих його положеннях, які не є кримінально-правовими, кримінальний закон може діяти і щодо приватних осіб, надаючи їм право на необхідну оборону, на затримання злочинця чи вчинення інших діянь за обставин, що виключають їх злочинність. Проте, така дія кримінального закону щодо приватних осіб є винятком із загального правила про те, що він діє лише відносно державних органів.

² Див: *Кечекьян С. Ф.* Правоотношения в социалистическом обществе – М.: Изд-во Академии наук СССР, 1958 – С. 161.

випадку. Так, на думку А. І. Загорулька, «у самому поєднанні слів «кримінальні» та «правовідносини» закладено суперечність. Якщо це правовідносини, – пише він, – то вони повинні захищатися і охоронятися. Якщо ж це кримінальне відношення, то воно злочинне, підлягає припиненню»¹. Автор робить висновок: «Застосування до злочинця кримінально-правових покарань здійснюється в рамках кримінально-процесуальних правовідносин, а не якихось особливих матеріальних кримінальних правовідносин»².

Подібні судження висловлювалися й криміналістами³, однак більшість вчених все ж вважає, що відносини, які складаються між державою та особою, що вчинила злочин, є правовими, зокрема – кримінально-правовими, їх об'єктивність достатньо аргументована і на сьогодні практично не дискутується. Що ж стосується зауваження А. І. Загорулька про те, що це буцімто «антисуспільні відносини», то воно також вразливе для критики, оскільки в рамках кримінального правовідношення здійснюється позитивна, соціально корисна діяльність держави щодо протидії злочинності шляхом покладення кримінальної відповідальності на особу, яка вчинила злочин.

Що ж до моменту виникнення кримінальних правовідносин, то різними авторами обґрунтовувалися різні точки зору. Їх критичний аналіз у сучасній літературі досить повно здійснили В. С. Прохоров, М. М. Кропачов, О. М. Тарбагаєв⁴ та Г. О. Петрова⁵ (що, на думку автора цих рядків, звільняє його від необхідності повторення).

Таким чином, з моменту вчинення злочину в результаті потенційної дії кримінального закону у держави з'являється потенційне повноваження визнати цю особу такою, що вчинила злочин, і піддати її кримінальній відповідальності. Для того, щоб реалізувати таке потенційне повноваження, держава (в особі органів кримінального переслідування: органів дізнання, досудового слідства та прокуратури) уповноважується кримінально-процесуальним законом обвинувачувати

¹ Загорулька А. І. Обязательства по возмещению вреда, причиненного субъектами гражданского права - Х.: Консум, 1996 – С. 23.

² Там само.

³ Див., наприклад: Курс советского уголовного права. Часть Общая – Т. I: Уголовный закон / А. А. Пионтковский, А. А. Герцензон, Н. Д. Дурманов, П. С. Ромашкин. Ред. кол.: А. А. Пионтковский, П. С. Ромашкин, В. М. Чихвадзе – М.: Наука, 1970 – С. 15.

⁴ Див.: Прохоров В. С., Кропачев Н. М., Тарбагаев А. Н. Механизм уголовно-правового регулирования: норма, правоотношение, ответственность – Красноярск: Изд-во Красноярск. ун-та, 1989 – 208 с.; Кропачев Н. М. Уголовно-правовое регулирование. Механизм и система.– СПб.: Санкт-Петербургский гос. ун-т, 1999 – 262 с.

⁵ Див.: Петрова Г. О. Норма и правоотношение – средства уголовно-правового регулирования - Нижний Новгород: Изд-во ННГУ, 1999 – 192 с.

особу у скоєнні злочину, збирати докази її винуватості та домагатися у суді визнання скоєного злочином і притягнення особи, яка його вчинила, до кримінальної відповідальності. М. М. Полянський правильно підкреслював, що мета кримінального процесу «полягає у встановленні для конкретного випадку (тобто, чи існує) права держави на покарання та евентуально (тобто, якщо воно існує) тих меж, в яких воно підлягає здійсненню»¹. Інакше кажучи, з моменту скоєння злочинного діяння держава в особі органів дізнання, слідства і прокуратури отримує повноваження кримінального переслідування особи, яка вчинила таке діяння, і ще не має повноваження реально піддати цю особу кримінальній відповідальності. Особа ж ця має обов'язок сприйняти кримінальне переслідування і право на те, щоб воно велося в рамках закону, право доводити свою невинуватість у вчиненні злочину та вважатися невинуватою у його вчиненні, доки судом не буде визнано протилежне. Таким чином, з моменту скоєння злочину особа і держава вступають у правовідношення кримінального переслідування, яке, за загальним правилом, закінчується у момент набрання законної сили вироком суду, а в окремих випадках, коли держава з тих чи інших причин відмовляється від кримінального переслідування, – і раніше². При цьому, протягом певного часу суб'єкти описаного правовідношення можуть і не знати про його виникнення. Це, зокрема, має місце у період, коли злочин ще є латентним, або коли особа, яка його вчинила, ще не усвідомлює самого факту вчинення (наприклад, в силу невинуватості юридичної помилки) тощо. Проте таке незнання не усуває об'єктивної наявності самого правовідношення.

У момент набуття законної сили вироком суду, коли скоєне особою діяння констатується як злочин чи не злочин і у першому випадку вирішується питання про покладення на неї кримінальної відповідальності, існує власне кримінальне правовідношення. Саме в цей момент суд підтверджує наявність у держави повноваження притягнути особу до кримінальної відповідальності і це повноваження державою реально здійснюється. Тобто, те повноваження, яке виникло як потенційне з моменту вчинення злочину, стає реальним і здійснюється шляхом реального впливу на особу, яка вчинила злочин. У цей момент потенційність, яка мала місце у правовідносинах кримінального переслідування, актуалізується, і кримінальне правовідношення існує «в чистому вигляді».

¹ Полянський Н. Н. Очерки общей теории уголовного процесса – М.: Право и жизнь, 1927 – С. 44.

² Див.: Головка Л. В. Освобождение от уголовной ответственности и освобождение от уголовного преследования: соотношение понятий // Государство и право – 2000 – № 6. – С. 41–51.

Отже, в момент визнання судом в обвинувальному вирокі діяння, вчиненого особою, злочином та покладення на таку особу кримінальної відповідальності проявляється другий рівень дії кримінального закону – його реальна дія. У даному випадку правило поведінки, визначене кримінальним законом, застосовується до певного суспільного відношення, що створює умову для подальшої реалізації цього правила у реальній поведінці суб'єктів правовідношення¹.

Таким чином, *реальна дія кримінального закону – це його реальний вплив на правовідносини, що склалися між особою, яка вчинила злочин, та державою шляхом констатації наявності чи відсутності у таких правовідносинах повноваження держави визнати конкретне вчинене особою певним злочином та застосувати за його вчинення конкретний обсяг кримінальної відповідальності.*

На відміну від потенційної дії, яка має місце в силу самого факту вчинення діяння, що підпадає під ознаки описаного в КК складу злочину, реальна дія кримінального закону має місце лише шляхом застосування його судом.

Слід підтримати тих авторів, які вважають, що дія і застосування закону не є тотожними поняттями². Якщо дія кримінального закону – це поняття матеріального права, яке відображає сутність, зміст впливу закону на кримінальне правовідношення, то застосування кримінального закону – це поняття процесуального права, яке характеризує форму зовнішнього прояву такого впливу. В результаті реальної дії кримінального закону потенційне повноваження, що виникло у держави з моменту вчинення злочину, стає реальним і чітко окресленим. Держава стає повноважною визнавати діяння, вчинене особою, лише тим злочином, яким його назвав суд у вирокі, і застосовувати лише таку кримінальну відповідальність, яку визначив суд. Таким чином, реальна дія кримінального закону створює передумову для трансформації юридичного змісту правовідношення, що виникло з моменту вчинення злочину, у фактичний. Фактично може бути реалізоване лише конкретизоване судом повноваження держави, а не те потенційне, яке з'явилося у неї в результаті потенційної дії кримінального закону.

¹ Карпен У. Процесс применения правовой нормы // Очерки методологии законодательства: Материалы первого конгресса европейской ассоциации содействия законодательству: Льеж (Бельгия), 9–11 сентября 1993 г. – Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996 – С. 39.

² Див.: Перфильев В. В. Действие права (понятие, структура, свойства): Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. – М.: ВНИИСЗ, 1975 – С. 4–5; Гойман В. И. Действие права (методологический анализ): Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01. – М.: Академия МВД РФ, 1992 – С. 24.

Отже, для реальної дії кримінального закону необхідна єдність двох підстав: по-перше, вчинення особою діяння, яке є умовою потенційної дії закону, по-друге, винесення судом правозастосовного рішення у виді обвинувального вироку. Й. О. Покровський, маючи на увазі саме рівень реальної дії закону, зазначав, що «закон не діє механічно; для своєї реалізації у житті він потребує живого посередника, який застосує його до конкретного випадку. Таким посередником є суд»¹.

КК України 2001 року строго витримав концепцію, відповідно до якої правозастосовне рішення, яке є другою підставою реальної дії кримінального закону, може винести лише суд. Відповідно до ч. 2 ст. 2, ч. 2 ст. 44, ч. 1 ст. 74 КК України особа може бути піддана кримінальній відповідальності, звільнена від такої відповідальності або покарання лише судом. При цьому суд, виносячи правозастосовне рішення (обвинувальний вирок при покладенні кримінальної відповідальності або постанову при звільненні від неї), послідовно застосовує обидві частини кримінально-правового припису. Спершу суд застосовує гіпотезу цього припису, в якій описується як злочин те чи інше діяння. Застосуванням гіпотези кримінально-правового принципу суд здійснює кримінально-правову кваліфікацію вчиненого особою діяння². І якщо воно кваліфікується як злочин, констатується наявність у держави реального повноваження визнавати вчинене особою діяння злочином. Далі, якщо в результаті застосування гіпотези кримінально-правового припису діяння кваліфіковане як злочин, суд застосовує санкцію цього припису. В результаті ж застосування санкції визначається реальне повноваження держави покласти на особу конкретний обсяг кримінальної відповідальності. У випадках звільнення особи від кримінальної відповідальності суд застосовує кримінально-правові приписи, які складаються не з гіпотези і санкції, а з гіпотези і диспозиції, причому перша – називає передумови і підстави звільнення від кримінальної відповідальності, друга – визначає повноваження суду на таке звільнення³.

Таким чином, у будь-якому разі суд виносить рішення про відповідність чи невідповідність встановлених фактичних обставин гіпотезі кримінально-правового припису та про кримінально-правові

¹ Покровський І. А. Основные проблемы гражданского права – М.: Статут, 1998 – С. 90.

² Див.: Навроцький В. О. Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації – К.: Атіка, 1999 – С. 76, 84, 85.

³ Детальніше див.: Наден О. В. Спеціальні види звільнення особи від кримінальної відповідальності за злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів – Х.: Право, 2003 – С. 65–70.

наслідки виявленого положення¹. Після того, як в результаті реальної дії кримінального закону у держави з'явилось повноваження визнавати скоєне особою діяння злочином і піддавати її кримінальній відповідальності, існують вже кримінально-виконавчі правовідносини. В рамках цих правовідносин і реалізуються названі повноваження, вони переходять з рівня юридичного змісту правовідношення в його фактичний зміст.

Зауважимо, повноваження держави на визнання особи такою, що вчинила злочин, та піддання її кримінальній відповідальності проходить, за загальним правилом, три стадії розвитку. Спершу в результаті потенційної дії кримінального закону воно з'являється як потенційне. У такому виді воно існує в рамках правовідношення кримінального переслідування. Потім, в результаті реальної дії кримінального закону, воно стає реальним і конкретним. Це відбувається в рамках власне кримінального правовідношення. Після цього, в рамках кримінально-виконавчого правовідношення це повноваження реалізується. Втім, на кожній із цих стадій згадане повноваження визначається тим кримінальним законом, відповідно до якого є юридичним фактом діяння особи, що породило найперше з правовідносин – правовідношення кримінального переслідування. Таким чином, кримінальний закон діє щодо такого правовідношення на всіх трьох етапах, що й дало Н. Б. Алієву підстави виділяти три етапи дії кримінального закону: кримінально-процесуальна діяльність, призначення покарання, виконання покарання².

Той факт, що у всіх трьох названих правовідносинах є єдиними суб'єктний склад (особа, що вчинила злочин, та держава), предмет (кримінальна відповідальність), а їх зміст перебуває у діалектичному розвитку щодо його конкретизації та реалізації, дозволяє говорити про існування кримінального правовідношення, у широкому сенсі. Таке кримінальне правовідношення, у широкому сенсі, вбирає в себе правовідношення кримінального переслідування, власне кримінальне правовідношення та кримінально-виконавче правовідношення. Виникає воно з моменту виникнення правовідношення кримінального переслідування, тобто з моменту вчинення злочину, а закінчується в момент повної реалізації державою свого повноваження піддавати особу кримінальній відповідальності. У зв'язку з цим, власне кримінальне правовідношення, яке є складовою кримінального правовідношення у широкому сенсі, можна назвати «кримінальним правовідношенням у вузькому сенсі».

¹ Див.: *Благов Е. В.* Учение о применении уголовного права – Ярославль: Ярославльск. гос. ун-т, 1993 – С. 9.

² Див.: *Алиев Н. Б.* Теоретические основы советского уголовного право-творчества – Ростов-на-Дону: Изд-во Ростовского ун-та, 1986 – С. 39.

3.2. Час вчинення злочину як критерій виділення видів дії кримінального закону в часі

Поділ того чи іншого явища на види передбачає необхідність спершу визначення критерію такої класифікації, який би став як запорукою повноти і точності такого поділу, так і показником його теоретичної і практичної значимості¹. Щодо поділу на види дії кримінального закону в часі, то за такий критерій звичайно пропонується обирати час вчинення особою злочину. Залежно від цього і в науці кримінального права, і в загальній теорії права часто робиться висновок про те, що існує три види дії закону в часі: негайна дія, зворотна дія та переживання (ультраактивність)².

Вважаємо, що покладення часу вчинення злочину в основу поділу на види дії кримінального закону в часі є принципово правильним. Однак це потребує певного уточнення. На мій погляд, при виділенні видів дії кримінального закону в часі має йтися не лише про час вчинення злочину, а про співвідношення часу вчинення злочину з моментом набуття кримінальним законом чинності. Такий висновок впливає з того, що вже потенційна дія кримінального закону залежить не лише від вчинення злочину, а й від чинності кримінального закону. Діяти може лише закон, який є чи був чинним, і, навпаки, закон, який не є і не був чинним, не має дії.

Питання про момент набуття чинності кримінальним законом було розглянуте у другому розділі цього дослідження. Що ж до проблеми визначення часу вчинення злочину, то вона, переконані потребує поглибленого розгляду як в силу значимості для виділення видів дії кримінального закону в часі, так і в силу відомої неоднозначності її вирішення в науці і в законодавстві. Справедливо підкреслюється, що питання про момент вчинення злочину, яке досить просто вирішується при так званому «одномоментному» його вчиненні, викликає складність в усіх випадках, коли між злочинним діянням та його результатом є розрив у часі; коли є розрив у часі між складовими злочинного діяння; коли співучасники триваючої злочину діють у різний час; коли, нарешті, вчинюється триваючий чи продовжуваний злочин³.

¹ Див.: *Кривоченко Л. Н.* Классификация преступлений – Х.: Вища школа, 1983. – С. 27.

² Див., наприклад: *Алексеев С. С.* Общая теория права: Курс в 2-х т. Т. II – М.: Юридическая литература, 1982 – С. 241; *Тилле А. А.* Время, пространство, закон – М.: Юридическая литература, 1965. – С. 40.

³ Див.: Курс советского уголовного права. Часть Общая – Т. I / *М. Д. Шаргородский, И. И. Солодкин, С. А. Домахин* и др. Отв. ред. *Н. А. Беляев* и *М. Д. Шаргородский* – Л.: Изд-во Ленинград. ун-та, 1968 – С. 106.

У літературі пропонувалися різні, часто діаметрально протилежні варіанти вирішення питання про час вчинення злочину в кожній зі згаданих проблемних ситуацій. Так, щодо часу вчинення злочину, суспільно небезпечні наслідки якого віддалені у часі від суспільно небезпечного діяння, значна кількість криміналістів дотримується позиції, відповідно до якої ним має вважатися час вчинення суспільно небезпечного діяння, незалежно від часу настання його суспільно небезпечних наслідків¹. Аргументами прибічників цієї позиції на її користь є, по-перше, розуміння злочину саме як суспільно небезпечного діяння (дії або бездіяльності), що посягає на певні соціальні цінності²; по-друге, неможливість у значній кількості випадків передбачення суб'єктом, який вчинив суспільно небезпечне діяння, як часу настання його суспільно небезпечних наслідків³, так і закону, який може бути чинним на той момент⁴; по-третє, те, що суб'єктивне ставлення винного до своїх вчинків пов'язане із законом, який існував на

¹ Див.: *Блум М. И.* Вопросы действия советского уголовного закона во времени // Ученые записки Латвийского государственного университета. Т. 44. Юридические науки. Вып. 4. Вопросы уголовного права и процесса. – Рига: Латв. гос. ун-т им. Петра Стучки, 1962 – С. 16; *Иногамова Л. В.* Действие уголовного закона: некоторые проблемы // Региональные проблемы борьбы с преступностью в период совершенствования законодательства: Межвуз. сб. научн. тр. – Тюмень, 1992 – С. 4; *Келина С. Г.* Советский уголовный закон // Советское уголовное право. Часть Общая. В 18-ти вып. Вып. 2 – М.: Всесоюз. юрид. заочн. ин-т, 1961. – С. 27; *Наумов А. В.* Применение уголовно-правовых норм (по материалам следственной и прокурорско-судебной практики). – Волгоград, 1973 – С. 125–127; *Попов А. Н.* Уголовный закон и его обратная сила – СПб: Санкт-Петербург. юрид. ин-т МВД РФ, 1998 – С. 18–20; *Российское уголовное право. Общая часть: Учебник / С. В. Бородин, В. Н. Кудрявцев, Н. Ф. Кузнецова* и др. Под ред. *В. Н. Кудрявцева* и *А. В. Наумова* – М.: Спарк, 1997 – С. 61–62; *Тилле А. А.* Время, пространство, закон. Действие советского закона во времени и в пространстве – М.: Юрид. лит., 1965 – С. 64. *Ткачевский Ю. М.* Давность в советском уголовном праве – М.: Изд-во Москов. ун-та, 1978 – С. 52–53; *Уголовный закон и преступление / Э. Т. Борисов, О. В. Корягина, И. Б. Степанова, Э. С. Тенчов, Т. М. Явчунская.* Под ред. *Э. С. Тенчова* – Иваново: Ивановский государственный университет, 1997 – С. 17–18; *Хавронюк М., Дячук С.* Проблемні питання застосування у кримінальному праві принципу зворотної дії нормативно-правового акту // *Предпринимательство, хозяйство и право* – 1999, – № 11 – С. 36.

² Див.: *Блум М. И., Тилле А. А.* Обратная сила закона. Действие советского уголовного закона во времени – М.: Юридическая литература, 1969 – С. 46.

³ Див.: *Коробеев А. И.* Обсуждение нового уголовного законодательства: «Круглый стол» кафедры уголовного права Юридического института ДВГУ // *Правоведение* – 1998 – № 2 – С. 212 (виступ професора *В. А. Номоконова*).

⁴ Див.: *Бойцов А. И., Волженкин Б. В.* Уголовный закон: действие во времени и в пространстве – СПб.: Ин-т повыш. квалиф. прокурор.-следств. работников Ген. прокуратуры РФ, 1993 – С. 14.

момент вчинення дії (бездіяльності)¹; нарешті ще й те, що суб'єкт діяння хоч завжди і зберігає контроль над своєю поведінкою, проте не завжди може змінити наслідки, що відносяться до сфери зовнішнього світу², а також вплинути на розвиток причинного зв'язку³.

Такий підхід знайшов широку підтримку і в законодавстві багатьох сучасних країн, у тому числі й у КК України 2001 року. Відповідно до частини 3 статті 4 КК України «часом вчинення злочину визнається час вчинення особою передбаченої законом про кримінальну відповідальність дії або бездіяльності». Аналогічні положення містяться і в кримінальних законах багатьох іноземних держав. Так, зокрема, згідно з частиною 2 статті 9 КК Російської Федерації, «часом вчинення злочину визнається час вчинення суспільно небезпечної дії (бездіяльності) незалежно від часу настання наслідків»⁴. Подібні положення містяться у пункті 1 § 67 КК Австрії⁵, частині 10.2 статті 10 КК Азербайджанської Республіки⁶, частині 1 статті 9 КК Республіки Беларусь⁷, частині 2 статті 2 КК Грузії⁸, статті 7 КК Іспанії⁹, статті 4 КК Республіки Казахстан¹⁰, частині 2 статті 15 КК Куби¹¹,

¹ Див.: Курс уголовного права. Общая часть. Т. 1: Учение о преступлении / Г. Н. Борзенков, В. С. Комиссаров, Н. Е. Крылова и др. Под ред. Н. Ф. Кузнецовой и Н. М. Тяжковой – М.: ЗЕРЦАЛО, 1999. С. 104.

² Див.: Кузнецова Н. Ф. Значение преступных последствий для уголовной ответственности – М.: Госюриздат, 1958 – С. 15.

³ Див.: Иногамова Л. В. Действие уголовного закона: некоторые проблемы // Региональные проблемы борьбы с преступностью в период совершенствования законодательства: Межвуз. сб. научн. тр – Тюмень, 1992 – С. 4.

⁴ Уголовный кодекс Российской Федерации: принят Государственной Думой 24 мая 1996 г. // Собрание законодательства Российской Федерации – 1996. – № 25. – Ст. 2954.

⁵ Див.: Уголовный кодекс Австрии / Пер. с нем. А. В. Серебрянниковой – М.: МАКС Пресс, 2001. – С. 45–46.

⁶ Див.: Уголовный кодекс Азербайджанской Республики / Науч. ред., предисл. И. М. Рагимова. Пер. с азербайджанск. Б. Э. Аббасова – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001 – С. 37.

⁷ Уголовный кодекс Республики Беларусь / Вступ. ст. А. И. Лукашова, Э. А. Саркисовой – Минск: Тесей, 2001 – С. 50.

⁸ Уголовный кодекс Грузии / Науч. ред. З. К. Бигвава, вступ. ст. В. И. Михайлова, обзорн. ст. О. Гамкrelидзе. Пер. с грузинск. И. Мериджанашвили. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002 – С. 82.

⁹ Див.: Уголовный кодекс Испании / Пер. с исп. В. П. Зыряновой и Л. Г. Шнайдер. Под ред. и с предисл. Н. Ф. Кузнецовой и Ф. М. Решетникова. – М.: ЗЕРЦАЛО, 1998 – С. 12.

¹⁰ Див.: Уголовный кодекс Республики Казахстан: Закон Республики Казахстан от 16 июля 1997 года № 167 с изм. и доп. на 1 августа 2001 года / С предисл. И. И. Рогова – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001 – С. 27.

¹¹ Див.: Уголовный кодекс Республики Куба / Пер., вступ. ст. и ред. П. И. Гришаева – М., 1983 – С. 39–40.

статті 9 КК Республіки Молдова¹, § 1 статті 6 КК Республіки Польща², частині 2 статті 12 КК Республіки Таджикистан³, § 8 КК ФРН⁴. Слід зазначити, що подібне законодавче рішення підтримується і переважною більшістю практичних працівників. Так, за результатами проведеного О. М. Журавльовою опитування працівників органів внутрішніх справ, встановлено, що близько 80% з них вважають правильним визнання часом вчинення злочину час вчинення самого діяння і лише 9% вважають часом вчинення злочину з віддаленими у часі наслідками час настання цих наслідків⁵.

Проте, в науці була висунута і в законодавстві окремих країн підтримана інша позиція. Так, зокрема, О. М. Медведєв вважає, що при вирішенні цієї проблеми слід, перш за все, виходити з поняття закінченого злочину, яким вважається відповідність скоєного усім ознакам складу злочину, передбаченого кримінальним законом. Виходячи з цього, він робить висновок: часом вчинення злочину з матеріальним складом слід вважати момент настання його суспільно небезпечних наслідків, незалежно від того, який проміжок часу минув з моменту вчинення суспільно небезпечного діяння⁶. На цій же позиції стояли і автори теоретичної моделі КК для республік Радянського Союзу⁷.

¹ Див.: Уголовный кодекс Республики Молдова – Кишинев, 2002.– С. 4.

² Див.: Уголовный кодекс Республики Польша / Пер. с польск. *Баршлович Д. А.* и др.; Адапт. пер. и научн. ред. *Э. А. Саркисова, А. И. Лукашов*; Под общ. Ред. *Н. Ф. Кузнецовой* – Минск: Тесей, 1998 – С. 8. Цікаво відзначити, що КК Республіки Польща розрізняє два моменти вчинення злочину. Якщо стосовно визначення закону, який підлягає застосуванню, часом вчинення злочину вважається час вчинення дії чи бездіяльності, то для встановлення початкового моменту відрахування строку давності притягнення до кримінальної відповідальності часом вчинення злочину вважається час настання суспільно небезпечних наслідків (§ 3 статті 101).

³ Див.: Уголовный кодекс Республики Таджикистан. Закон Республики Таджикистан от 21 мая 2001 года № 574 с изм. и доп. на 1 декабря 2001 года / С предисл. *А. В. Федорова* – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001.– С. 29.

⁴ Уголовное право зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии, Японии). Сборник законодательных материалов / Под ред. *И. Д. Козочкина* – М.: Зерцало, 1998 – С. 251–252.

⁵ Див.: *Журавлёва Е. М.* Действие уголовного законодательства Российской Федерации во времени: Дисс. ... канд. юрид. наук – М.: Академия управления Министерства внутренних дел России, 1997 – С. 55.

⁶ Див.: *Медведев А. М.* Пределы действия Уголовного кодекса Российской Федерации / Под ред. *В. П. Кашепова* – М.: Юридическая литература, 1998.– С. 39.

⁷ Див.: Уголовный закон: Опыт теоретического моделирования. / Отв. ред. *В. Н. Кудрявцев* и *С. Г. Келина* – М.: Наука, 1987 – С. 37–38.

В сучасній російській літературі, незважаючи на положення частини 2 статті 9 КК РФ, її продовжують відстоювати Р. Р. Галиакбаров¹, О. М. Ігнатов та Ю. О. Красиков², І. Я. Козаченко³, С. Ф. Мілюков⁴, Ю. Є. Пудовочкін⁵.

У радянській кримінально-правовій науці думку про те, що часом вчинення злочину з матеріальним складом слід вважати час настання суспільно небезпечних наслідків, висловлювали М. І. Ковальов⁶, М. Д. Дурманов⁷ та, деякою мірою, Я. М. Брайнін⁸.

¹ Див.: *Галиакбаров Р. Р.* Уголовное право: Общая часть: Учебник – Краснодар: Кубанский государственный аграрный университет, 1999 – С. 53.

Див.: *Игнатов А. И., Красиков Ю. А.* Вступительная статья // Уголовный кодекс Российской Федерации – М.: Инфра-М-Норма, 1996 – С. IV–V; *Игнатов А. И., Красиков Ю. А.* Курс российского уголовного права: В 2 т – Т. 1.: Общая часть – М.: НОРМА, 2001 – С. 32–34; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / *Х. М. Ахметшин, О. Л. Дубовик, С. В. Дьяков* и др. Под общ. ред. *Ю. И. Скуратова* и *В. М. Лебедева* – М.: НОРМА-ИНФРА-М, 2000 – С. 7; *Игнатов А.* О действии уголовного закона во времени // Уголовное право – 2002 – № 1. – С. 14.

Див.: *Российское уголовное право. Курс лекций – Т. I: Преступление / Т. А. Бушueva, Ю. В. Голик, А. И. Долгова* и др. Под ред. *А. И. Коробеева* – Владивосток: Изд-во Дальневосточного гос. ун-та, 1999 – С. 182.

Див.: *Милуков С. Ф.* Российское уголовное законодательство: опыт критического анализа – СПб.: СПБИНВЭСЭП; Знание, 2000 – С. 48. Див. також: *Ривман Д. В., Милуков С. Ф., Титов М. И.* О проекте Основ уголовного закона // Правовая реформа и актуальные вопросы борьбы с преступностью: Сб. научн. тр – Владивосток: Изд-во Дальневосточного гос. ун-та, 1994 – С. 25.

Див.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / *О. А. Антонов, В. А. Бикмашев, Е. В. Виноградова* и др. Под ред. *В. Д. Иванова* – Ростов-на Дону: Феникс, 2002 – С. 12.

* Див.: *Ковалев М. И.* Советское уголовное право: Курс лекций. Вып. 2. Советский уголовный закон – Свердловск: Свердловский юридический инт, 1974. – С. 114.

Див.: *Дурманов Н. Д.* Советский уголовный закон – М.: Изд-во Москов. ун-та, 1967 – С. 262. Щоправда, М. Д. Дурманов робив з цього правила два винятки. Він вважав, що у тих випадках, коли особа при необережних діях не передбачала настання суспільно небезпечних наслідків і тому була позбавлена можливості їх відвернути до набуття чинності нового закону, або коли відвернення наслідків до набуття чинності нового закону було об'єктивно неможливим, злочин слід вважати вчиненим у момент вчинення діяння. Однак у більш пізній роботі автор вже не робить таких винятків (Див.: *Советское уголовное право. Общая часть / Г. Н. Борзенков, Н. Д. Дурманов, Ю. А. Красиков* и др. Под ред. *Г. А. Кригера, Б. А. Куринова, Ю. М. Ткачевского* – М.: Изд-во Москов. Ун-та, 1981 – С. 60).

* Він вважав її правильною лише тоді, «коли винний зберігає панування над розвитком подій і може відвернути настання шкідливих наслідків». Див.: *Брайнин Я. М.* Уголовный закон и его применение – М.: Юрид. лит., 1967. – С. 135–136.

В Україні цю позицію підтримали В.М. Василяш¹, М. Й. Коржанський², В. М. Куц³ та А. М. Ришелюк. Останній, до речі, вважає, що такий підхід не суперечить ч. 3 ст. 4 КК України, а «дію або бездіяльність у контексті ч. 3 ст. 4 слід розуміти більш широко, ніж звичайно, тобто як такі, що в окремих випадках враховують наявність і наслідків, які перебувають у безпосередньому причинному зв'язку з ними та настання яких передбачалося особою або повинно було і могло передбачатися»⁴. Думки про те, що часом вчинення злочину з матеріальним складом слід вважати час настання суспільно небезпечних наслідків, дотримувався свого часу і автор цього дослідження⁵. Така позиція була закладена і в перших варіантах проекту нині чинного КК України⁶, який розроблявся робочою групою Кабінету Міністрів України, проте вже наприкінці 1994 р. члени цієї групи від неї відмовилися⁷.

Ця ж позиція знайшла відображення і в законодавстві окремих зарубіжних країн. Так, зокрема, згідно з ч. 1 ст. 13 КК Республіки Узбекистан, «часом вчинення злочину визнається час виконання суспільно небезпечного діяння, якщо стаття цього Кодексу визначає момент закінчення злочину моментом здійснення дії або бездіяльності. Часом вчинення злочину визнається час настання злочинних наслідків, якщо стаття цього Кодексу визначає закінчення злочину моментом настання

¹ Див.: Василяш В. М. Чинність кримінального закону України в часі. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 – К.: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 1995 – С. 14.

² Див.: Коржанський М. И Уголовне право України. Частина Загальна: Курс лекцій – К.: Наукова думка; Українська видавнича група, 1996 – С. 53.

³ Див.: Куц В. М. Новий Кримінальний кодекс України: яким йому бути – Х.: Ксилон, 1999. – С. 44.

⁴ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А. М. Бойко, Л. П. Брич, В. К. Грищук та ін. За ред. М. І. Мельника, М. І. Хаврююка – К.: Атіка, 2003 – С. 20.

⁵ Див.: Пономаренко Ю. А. Зворотна дія кримінального закону в часі: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2002. – С. 9.

⁶ Див.: Ч. 3 ст. 4 проекту КК України, підготовленого робочою групою Кабінету Міністрів України, за станом на 1993 рік // Матеріали проекту Кримінального кодексу України 2001 р. В 28 книгах. Архів. Кн. 2 (1993-1994 рр.). – Арк. 162; Ч. 3 ст. 4 проекту КК України, підготовленого робочою групою Кабінету Міністрів України, за станом на 1994 р. // Матеріали проекту Кримінального кодексу України 2001 р. В 28 книгах. Архів. Кн. 3 (1994 р.). – Арк. 95.

⁷ Див.: Кримінальний кодекс України (проект), підготовлений робочою групою Кабінету Міністрів України // Іменем закону. – 1994 – № 50 (16 грудня). – С. 1.

таких наслідків»¹. За ч. 2 ст. 5 КК Туркменістану, «часом вчинення злочину визнається час настання його наслідків, а у випадках, коли відповідальність передбачена за сам факт передбаченої кримінальним законом дії (бездіяльності), – час вчинення цієї дії (бездіяльності)»².

Допускає можливість визнання часом вчинення злочину з матеріальним складом час настання суспільно небезпечних наслідків і ч. 1 ст. 3 КК Литовської Республіки, відповідно до якої: «Часом вчинення злочинного діяння є час вчинення дії (бездіяльності) або час настання наслідків, передбачених кримінальним законом, якщо особа бажала, щоб наслідки настали в інший час»³. Відповідно до ч. 1 ст. 4 глави 35 КК Швеції, «якщо настання певного наслідку діяння є необхідною умовою для призначення санкції, то строк (давності притягнення до кримінальної відповідальності – Ю. П.) повинен вираховуватися з дня настання такого наслідку»⁴. Можливо, у зв'язку з відсутністю в КК Швеції інших положень про час вчинення злочину, цей припис використовується і для визначення часу вчинення діяння для потреб встановлення закону, за яким воно буде кваліфіковане. За твердженням Т. М. Ключанової, кримінальний закон Фінляндії підлягає застосуванню до злочину, якщо за час чинності закону «діяння винним закінчене і в результаті цього настали наслідки, що належать до складу діяння»⁵.

Дещо менше уваги в літературі присвячено дослідженню питань

¹ Уголовный кодекс Республики Узбекистан (с изменениями и дополнениями на 15 июля 2001 г.) / Вступ. ст. *Р. Х. Рустамбаева, А. С. Якубова, З. Х. Гулямова* – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001 – С. 59.

² Уголовный кодекс Туркменистана (на туркменском и русском языках), – Ашхабад: Туркменистан, 1997 – С. 184.

³ Уголовный кодекс Литовской Республики / Науч. ред. *В. Павилониса, Н. И. Мацнева*. Вступ. ст. *В. Павилониса, А. Абрамовичюса, А. Драшкине*. Пер. с лит. *В. П. Казанскене* – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003 – С. 118.

⁴ Уголовный кодекс Швеции / Пер. с англ. *С. С. Беляева и А. С. Михлина*. Под ред. *Н. Ф. Кузнецовой и С. С. Беляева* – М.: Москов. гос. ун-т, 2000 – С. 145.

⁵ *Ключанова Т. М.* Уголовное право зарубежных стран: Германия, Франция, Финляндия: Общая часть – СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского университета, 1996 – С. 48. Слід, однак, зазначити, що фінський професор *Б. Хонкасало* вважав часом вчинення злочину час вчинення суспільно небезпечного діяння, незалежно від часу настання його наслідків (Див.: *Хонкасало Б.* Финское уголовное право // Современное зарубежное уголовное право – Т. 2: Финляндия. Швейцария / Пер. с нем. *С. Л. Либермана*. Под ред. и с предисл. *А. А. Пионтковского*. – М.: Изд-во иностранной литературы, 1958. – С. 51.). При цьому сам КК Фінляндії не містить жодних вказівок щодо визначення часу вчинення злочину (див.: Finnish Penal Code (General Part) // <http://wings.buffalo.edu/law/bclcl/finnish.htm>).

про час вчинення злочину в інших зі згаданих вище проблемних ситуацій. Зокрема, щодо питання про час вчинення злочину, об'єктивна сторона якого складається з двох чи більше діянь, всі дослідники однастайні у тому, що ним слід вважати час вчинення останнього діяння з тих, що входять до об'єктивної сторони складу злочину¹.

Більш спірним виявилось вирішення питання про час вчинення злочину співучасниками. Прибічники так званої акцесорної теорії співучасті вважають, що моментом вчинення злочину організатором, підбурювачем і пособником слід вважати «момент вчинення виконавцем суспільно небезпечного діяння, передбаченого Особливою частиною КК України». П. Ф. Тельнов на користь ідеї про єдиний час (як і місце) вчинення злочину співучасниками, якими є час і місце виконання об'єктивної сторони виконавцем, наводив такий аргумент: «Фактичний вплив підбурювача, організатора та пособника не обмежується моментом і часом виконання їх функцій... Їх діяння чинять реальний вплив на весь процес спільного вчинення злочину і втілюються у діях виконавця»³. О. М. Медведєв зазначав: «При вирішенні цього питання слід виходити з того, що діяння, які розглядаються (діяння організатора, підбурювача та пособника злочину – Ю. П.)

¹ Див., наприклад: *Бойцов А. И., Волженкин Б. В.* Уголовный закон: действие во времени и в пространстве – СПб.: Ин-т повыш. квалиф. прокурор.-следств. работников Ген. прокуратуры РФ, 1993 – С. 15; *Брайнин Я. М.* Уголовный закон и его применение. – М.: Юрид. лит., 1967 – С. 134; *Крастыньш У., Лихолая В., Ниедре А.* Комментарий к Уголовному закону. Общая часть – Рига: Фирма «AFS», 2000 – С. 24; Курс советского уголовного права. Общая часть – Т. 1 / *М. Д. Шаргородский, И. И. Солодкин, С. А. Домахин* и др. Отв. ред. *Н. А. Беляев* и *М. Д. Шаргородский* – Л.: Изд-во Ленинград. ун-та, 1968 – С. 135–136.

² *Василаш В. М.* Чинність кримінального закону України в часі: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 – К.: Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка, 1995 – С. 15. Див. також: *Брайнин Я. М.* Уголовный закон и его применение – М.: Юрид. лит., 1967 – С. 137; *Дурманов Н. Д.* Советский уголовный закон – М.: Изд-во Москов. ун-та, 1967 – С. 263; *Ковалев М. И.* Советское уголовное право: Курс лекций – Вып. 2. Советский уголовный закон – Свердловск: Свердлов. юрид. ин-т, 1974 – С. 117; Советское уголовное право. Общая часть / *Г. Н. Борзенков, Н. Д. Дурманов, Ю. А. Красиков* и др. Под ред. *Г. А. Кригера, Б. А. Куринова, Ю. М. Ткачевского* – М.: Изд-во Москов. ун-та, 1981 – С. 60; Советское уголовное право. Общая часть / *Н. А. Беляев, Н. Д. Шаргородский, В. С. Прохоров* и др. Под ред. *Н. А. Беляева* и *М. И. Ковалева* – М.: Юридическая литература, 1977 – С. 65; Уголовное право. Общая часть: Учебник / *В. Г. Беляев, А. И. Бойко, Н. И. Ветров* и др. Под ред. *В. Н. Петрашева* – М.: ПРИОР, 1999. – С. 75.

³ *Тельнов П. Ф.* Ответственность за соучастие в преступлении – М.: Юридическая литература, 1974 – С. 142.

не мають власних санкцій і тягнуть покарання за тими ж статтями, що застосовуються ... за дії виконавця злочину»¹. Піддаючи критиці такий підхід, О. І. Бойцов та Б. В. Волженкін вказують, що «кожен зі співучасників виконує свій склад злочину, який характеризується своїми об'єктивними ознаками». Тому вони пропонують вважати часом вчинення злочину співучасниками час безпосереднього вчинення ними власних дій, а не час вчинення злочину виконавцем².

Думку про те, що часом вчинення злочину організатором, підбурювачем та пособником є час безпосереднього вчинення ними своїх діянь, а не час вчинення діяння виконавцем, висловлювали й інші криміналісти³. Таку ж позицію зайняв і законодавець в окремих країнах. Наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 2 КК Грузії, «часом вчинення злочину визнається час, коли діяв чи повинен був діяти виконавець чи співучасник»⁴. Цю ж позицію займають і М. І. Блум⁵,

¹ *Медведев А. М.* Пределы действия Уголовного кодекса Российской Федерации. / Под ред. *В. П. Кашипова* – М.: Юридическая литература, 1998 – С. 42.

Див.: *Бойцов А. И., Волженкин Б. В.* Уголовный закон: действие во времени и в пространстве – СПб.: Ин-т повыш. квалиф. прокурор.-следств. работников Ген. прокуратуры РФ, 1993 – С. 11–12; *Бойцов А. И.* Действие уголовного закона во времени и в пространстве – СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского ун-та, 1995 – С. 73.

² Див., наприклад: *Журавлева Е.* Действие уголовного закона во времени // Российская юстиция – 1996 – № 10. – С. 17; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации с постановочными материалами и судебной практикой / *В. Д. Боровиков, О. Л. Дубовик, А. Э. Жалинский* и др. Под общ. ред. *С. И. Никулина* – М.: Менеджер; Юрайт, 2001 – С. 34; Комментарий к Уголовному кодексу РСФСР / *Г. З. Анашкин, И. М. Гальперин, Н. И. Загородников* и др. Под ред. *Г. З. Анашкина, И. И. Карпеца, Б. С. Никифорова* – М.: Юридическая литература, 1971 – С. 16; *Красыньш У., Лихолая В., Ниедре А.* Комментарий к Уголовному закону. Общая часть – Рига: Фирма «AFS», 2000 – С. 25; Курс советского уголовного права. Общая часть – Т. I / *М. Д. Шаргородский, И. И. Солодкин, С. А. Домахин* и др. Отв. ред. *Н. А. Беляев и М. Д. Шаргородский* – Л.: Изд-во Ленинград. ун-та, 1968 – С. 107; Практический комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / *Х. Д. Аликперов, Х. М. Ахметшин, Б. В. Волженкин* и др. Под общ. ред. *Х. Д. Аликперова и Э. Ф. Побегайло* – М.: НОРМА, 2001 – С. 25.

³ Уголовный кодекс Грузии / Науч. ред. *З. К. Бигвава*, вступ. ст. *В. И. Михайлова*, обзорн. ст. *О. Гамкrelidze*. Пер. с грузинск. *И. Мериджанашвили* – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002 – С. 82.

⁴ Див.: *Блум М. И.* Вопросы действия советского уголовного закона во времени // Ученые записки Латвийского государственного университета – Том 44.: Юридические науки – Вып. 4.: Вопросы уголовного права и процесса – Рига: Латв. гос. ун-т им. Петра Стучки, 1962 – С. 19. Проте, у більш пізній роботі М. І. Блум вже не робить такого виключення і стверджує, що часом вчинення злочину організатором, підбурювачем чи пособником у всякому випадку є час вчинення ними свого діяння (Див.: *Блум М. И.* Время

В. Ф. Щепельков¹ та А. Є. Якубов², які, проте, роблять застереження, що у разі, коли співучасник передбачав вчинення дій виконавця при новому законі, він підлягає відповідальності за новим законом.

Визначаючи момент вчинення триваючого і продовжуваного злочинів, криміналісти звичайно посилаються на відому постанову Пленуму Верховного Суду СРСР, який свого часу визначив, що «триваючий злочин починається з моменту вчинення злочинної дії (бездіяльність) і закінчується внаслідок дії самого винуватого, направленої на припинення злочину, або настання подій, що перешкоджають вчиненню злочину (наприклад, втручання органів влади)». Початком продовжуваного злочину, як вважав Верховний Суд СРСР, «належить вважати вчинення першої дії з числа декількох тотожних дій, що складають один продовжуваний злочин, а кінцем – момент вчинення останньої злочинної дії». Позицію Пленуму про те, що моментом вчинення і триваючого, і продовжуваного злочинів слід в обох випадках вважати момент закінчення протиправної поведінки особи, підтримали М. П. Журавльов⁴, О. В. Журавльова⁵, С. Г. Келіна⁶, М. І. Ковальов⁷,

и место совершения преступления // Ученые записки Латвийского государственного университета имени Петра Стучки – Т. 212.: Вопросы борьбы с преступностью – Рига: РИО ЛГУ им. Петра Стучки, 1974 – С. 11).

¹ Див.: Щепельков В. Ф. Уголовный закон: преодоление противоречий и неполноты. – М.: Юрлитинформ, 2003 – С. 104.

² Див.: Якубов А. Е. Обратная сила уголовного закона: некоторые проблемы совершенствования Уголовного кодекса Российской Федерации. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003 – С. 42; Курс уголовного права. Общая часть – Т. 1: Учение о преступлении / Г. Н. Борзенков, В. С. Комиссаров, Н. Е. Крылова и др. Под ред. Н. Ф. Кузнецовой и Н. М. Тяжковой – М.: ЗЕРЦАЛО, 1999. – С. 105.

³ Об условиях применения давности и амнистии к длящимся и продолжаемым преступлениям: Постановление 23-го Пленума Верховного Суда СССР от 4 марта 1929 года // Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР (1924–1977 гг.). Часть 2 – М.: Известия Советов народных депутатов СССР, 1978. – С. 83.

⁴ Див.: Практический комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Х. Д. Аликперов, Х. М. Ахметшин, Б. В. Волженкин и др. Под общ. ред. Х. Д. Аликперова и Э. Ф. Побегайло - М.: НОРМА, 2001 – С. 25.

⁵ Див.: Журавлева Е. Действие уголовного закона во времени // Российская юстиция – 1996 – № 10 – С. 16–17.

⁶ Див.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / С. В. Бородин, О. Л. Дубовик, С. Г. Келіна и др. Под ред. А. В. Наумова – М.: Юристъ, 1996. – С. 55.

Див.: Ковалев М. И. Советское уголовное право: Курс лекций – Вып. 2.: Советский уголовный закон. – Свердловск: Свердловский юридический институт. 1974 – С. 112.

Ю. Г. Ляпунов¹, Ю. С. Пудовочкін², А. М. Ришелюк³, В. Б. Харченко⁴ та інші вчені. Натомість, В. В. Фефілова, посилаючись на ту ж постанову Пленуму Верховного Суду СРСР, робить протилежні висновки. Вона визначає часом вчинення продовжуваного злочину час вчинення першого з низки тотожних діянь, а часом вчинення триваючого злочину – час вчинення діяння, з якого починається «злочинний стан»⁵. Інші криміналісти підходять до проблеми визначення моменту вчинення кожного з названих видів злочинів диференційовано. Так, на думку А. Н. Комісарова⁶, В. Лихолая⁷, З. А. Незнамової⁸ та А. І. Чучаєва⁹, часом вчинення триваючого злочину слід вважати час вчинення суспільно небезпечного діяння, з якого починається так званий «злочинний стан» особи, незалежно від того, коли цей стан буде завершено. Часом же вчинення продовжуваного злочину згадані автори вважають час вчинення останнього із запланованих особою діянь, що складають такий злочин.

Така різноплановість вирішення вказаних проблем пояснюється,

¹ Ляпунов Ю. И. Некоторые вопросы действия советского уголовного закона во времени // Труды Высшей школы МООП РСФСР – Вып. 12 / Ред. кол.: Н. И. Загородников (глав. ред) и др. – М.: НИ и РИО ВШ МООП РСФСР, 1965. – С. 16.

² Див.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / О. А. Антонов, В. А. Бикмашев, Е. В. Виноградова и др. Под ред. В. Д. Иванова – Ростов-на Дону: Феникс, 2002 – С. 12.

³ Див.: Ришелюк А. Н. Длющиеся и продолжаемые преступления в уголовном праве: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук – К.: Киевский университет имени Тараса Шевченко, 1992 – С. 14, 18.

⁴ Див.: Харченко В. Б. Уголовное право Украины: пособие для подготовки к государственному (выпускному) экзамену: Учеб.-практ. справочник. – К.: Атика, 2000. – С. 22–23.

⁵ Див.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации: В 2 т – Т. 1 / В. Е. Батюкова, А. Е. Жалинский, Ю. Б. Мельникова и др. Под ред. О. Ф. Шишова – М.: Новая волна, 1998 – С. 24.

⁶ Див.: Уголовное право Российской Федерации. Общая часть: Учебник / С. В. Афиногенов, Л. Д. Ермакова, Б. В. Здравомыслов и др. Под ред. Б. В. Здравомыслова – М.: Юрист, 1999 – С. 39.

⁷ Див.: Крастыньш У., Лихолая В., Ниедре А. Комментарий к Уголовному закону. Общая часть – Рига: Фирма «AFS», 2000 – С. 25.

⁸ Див.: Уголовное право. Общая часть: Учебник для вузов / М. И. Ковалев, И. Я. Козаченко, З. А. Незнамова и др. Под ред. И. Я. Козаченко и З. А. Незнамовой – М.: ИНФРА-М-НОРМА, 1998 – С. 37; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации с постатейными материалами и судебной практикой / В. Д. Боровиков, О. Л. Дубовик, А. Э. Жалинский и др. Под общ. ред. С. И. Никулина – М.: Менеджер, Юрайт, 2001 – С. 34.

⁹ Див.: Российское уголовное право: В 2 т. – Т. 1. Общая часть / Н. Г. Иванов, В. С. Комиссаров, Н. А. Лопашенко и др. Под ред. А. И. Рарога – М.: Профобразование, 2001 – С. 40.

гадаю, відсутністю єдиних методологічних засад при підході до встановлення часу вчинення злочину у кожній з цих ситуацій. Більшість дослідників, кожна з наведених ситуацій вирішує, як правило, ізольовано, не встановлюючи якихось спільних моментів з іншими ситуаціями, а також і так званими «одномоментними» злочинами. Така конкретизація, а в окремих випадках навіть казуалізація досліджень, не дозволяє, на моє переконання, дійти відносно аргументованої істинності. Саме тому вирішення питання про час вчинення злочину має відбуватися на певному рівні наукової абстракції. Інакше кажучи, має бути вирішене питання про час вчинення злочину взагалі, незалежно від будь-яких його особливостей, а вже потім мають бути досліджені особливості прояву запропонованого рішення щодо окремих видів злочинів¹.

Видається, що при вирішенні цього питання слід, перш за все, виходити з розрізнення понять «час вчинення» і «час закінчення» злочину. Відповідно до ч. 1 ст. 13 КК України «закінченим злочином визнається діяння, яке містить усі ознаки складу злочину, передбаченого відповідною статтею Особливої частини цього Кодексу». Відомо, що «злочин» та «склад злочину» співвідносяться як явище та юридичне поняття про нього: злочин – це конкретне суспільно небезпечне діяння, вчинене у певній обстановці, місці і часі, яке відрізняється від всіх інших злочинів даного виду багатьма особливостями; склад же злочину – це юридичне поняття, що об'єднує найбільш значні, типові та універсальні ознаки злочину².

У науці ще не досягнуто єдності у поглядах на те, що ж є складом злочину, і де він міститься. Так, на думку В. М. Кудрявцева, А. А. Піонтковського, А. Н. Трайніна, склад злочину – це сукупність *передбачених кримінальним законом* об'єктивних і суб'єктивних ознак, що характеризують певне суспільно небезпечне діяння як конкретний злочин, і ознаки фактично скоєного діяння можуть лише відповідати йому³. Деякі інші вчені вважають, що склад злочину –

¹ За твердженням М. І. Блум, такі пропозиції ще на початку ХХ ст. висловлювали німецькі криміналісти Герланд і Франк. (Див.: *Блум М. И. Время и место совершения преступления // Ученые записки Латвийского государственного университета имени Петра Стучки* - Т. 212: Вопросы борьбы с преступностью – Рига: РИО ЛатвГУ им. Петра Стучки, 1974.– С. 4.)

² Див.: *Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник для юрид. вузів і фак. / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін. За ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація.* – К. – Х.: Юрінком Інтер – Право, 2001.– С. 80.

³ Див.: *Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений* – М.: Юристъ, 1999 – С. 59–61; *Трайнин А. Н. Общее учение о составе преступления* – М.: Госюриздат, 1957 – С. 59–60; *Курс советского уголовного права. Часть общая* – Т. II.: Преступление / *А. А. Пионтковский*. Ред. кол.: *А. А. Пионтковский, П. С. Ромашкин, В. М. Чхиквадзе* – М.: Наука, 1970.– С. 89.

це взагалі наукова абстракція, законодавче поняття про злочин¹. Я. М. Брайнін, Н. Ф. Кузнецова та інші, звертають увагу на те, що склад злочину – це не лише сукупність передбачених кримінальним законом ознак (так званий «юридичний (або – законний) склад»), а й сукупність ознак конкретного вчиненого діяння, які відповідають ознакам, передбаченим законом (так званий «фактичний склад»). Нарешті, І. А. Ребане вважав, що склад злочину – це і є сама відповідність ознак фактично скоєного діяння ознакам, що передбачені кримінальним законом³.

Не вдаючись до детального аналізу та критики висловлених позицій, оскільки це завдання виходить за межі даного дослідження, зазначу, що найбільш аргументованою та придатною для подальшого використанні наразі є точка зору, відповідно до якої склад злочину розуміється як передбачена кримінальним законом сукупність об'єктивних і суб'єктивних ознак, що визначають те чи інше діяння як злочин (юридичний склад), і яким таке діяння може відповідати (фактичний склад), однак не містити їх. У цьому зв'язку потребує подальшого обговорення положення ч. 1 ст. 2 КК України, відповідно до якої «підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить (курсив мій.– Ю. П.) склад злочину, передбаченого цим Кодексом».

З точки зору своєї соціальної сутності, злочин являє собою один із видів перетворювальної діяльності людини, оскільки, вчиняючи злочин, суб'єкт здійснює в об'єкті певні деструктивні зміни чи створює своєю діяльністю передумови для таких змін⁴. Оскільки злочин – це фактично вчинене особою суспільно небезпечне і передбачене крими-

¹ Див., наприклад: *Гонтарь И. Я.* Преступление и состав преступления как явления и понятия в уголовном праве – Владивосток, 1997 – С. 97; *Игнатов А. Н., Костарева Т. А.* Уголовная ответственность и состав преступления: Лекция / Под ред. Ю.А. Красикова – М.: ИНФПА-М-НОРМА, 1996 – С. 27.

² Див.: *Брайнин Я. М.* Уголовная ответственность и ее основание в советском уголовном праве – М.: Юридическая литература, 1963 – С. 106; *Кузнецова Н. Ф.* Преступление, состав преступления, диспозиция уголовного закона // Вестник Московского университета – Серия 11: Правосудие – 1967 – № 54 – С. 36–38.

³ Див.: *Ребане И. А.* Понятие преступления и состава преступления // Проблемы совершенствования гражданско и уголовно-правового законодательства в свете решений XXV Съезда КПСС и новой Конституции СССР: Тез. докл. респ. научн. конф., посвящ. 400-летию Вильнюсского ун-та (1–2 февраля 1979 г.) – Вильнюс: Вильнюсский гос. ун-т, 1979. – С. 21.

⁴ Див.: *Марцев А. И.* Преступление как социальное явление // Современные проблемы правовой теории и практики: Сб. научн. тр. – Омск: Омский юридический институт МВД России, 1997 – С. 5.

нальним законом діяння, яке, слушно вказує С. В. Землюков, завжди має свої суспільно небезпечні наслідки¹, то фактично повністю виконаним (вчиненим) злочин буде лише з моменту настання цих суспільно небезпечних наслідків. Відповідно і склад такого злочину повністю виконаним буде лише тоді, коли його суспільно небезпечні наслідки будуть відповідати суспільно небезпечним наслідкам діяння, описаним у кримінальному законі. Мав рацію М. С. Таганцев, коли писав, що «діяння отримує значення закінченого злочинного діяння як тільки-но відтворено весь його склад, що вимагається законом»². Говто, за загальним правилом, юридичний і фактичний склад збігаються з моменту настання передбачених кримінальним законом суспільно небезпечних наслідків діяння.

Проте, час настання суспільно небезпечних наслідків – це час появи в об'єктивному світі результатів діяльності людини. Сама ж така діяльність відбулася і залишилася в часі раніше, до настання її результатів. Причому, в окремих випадках суспільно небезпечні наслідки діяння можуть і не настати. Таким чином, фактично скоєною особою діяння не повністю відповідає матеріальному складові описаного в кримінальному законі злочину. І це є цілком нормальним з точки зору розуміння соціальної сутності злочину як об'єктивного явища, яке може і не завершитися у своєму розвитку. Законодавець, розуміючи таку соціальну природу злочинного діяння, в окремих випадках намагається відобразити її в законі. Це, зокрема, виявляється у визнанні того, що готування чи замах на злочин, хоч і є незакінченими злочинами, проте мають повний, закінчений склад, відповідно, готування до злочину та замаху на злочин. Діяння особи, що хоч і не призвело до настання тих суспільно небезпечних наслідків, які описані в законі, втім, з моменту його вчинення підпадає під всі ознаки складу незакінченого злочину.

Більш того, суспільно небезпечні наслідки злочину з тих чи інших причин не завжди відображаються у складі злочину, передбаченому кримінальним законом, не знаходять у ньому свого описання. У цьому зв'язку в науці кримінального права прийнято розподіляти закінчені злочини на дві категорії: на злочини з «матеріальним» складом та злочини з «формальним» складом³. Формальні склади злочи-

¹ Див.: Землюков С. В. Преступный вред: теория, законодательство, практика: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук – М.: Москов. гос. ун-т им. М. В. Ломоносова, 1993 – С. 4, 14.

² Див.: Таганцев Н. С. Русское уголовное право: Курс лекций. Часть Общая – М., 1994. – Том. I. – С. 323.

³ Див., наприклад: Козан В. М. Логико-юридическая структура советского уголовного закона. – Алма-Ата: Казахстан, 1966 – С. 17. Погоджуюся з висловленим М. І. Бажановим та М. Д. Дурмановим судженням про те,

нів не містять описання суспільно небезпечних наслідків, а тому реально вчинене особою діяння буде відповідати ознакам злочину з формальним складом раніше фактичного настання цих наслідків – з моменту вчинення самого діяння. Тому закінченим злочин з формальним складом є в момент, з якого вчинене особою діяння буде відповідати всім ознакам такого складу, тобто в момент закінчення самої суспільно небезпечної дії чи бездіяльності.

Отже, момент закінчення злочину визначається моментом, в який ознаки вчиненого особою діяння будуть повністю відповідати ознакам передбаченого законом складу злочину. Проте, момент закінчення злочину не можна ототожнювати з часом його вчинення. Це пояснюється тим, що закінчення злочину, як зазначалося вище, в окремих випадках (у злочинах з матеріальним складом) пов'язується не з поведінкою особи, а з результатами такої поведінки. В інших же випадках момент закінчення злочину пов'язується з часом вчинення самого діяння.

Таким чином, «прив'язка» часу вчинення злочину до моменту закінчення виконання його складу, по-перше, не володіє необхідною універсальністю: в одних випадках (які, до речі, залежать виключно від того, як законодавець сконструював статтю Особливої частини КК України) часом вчинення злочину визнаватиметься час вчинення самого діяння, в інших – час настання його наслідків. По-друге, твердження про те, що в окремих випадках часом вчинення злочину є час настання суспільно небезпечних наслідків, суперечить самій сутності «вчинення» як поведінкового акту людини, який тягне певні наслідки, однак не тотожний їм. По-третє, перенесення юридичного визначення часу вчинення злочину на більш пізній момент в часі завжди пов'язане із створенням можливості кваліфікації діяння особи за більш суворим кримінальним законом, прийнятим пізніше, та унеможливленням його кваліфікації за попереднім, більш м'яким законом. Тому, з позицій необхідності створення максимально більш широких умов для захисту прав особи від їх обмеження державою визначення часу вчинення злочину має прив'язуватися до якомога більш раннього моменту в часі, яким, як очевидно, є час вчинення особою передбаченого кримінальним законом діяння. В такій ситуації: якщо під час вчинення діяння і під час настання його суспільно небезпечних наслідків були чинними різні за своєю суворістю кримінальні закони, то

що не зовсім вдалим є терміни «формальний» і «матеріальний» склади злочинів (Див.: *Бажанов М. И.* Уголовное право Украины – Днепрпетровск: Пороги, 1992 – С. 37; *Дурманов Н. Д.* Стадии совершения преступления по советскому уголовному праву.– М.: Госюриздат, 1955 – С. 42.). Однак ці терміни використовуватимуться у цій роботі з огляду на те, що вони усталилися в науці і однозначно розуміються.

якщо наступний кримінальний закон був більш суворим – він не зможе бути застосований до особи, якщо ж менш суворим – він отримає зворотню дію і буде застосований.

Таким чином, загальне правило визначення часу вчинення злочину є таким: часом його вчинення слід вважати час, з якого є завершеним передбачене кримінальним законом діяння особи, яке в подальшому має призвести до певних негативних змін в об'єктивному світі. При цьому під завершенням такого діяння належить розуміти такий етап його вчинення, з якого діяння повністю відповідає всім ознакам того діяння, яке описане в статті КК України. Якщо, наприклад, діяння описане законодавцем у такий спосіб, що на будь-якому етапі його вчинення воно є однаковим, то з самого початку його виконання воно вже повністю відповідає законодавчій конструкції, а тому самий початок вчинення такого діяння має вважатися часом вчинення злочину.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 152 КК України згвалтуванням є статеві зносини із застосуванням фізичного насильства, погрози його застосування або з використанням безпорадного стану потерпілої. Самий початок насильницького статевого акту є часом вчинення цього злочину. Якщо ж законодавець описує діяння так, що тільки на певному етапі його виконання воно стає злочинним, то часом вчинення злочину слід вважати той момент, в який конкретне діяння особи стало відповідати ознакам злочинного. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 303 КК України, злочинним є лише систематичне заняття проституцією. Систематичним вчиненням певного діяння в кримінальному праві, як правило, вважається вчинення його хоча б втретє. Тому часом вчинення даного злочину слід вважати час третього факту «надання сексуальних послуг з метою отримання доходу».

У зв'язку з викладеним вище, має бути визнане обґрунтованим положення ч. 3 ст. 4 КК України про те, що «часом вчинення злочину визнається час вчинення особою передбаченої законом про кримінальну відповідальність дії або бездіяльності». Проте, таке положення потребує і певного редакційного уточнення. Відомо, що в кримінальному законодавстві, і в науці кримінального права термін «діяння» як родовий до «дії» і «бездіяльності», вживається у двоякому значенні¹. В одних випадках (наприклад, у ч. 1 ст. 11 КК України) ним позначається весь злочин у цілому, в сукупності всіх своїх об'єктивних і суб'єктивних ознак. В інших (наприклад, у ч. 1 ст. 15 КК України) «діянням» іменується лише одна з ознак об'єктивної сто-

¹ Див.: *Ярмыш Н. Н.* Действие как признак объективной стороны преступления (проблемы психологической характеристики). – Х.: Основа, 1999 – С. 3.

рони злочину. Відповідно, в першому випадку йдеться про «діяння в широкому сенсі», в другому – про «діяння у вузькому сенсі».

Цілком очевидно, що, зазначаючи в ч. 3 ст. 4 КК України «передбачену кримінальним законом дію або бездіяльність», законодавець мав на увазі «діяння у вузькому сенсі». Втім, такий висновок не є однозначним. Вище вже вказувалося, що деякі дослідники (наприклад, А. М. Ришелюк) тлумачать дане поняття в цій статті у широкому сенсі – як синонім всього злочину з усіма його ознаками, в тому числі (для злочинів з матеріальним складом) і з суспільно небезпечними наслідками. Для уникнення подібного тлумачення можна було б, скористатися законодавчим досвідом окремих зарубіжних країн (наприклад, Російської Федерації) і доповнити ч. 3 ст. 4 КК України після слова «бездіяльності» словами «незалежно від часу настання їх наслідків». У такій редакції, коли діянню будуть протиставлятися його наслідки, однозначним буде висновок: діяння слід розуміти виключно у вузькому сенсі.

Отже, визнавши як загальне правило положення про те, що часом вчинення злочину є час вчинення суспільно небезпечного діяння (дії чи бездіяльності), які є ознакою об'єктивної сторони складу цього злочину, можна зробити такі висновки щодо часу вчинення окремих видів злочинів.

По-перше, часом вчинення злочинів з формальним (у тому числі – з «усіченим») складом є час вчинення діяння, яке є ознакою його об'єктивної сторони. Наприклад, часом вчинення одержання хабара (ст. 368 КК України) є час прийняття службовою особою предмета цього злочину.

По-друге, часом вчинення злочинів з матеріальним складом є час вчинення діяння, яке входить до об'єктивної сторони їх складу, незалежно від часу настання суспільно небезпечних наслідків цього діяння. Так, часом вчинення будь-якого виду вбивства (статті 115–119 КК України) є час вчинення діяння, спрямованого на заподіяння смерті іншій людині, незалежно від часу настання такої смерті.

По-третє, часом вчинення незакінченого злочину (готування до злочину або замаху на злочин) є, відповідно, час вчинення підготовчих дій або дій, в яких полягає замах¹. Тобто, у першому випадку – час підшукування або пристосування засобів чи знарядь, підшукування співучасників, змови на вчинення злочину, усунення перешкод

¹ Див.: *Абрамявичюс А.* О соотношении времени действия уголовного закона и времени совершения преступления // *Право. 22. Совершенствование форм и методов борьбы с преступностью в Литовской ССР: Сб. научн. тр.* – Вильнюс: Министерство народного образования ЛитССР, 1989. – С. 16.

або іншого умисного створення умов для вчинення злочину (ч. 1 ст. 14 КК України); у другому випадку – час вчинення діяння, безпосередньо спрямованого на вчинення злочину (ч. 1 ст. 15 КК України).

По-четверте, часом вчинення злочину співучасниками є час вчинення кожним з них своєї «передбаченої законом про кримінальну відповідальність дії або бездіяльності». Для виконавця злочину це буде безпосередньо діяння, описане в статті Особливої частини КК України, для інших співучасників такі діяння називаються у відповідних частинах ст. 27 КК України. Так, для організатора таким діянням є організація вчинення злочину, керівництво його підготовкою чи вчиненням, утворення організованої групи чи злочинної організації або керівництво нею, забезпечення фінансування чи організація приховування злочинної діяльності організованої групи або злочинної організації. Для підбурювача – це схилення іншого співучасника до вчинення злочину. Нарешті, для пособника таке діяння полягає у даванні порад, вказівок, наданні засобів чи знарядь або усуненні перешкод, а також дане заздалегідь обіцяння переховати злочинця, знаряддя чи засоби вчинення злочину, сліди злочину чи предмети, здобуті злочинним шляхом, придбати чи збути такі предмети, або іншим чином сприяти приховуванню злочину.

Отже, діяння організатора, підбурювача та пособника є закінченими з моменту вчинення особою відповідно організаторських, підбурювальних чи пособницьких дій, незалежно від того, коли вчинив злочин виконавець і чи взагалі він його вчинив. Вважаю, варто погодитися з Е. Т. Борисовим у тому, що діяння, вчинене виконавцем, має розглядатися як спеціального виду суспільно небезпечний наслідок діяння, вчиненого організатором, підбурювачем чи пособником¹. І хоча чинний КК України визначає співучасть як умисну спільну участь декількох суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину (ст. 26 КК України), маючи, очевидно, на увазі участь декількох осіб у вчиненні одного злочину, і, крім того, пов'язує багато питань відповідальності інших співучасників з діянням виконавця, втім немає підстав заперечувати те, що кожен співучасник виконує свій самостійний склад злочину, а тому діяння кожного є хоч і пов'язаним з іншими, але самостійним злочином. Тому час вчинення цього злочину має визначатися, за загальним правилом, як час вчинення конкретною особою свого суспільно небезпечного діяння. У цьому зв'язку можливі ситуації, за яких не буде визнане злочином, скажімо, надання засобів для

¹ Див.: Уголовный закон и преступление / Э. Т. Борисов, О. В. Корягина, И. Б. Степанова, Э. С. Тенчов, Т. М. Явчуновская. Под ред. Э. С. Тенчова. – Иваново: Ивановский гос. ун-т, 1997 – С. 19.

вчинення діяння, яке було криміналізоване лише на момент його вчинення виконавцем і не було злочином під час самого надання засобів «пособником».

По-н'яте, слід підтримати позицію тих криміналістів, які диференційовано підходять до визначення часу вчинення триваючих та продовжуваних злочинів. Очевидно, що при вчиненні триваючого злочину діяння є завершеним з моменту початку так званого «злочинного стану особи». Як тільки-но особа, наприклад, прийняла на зберігання вогнепальну зброю, з того ж моменту вона вже вчинила таке діяння з об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 236 КК України, як зберігання. Тривалість подальшого зберігання цієї зброї аж ніяк не впливає на відповідність скоєного особою діяння тій дії, яка передбачена цією статтею, і може мати значення лише при призначенні їй покарання. Навпаки, єдине «діяння» в складі продовжуваного злочину є наявним з моменту вчинення особою останнього з низки тотожних діянь, що становлять цей злочин. Таким чином, часом вчинення продовжуваного злочину слід визнавати час вчинення особою останнього із задуманих нею діянь, що становлять цей злочин.

По-шосте, часом вчинення злочину, об'єктивна сторона якого складається з двох чи більше діянь, слід вважати час вчинення останнього діяння з тих, що входять до об'єктивної сторони складу злочину. Так, відповідно до ч. 1 ст. 223 КК України порушення порядку випуску (емісії) цінних паперів є злочином, якщо випуск (емісія) здійснені «у формі їх відкритого розміщення без реєстрації емісії у встановленому законом порядку». Об'єктивна сторона цього злочину складається з двох обов'язкових діянь: бездіяльності (нереєстрації емісії у встановленому законом порядку) і дії (відкритого розміщення цінних паперів). Сама по собі нереєстрація емісії цінних паперів без їх відкритого розміщення ще не є злочином. Тому даний злочин вважається вчиненим з моменту вчинення останнього (за часом) з діянь, що входять до його об'єктивної сторони – відкритого розміщення цінних паперів.

Водночас, проблемним є питання визначення часу вчинення злочину з альтернативними діями. Наприклад, ч. 1 ст. 307 КК України передбачає відповідальність за незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання з метою збуту, а також незаконний збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів. Вчинення будь-якого одного з цих діянь, так само, як і декількох з них у будь-якому поєднанні, незалежно від послідовності і часу вчинення таких діянь, є одиничним злочином і тягне кваліфікацію за ч. 1 ст. 307 КК України. Однак можливі ситуації, коли окремі з цих діянь можуть вчинятися за чинності одного закону, інші – за

чинності іншого. Уявімо, що певна особа у серпні 2001 р. (коли був чинним КК України 1960 р.) виготовила наркотичні засоби, а у вересні того ж року (вже коли був чинним КК України 2001 року) збула їх. Гадаю, часом вчинення кожного з цих діянь має визнаватися час їх безпосереднього виконання, у зв'язку з чим кожне має кваліфікуватися за тим законом, який був чинним на момент його вчинення. Такий висновок є очевидним відступом від правил кваліфікації одиночного злочину, проте такий відступ, на мій погляд, є виправданим виключністю ситуації, в якій вчинювалися такі діяння, і необхідністю дотримання загального правила про визначення злочинності діяння на підставі закону, чинного на час його вчинення. Оскільки ж у даній ситуації кожне діяння є незалежним одне від одного і само по собі становить склад злочину, підстав для їх спільної кваліфікації за законом, чинним на час вчинення одного з них, не вбачається¹.

Отже, часом вчинення злочину у будь-якому випадку, незалежно від будь-яких особливостей конструкції об'єктивної сторони кожного конкретного злочину, є час (момент), з якого діяння особи повністю відповідає ознакам описаної в кримінальному законі дії чи бездіяльності, що є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складу цього злочину.

3.3. Види дії кримінального закону в часі

Встановивши час вчинення особою злочину та знаючи час набуття чинності кримінальним законом, можна стверджувати, що саме різна їх часова послідовність і дозволяє виділити види дії кримінального закону в часі. Теоретично мислимі і практично можливі два послідовних часових співвідношення часу вчинення злочину та моменту набуття чинності кримінальним законом: або кримінальний закон може набути чинності раніше часу вчинення злочину, або злочин може бути вчинено раніше моменту набуття чинності кримінальним законом. Третій варіант – одномоментне вчинення злочину і набуття чинності кримінальним законом практично є надзвичайно рідкісним. Видається, однак, що навіть якщо така ситуація буде мати місце, до неї повинні застосовуватися ті ж правила, які застосовуються у разі вчинення злочину після набуття чинності кримінальним законом.

¹ Зрозуміло, що така штучно створена сукупність злочинів може формально стати підставою для призначення особі більш суворого покарання, ніж їй могло би бути призначене, якби обидва діяння були кваліфіковані як одиночний злочин. Видається, що уникнення такого, більш суворого покарання має здійснюватися обов'язковим використанням в такій ситуації поглинання більш суворого покарання менш суворого.

Якщо кримінальний закон набуває чинності раніше вчинення злочину, то в такому разі має місце пряма дія кримінального закону в часі. Вчинення злочину породжує кримінально-правове відношення (у широкому сенсі) і зумовлює потенційну дію кримінального закону. Тобто, пряму дію в часі кримінальний закон має лише відносно тих кримінальних правовідносин, які виникли пізніше, аніж він набув чинності. На цьому, до речі, наголошує в одному зі своїх рішень і Конституційний Суд України, який зазначає, що коли закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, то «вони поширюють свою дію тільки на ті відносини, які виникли після набуття законами чи іншими нормативно-правовими актами чинності»¹.

В іншому своєму Рішенні Конституційний Суд України, тлумачачи ч. 1 ст. 58 Конституції України, підійшов до формулювання прямої дії закону в часі як правила, згідно з яким «до події, факту застосовується той закон або інший нормативно-правовий акт, під час дії якого вони настали або мали місце»². З певним уточненням (має йтися не про час дії, а про час чинності нормативно-правового акта) таке визначення в цілому видається правильним. Таке ж правило закріплене і в самому КК України: відповідно до ч. 2 ст. 4 «злочинність і караність діяння визначаються законом про кримінальну відповідальність, який діяв на час вчинення цього діяння». Очевидно, що і воно, будучи принципово правильним, не позбавлене редакційних неточностей. На мій погляд, з урахуванням викладеного, ч. 2 ст. 4 КК України краще було б сформулювати, наприклад, так: «Злочинність діяння та кримінальна відповідальність за його вчинення визначаються кримінальним законом, чинним на час вчинення цього діяння».

У такому розумінні прямою дією кримінального закону в часі є й дія вже скасованого закону (так звана «ультраактивність» чи «переживання» кримінального закону), яка досить часто виділяється як самостійний вид дії кримінального закону в часі на одному рівні з його прямою та зворотною дією. Очевидно, що кардинальних відмінностей такий вид дії кримінального закону в часі, порівняно з

¹ Про офіційне тлумачення статей 58, 78, 79, 81 Конституції України та статей 243-21, 243-22, 243-25 Цивільного процесуального кодексу України (у справі щодо несумісності депутатського мандата): Рішення Конституційного Суду України від 13 травня 1997 р. // Офіційний вісник України – 1997 – № 20 – Ст. 117.

² У справі за конституційним зверненням Національного банку України щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 58 Конституції України (справа про зворотню дію в часі законів та інших нормативно-правових актів): Рішення Конституційного Суду України від 9 лютого 1999 р. // Офіційний вісник України – 1999. – № 7 – Ст. 255 (п. 2); .

прямою дією, не має, а тому не має сенсу її окремо виділяти. Єдина відмінність полягає в тому, що при «ультраактивності» («переживанні») кримінального закону він є нечинним на момент його застосування. Проте така відмінність, гадаю, не є суттєвою, оскільки визначальним є те, що такий закон був чинним на момент вчинення злочину. Тому «ультраактивність» кримінального закону слід розглядати як різновид його прямої дії в часі.

Якщо ж закон набуває чинності пізніше, аніж було вчинено злочин, то в такому разі можна говорити про зворотну дію кримінального закону в часі¹. «Питання про зворотну силу кримінального закону, – писав Я. М. Брайнін, – це питання про можливість застосування кримінального закону за злочин, передбачений цим законом, але вчинений до його видання»². І Конституційний Суд України також зазначає, що «суть зворотної дії в часі законів та інших нормативно-правових актів полягає в тому, що їх приписи поширюються на правовідносини, які виникли до набрання ними чинності»³.

Таким чином, зворотна дії кримінального закону в часі завжди має місце в кримінальному правовідношенні, яке вже виникло на момент набуття цим законом чинності. При цьому новий закон має бути відмінним від попереднього, тобто по-іншому, ніж попередній закон, врегульовувати це правовідношення. Інакше сама зворотна дія втрапить сенс як така і правовідношення й далі регулюватиметься за загальним правилом – на підставі закону, чинного на момент появи юридичного факту, який його породив (час вчинення злочину). Ю. А. Соколов правильно зауважував: «Закон має зворотну дію тоді, коли він пов'язує певні юридичні наслідки з фактами, що мали місце до його видання і не тягнули за старим законом таких наслідків, або коли він пов'язує з цими фактами інші наслідки, ніж закон, що був

¹ У цьому плані слід відзначити високу етимологічну точність термінів «пряма» та «зворотна» дія кримінального закону. Звичайно, вони не мають сприйматися буквально і розумітися як дія закону «вперед» і «назад». Їх точність полягає у правильному відображенні критерію, покладеного в основу виділення цих видів дії кримінального закону. Дійсно, якщо злочин було вчинено після набуття кримінальним законом чинності, то має місце пряма послідовність: закон → злочин → дія закону. Якщо ж злочин було вчинено до набуття законом чинності, то така послідовність зворотна: злочин → закон → дія закону.

² Брайнін Я. М. Советское уголовное право. Общая часть (Лекции, читанные в Киевском государственном университете). – Вып. 1 – К.: Изд-во Киевского государственного университета им. Т. Г. Шевченко, 1955 – С. 163.

³ У справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень ст. 58 Конституції України, статей 6, 81 Кримінального кодексу України (справа про зворотну дію кримінального закону в часі): Рішення Конституційного Суду України від 19 квітня 2000 р. // Офіційний вісник України. – 2000. – № 39 – Ст. 1662.

чинним на момент їх настання»¹. Тому зворотною дією кримінального закону в часі є зміна новим законом змісту кримінального правовідношення, в якому він отримав таку дію.

У зв'язку з цим, видається сумнівною аргументація Конституційного Суду України в Рішенні від 25 грудня 2003 р. у справі щодо строків перебування на посту Президента України. Суд, зокрема, зазначив, що «за загальноновизнаним принципом права закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи (стаття 58 Конституції України) ... Оскільки частина третя статті 103 Конституції України («Одна й та сама особа не може бути Президентом України більше, ніж два строки підряд».— Ю. П.) не містить будь-яких винятків щодо дії передбаченого нею обмеження у часі, а в інших нормах Конституції України також немає застережень про надання зворотної дії положенню зазначеної статті, це положення поширюється лише на правовідносини, які виникли після набрання чинності Конституцією України»².

Відомо, що положення, ідентичні ч. 1 ст. 103 Конституції України, містилися в Конституції України 1978 р. (ч. 2 ст. 114²), в Конституційному Договорі між Верховною Радою України та Президентом України «Про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України» від 8 червня 1995 р. (ч. 5 ст. 21), а також в Законі Української РСР «Про Президента Української РСР» від 5 липня 1991 р. (ч. 2 ст. 2).

Отже, ч. 3 ст. 103 Конституції України 1996 р. не стала новелою, тому й питання про її зворотню дію в часі не повинно було поставати. Суди загальної юрисдикції подібні питання в цілому вирішують правильно: в тих випадках, коли новий закон абсолюто ідентично попередньому визначає злочинність діяння та кримінальну відповідальність за його вчинення, питання про зворотню дію такого нового закону не порушується і в кримінальному правовідношенні продовжує діяти закон, чинний на час вчинення злочину.

Підсумуємо, зворотня дія кримінального закону в часі — це зміна ним змісту кримінального правовідношення, яке існує на момент набуття чинності таким законом. При цьому, однак, необхідні певні застереження, пов'язані з особливостями зворотної дії закону в часі порівняно з його прямою дією.

¹ С. К. Действие советских законов во времени (Диссертация Ю. А. Соколова) // Советское государство и право — 1950 — № 4 — С. 92.

² У справі за конституційними поданнями 53 і 47 народних депутатів України про офіційне тлумачення положення частини третьої статті 103 Конституції України (справа щодо строків перебування на посту Президента України): Рішення Конституційного Суду України від 25 грудня 2003 р. // Офіційний вісник України — 2003 — № 52 — Т. 1 — Ст. 2830.

Перша така особливість полягає в тому, що якщо при прямій дії закону в часі кримінальне правовідношення виникає як наслідок цієї дії, то при зворотній дії закону в часі сама зворотна дія є наслідком існування кримінального правовідношення, на регулювання якого розрахований новий кримінальний закон, у момент набуття таким законом чинності. Тобто, новий кримінальний закон повинен бути чинності у момент, коли кримінальне правовідношення вже виникло, але ще не припинилося. Такий висновок зумовлюється тим загальнотеоретичним положенням, що новий публічно-правовий закон не може надати значення юридичного факту дії чи події, яка відбулася до набуття ним чинності і не визнавалася таким на момент її виникнення. Отже, діяння, вчинене особою, має бути визнане злочином (а лише такий юридичний факт зумовлює будь-який вид дії кримінального закону) на момент його вчинення. Якщо ж воно визнане таким на момент його вчинення, то з часу його вчинення вже існує кримінальне правовідношення. Кримінальне правовідношення, яке виникло до моменту набуття чинності кримінальним законом, у разі його зворотної дії не повинно й припинитися на момент набуття законом чинності. Дія кримінального закону, як зазначалося, можлива лише в рамках кримінального правовідношення, а тому припинення правовідношення унеможливило б будь-яку дію кримінального закону, в тому числі – й зворотну.

Друга особливість зворотної дії кримінального закону в часі порівняно з прямою дією полягає в тому, що вона має місце з моменту набуття кримінальним законом чинності, а не з моменту вчинення особою злочину. Такий висновок заперечувався багатьма юристами. Так, А. О. Тіллі розумів під зворотною дією кримінального закону «таку його дію на правовідношення, за якої закон вважається таким, що існував у момент виникнення правовідношення»¹. На думку В. А. Туманова, «про зворотну силу мова могла б йти ... лише у тому разі, якби нові правові наслідки мали б місце з того моменту, коли утворився даний правовий склад»². Прибічник такого ж підходу Д. М. Бахрах зауважував, що зворотна дія закону – це його дія щодо правовідносин, які виникли до набуття законом чинності, якщо закон змінює права та обов'язки їх учасників з якоїсь більш ранньої дати, ніж дата набуття ним чинності, чи навіть з моменту виникнення самого правовідношення³. При цьому всі автори, які дотримувалися такої думки, поряд зі

¹ Тиллі А. А. *Время, пространство, закон* – М.: Юридическая литература, 1965 – С. 96.

² Туманов В. А. *Вступление в силу норм советского права* // Всесоюзный институт юридических наук. Ученые записки – Вып. 7 – М.: Гос. изд-во юридической литературы, 1958 – С. 142.

³ Див.: Бахрах Д. Н. *Действие правовой нормы во времени* // Советское государство и право – 1991 – № 2. – С. 16.

зворотною дією, виділяють так звану «негайну» дію закону, під якою вони розуміють його дію щодо юридичних фактів, які мали місце у минулому, та правовідносин, які виникли на підставі цих фактів раніше і існують на момент набуття законом чинності, якщо цей закон змінює права та обов'язки їх учасників з дати набуття ним чинності.

Вважаю, однак, що міркування Д. М. Бахраха, А. О. Тілле та В. А. Туманова є недостатньо аргументованими. Відомо, що час, як форма буття матерії, є одномірним і односпрямованим. Фізично неможливо повернутися в часі на більш чи менш значний період назад і змінити в минулому те, що вже відбулося. З моменту, коли був вчинений злочин, почав діяти кримінальний закон, який був чинний на той час. Така дія закону вже об'єктивно відбулася і зробити те, що було, таким, якого не було, не під силу нікому і нічому, в тому числі й новому кримінальному закону. Старий кримінальний закон діяв для певного правовідношення протягом всього часу аж до втрати ним чинності. І лише з цього моменту, оскільки ще не втратив значення юридичного факту вчинений особою злочин, починається потенційна дія щодо існуючого кримінального правовідношення нового кримінального закону. Поза межами кримінального правовідношення кримінальний закон не може мати дії, у тому числі й зворотної.

З огляду на це, не видається за можливе підтримати позицію тих правознавців, які вважають, що «від надання законові зворотної дії слід відрізнити застосування закону до правовідносин, що виникли до його видання, але продовжують існувати після його видання»¹. На мій погляд, застосування нового кримінального закону до кримінального правовідношення, яке виникло до набуття ним чинності, за умови, що такий закон змінює його зміст з дня набуття ним чинності, саме і є зворотною дією закону в часі.

Інакше, якщо вважати, що зворотною дією закону в часі є застосування його від дати виникнення юридичного факту, то можна дійти таких висновків. «Застосування зі зворотною дією кримінального закону – це таке його застосування, при якому припускається, що новий закон існував на момент вчинення злочинного діяння», – зазначає А. О. Тілле і робив висновок: «Наслідки, які були законно здійснені при старому законі, визнаються неправильними і підлягають зміні відповідно до нового закону»². Тобто, якщо виходити з такого розуміння зворотної дії кримінального закону в часі, то при декриміналізації діяння, за яке особа відбула покарання, обвинувальний вирок відносно неї має бути скасований як неправосудний і повинен

¹ Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. П. С. Ромашкина, М. С. Строговича, В. А. Туманова – М.: Изд-во АН СССР, 1962 – С. 456.

² Тілле А. А. Время, пространство, закон. – М.: Юридическая литература, 1965. – С. 98, 96.

бути постановлений виправдувальний вирок на підставі нового закону, який «припускається таким, що існував на час вчинення діяння». Більш того, покарання, відбуте такою особою, з точки зору нового закону, який, знову ж таки «припускається таким, що існував на час вчинення діяння», слід визнати незаконним, у зв'язку з чим особі необхідно буде відшкодувати шкоду, заподіяну їй у зв'язку з «незаконним» засудженням і відбуванням покарання. Абсурдність такого висновку, на мій погляд, очевидна.

Тому під зворотною дією кримінального закону в часі слід розуміти його дію в кримінально-правовому відношенні, яке виникло до набуття ним чинності, але виключно таку дію, яка полягає у зміні змісту цього правовідношення з моменту набуття таким законом чинності, але ніяк не з більш раннього моменту. У зв'язку з таким розумінням зворотної дії кримінального закону в часі немає підстав для виділення поряд з нею так званої «негайної» дії, оскільки в наведеному вище розумінні такий вид дії кримінального закону в часі саме і є його зворотною дією.

Є. М. Журавльова, намагаючись знайти місце, поряд з прямою і зворотною дією кримінального закону в часі, ще й так званій «негайній» дії, запропонувала вважати під останньою застосування нового кримінального закону до злочинів, вчинених до набрання ним чинності, якщо вони досі не були розглянуті, а під зворотною – застосування такого закону щодо злочинів, стосовно яких вже винсений вирок¹. З таким підходом також не можна погодитися. Для зворотної дії кримінального закону в часі не має принципового значення те, на якому етапі розвитку перебуває кримінальне правовідношення, яке виникло до набуття ним чинності. Як вже зазначалося, дія кримінального закону, яка полягає у визначенні повноваження одного з учасників цього правовідношення (держави), проявляється на всіх його етапах, – як тоді, коли таке повноваження ще є потенційним, так і тоді, коли воно стає реальним, так і, нарешті, тоді, коли воно реалізується.

Таким чином, *зворотню дію кримінального закону в часі можна визначити як зміну новим кримінальним законом в існуючому на момент набуття ним чинності кримінальному правовідношенні повноваження держави щодо визнання вчиненого особою діяння злочином чи покладення на таку особу кримінальної відповідальності*. Тобто, зворотна дія нового кримінального закону полягає у впливі на юридичний зміст існуючого кримінального правовідношення, у зміні його в результаті такого впливу і зумовлює подальшу зміну фактичного змісту цього правовідношення.

¹ Див.: Журавлёва Е. М. Действие уголовного законодательства Российской Федерации во времени: Дисс. ... канд. юрид. наук. 12.00.08 – М.: Академия управления Министерства внутренних дел Российской Федерации, 1997 – С. 39.

Р о з д і л 4

ЗВОРОТНА ДІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ В ЧАСІ

4.1. Обґрунтування та підстави зворотної дії кримінального закону в часі

Законодавство переважної більшості сучасних демократичних країн світу передбачає можливість зворотної дії лише за такими кримінальними законами, які пом'якшують чи скасовують кримінальну відповідальність. Ця ж позиція поділяється і більшістю юристів-криміналістів. Проте, попри таку практично однотайність у цьому питанні, і в загальній теорії права, і в науці кримінального права досі, як правило, залишається поза увагою питання про юридичне обґрунтування зворотної дії кримінального закону. Стверджуючи, що більш м'який кримінальний закон повинен мати зворотню дію, переважна більшість авторів при відповіді на питання про те, чому кримінальний закон взагалі може мати зворотню дію, а також, які саме кримінальні закони можуть її мати, звертається до найрізноманітніших аргументів, як правило, неюридичного характеру. Ще М. С. Таганцев звернув на це увагу, справедливо вказавши, що «виняток, який допускається для більш м'яких законів, обґрунтовується вкрай по-різному»¹. Хоча, можливо, в даному випадку має місце саме така ситуація, щодо якої М. Монтень свого часу сказав, що «обґрунтувати споконвічні та всім відомі істини не так вже й просто»².

Загалом, сформульовані в літературі підходи до обґрунтування зворотної дії кримінального закону можна звести до двох основних груп. Перша група аргументів на її користь полягає в тому, що надання зворотної дії більш м'яким кримінальним законам вважається вираженням гуманізму, милосердя чи справедливості держави, її піклуванням про права людини тощо. Це, так би мовити, морально-

¹ Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая. В 2 т.– Т. 1.– М.: Наука, 1994.– С. 118.

² Монтень М. Опыты.– Т. 1. / Пер. с фр.– М.: Голос, 1992 – С. 126.

етичний підхід до обґрунтування зворотної дії кримінального закону та визначення того, що саме більш м'які кримінальні закони повинні мати. Друга група висловлених у літературі аргументів стосується проблеми доцільності при застосуванні нового закону із зворотною дією (також, як правило, більш м'якого). Такий підхід до обґрунтування зворотної дії кримінального закону слід, очевидно, назвати прагматичним.

Морально-етичне обґрунтування зворотної дії кримінального закону набуло поширення в літературі ще з XIX ст. Так, О. Лохвицький, наприклад, писав, що суд не може застосовувати скасований законодавцем закон, яким передбачалася злочинність чи більша караність діяння тому, що сам законодавець визнає його жорстоким і несправедливим¹. На думку Ф. Ліста, зворотна дія більш м'якого кримінального закону встановлена законодавцем «лише за вимогами милосердя, які не можуть бути виправдані юридично, але заслуговують на повне співчуття»². Такий же погляд поділяли вітчизняні учені-криміналісти XIX – початку XX ст.: Л. С. Білогриць-Котляревський³, Л. Є. Владимиров⁴, В. В. Єсіпов⁵, П. Д. Калмиков⁶, С. П. Мокринський⁷, П. П. Пусторослев⁸, В. Спасович⁹, М. П. Чубинський¹⁰ та інші. Ідея обґрунтування зворотної дії більш м'якого кримінального закону з позицій гуманізму та справедливості знаходила і знаходить своїх прибічників

¹ Див.: *Лохвицкий А.* Курсь русскаго уголовного права. – СПб: Скоропечатня Ю. О. Шрейера, 1871 – С. 28–29.

² *Фонь-Листъ Ф.* Учебник уголовного права. Общая часть – М.: Товарищество типографии А. И. Мамонтова, 1903 – С. 96.

³ Див.: *Бѣлогрицъ-Котляревскій Л. С.* Учебникъ русскаго уголовного права. Общая и особенная части – Киевъ-Петербургъ-Харьковъ: Южно-Русское Книгоиздательство Ф. А. Югансона, 1903 – С. 83, 84.

⁴ Див.: *Владимировъ Л. Е.* Учебникъ русскаго уголовного права. Общая часть – Харьковъ: Издание типографии Каплана и Бирюкова, 1889 – С. 25.

⁵ Див.: *Єсіпов В. В.* Очерки русскаго уголовного права. Часть Общая. Преступление и преступники. Наказание и наказуемость – Варшава: Типографія Варшавскаго Учебнаго Округа, 1894 – С. 26.

⁶ Див.: *Калмыковъ П. Д.* Учебникъ уголовного права. Часть Общая – СПб.: Типографія Товарищества «Общественная польза», 1866 – С. 351.

⁷ Див.: *Мокринскіи С. П.* Новый законъ и старая гарантія (о дѣйствиі уголовного закона в предѣлахъ времени) // Журналъ Министерства юстиці. – 1909. – № 3. – С. 9–10.

⁸ Див.: *Пусторослевъ П. П.* Понятіе о преступленіи – М.: Университетская типографія, 1891 – С. 65.

⁹ Див.: *Спасовичъ В.* Учебникъ уголовного права – Томъ I. (Выпускъ первый) – СПб.: Въ типографіи Юсафата Огризко, 1863 – С. 73–74.

¹⁰ Див.: *Чубинскій М. П.* Обратное дѣйствіе уголовного закона // *Чубинскій М. П.* Статьи и рѣчи по вопросамъ уголовного права и процесса (1896–1906). – Х.: Типографія «Печатное дѣло» кн. К. Н. Гагарина, 1906 – С. 16–18.

і пізніше, в тому числі – й сьогодні. Зокрема, на думку С. Г. Келіної, «надання зворотної сили новому кримінальному закону, що скасовує чи пом'якшує караність вчиненого злочину, є проявом гуманізму і справедливості, властивих радянському кримінальному праву»¹. В. М. Василаш вважає, що надання зворотної дії більш м'якому кримінальному закону відповідає принципів гуманізму, ідеї правової демократичної держави². У тому ж руслі висловлюється й В. М. Кудрявцев: «Було б несправедливістю не лише тримати в місцях позбавлення волі тих, чиї діяння на теперішній момент визнані некараними чи караними більш м'яко, але й залишати попередню оцінку злочину з усіма наслідками, що випливають звідси, якщо вона змінилася за новим законом»³. За М. Д. Дурмановим, «визнання зворотної дії такої (більш м'якої – Ю. П.) закону впливає з принципів соціалістичного гуманізму та цілей покарання за радянським правом, в яких виражені ці принципи»⁴, а І. І. Карпець вважає, що зворотна дія закону, який скасовує караність діяння чи пом'якшує її, відповідає загальнолюдським моральним уявленням⁵. Аналогічний підхід до цього питання у роботах С. С. Алексєєва⁶, А. М. Барканова⁷, М. І. Блум⁸,

¹ Див.: Советское уголовное право. Часть Общая / М. А. Гельфер, П. И. Гришаев, Б. В. Здравомыслов и др. Под ред. М. А. Гельфера, П. И. Гришаева, Б. В. Здравомыслова – М.: Юридическая литература, 1977 (автор главы – С. Г. Келіна); Див. також: Келіна С. Г. Советский уголовный закон // Советское уголовное право. Часть Общая. В 18-ти вып. – Вып. 2 – М.: Всесоюз. юрид. заочн. ин-т, 1961 – С. 36–37.

² Див.: Василаш В. М. Чинність кримінального закону України в часі: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 – К.: Київ. ун-т ім. Тараса Шевченка, 1995. – С. 16

³ Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений – М.: Юристъ, 1999 – С. 239

⁴ Дурманов Н. Д. Советский уголовный закон – М.: Изд-во МГУ, 1967 – С. 270. Див. також: Советское уголовное право. Общая часть / Г. Н. Борзенков, Н. Д. Дурманов, Ю. А. Красиков и др. Под ред. Г. А. Кригера, Б. А. Куринова, Ю. М. Ткачевского – М.: Изд-во Московского университета, 1981. – С. 62. (автор главы – Н. Д. Дурманов).

⁵ Див.: Карпець І. І. Уголовное право и этика – М.: Юридическая литература, 1985 – С. 72.

⁶ Див.: Алексєєв С. С. Общая теория права – М., 1982 – Т. II – С. 243.

⁷ Див.: Барканов А. Н. Обратная сила уголовного закона: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Саратов: Саратовский юрид. ин-т МВД РФ, 2000. – С. 11–12.

⁸ Див.: Блум М. И. Действие уголовного закона во времени в зарубежных социалистических странах Европы // Ученые записки Латвийского государственного университета имени Петра Стучки – Том 241: Вопросы борьбы с преступностью – Вып. II. – Рига: Латвийский государственный университет, 1976 – С. 81–82.

Б. В. Волженкіна¹, Т. Г. Даурової², М. П. Журавльова³, О. М. Ігнатова⁴, С. Г. Келіної⁵, С. В. Сахнюка⁶, В. Ф. Фелілової⁷, А. Є. Якубова⁸ та ін.

Не менш поширеним у літературі є і, так би мовити, прагматичний підхід до обґрунтування зворотної дії кримінального закону. Так, М. Д. Дурманов в іншій своїй роботі стверджує, що зворотна дія більш м'якого кримінального закону є не лише виявом гуманізму, а й зумовлена недоцільністю застосування старого більш суворого закону: «Якщо законодавець встановлює, що відносно злочинів, які будуть вчинені після видання нового закону для досягнення цілей покарання достатньо визначеного новим законом покарання, менш суворого, ніж встановлене раніше, немає підстав залишати попереднє більш суворе покарання відносно осіб, які вчинили злочини до набрання чинності більш м'якого закону»⁹.

¹ Див.: Уголовный кодекс Российской Федерации: Научно-практический комментарий / Г. Н. Борзенков, В. П. Верин, Б. В. Волженкин и др. Отв. ред. В. М. Лебедев – М.: Юридическая литература, 1998 – С. 22–23.

² Див.: Даурова Т. Г. Действие во времени нового уголовного закона, изменяющего квалифицирующие обстоятельства // Теоретические и практические проблемы нового уголовного законодательства: Сб. научн. тр – М.: Всесоюзный институт по изучению причин и разработке мер предупреждения преступности, 1985 – С. 69.

³ Див.: Практический комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Х. Д. Аликперов, Х. М. Ахметшин, Б. В. Волженкин и др. Под общ. ред. Х. Д. Аликперова и Э. Ф. Побегайло – М.: НОРМА, 2001 – С. 26.

⁴ Див.: Ігнатов А. О действии уголовного закона во времени // Уголовное право – 2002 – № 1 – С. 14; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Х. М. Ахметшин, О. Л. Дубовик, С. В. Дьяков и др. Под общ. ред. Ю. И. Скуратова и В. М. Лебедева – М.: НОРМА-ИНФРА-М, 2000.– С. 8.

⁵ Див.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / С. В. Бородин, О. Л. Дубовик, С. Г. Келина и др. Под ред. А. В. Наумова – М.: Юристь, 1996 – С. 56.

⁶ Див.: Сахнюк С. В. Теоретичні та практичні аспекти пом'якшення покарання за кримінальним законодавством України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 – К.: Інститут держави та права ім. В. М. Корецького НАН України, 2001.– С. 4.

⁷ Див.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации: В 2 т – Т. 1 / В. Е. Батюкова, А. Е. Жалинский, Ю. Б. Мельникова и др. Под ред. О. Ф. Шишова – М.: Новая волна, 1998 – С. 25.

⁸ Див.: Якубов А. Е. Обратная сила уголовного закона // Вестник Московского университета – Серия 11: Право – 1993 – № 2 – С. 62–63.

⁹ Курс советского уголовного права. Часть Общая – Том I: Уголовный закон / А. А. Пионтковский, А. А. Герцензон, Н. Д. Дурманов, П. С. Ромашкин. Ред. кол.: А. А. Пионтковский, П. С. Ромашкин, В. М. Чхиквидзе – М.: Наука, 1970.– С. 236

Точку зору про недоцільність застосування закону часу вчинення злочину, бо держава визнала діяння незлочинним чи покарання за нього надмірним, поділяла ціла група криміналістів як до М. Д. Дурманова, так і після нього. Зокрема, ще С. Будзинський зазначав, що незастосування нового, більш м'якого закону суперечитиме державним уявленням про користь і даремно зменшуватиме його силу¹. Е. Я. Немировський вказував на недоцільність застосування державою до злочинця того заходу репресії, який держава «сама виданням нового закону визнала не належним та замінила новим, кращим: більш справедливим чи таким, що вірніше веде до мети»². Такої ж думки дотримувалися Д. А. Дріль³ та В. П. Даневський⁴, а І. Сапгір наголошував: «Видання закону, що скасовує караність діяння чи пом'якшує його, свідчить про те, що держава (суспільство) визнає це діяння для себе безпечним чи не настільки небезпечним, як раніше. Який же сенс тримати в ув'язненні людину, вчинок якої не має більше в собі ознак небезпечності для суспільства»⁵.

Коментуючи КК України 1927 р., Є. В. Пржевалінський зазначив, що надання зворотної дії положенням кримінального закону як у випадку декриміналізації діяння, так і у випадку скорочення строків давності притягнення до кримінальної відповідальності зумовлюється лише «міркуваннями доцільності, в обох випадках абсолютно ідентичними»⁶. М. І. Ковальов зауважував: у питанні зворотної дії кримінального закону в часі «законодавець вправі діяти відповідно до своїх уявлень про доцільність. Вона при цьому і повинна вважатися головним критерієм»⁷.

На думку О. А. Герцензона, покарання за раніше вчинений злочин, пом'якшене чи скасоване новим законом, є «чистою відплатою» і тому

¹ Див.: Будзинский С. Начала уголовного права – Варшава: Главный складъ въ книжныхъ магазинахъ Кожанчикова въ С. Петербургѣ, Варшавѣ и Казани, 1870 – С. 41.

² Немировский Э. Я. Учебникъ уголовного права. Общая часть. – Одесса: Издание Акционернаго Южно-Русскаго Общества Печатнаго Дѣла, 1919. – С. 29.

³ Див.: Дриль Д. А. Уголовное право: Лекции, читанныя на экономическомъ отдѣленіи въ 1909-10 акад. году – СПб.: Издание кассы взаимопомощи студентовъ СПб. Политехникума, 1909 – С. 142.

⁴ Даневски В. П. Уголовное право: 1890/91 академического года – С. 30.

⁵ Сапгир И. Обратное действие уголовного закона // Еженедельник советской юстиции – 1925 – № 50-51 – С. 1534.

⁶ Пржевалинский Е. В. Вопросы, возникающие в связи с применением УК в ред. 1927 г. // Вестник советской юстиции – 1927 – № 19. – С. 654.

⁷ Ковалев М. И. Советское уголовное право: Курс лекций. Выпуск 2: Советский уголовный закон. – Свердловск: Свердловский юридический институт, 1974 – С. 121-122, 124.

ного застосування перестає бути доцільним¹, а Я. М. Браїнін вказував на те, що видання нового, більш м'якого закону свідчить про втрату певним колом діянь своєї колишньої суспільної небезпечності, що робить недоцільним застосування до осіб, які їх вчинили, передбачених раніше чинним законом покарань². І ще: Б. С. Утевський писав, що було б непослідовним і недоцільним покарання за дії, які вже визнані законодавцем правомірними³, а на думку М. А. Шнейдера, «кримінальний закон має зворотню дію, оскільки відпадає необхідність переслідувати і карати особу»⁴.

Очевидно, що обидва підходи містять певну раціональну ідею. Справді, застосування до особи, яка вчинила злочин, прийнятого пізніше більш м'якого закону, з точки зору самої цієї особи, безумовно, є гуманним заходом. З іншого боку, такий захід і суттєво зменшує державну кримінальну репресію, усуває її недоцільне і нераціональне використання. Втім, видається, що гуманність та раціональність у даному випадку більше стосуються наслідків зворотної дії кримінального закону, аніж її причин. Тому сприйняти аргументи прибічників обох викладених підходів на користь обґрунтування зворотної дії кримінального закону не уважаємо за можливе, насамперед, саме з тих причин, що вони не відповідають на питання «чому кримінальний закон може мати зворотню дію в часі?», а стосуються виключно питання про те, яке соціальне значення такої дії.

Крім того, як слушно зазначав М. С. Таганцев, посилення на загальні вимоги гуманності та справедливості, на здоровий глузд тощо є надто невловимими, щоб слугувати юридичним обґрунтуванням інституту зворотної дії в часі більш м'яких кримінальних законів⁵. М. Й. Коржанський справедливо твердить, що «демократизм, законність, гуманізм і справедливість... до права... мають таке саме відношення, як і до економіки, політики та всіх інших сфер суспільного життя. Вони позбавлені будь-якого практичного значення для право-

¹ Див.: Уголовное право. Общая часть / А. А. Герцензон, М. М. Исаев, А. А. Пионтковский, Б. С. Утевский. Под ред. В. Д. Меньшагина – М.: Юридическое издательство Министерства юстиции СССР, 1948 – С. 254–255. (автор параграфа – О. А. Герцензон).

² Див.: Браїнін Я. М. Советское уголовное право. Общая часть (Лекции, читанные в Киевском государственном университете). – Вып. 1 – К.: Изд-во Киевского государственного университета им. Т. Г. Шевченко, 1955 – С. 165.

³ Див.: Утевский Б. С. Уголовное право – М.: Гос. изд-во юридической литературы, 1949 – С. 20.

⁴ Див.: Шнейдер М. А. Советское уголовное право. Часть Общая (Учебное пособие). – М.: ВЮЗИ, 1955 – С. 37.

⁵ Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Лекции. Часть Общая. В 2 т – Т. 1. – М.: Наука, 1994. – С. 120.

вої дійсності, оскільки не можуть мати якого-небудь практичного застосування чи використання, реалізації. Ніхто й ніде не може вимагати їх конкретного виконання, і ніхто не може нести відповідальності за їх порушення»¹. Такі міркування не позбавлені рації. Безумовно, той чи інший інститут законодавства повинен мати саме юридичне обґрунтування свого існування. Саме тому аргументи на користь зворотної дії кримінального закону слід знаходити не в найзагальніших суспільно-філософських категоріях, а в царині юридичної матерії.

Значимо: засади такого підходу простежуються в роботах окремих юристів. Думку про те, що зворотна дія більш м'якого кримінального закону «ґрунтується не лише на міркуваннях гуманності, але й на правильному розумінні з боку держави розмірів та меж своєї каральної влади», висловив свого часу ще М. П. Чубинський². Так, саме з розуміння обмеженості державного втручання в життя особи та суспільства (меж влади держави) та пріоритетності і домінування прав людини над законами держави і має виводитися обґрунтування зворотної дії більш м'якого кримінального закону.

Як уже було показано (у попередньому розділі), зворотню дію може мати лише закон, що набув чинності під час існування кримінального правовідношення (у широкому сенсі). Набуття чинності таким законом, який по-іншому, аніж закон, чинний на момент виникнення цього правовідношення, вирішує питання про злочинність вчиненого особою діяння чи кримінальну відповідальність за нього, ставить питання про зміну змісту цього правовідношення, а саме: про зміну повноваження держави у такому правовідношенні. В цьому плані теоретично мислимими є три варіанти зміни такого державного повноваження. Перший з них – це його розширення, яке досягається через надання державі можливості покласти на особу, що вчинила злочин, більш суворі заходи кримінальної відповідальності. Другий варіант – це звуження повноваження держави у кримінальному правовідношенні, яке, відповідно, має місце тоді, коли обмежуються можливості держави у покладенні на особу більш суворих заходів кримінальної відповідальності. Інакше кажучи, у такому разі повноваження держави звужується у зв'язку із зменшенням суворості тих заходів, які вона повноважна застосувати щодо особи, яка вчинила злочин. Нарешті, третій варіант – це скасування самого

¹ Коржанський М. Про принципи уголовного права України // Право України - 1995 - № 11 - С. 69.

² Чубинський М. П. Обратное действие уголовного закона. В кн.: Статьи и речи по вопросам уголовного права и процесса (1896-1906). - Х.: Типография «Печатное дело» кн. К. Н. Гагарина, 1906. - С. 18

повноваження держави на притягнення особи до кримінальної відповідальності.

Таким чином, при першому варіанті зміни повноваження держави у кримінальному правовідношенні відповідно створюється підстава для додаткового обмеження прав особи, що вчинила злочин, порівняно з тим, якби це мало місце за законом часу його вчинення. При другому та третьому варіантах, навпаки, межі свободи і прав людини у кримінальному правовідношенні розширюються за рахунок звуження повноваження держави. Однак не можна сказати, що у всіх трьох варіантах зміна повноважень держави на кримінальне переслідування осіб, що вчинили злочин, повинна стосуватися вже існуючих кримінальних правовідносин.

Конституція України проголосила: «Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю». Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, а їх утвердження і забезпечення є головним обов'язком держави (ст. 3). Це конституційне положення дає підстави для висновку, що права людини, у тому числі тієї, яка є суб'єктом кримінального правовідношення, мають переважне значення над державними функціями і повноваженнями, що останні мають бути спрямовані на сприяння реалізації та захисту перших. Саме тому у випадках, коли закон розширює повноваження держави щодо обмеження прав людини (зокрема у порядку кримінального переслідування), то таке розширення має стосуватися виключно повноваження держави у майбутніх кримінальних правовідносинах, тобто правовідносинах, юридичний факт яких ще не виник. І ніякими міркуваннями доцільності¹ не можна обґрунтувати зворотню дію нового закону, якщо він розширює каральні повноваження держави.

Що ж стосується законів, які обмежують чи скасовують повноваження держави у вже існуючих кримінальних правовідносинах, то в даному випадку відповідно розширюються свобода і права людини. У зв'язку з цим, такі нові закони мають стосуватися вже існуючих

¹ Так, А. А. Піонтковський (батько), як і деякі інші криміналісти кінця XIX – початку XX ст., був прибічником застосування у будь-якому разі нового кримінального закону, незалежно від того, чи є він більш м'яким, чи більш суворим. Він, зокрема, писав: «Допущення можливості вибору між старим і новим законом різко суперечить основному положенню, що визнає чинність кримінальних законів у часі, оскільки воно зберігає за старим законом можливість його застосування після його дійсного скасування. Це допущення не відповідає тим засадам доцільності, на яких базується зміна одних законів іншими». (Див.: *Пионтковской А. А. Уголовное право (пособие къ лекціямъ)*. Часть Общая. Выпуск первый – Казань: Типо-литографія Императорскаго Казанскаго Университета, 1913 – С. 92).

правовідносин. Інакше кажучи, обмеження чи скасування державного репресивного повноваження має поширюватися на всіх осіб, тобто й тих, які вчинили злочини до набуття чинності законом, яким було здійснено таке обмеження державних повноважень. Застосування нових, більш м'яких законів до діянь, вчинених до набуття ними чинності, на думку С. В. Познишева, «в силу принципу можливої мінімальності страждань, що вносяться покаранням до суспільства, навіть обов'язкове для держави»¹.

Подібне розуміння кореляції між кримінальним законом та правами людини привело й Є. М. Трубецького до висновку: «Закон, який у будь-чому зменшує права окремих осіб, зворотної дії мати не може. Навпаки, такий закон, який не уражає будь-яких особистих прав і не тягне для осіб несприятливих наслідків, може мати зворотну дію... Такий виняток із загального правила про незворотну дію законів допускається на тій підставі, що пом'якшення (покарання – Ю. П.) не обмежує особистих прав, обмежуючи, навпаки, каральну владу держави»².

Отже, обмеження за новим законом повноваження держави на переслідування вчиненого особою діяння як злочину та на покладення за нього кримінальної відповідальності поширюється на правовідносини, що вже виникли до набуття таким законом чинності. Така відповідь є закономірною для ліберально-демократичної парадигми права, одним із постулатів якої є, зокрема, те, що обмеження державної влади (у даному випадку – влади каральної) стосується всіх без винятку правових відносин людини та держави, розширення ж меж державного впливу на людину можливе лише на майбутнє, тобто щодо тих правовідносин, які виникнуть після набуття відповідним законом чинності. В цьому руслі й Конституція України говорить: «При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод» (ч. 3 ст. 22). Тобто, права і свободи людини у вже існуючих правовідносинах (у тому числі кримінальних) відповідно до Конституції не можуть бути обмежені, а значить, при першому з трьох наведених вище варіантів зміни повноваження держави у кримінальному правовідношенні кримінальний закон цього правовідношення стосуватися не може.

З іншого боку, зворотний процес, тобто розширення змісту і обсягу існуючих прав людини (у тому числі суб'єкта кримінального правовідношення) Конституцією цілком допускається, а тому при двох інших варіантах зміни повноваження держави у кримінальному пра-

¹ Познишев С. В. Учебник уголовного права. Очерк основных начал общей и особенной части науки уголовного права. I. Общая часть – М.: Юридическое издательство Наркомюста, 1923 – С. 39.

² Трубецкой Е. Н. Энциклопедия права – СПб.: Лань, 1998 – С. 144.

новідношенні новий закон має стосуватися цих правовідносин. Цей підхід логічно продовжено і в ст. 58 Конституції України, яка стосується зворотної дії законів у часі, а тому варто погодитися з тими авторами, які, коментуючи названу статтю Конституції, дійшли висновку про окремий випадок вираження в ній принципу, відповідно до якого нові закони не можуть обмежувати права людини та громадянина, погіршувати їх становище¹, принципу забезпечення безпеки людини від посягань з боку держави².

Викладене дозволяє твердити: кримінальний закон повинен мати зворотню дію не у зв'язку з гуманністю, милосердям чи справедливістю держави або недоцільністю застосування старого, більш суворого закону, а саме тому, що він розширює коло прав людини чи звужує коло її обов'язків, а також обмежує обсяг державного втручання в приватне життя людини. З іншого боку, саме такий закон, який володіє вказаними характеристиками, тільки й може мати зворотню дію в часі. І навпаки, закон, який призводить до звуження чи обмеження прав людини, покладення на неї додаткових обов'язків, розширення повноважень держави на втручання у приватне життя суспільства, не може мати зворотної дії.

Отже, кримінальний закон може мати зворотню дію в часі у зв'язку з тим, що він обмежує або скасовує повноваження держави в існуючих кримінальних правовідносинах (у широкому сенсі) щодо покладення на особу, яка вчинила злочин, заходів кримінальної відповідальності. Таким чином, саме скасування або обмеження у новому законі повноваження держави на притягнення особи до кримінальної відповідальності є тими характеристиками, які й зумовлюють його зворотню дію. Такий вплив нового кримінального закону на вже існуючі кримінальні правовідносини, в результаті якого змінюється зміст цих правовідносин, слід, очевидно, розглядати як матеріальну підставу для зворотної дії закону в часі. Матеріальність цієї підстави саме в тому і полягає, що вона впливає на сутність кримінального правовідношення, його зміст.

Тому матеріальні підстави зворотної дії кримінального закону в часі – це такі його зміни, які приводять до обмеження або скасування повноваження держави в існуючих кримінальних правовідносинах. Обмеження згаданого державного повноваження має місце у випадку,

¹ Див.: *Погорілко В. Ф., Головченко В. В., Сірий М. І.* Права та свободи людини та громадянина в Україні – К.: Ін Юре, 1997 – С. 42.

² Див.: *Панов М. І., Тихий В. П.* Право людини на безпеку // Актуальні проблеми формування правової держави в Україні. До 50-ї річниці Конвенції про захист прав людини та основних свобод: Матеріали Міжнародної наук.-практ. конф.: У 2-х ч – Ч. 2 / За ред. *М. І. Панова* – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2000 – С. 115.

коли держава уповноважується новим законом покласти на особу менший обсяг кримінальної відповідальності. Інакше кажучи, обмеження карального повноваження держави має місце у випадках пом'якшення кримінальної відповідальності. Про скасування такого повноваження мова може йти тоді, коли держава взагалі втрачає можливість покладення на особу кримінальної відповідальності або в силу того, що раніше скоєне особою діяння більше не визнається злочином, або в силу інших причин, з яких особа, яка вчинила діяння, що було і продовжує залишатися злочином, не може бути піддана кримінальній відповідальності. Інакше кажучи, скасування повноваження держави на притягнення особи до кримінальної відповідальності має місце у двох випадках. Перший випадок – це декриміналізація вчиненого особою діяння. Другий випадок – це припинення такого повноваження шляхом заміни його повноваженням звільнити особу від кримінальної відповідальності або з інших причин¹.

Виходячи з цього, дослідження матеріальних підстав зворотної дії кримінального закону в часі передбачає дослідження проблем пом'якшення кримінальної відповідальності, дсриміналізації злочинів, розширення підстав звільнення від кримінальної відповідальності та інших перешкод на притягнення особи до неї. Однак для того, щоб кримінальний закон отримав зворотню дію в часі, наявності однієї лише матеріальної підстави, яку становлять його власні ознаки (скасування чи обмеження повноваження держави щодо покладення кримінальної відповідальності на особу, яка вчинила злочин), ще недостатньо. Така внутрішня, сутнісна ознака закону має знайти свій зовнішній вираз, юридичне оформлення. Тобто, для набуття законом зворотної дії матеріальна підстава має бути поєднана з іншою, яка виражає ззовні факт існування зворотної дії у даного кримінального закону. Таку зовнішню підставу слід, на мою думку, іменувати формальною, оскільки вона належить до юридичної форми надання зворотної дії тій матеріальній сутності нового закону, яка полягає в де-

¹ Важко зрозуміти, що має на увазі В. Мартин, коли пише, що незастосування нового законодавства про відповідальність за заподіяння моральної (немайнової) шкоди до випадків посягання на честь чи гідність особи, що мали місце до набуття чинності таким законодавством, є підтвердженням принципу «незворотності дії кримінального закону, який встановлює або посилює відповідальність» (Див.: *Мартин В.* Деякі теоретичні аспекти застосування принципу незворотності дії кримінального закону, який встановлює або посилює відповідальність // Вісник Львівського університету. Серія юридична – 2002 - Вип. 37 – С. 76). Цілком очевидно, що закони, які визначають порядок відшкодування моральної (немайнової) шкоди, є цивільними законами і не мають жодного відношення до кримінальної відповідальності. Тому правила дії таких законів у часі не можна виводити з правил дії в часі кримінального закону.

криміналізації злочину, пом'якшенні кримінальної відповідальності чи звільненні від неї. Таким чином, лише за наявності єдності матеріальної та формальної підстав той чи інший кримінальний закон тільки й може мати зворотну дію в часі.

В історії законодавства та доктринальному вченні про зворотну дію актів законодавства в часі традиційно виділяється дві формальні підстави зворотної дії кримінального закону (хоча термін відповідний і не вживається). Перша формальна підстава – це колізійний припис (колізійна стаття) законодавства, в якому описуються властивості нового кримінального закону, завдяки яким він і отримує зворотну дію (описується матеріальна підстава такої дії). Друга формальна підстава – це спеціальна вказівка законодавства, яка також має форму правового припису і в якій не описуються властивості нового кримінального закону, завдяки яким він має зворотну дію (матеріальна підстава такої дії), а лише називається закон, що має зворотну дію в часі.

Саме тому в подальших підрозділах досліджуються питання матеріальних та формальних підстав зворотної дії кримінального закону в часі.

4.2. Матеріальні підстави зворотної дії кримінального закону в часі

4.2.1. Пом'якшення кримінальної відповідальності

Обмеження повноваження держави у кримінальному правовідношенні щодо покладення на особу більш суворих заходів кримінальної відповідальності є першою матеріальною підставою зворотної дії кримінального закону в часі. Таким кримінальним законом, що обмежує повноваження держави щодо покладення на особу більш суворих заходів кримінальної відповідальності, є закон, що зменшує обсяг цієї кримінальної відповідальності, тобто пом'якшує її. Визначення категорії законів, що пом'якшують кримінальну відповідальність, а також способів такого пом'якшення передбачає попереднє з'ясування питання про те, що ж являє собою сама кримінальна відповідальність, який зміст цього поняття.

Як відомо, питання про поняття кримінальної відповідальності є чи не найбільш дискусійним з базових понять кримінального права. Звертає на себе увагу той факт, що майже кожен з дослідників поняття кримінальної відповідальності, перш за все, відзначає різноманітність підходів у науці до його визначення, після чого піддає критиці та наводить власні аргументи на користь тієї чи іншої позиції. Так, було висловлено чи не найбільшу в кримінально-правовій науці кількість різноманітних визначень. Н. Ф. Кузнєцова, наприклад, ствер-

джує, що «принаймні п'ять точок зору викладено в теорії кримінального права відносно поняття кримінальної відповідальності»¹. Очевидно, що таких точок зору в науці, все ж таки, більше. Гадаю, найбільш розроблених, аргументованих, а отже, найбільш широко-відомих підходів до розуміння кримінальної відповідальності є, що-найменше, шість.

Згідно з першим, чи не найпоширенішим підходом, кримінальна відповідальність розуміється як обов'язок особи, яка вчинила злочин, зазнати несприятливих для неї наслідків у формі заходів кримінально-правового (іноді також додають – кримінально-процесуального та кримінально-виконавчого) примусу, що застосовуються до неї уповноваженими на те органами держави². Деякі криміналісти уточнюють, що кримінальна відповідальність – це реалізація обов'язку особи, яка вчинила злочин, піддатися заходам кримінально-правового впливу³.

Інші ж вбачають сутність кримінальної відповідальності у покаранні. Так, О. І. Бойцов кримінальну відповідальність визначає «як сукупність кримінально-правових заходів впливу у вигляді засудження та покарання, які можуть бути застосовані до особи у випадку вчинення злочину»⁴.

Третя група вчених розуміє кримінальну відповідальність як реалізацію санкції кримінально-правової норми. І. С. Самощенко та М. Х. Фарукшин підкреслюють: «Застосування до правопорушника юридичних санкцій, у тому числі покарання, не є якоюсь окремою стадією реалізації правової відповідальності. В цьому застосуванні полягає вся юридична відповідальність»⁵.

¹ Див.: Кузнецова Н. Ф. Новый Уголовный кодекс Республики Беларусь // Вестник Московского университета. Серия 11. Право.– 2000 – № 3.– С. 13.

Див.: Уголовное право Украинской ССР на современном этапе. Часть Общая. / Л. В. Багрий-Шахматов, М. И. Бажанов, Ф. Г. Бурчак и др. Отв. ред. Ф. Г. Бурчак – К.: Наукова думка, 1985 – С. 47.; Лукашевич В. З. Установление уголовной ответственности в советском уголовном процессе – Л., 1985 – С. 49; Лесниевски-Костарева Т. А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика – М.: НОРМА, 1998.– С. 33; Чистяков А. А. Механизм формирования основания уголовной ответственности – Рязань: Рязанский институт права и экономики, 2000 – С. 29.

² Див.: Шатилов С. М. Понятие и содержание уголовной ответственности // Вестник Ленинградского университета. Серия экономики, философии, права – 1981.– № 23. Вып. 23.– С. 70–74.

⁴ Бойцов А. И. Понятие уголовной ответственности // Вестник Ленинградского университета. Серия экономики, философии, права.– 1981 – № 17. Вып. 3.– С. 122

⁵ Самощенко И. С., Фарукишин М. Х. Ответственность по советскому законодательству – М., 1971 – С. 69; Див. також: Ткачевский Ю. М. Понятие уголовной ответственности, ее суть и цели // Вестник Московского университета – Серия 11: Право – 2000 – № 6 – С. 17.

Про те, що кримінальна відповідальність – «це форма реалізації державою правоохоронних норм, яка в кінцевому підсумку, як правило, полягає в застосуванні до особи, що вчинила злочин, конкретних кримінально-правових заходів примусового характеру через обвинувальний вирок суду», йдеться і в одному з Рішень Конституційного Суду України¹. Ряд авторів розглядає кримінальну відповідальність як кримінально-правові відносини, що складаються між особою, яка вчинила злочин, та державою. Вони стверджують, що «кримінальна відповідальність, будучи правовідношенням, складається з трьох елементів – суб'єкта, об'єкта та змісту»².

Відповідно до п'ятого підходу кримінальна відповідальність вважається засудженням особи за вчинення злочину з призначенням покарання чи без нього³.

Нарешті, за шостим підходом кримінальна відповідальність розуміється як вимушене зазнавання особою, яка вчинила злочин, державного засудження, а також позбавлень особистого, майнового чи іншого характеру, що покладаються на винуватого спеціальними органами держави⁴.

Багато криміналістів сьогодні схиляються до того, що кримінальна відповідальність є діалектичним поєднанням двох аспектів – ретроспективного (негативного) та перспективного (позитивного). При цьому під перспективним (позитивним) аспектом кримінальної відповідальності розуміється усвідомлення особою обов'язку утримуватися від вчинення заборонених кримінальним законом діянь,

¹ У справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положень частини третьої статті 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканність): Рішення Конституційного Суду України від 27 жовтня 1999 року // Офіційний вісник України. – 1999. – № 44. – Ст. 2193.

² *Чугунников И. И., Допилка С. О.* Понятие реализации уголовной ответственности и ее формы // Правовое регулирование государственного строительства в Украине и проблемы совершенствования законодательства: Крат. тез. докл. и научн. сообщ. межрегионал. научн. конф. молод. учен. и соискат. – Х.: Укр юрид. акад., 1992 – С. 75. Див. також: *Загородников Н. И.* О пределах уголовной ответственности. // Советское государство и право – 1967 – № 7 – С. 39; *Ефанова В. Л.* Привлечение к уголовной ответственности // Проблемы права на защиту и юридической ответственности: Тез. сообщ. на межвуз. конф. молод. учен.-юристов. – Воронеж: Воронежский гос. ун-т, 1987. – С. 58–59.

³ Див.: *Смирнов В. Г.* Уголовная ответственность и уголовное наказание // Правоведение – 1963 – № 4. – С. 81, 83.

⁴ Наприклад: *Санталов А. И.* Теоретические вопросы уголовной ответственности – Л., 1982 – С. 18; *Зельдов С. И.* Некоторые актуальные проблемы совершенствования уголовно-правового реагирования на преступления // Уголовно-правовые и процессуальные проблемы реализации уголовной ответственности: Межвуз. сб. статей – Куйбышев, 1986 – С. 13–22.

під негативним (ретроспективним) – негативна оцінка державою особи, що вчинила злочин, її засудження та покарання¹. Видається, що таким чином об'єднуються два з вищеназваних підходів до розуміння кримінальної відповідальності: як обов'язку особи, що вчинила злочин, піддатися певним заходам впливу, та як застосування цих заходів до такої особи.

Іноді зауважують, що висунуті у науці визначення поняття кримінальної відповідальності є діаметрально протилежними, заперечують одне одного. Очевидно, міркуючи саме подібним чином, окремі автори доходять висновку про те, що бажано було б закріпити визначення поняття «кримінальної відповідальності» в самому кримінальному законі². Український законодавець, приймаючи КК України 2001 р., цілком резонно відмовилися від такої ідеї, виходячи, очевидно, з тієї беззаперечної тези, що спірні в науці положення не можуть додаватися до законодавства³. Однак таку ідею підтримав білоруський законодавець. У ч. 1 ст. 44 КК Республіки Беларусь кримінальна відповідальність визначається як засудження від імені держави за вироком суду особи, що вчинила злочин, та застосування на підставі засудження покарання чи інших заходів відповідно до КК Республіки Беларусь⁴.

Однак, вважаємо, у запропонованих розуміннях кримінальної відповідальності більше спільного, аніж відмінного. У кожному з них йдеться, по суті, про одне й те ж – про певні заходи впливу, що застосовуються державою на підставі кримінального закону до особи, яка вчинила злочин. Різниця лише в тому, що різні вчені розглядають ці заходи впливу з різних вихідних позицій чи на різних етапах. Так, І. М. Даньшин, В. З. Лукашевич, Т. О. Ліснієвськи-Костарева, А. О. Пінаєв та інші розглядають ці заходи впливу з точки зору юридичного

¹ Див.: *Багрий-Шахматов Л. В.* Социально-правовые проблемы уголовной ответственности и формы ее реализации. Общая часть: Курс лекций.– Одесса: АО БАХВА, 1998.– С. 45–63; *Павлов В. Г.* Субъект преступления и уголовная ответственность – СПб.: Лань; Санкт-Петербургский университет МВД России, 2000 – С. 18–21; *Прохоров Н. М., Кропачев В. С.* Механизм уголовного-правового регулирования: уголовная ответственность – СПб.: Санкт-Петербургский гос. ун-т, 2000 – С. 7, 8, 10–12 и др.

² Див., наприклад: *Куц В. М.* Новий Кримінальний кодекс України: яким йому бути – Х.: Ксилон, 1999 – С. 28, 29, 54; *Коржанський М. Й.* Визначення окремих понять у Кримінальному кодексі України // *Право України* – 2002.– № 10.– С. 83.

³ Див.: *Кузнецова Н. Ф.* Новый Уголовный кодекс Республики Беларусь // *Вестник Московского университета.*– Серия 11: Право.– 2000.– № 3.– С. 13.

⁴ Див.: *Уголовный кодекс Республики Беларусь / Вступ. ст. А. И. Лукашова, Э. А. Саркисовой* – Минск: Тесей, 2001 – С. 67.

відношення до них особи, яка вчинила злочин, незалежно від того, чи застосовані вони до неї, чи ні (обов'язок зазнати). О. І. Санталов та С. І. Зельдов розглядають ці ж заходи з точки зору реального зазначання їх такою особою, у випадку, коли вони до неї застосовані. І. С. Самощенко та М. Х. Фарушкін акцентують на самому застосуванні цих заходів державою, І. І. Чугунніков, С. О. Допілка, М. І. Загородников та інші розглядають правовідносини, в яких такі заходи застосовуються, а О. І. Бойцов вказує на покарання як основний серед наслідків впливу, у яких полягає кримінальна відповідальність, тощо. Таким чином, немає жодних підстав вбачати серйозні суперечності у запропонованих розуміннях кримінальної відповідальності, адже в кінцевому підсумку всі криміналісти погоджуються з тим, що кримінальна відповідальність – це певна міра стягнення, яка застосовується до особи, що вчинила злочин.

Таке стягнення спрямоване проти тих чи інших благ особи – особистого, майнового чи іншого характеру. Це, однак, соціальне розуміння сутності відповідальності. У юридичному ж розумінні відповідальність – це захід, спрямований проти певних прав особи, реалізуючи які вона може скористатися зазначеними благами. Стягнення ж, що передбачене кримінальним законом і накладається державою за вчинення злочину, обмежує ті чи інші права особи, яка вчинила злочин. Тому *кримінальну відповідальність можна визначити як передбачені кримінальним законом обмеження прав особи, яка вчинила злочин.*

Поклавши в основу поділу ступінь конкретизації кримінальної відповідальності, «наближеності» її до особи, яка вчинила злочин, гадаємо, що кримінальну відповідальність можна розглядати у таких трьох аспектах. Перш за все, – це кримінальна відповідальність, визначена кримінальним законом, тобто правообмеження, передбачені за вчинення певного злочину для невизначеного кола осіб (так звана потенційна кримінальна відповідальність¹). Далі, це кримінальна відповідальність, що визначена вироком суду для конкретної особи, засудженої за вчинення злочину (конкретизована кримінальна відповідальність). У цьому випадку правообмеження, загальним чином визначені у законі для неперсоніфікованого кола осіб, конкретизуються до певного виду і міри для конкретної особи. Нарешті, це кримінальна відповідальність, якої реально зазнає особа, засуджена за вчинення

¹ Термін «потенційна кримінальна відповідальність» вперше введено у науковий обіг Ю. В. Бауліним (див.: Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник для юрид. вузів і фак. / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін. За ред. М. І. Бажанова, В. Я. Тація, В. В. Сташиса – Х.: Право, 1997 – С. 315. Див. також: Баулін Ю. В. Звільнення від кримінальної відповідальності – К.: Атіка, 2004 – С. 16–43.

злочину (реальна кримінальна відповідальність). У даному аспекті, на відміну від другого, де кримінальна відповідальність розуміється як вид і міра зафіксованих вироком правообмежень, вона розглядається як реальне обмеження прав конкретної особи, що вчинила злочин.

Викладене потребує певного застереження у зв'язку з відомим Рішенням Конституційного Суду України, в якому він визначив, що «кримінальна відповідальність настає з моменту набрання законної сили обвинувальним вироком суду»¹. Очевидно, що таке тлумачення заслуговує на підтримку, оскільки запропоноване вище визначення поняття кримінальної відповідальності аж ніяк його не заперечує. Даючи таке тлумачення, Конституційний Суд України виходив із конкретних обставин справи, що розглядалася, а тому визначав кримінальну відповідальність лише як реальне зазнавання конкретною особою обмеження її прав. Таке реальне правообмеження, справді, можливе лише з моменту набрання законної сили вироком суду. Це, однак, не свідчить про те, що таке правообмеження не існує потенційно, коли воно передбачене кримінальним законом для невизначеного кола осіб, які можуть вчинити злочин (потенційна кримінальна відповідальність), і не існує як правообмеження, встановлене у вирокі суду для певної особи (конкретизована кримінальна відповідальність). Очевидно, що потенційна та конкретизована кримінальна відповідальність є нематеріалізованими поняттями. Це вид та розмір правообмежень, що зафіксовані у документі (законі чи вирокі). Власне кажучи, вони взагалі не мають моменту настання, а існують лише доти, доки є чинним закон чи має законну силу вирок суду, у яких вони передбачені.

Обмеження прав особи, яка вчинила злочин, здійснюється за допомогою передбачених кримінальним законом заходів кримінальної відповідальності. Серед них основним є покарання. Верховний Суд України зазначив, що «відповідно до чинного кримінального законодавства України основною формою кримінальної відповідальності є покарання, що являє собою встановлену законом сукупність обмежень, в яких виражаються його властивості»². КК України 2001 р. визначив покарання як захід примусу, що застосовується від імені

¹ У справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положень частини третьої статті 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканність): Рішення Конституційного Суду України від 27 жовтня 1999 року // Офіційний вісник України – 1999. – № 44 – Ст. 2193.

² Ухвала судової колегії в кримінальних справах Верховного Суду України від 26 жовтня 1999 р. (витяг) // Рішення Верховного Суду України. – 2000. – С. 71–72.

держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні злочину, і полягає в передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого (ч. 1 ст. 50). У тому, що покарання полягає у передбачених кримінальним законом позбавленнях прав і свобод засудженого, сходиться сьогодні й більшість криміналістів¹. Таке розуміння поняття «покарання» дає підстави для висновку про те, що воно є більш вузькою категорією щодо категорії «кримінальна відповідальність», тобто цілком охоплюється останньою як частина цілим.

При цьому, правообмеження, в яких полягає покарання, визначається не лише його видом та розміром, а й правилами його призначення та звільнення від нього чи його подальшого відбування. Тому пом'якшення такого заходу кримінальної відповідальності, як покарання, мислиме також і шляхом пом'якшення правил його призначення чи звільнення від нього.

Водночас, як правильно наголошується у літературі, кримінальна відповідальність та покарання – це поняття, що не є тотожними. Окрім останнього, кримінальна відповідальність включає й інші несприятливі для особи кримінально-правові заходи². Перш за все, несприятливим заходом, який входить до обсягу кримінальної відповідальності, є судимість. Вона також відповідає всім вказаним у визначенні поняття «кримінальної відповідальності» ознакам: передбачена кримінальним законом, настає за вчинення злочину та полягає в обмеженнях прав особи (загальноправових та кримінально-правових). З огляду на це, заслуговує підтримки позиція тих криміналістів, які включають судимість до заходів кримінальної відповідальності³.

Ще одним (третім) заходом кримінальної відповідальності, передбаченим КК України, є випробувальні строки, які застосовуються до

¹ Див., наприклад: *Дуюнов В. К.* Проблемы уголовного наказания в теории, законодательстве и судебной практике – Курск: РОСИ, 2000 – С. 53; *Становский М. Н.* Назначение наказания – СПб.: Юридический центр Пресс, 1999 – С. 8–9; Уголовное наказание в вопросах и ответах / *В. И. Басков, Г. Н. Борзенков, М. Н. Голоднюк* и др. Под ред. *В. С. Комиссарова* и *Р. Х. Якупова* – М.: Зерцало, 1998 – С. 3–5; *Фролова О. Г.* Злочинність і система кримінальних покарань (соціальні, правові та кримінологічні проблеми й шляхи їх вирішення за допомогою логіко-математичних методів): Навч. посібник. – К.: АртЕк, 1997 – С. 62–64.

² Див.: Курс уголовного права. Общая часть – Т. 2: Учение о наказании: Учебник для вузов / *М. Н. Голоднюк, В. И. Зубкова, Н. Е. Крылова* и др. Под ред. *Н. Ф. Кузнецовой* и *И. М. Тяжковой* – М.: ЗЕРЦАЛО, 1999. – С. 147.

³ Див., наприклад: *Скибицький В.* Про звільнення від кримінальної відповідальності і покарання // Радянське право. – 1984 – № 3 – С. 57.

осіб, звільнених від відбування покарання з випробуванням (статті 75, 79 та 104 КК України) чи умовно-достроково звільнених від відбування покарання (ст. 81 КК України). І в цих випадках, як і у випадку із судимістю, такі заходи передбачаються кримінальним законом, застосовуються за вчинення злочину та полягають в обмеженні тих чи інших прав засудженої особи (зокрема, це правообмеження, пов'язані з виконанням покладених судом обов'язків та особливим кримінально-правовим статусом особи, якій призначений випробувальний строк).

Таким чином, заходами кримінальної відповідальності є: покарання (у тому числі, правила його призначення та звільнення від нього); випробувальні строки (при звільненні від покарання з випробуванням); судимість.

Не можуть бути визнані заходами кримінальної відповідальності примусові заходи виховного характеру (ст. 105 КК України), примусові заходи медичного характеру (ст. 94 КК України) та примусове лікування (ст. 96 КК України). По-перше, вони застосовуються не за вчинення злочину або не у зв'язку з його вчиненням. По-друге, їх призначенням є не обмеження прав особи, а спричинення виховного чи медичного впливу на таку особу. По-третє, як вже зазначалося, саме визначення цих заходів у кримінальному законі України не є виправданим, оскільки призначенням кримінального закону є лише визначення злочинів та відповідальності за них, але не заходів адміністративного впливу на окремі категорії осіб. Такі заходи, очевидно, мають стати предметом регулювання адміністративного законодавства України.

Підводячи підсумок, можна стверджувати, що пом'якшення кримінальної відповідальності як матеріальна підстава зворотної дії кримінального закону в часі може мати місце у випадках, коли відбувається: пом'якшення покарання; пом'якшення правил його призначення та звільнення від нього; пом'якшення строків та правових наслідків судимості; пом'якшення розмірів та правових наслідків випробувальних строків, що встановлюються при звільненні особи від покарання чи його відбування. Процес їх пом'якшення відбувається шляхом внесення відповідних змін до кримінального закону (пом'якшення потенційної кримінальної відповідальності), що, у випадку пом'якшення покарання або випробувальних строків тягне внесення змін до вироку суду, якщо такий має місце (конкретизована кримінальна відповідальність), а це, в свою чергу, зумовлює зміну реальної кримінальної відповідальності, якщо, звісно, особа їй вже була піддана.

Серед видів пом'якшення кримінальної відповідальності найбільша питома вага належить, безумовно, пом'якшенню покарання. Воно, на

підміну від декриміналізації злочину, може здійснюватися як шляхом внесення змін до гіпотези кримінально-правового припису, так і шляхом їх внесення до санкції цього припису. При цьому слід зазначити, що питання про способи пом'якшення покарання шляхом внесення змін до санкції кримінально-правового припису настільки широко обговорювалися в кримінально-правовій літературі, що на сьогодні можна констатувати формування певних узгоджених позицій з багатьох проблем.

До способів пом'якшення покарання шляхом зміни санкції статті, що традиційно і одноставно називаються у наукових монографіях¹ і статтях², підручниках³ і коментарях законодавства⁴, віднесено:

¹ Див., наприклад: *Брайнин Я. М.* Уголовный закон и его применение – М.: Юридическая литература, 1967 – С. 138–139; *Блум М. И., Тилле А. А.* Обратная сила закона – М.: Юридическая литература, 1969 – С. 112–115; *Попов А. Н.* Уголовный закон и его обратная сила – СПб.: Санкт-Петербургский юридический институт МВД Российской Федерации, 1998. – С. 34–35.

² Див., наприклад: *Малыхин В. И.* Изменение санкций уголовно-правовых норм и обратная сила уголовного закона // Уголовно-правовые и процессуальные проблемы реализации уголовной ответственности: Межвуз. сб. статей / Ред. колл.: *В. З. Лукашевич* и др. – Куйбышев: Куйбышевский гос. ун-т, 1986. – С. 24–27; *Грицук В. К.* Окремі питання ретроактивності кримінального закону // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали III регіональної науково-практичної конференції – Львів: Львівський державний університет ім. Івана Франка, 1997 – С. 222–228.

³ Див., наприклад: *Бажанов М. И.* Уголовное право Украины. Общая часть – Днепропетровск: Пороги, 1992. – С. 17–18; Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник для юрид. вузів і фак. / *Г. В. Андрусів, П. П. Андрушко, В. О. Беньківський* та ін. За ред. *П. С. Матишевського, П. П. Андрушка, С. Д. Шапченка* – К.: Юрінком Інтер, 1998 – С. 55; Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник для юрид. вузів і фак. / *М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов* та ін. За ред. *М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація* – К – Х.: Юрінком Інтер – Право, 2001 – С. 55; Кримінальне право України: Тези лекцій та практичні завдання для курсантів Київського училища МВС України / *М. В. Чернишова, М. В. Володько, М. А. Хазін*. За ред. *В. М. Бовсунівського*. – К.: Наукова думка, 1995 – С. 20–21; *Наумов А. В.* Российское уголовное право. Общая часть: Курс лекций – М.: БЕК, 1999 – С. 90–91; *Пинаев А. А.* Курс лекций по общей части уголовного права – Книга 1: «О преступлении». – Х.: Харьков юридический, 2001 – С. 31–32.

⁴ Див., наприклад: Уголовный кодекс УССР. Научно-практический комментарий / *Н. Ф. Антонов, М. И. Бажанов, Я. М. Брайнин* и др. Под ред. *В. И. Зайчука* и *С. С. Яценко* – К.: Изд-во политической литературы Украины, 1978 – С. 15; Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року / Упоряд. та передне слово *М. І. Мельник, М. І. Хавронюк* / *Хавронюк М. І.* Категорії злочинів і санкції Особливої частини КК України: наукові дослідження та

1) заміну у санкції статті одного основного покарання іншим, більш м'яким і при одночасному збереженні сталим, пом'якшенні чи відсутності додаткового покарання. Так, якщо відповідно до ст. 72 КК України 1960 р. ухилення від призову на строкову військову службу каралося позбавленням волі на строк до трьох років, то відповідно до ст. 335 КК України 2001 р. це ж діяння карається обмеженням волі на той же строк. В обох випадках згадані статті не передбачають ні альтернативних основних, ні додаткових покарань;

2) зниження максимального розміру основного покарання при збереженні сталим його мінімального розміру і при одночасному збереженні сталим, пом'якшенні чи відсутності додаткового покарання. Зокрема, основний склад звалтування відповідно до ч. 1 ст. 117 КК України 1960 р. був обкладений санкцією у виді позбавлення волі на строк від трьох до восьми років. У частині ж 1 ст. 152 КК України 2001 р. передбачено покарання за той же злочин у виді позбавлення волі на строк від трьох до п'яти років;

3) зниження мінімального розміру основного покарання при збереженні сталим його максимального розміру при збереженні сталим, пом'якшенні чи відсутності додаткового покарання. Наприклад, умисне знищення державного чи колективного майна, вчинене загальнонебезпечним способом, якщо воно потягло людські жертви чи заповдіало особливо великі збитки, відповідно до ч. 3 ст. 89 КК України 1960 р. каралося позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років. У ч. 2 ст. 194 КК України 2001 р., яка передбачає кримінальну відповідальність за таке ж діяння, законодавець понизив мінімальну межу покарання у виді позбавлення волі і санкція цього припису тепер передбачає покарання у виді позбавлення волі на строк від трьох до п'ятнадцяти років;

4) одночасне зниження мінімального і максимального розмірів основного покарання при збереженні сталим, пом'якшенні чи відсутності додаткового покарання. Наприклад, якщо відповідно до ч. 3 ст. 141 КК України 1960 р. грабіж з проникненням до житла карався позбавленням волі на строк від семи до дванадцяти років з конфіскацією майна чи без такої, то відповідно до ч. 3 ст. 186 КК України 2001 р. цей злочин карається позбавленням волі на строк від чотирьох до восьми років. Як видно, законодавець у цьому разі не лише пони-

деякі висновки / За ред. М. І. Мельника. – К.: А.С.К., 2001 – С. 256–257. Коментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Х. М. Ахметшин, А. Е. Беляев, Г. Н. Борзенков и др. Под ред. В. И. Радченко, А. С. Михлина, И. В. Шмарова – М.: Вердикт, 1996 – С. 14–15; Коментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / С. В. Бородин, О. Л. Дубовик, С. Г. Келина и др. Под ред. А. В. Наумова – М.: Юрист, 1996. – С. 56–57.

ив одночасно верхню та нижню межі основного покарання, а й скасував додаткове;

5) введення альтернативного більш м'якого основного покарання при збереженні сталим, пом'якшенні чи відсутності додаткового покарання. Так, умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання, що раптово виникло внаслідок протизаконного насильства, систематичного знуцання або тяжкої образи з боку потерпілого відповідно до ст. 95 КК України 1960 р. каралося позбавленням волі на строк до п'яти років. Відповідно ж до ст. 116 КК України воно карається обмеженням волі на строк до п'яти років (альтернативне основне, більш м'яке покарання) або позбавленням волі на той самий строк. Так само пом'якшенням кримінальної відповідальності визнається і пом'якшення альтернативного основного покарання, вчинене способами, описаними у попередніх чотирьох пунктах.

Слід, однак, зазначити, що була також висловлена думка про те, що підвищення максимального розміру більш м'якого альтернативного виду основного покарання¹ слід вважати пом'якшенням кримінальної відповідальності, оскільки таке нововведення надає судові право більш широко, аніж раніше, застосовувати це альтернативне більш м'яке покарання до осіб, які за раніше чинним законом були б засуджені до більш суворого основного виду покарання². На мій погляд, погодитися з таким підходом не можна. Підвищення максимального розміру будь-якого покарання (у тому числі й основного альтернативного) розширює каральні повноваження держави. А це, як було вже доведено вище, у кожному випадку унеможливило зворотню дію кримінального закону;

б) перетворення обов'язкового додаткового покарання на факультативне при збереженні сталим чи пом'якшенні основного. Так, посягання на життя представника іноземної держави відповідно до ст. 59

¹ Така ситуація мала місце, наприклад, при підвищенні максимального строку виправних робіт без позбавлення волі з одного року до двох (Див.: Про внесення змін і доповнень до Кримінального кодексу Української РСР: Указ Президії Верховної Ради Української РСР від 12 січня 1983 року // Відомості Верховної Ради Української РСР – 1983 – № 4.– Ст. 50) та при збільшенні максимальних розмірів штрафу (Див.: Про внесення змін до законодавчих актів України щодо застосування кримінальних покарань у вигляді штрафу: Закон України від 8 лютого 1995 року // Відомості Верховної Ради України – 1995 – № 8.– Ст. 53).

² Див.: *Даурова Т. Г.* Действие во времени нового уголовного закона, изменяющего квалифицирующие обстоятельства // Теоретические и практические проблемы нового уголовного законодательства: Сб. научн. тр – М.: Всесоюзный институт по изучению причин и разработке мер предупреждения преступности, 1985 – С. 70.

КК України 1960 р. до набуття чинності законом України «Про внесення змін і доповнень до Кримінального, Кримінально-процесуального кодексів Української РСР, Кодексу Української РСР про адміністративні правопорушення та Митного кодексу України»¹ каралося позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років з конфіскацією майна або смертною карою з конфіскацією майна. Названим же законом конфіскація майна була передбачена в санкції цієї статті як факультативне додаткове покарання;

7) виключення обов'язкового чи факультативного додаткового покарання при збереженні сталим чи пом'якшенні основного. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 109 КК України 2001 р. дії, вчинені з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, а також змову про вчинення таких дій карають позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років. За частиною ж 1 ст. 56¹ КК України 1960 р. вони каралися позбавленням волі на строк від п'яти до п'ятнадцяти років з конфіскацією майна. Отже, приймаючи новий кримінальний закон, законодавець у даному разі не лише понизив максимальну межу основного покарання, а й виключив із санкції обов'язкове додаткове;

8) заміну обов'язкового чи факультативного додаткового покарання іншим, більш м'яким при збереженні сталим чи пом'якшенні основного. Реальних прикладів такого способу пом'якшення кримінальної відповідальності історія розвитку кримінального законодавства України не дає, однак гіпотетично можна уявити ситуацію заміни в санкції певної статті конфіскації майна, наприклад, штрафом чи позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю або штрафом як додатковим покаранням. Такий спосіб пом'якшення кримінальної відповідальності застосовував законодавець Російської Федерації: якщо відповідно до ч. 2 ст. 144 КК РФ 1960 р. крадіжка, вчинена з проникненням до житла, каралася позбавленням волі на строк від двох до семи років з конфіскацією майна чи без такої, то відповідно до ч. 2 ст. 158 КК РФ 1996 р. таке ж діяння карається позбавленням волі на строк від двох до шести років зі штрафом у розмірі до п'ятдесяти мінімальних розмірів оплати праці або в розмірі заробітної плати або іншого доходу засудженого за період до одного місяця чи без такого;

9) пониження мінімального, максимального чи одночасно міні-

¹ Про внесення змін і доповнень до Кримінального, Кримінально-процесуального кодексів Української РСР, Кодексу Української РСР про адміністративні правопорушення та Митного кодексу України: Закон України від 17 червня 1992 року // Відомості Верховної Ради України.— 1992.— № 35.— Ст. 511.

мального і максимального розмірів обов'язкового чи факультативно-го додаткового покарання при збереженні сталим чи пом'якшенні основного. Такий спосіб пом'якшення покарання (а тим самим і кримінальної відповідальності) має місце у санкції ч. 3 ст. 158 КК України. Якщо відповідно до ч. 3 ст. 128 КК України 1960 р. завідомо неправдивий підрахунок голосів чи завідомо неправдиве оголошення результатів виборів каралося позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років з позбавленням права займати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк від двох до п'яти років, то відповідно до згаданої статті нині чинного КК таке діяння карається позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років;

10) введення альтернативного більш м'якого додаткового покарання при збереженні сталим чи пом'якшенні основного. Практика законотворчості України поки що не дала прикладів такого пом'якшення кримінальної відповідальності. Однак теоретично можна уявити, що законодавець може за певних умов включити до санкції, що передбачає обов'язкове додаткове покарання у виді конфіскації майна, як альтернативне додаткове покарання штраф, після чого санкція набуде, наприклад, такого виду: «карається позбавленням волі на строк... з конфіскацією майна або зі штрафом у розмірі...».

Більш спірними в літературі виявилися питання про наявність чи відсутність пом'якшення покарання при деяких інших варіантах зміни кримінального закону, пов'язаних як зі змінами його санкції, так і, більшою мірою, змінами його гіпотези. До таких дискусійних проблем, зокрема, належать проблеми визначення порівняної суворості покарань у випадках:

1) підвищення максимальної межі при одночасному пониженні мінімальної чи пониження максимальної межі при одночасному підвищенні мінімальної межі основного чи додаткового покарання;

2) посилення основного покарання при пом'якшенні додаткового чи пом'якшення основного покарання при посиленні додаткового;

3) вилучення з гіпотези статті кримінального закону однієї кваліфікуючої ознаки та включення іншої чи вилучення однієї кваліфікуючої ознаки без включення іншої;

4) зміни розмірів одиниць, в яких кримінальним законом вираховується розмір заподіяної злочином матеріальної шкоди.

Достатня дискусійність і теоретична невизначеність того, який закон є більш м'яким у названих ситуаціях, спонукала окремих криміналістів до внесення пропозиції про те, що бажано було б в самому

КК визначити поняття «більш м'якого закону»¹. Однак, на мій погляд, навряд чи кримінально-правова наука готова наразі дати універсальне визначення більш м'якого кримінального закону, яке, по-перше, охопило б всі види таких законів, а, по-друге, поділялося б усіма чи більшістю криміналістів. Проте, вироблення теоретичного обґрунтування такого поняття є нагально необхідним. Тому з огляду на це, а також на недостатню дослідженість деяких з названих проблемних питань пом'якшення покарання та певну дискусійність інших, вважаємо за необхідне зупинитися на них більш детально.

Так, до нинішнього часу, незважаючи на те, що має величезне практичне значення, не отримала законодавчого вирішення проблема вибору більш м'якого з двох кримінальних законів, один з яких передбачає більш низький мінімум і більш високий максимум одного й того ж виду покарання. На жаль, практика законотворчості досить часто пропонує подібні ситуації. Наприклад, відповідно до ч. 3 ст. 215 КК України 1960 р. основним покаранням за порушення правил безпеки руху та експлуатації транспорту особою, яка керує транспортним засобом, що спричинило загибель кількох осіб, було позбавлення волі на строк від трьох до п'ятнадцяти років. Відповідно ж до ч. 3 ст. 286 КК України 2001 р. основне покарання за таке ж діяння – позбавлення волі на строк від семи до дванадцяти років. Як видно, законодавець одночасно підвищив мінімум і понизив максимум цього покарання.

У літературі з приводу вибору закону, який підлягає застосуванню у подібній ситуації, висловлено декілька гочок зору. Одні вчені (М. І. Блум², М. М. Ісаєв³, М. І. Ковальов⁴ та інші) вважають більш м'яким закон з більш низьким мінімумом покарання. Інші (Я. М. Брайнін⁵

¹ Сургуладзе Л. И. Некоторые соображения по поводу подготовки проекта Уголовного кодекса Грузинской ССР // Вопросы реформы уголовного законодательства: Материалы научн.-практ. конф. – Тбилиси, 1988 – С. 35.

² Див.: Блум М. И. Установление закона, смягчающего наказание // Ученые записки Латвийского государственного университета им. Петра Стучки – Том 258: Актуальные вопросы борьбы с преступностью. – Рига: Латв. гос. ун-т, 1976. – С. 7.

³ Див.: Исаев М. М. Указы Президиума Верховного Совета СССР от 4 июня 1947 об уголовной ответственности за хищение государственного и общественного имущества и об усилении охраны личной собственности граждан / Под ред. Б. С. Утевского – М.: ВЮЗИ, 1948 – С. 13.

⁴ Див.: Ковалев М. И. Советское уголовное право: Курс лекций – Выпуск 2: Советский уголовный закон – Свердловск: Свердловский юридический институт, 1974. – С. 132.

⁵ Див.: Брайнин Я. М. Советский уголовный закон и его применение. – М.: Юридическая литература, 1967 – С. 140.

Б. В. Волженкін¹, М. Д. Дурманов² О. М. Ігнатов³, В. Марчук⁴, А. Б. Сахаров⁵, В. Ф. Фефілова⁶ та інші) перевагу надають застосуванню закону з більш низьким максимумом покарання. Ціла група авторів пропонує застосовувати закон з більш низьким мінімумом покарання, але при цьому призначати покарання не вище за максимум, передбаченого іншим законом (М. І. Бажанов⁷, О. І. Бойцов, Б. В. Волженкін⁸, В. М. Василяш⁹, Н. А. Неклюдов¹⁰, Ю. Д. Северин¹¹, М. Д. Шаргородський¹², А. Є. Якубов¹³). Оригінальну ідею висловив С. П. Мокринський, який пропонував у подібних ситуаціях зіставляти середні арифметичні величини мінімуму і максимуму покарань обох законів¹⁴.

¹ Див.: Уголовный кодекс Российской Федерации: Научно-практический комментарий / Г. Н. Борзенков, В. П. Верин, Б. В. Волженкин и др. Отв. ред. В. М. Лебедев. – М.: Юридическая литература, 1998. – С. 25.

² Див.: Дурманов Н. Д. Советский уголовный закон – М.: Изд-во Московского университета, 1967 – С. 274.

³ Див.: Ігнатов А. О действии уголовного закона во времени // Уголовное право – 2002 – № 1. – С. 15.

⁴ Див.: Марчук В. Квалификация преступлений при изменении диспозиции уголовно-правовой нормы // Судовий вісник – 2002 – № 1. – С. 37.

⁵ Див.: Сахаров А. Ответственность за деяния, совершенные до вступления в силу нового Уголовного кодекса РСФСР // Социалистическая законность – 1961. – № 6 – С. 28.

⁶ Див.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации: В 2 т – Т. 1 / В. Е. Батюкова, А. Е. Жалинский, Ю. Б. Мельникова и др. Под ред. О. Ф. Шишова – М.: Новая волна, 1998 – С. 26.

Див.: Бажанов М. И. Уголовное право Украины. Общая часть – Днепропетровск: Пороги, 1992 – С. 17.

⁸ Див.: Бойцов А. И., Волженкин Б. В. Уголовный закон: действие во времени и в пространстве. – СПб.: Ин-т повышения квалификации прокурорско-следственных работников Прокуратуры РФ, 1993 – С. 32–33.

⁹ Див.: Василяш В. М. Способи пом'якшення та посилення караності діяння // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали III регіональної наукової конференції – Львів: Львівський державний університет ім. Івана Франка, 1997 – С. 234.

¹⁰ Див.: Неклюдов Н. А. Общая часть уголовного права: Конспект. – СПб., 1875. – С. 174.

¹¹ Див.: Комментарий к Уголовному кодексу РСФСР / Г. З. Анашкин, Х. М. Ахметшин, С. В. Бородин и др. Под ред. Ю. Д. Северина – М.: Юридическая литература, 1980 – С. 13.

¹² Див.: Шаргородский М. Д. Уголовный закон. – М., 1948 – С. 226.

¹³ Див.: Якубов А. Е. Понятие более мягкого уголовного закона // Вестник Московского университета – Серия 11: Право – 1993 – № 3 – С. 43.

¹⁴ Див.: Мокринский С. П. Новый законъ и старья гарантии (о действии уголовного закона в пределах времени) // Журналъ Министерства юстици. – 1909. – № 3. – С. 18.

Позицію С. П. Мокринського пізніше підтримав А. П. Козлов¹.

На думку естонських криміналістів, при різних мінімальних та максимальних межах більш м'яким визнається закон з більш низькою максимальною межею, за винятком випадків, коли для конкретного обвинуваченого більш сприятливим є закон, санкція якого має більш високу максимальну межу, але при цьому більш низьку мінімальну². Однак далі вони цю думку не розвивають і досліджують ситуації, за якої більш сприятливим для особи може бути закон з більш високою максимальною межею санкції. За твердженням же М. І. Блум, окремі західні вчені ще у ХІХ ст. пропонували в даній ситуації дати можливість самому підсудному обрати більш сприятливе для себе покарання з тих, що встановлені старим та новим законом³. Таким же чином вирішувалося питання про застосування нового чи старого закону і в законодавстві деяких штатів США (наприклад, Каліфорнії) та в КК Мексики 1871 р., де у випадку сумніву в тому, який закон більш м'який, вибір надавався самому підсудному⁴.

А. О. Тілле запропонував в аналізованій ситуації відмовитися від попередньої абстрактної оцінки законів. Він писав, що слід, «розглядаючи конкретну справу за кваліфікуючою частиною норми, врахувавши конкретні обставини, порівняти призначення санкцій даному обвинуваченому та вибрати той закон, який дозволяє призначити більш м'яке покарання»⁵. Подібні погляди раніше висловлював Е. Я. Немировський: «Якщо максимум покарання у новому законі нижчий, ніж у старому, але мінімум вищий, суд повинен спершу обрати, відповідно до обставин справи, мінімальну, максимальну чи середню міру покарання, а потім вирішує, за яким закону обрана міра є м'якшою»⁶.

¹ Див.: Козлов А. П. Медиана санкции: ее понятие и практическое значение // Актуальные вопросы борьбы с преступностью / Под ред. В. Д. Филимонова и М. К. Свиридова – Томск: Изд-во Томск. ун-та, 1984 – С. 49; Козлов А. П. Уголовно-правовые санкции: проблемы построения, классификации и измерения – Красноярск, 1989 – С. 52.

² Див.: Уголовный кодекс Эстонской ССР, комментированное издание / К. Паас, Э. Раал, И. Ребане и др. Под ред. И. Ребане. – Таллинн: Ээсти Раамат, 1968. – С. 16.

³ Див.: Блум М. И. Действие советского уголовного закона во времени и в пространстве: Дисс. ... д-ра юрид. наук. – Рига: Латвийский государственный университет им. Петра Стучки, 1975 – Т. 1 – С. 151–152.

⁴ Див.: Якубов А. Е. Наказуемость деяния и обратная сила уголовного закона // Законность – 1997 – № 4 – С. 11–12.

⁵ Див.: Тилле А. А. Время, пространство, закон – М.: Юридическая литература, 1965 – С. 82.

⁶ Немировский Э. Я. Учебник уголовного права. Общая часть – Одесса: Издание Акционерного Южно-Русского Общества Печатного Дѣла, 1919 – С. 22.

Так само вважав і М. С. Таганцев¹. Тобто, на відміну від А. О. Тілле, Е. Я. Немировський і М. С. Таганцев пропонували спершу визначати не конкретний розмір покарання, якого заслуговує особа за кожним із законів, а те, чи вона заслуговує його мінімуму, максимуму чи середнього розміру і, виходячи з цих розмірів, визначати більш м'який закон.

Нарешті, А. М. Барканов, встановивши у своєму дослідженні, що кримінальні закони, які підвищують одну і знижують іншу межу покарання, в силу їх суперечливості, взагалі не слід відносити до таких, що пом'якшують покарання, запропонував наступне розв'язання цієї проблеми. На його думку, «досліджувана проблема потребує кардинального вирішення, суть якого полягає в тому, щоб санкція нового закону за видами і обсягом включених до неї покарань тлумачилася однозначно: відображала б санкцію старого закону, посилювала б чи пом'якшувала її»².

Оцінюючи сформовані у літературі позиції, слід, перш за все, зауважити, що концепції верхньої та нижньої межі не можуть бути підтримані в силу їх односторонності. Надаючи вирішального значення тій чи іншій межі покарання, яка є більш низькою, їх прибічники водночас нехтують очевидним фактом – інша межа цього покарання в тому ж законі є більш високою, що свідчить, у цій частині, про посилення покарання. Не можна, на мій погляд, підтримати і пропозицію С. П. Мокринського та А. П. Козлова – в силу відсутності в ній необхідної універсальності. Запропоноване ними вирішення аналізованої проблеми є безрезультатним при однакових розмірах зміни мінімальної та максимальної межі покарання. Як, наприклад, слід порівнювати м'якість санкцій, в яких передбачене покарання за умисне тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, у КК України 1960 р. (позбавлення волі на строк від п'яти до дванадцяти років – ч. 3 ст. 101) і КК України 2001 р. (позбавлення волі на строк від семи до десяти років – ч. 2 ст. 122)? В обох випадках медіана санкції складає вісім з половиною років позбавлення волі, а значить, за запропонованим методом визначити, яка з них є більш м'якою, неможливо.

Що ж до підходу, обстоюваного Е. Я. Немировським та А. О. Тілле, то, на мій погляд, ними не береться до уваги механізм дії кримінального закону. Як уже зазначалося, дія кримінального закону передбачає послідовне застосування спершу його гіпотези (кваліфікація діяння)

¹ Див.: Таганцевъ Н. С. Русское уголовное право. Лекции. Часть Общая.– Т. 1.– СПб., 1902.– С. 281.

² Див.: Барканов А. Н. Обратная сила уголовного закона: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 – Саратов: Саратовский юрид. ин-т МВД РФ, 2000.– С. 18.

і лише після цього – його санкції (призначається покарання). Згадані ж криміналісти пропонують спершу застосувати санкції порівнюваних законів (причому, – обох одночасно), а потім, визначивши, за якою санкцією може бути призначене більш м'яке покарання, – застосувати гіпотезу одного з них. Водночас, І. С. Самощенко вважає: «Ні в безспірних, ні тим паче у спірних випадках не можна виходити з того, яка санкція тут передбачена, бо це призводить до порушення законності. Єдино вірний шлях в тому, щоб оцінити всі фактичні обставини і встановити, до якого виду правопорушення відноситься діяння, нормою якого закону воно передбачене, а вже потім, яка санкція за нього встановлена»¹. Тобто, застосуванню санкції у будь-якому випадку має передувати застосування гіпотези кримінально-правового припису.

А. М. Барканов, як видається, взагалі відійшов від вирішення порушеної проблеми, обмежившись лише рекомендацією для законодавця не створювати подібних проблем, причому цю рекомендацію законодавець навряд чи зможе реалізувати.

Тому найбільш сприйнятною є позиція тих криміналістів, які пропонують у подібних випадках кваліфікувати діяння особи за тим законом, який передбачає більш низьку мінімальну межу покарання, але при призначенні покарання за цим законом не перевищувати максимальну межу, передбачену іншим законом. Однак схвалення такого підходу на інструментальному рівні потребує відповідного теоретичного обґрунтування, яке, на жаль, на сьогодні ще недостатньо розроблене.

У рамках концепції правової держави, яка зумовлює законодавчу обмеженість державної влади та інтерпретацію на користь особи кожної зміни її повноважень, у тому числі каральних, у подібних випадках покарання справді має призначатися в межах від меншого мінімуму одного із законів до меншого максимуму іншого закону. Проте, доти, доки спеціальне положення про це не передбачене в самому кримінальному законі, призначення покарання за таким правилом не можна визнати законним. Очевидно, що у даному разі суд *ad hoc* створює окремий кримінально-правовий припис, гіпотеза якого обирається судом з одного із порівнюваних законів, а санкція визначається ним же шляхом комбінування санкцій двох різних законів². Таким

¹ Самощенко І. С. Понятіе правонарушения по советскому законодательству. – М., 1963 – С. 163–164.

² «Санкція перехідної норми (курсив мій – Ю. П.) складається із синтезу санкцій обох норм» – зазначає Е. Т. Борисов (Див.: Уголовный закон и преступление / Э. Т. Борисов, О. В. Корягина, И. Б. Степанова, Э. С. Тенчов, Т. М. Явчуновская. Под ред. Э. С. Тенчова. – Иваново: Ивановский гос. ун-т, 1997. – С. 25.)

чином суд порушує закріплений Конституцією України принцип поділу влад – він втручається у сферу повноважень законодавця, адже визначення діянь, які є злочинами, *та відповідальності за них* є виключною прерогативою Верховної Ради України (п. 22 ч. 1 ст. 99).

З того ж моменту, як тільки-но законодавець надає суду повноваження призначати у даному випадку покарання в рамках між найменшим мінімумом та найменшим максимумом, суд вже не створює санкцію *ad hoc*, а застосовує санкцію, визначену законодавцем. В Україні таке повноваження суду вперше було надано КК України 2001 р., в ч. 3 ст. 5 якого передбачено, що «закон про кримінальну відповідальність, який частково пом'якшує відповідальність, а частково її посилює, має зворотну дію в часі лише у тій частині, яка пом'якшує відповідальність». Цей законодавчий припис слід розуміти таким чином, що у разі різноспрямованих змін у санкції статті зворотну дію мають лише ті, які пом'якшують покарання. Тобто, суд за такої ситуації кваліфікує вчинене діяння за законом часу його вчинення, але санкцію визначає в межах між меншим мінімумом та меншим максимумом санкцій.

Відому дискусійність викликало питання про те, чи є таким, що пом'якшує кримінальну відповідальність, закон, який одночасно пом'якшує основне покарання і посилює додаткове чи, навпаки, посилює основне покарання і пом'якшує додаткове. Приклад першого порядку бачимо в ч. 2 ст. 131 КК України 2001 р., відповідно до якої неналежне виконання медичним, фармацевтичним або іншим працівником своїх професійних обов'язків внаслідок недбалого чи несумлінного ставлення до них, що спричинило зараження вірусом імунодефіциту двох чи більше осіб, карається позбавленням волі на строк від трьох до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років. Водночас, відповідно до ч. 2 ст. 108³ КК України 1960 р., таке ж діяння каралося позбавленням волі на строк до восьми років з позбавленням права займати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до п'яти років. Тобто, законодавець у даному разі одночасно посилює основне покарання (шляхом підвищення його мінімуму) та пом'якшив додаткове (шляхом зменшення його максимуму). Протилежний приклад у практиці кримінальної законотворчості України досі не траплявся, хоча можна передбачити, наприклад, що законодавець в якійсь санкції зменшить розміри основного покарання у виді позбавлення волі та одночасно замінить додаткове покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю покаранням у виді конфіскації майна.

У літературі була висловлена думка, що в подібних ситуаціях м'якість та жорсткість закону має визначатися лише на підставі основ-

ного покарання, незалежно від того, яке додаткове покарання він передбачає. І лише у випадку, коли основне покарання залишилося незмінним, зіставленню підлягають додаткові покарання, передбачені різними законами¹.

«Необхідно особливо підкреслити, – наголошував Ю. Г. Ляпунов, – що застосуванню як більш м'який підлягає закон, який пом'якшує основні види покарання. Можливість призначення відповідно до цього закону додаткових видів покарання (наприклад, конфіскації майна) не впливає на оцінку ступеня тяжкості основного покарання, хоч би старий закон взагалі не передбачав додаткових покарань... Оскільки додаткові покарання за своєю юридичною природою мають факультативний характер, в силу чого суд, виходячи з конкретних обставин справи, вправі взагалі їх не застосовувати до винуватого, оскільки вони не можуть враховуватися при вирішенні питання про те, який з порівнюваних законів є більш м'яким»².

Такий підхід не може бути сприйнято. Надаючи гіпертрофованого значення основному покаранню, його прибічники при цьому нехтують тим, що обсяг кари додаткового покарання в окремих випадках навіть може наблизитися до обсягу кари основного покарання. Дійсно, хіба додаткове покарання у виді повної конфіскації майна з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю строком на три роки містить менший обсяг кари, аніж позбавлення волі строком на п'ять років? Однозначну відповідь на це питання дати важко, але саме такі, відповідно, додаткове та основне покарання передбачено, наприклад, у ч. 4 ст. 364 КК України.

Слід констатувати, що теорія кримінального права досі не виробила єдиного масштабу обсягу кари, що містять різні види та розміри покарань³. Наслідком цього є, зокрема, й неможливість порівняння суворості комбінацій одного основного і додаткового покарання з іншим основним і додатковим покаранням. Тому, у зв'язку з неможливістю порівняння суворості комбінацій основного і додаткового покарання у різних законах за сукупним обсягом кари, що в них міс-

¹ Див: Научно-практический комментарий Уголовного кодекса РСФСР / Н. И. Загородников, Б. С. Никифоров, А. Б. Сахаров и др. Под ред. Б. С. Никифорова. М.: Юридическая литература, 1963 – С. 13–14.

² Ляпунов Ю. И. Некоторые вопросы действия советского уголовного закона во времени // Труды Высшей школы МООП РСФСР – Вып. 12 / Ред. кол.: Н. И. Загородников (глав. ред) и др. – М.: НИ и РИО ВШ МООП РСФСР, 1965. – С. 12.

³ Див., наприклад: Тютюгин В. И. О соотношении видов наказаний по степени их строгости // Проблемы социалистической законности: Респ. межведомств. научн. сб. / Отв. ред. В. Я. Тацый – Х.: Основа, 1991 – Вып. 26 – С. 47–52.

тяться, доцільною є необхідність порівнювати окремо суворість основних та додаткових покарань у цих законах. І в даному разі, з урахуванням положень ч. 3 ст. 5 КК України, новий кримінальний закон буде мати зворотню дію лише в тій частині, в якій він пом'якшує основне чи додаткове покарання, і, відповідно, не матиме такої дії в тій частині, в якій він посилюватиме інше покарання. Так, у наведеному вище прикладі щодо ч. 2 ст. 131 КК України зворотню дію в часі матиме лише та частина її санкції, яка стосується пом'якшення додаткового покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю. Та ж частина санкції цього кримінально-правового припису, яка підвищує мінімум основного покарання у виді позбавлення волі, зворотної дії не має.

Не менш складною, як у теоретичному, так і в правозастосовному аспекті, постає проблема пом'якшення кримінальної відповідальності у випадку, коли з кримінального закону вилучається одна кваліфікуюча ознака злочину і одночасно вводиться інша, якщо при цьому скоєне особою діяння має обидві ці ознаки. Так, відповідно до пункту «з» ст. 93 КК України 1960 р. обтяжуючою обставиною умисного вбивства було вчинення його особливо небезпечним рецидивістом. У частині ж 2 ст. 115 КК України 2001 р. така обтяжуюча обставина умисного вбивства не передбачається, що зумовлено скасуванням самого інституту особливо небезпечного рецидивіста. Натомість у згаданій статті передбачається в якості обтяжуючої обставини умисного вбивства вчинення його щодо малолітньої дитини (п. 2 ч. 2). У цьому зв'язку постає питання: як кваліфікувати після 1 вересня 2001 р. умисне вбивство малолітньої дитини, вчинене особливо небезпечним рецидивістом, наприклад влітку 2001 р., ще за чинності КК України 1960 р.? З одного боку, кваліфікуюча ознака, що була передбачена КК України 1960 р., не передбачена новим законом. З іншого боку, кваліфікуюча ознака, передбачена новим законом, не була передбачена законом, чинним під час вчинення діяння.

Коли подібна проблема постала перед російськими правозастосовувачами та наукою, якогось однозначного її вирішення не вдалося досягнути. Так, Е. Т. Борисов вважає, що ця проблема може мати два вирішення. По-перше, вчинене за описаних обставин діяння може кваліфікуватися як «просте» умисне вбивство (без обтяжуючих та пом'якшуючих обставин). По-друге, оскільки і за тим, і за іншим законом вчинене є кваліфікованим вбивством, діяння необхідно кваліфікувати за тим законом, санкція якого є більш м'якою¹. Однак, врешті-решт,

¹ Див.: Уголовный закон и преступление / Э. Т. Борисов, О. В. Корягина, И. Б. Степанова, Э. С. Тенчов, Т. М. Явчуновская. Под ред. Э. С. Тенчова – Иваново: Ивановский гос. ун-т, 1997. – С. 27.

тієї чи іншої позиції автор так і не підтримав. О. С. Горелик же знайшов за необхідне підтримати першу позицію, вважаючи, що «коли в новому та старому законах передбачені різні кваліфіковані обставини, то жодна з них не може бути застосована до діяння, вчиненого до, але такого, що розглядається після набуття чинності новим законом»¹.

Видається, що позиція О. С. Горелика з цього питання є правильною. Дійсно, виключивши із закону одну кваліфікуючу ознаку, законодавець тим самим звузив обсяг каральної влади держави щодо осіб, які мали такий статус. Діяння, вчинені такими особами, підлягають кваліфікації за іншим кримінально-правовим приписом, який обкладений менш суворою санкцією. Таким чином, у даному разі кримінальна відповідальність була пом'якшена шляхом внесення змін не до санкції (як у більшості випадків), а до диспозиції кримінально-правового припису. Водночас, внівши до диспозиції цього припису й іншу зміну – нову кваліфікуючу ознаку – законодавець тим самим у цьому моменті розширив обсяг каральної влади держави, оскільки злочин з такою ознакою почав кваліфікуватися за кримінально-правовим приписом з більш суворою санкцією. Така нова ознака, як справедливо наголошує А. Є. Якубов, може враховуватися лише щодо злочинів, вчинених після набуття новим кримінальним законом чинності².

Таким чином, у даному разі кримінальний закон фактично зазнав двох змін, одна з яких полягає у пом'якшенні кримінальної відповідальності за певне діяння, а інша – у її посиленні за те ж діяння. У такому випадку, як і в аналізованих вище, матеріальною підставою зворотної дії кримінального закону є лише та його зміна, яка спрямована на пом'якшення кримінальної відповідальності. Тому умисне вбивство малолітньої дитини, вчинене особливо небезпечним рецидивістом влітку 2001 р. може бути кваліфіковане за новим КК України лише як «просте» умисне вбивство – ч. 1 ст. 115 КК України.

Можливі, однак, випадки, коли кваліфікуюча ознака, передбачена новим кримінальним законом, лише ззовні буде виглядати новою. Так, КК України 2001 р. передбачив для задоволення статеві пристра-

¹ Див.: Горелик А. С. Обратная сила конкурирующих уголовно-правовых норм // Актуальные проблемы теории борьбы с преступностью и правоприменительной практики: Межвуз. сб. научн. тр. / Отв. ред. В. И. Горобцов – Красноярск: Красноярская высшая школа МВД России, 1998. – С. 34.

² Див.: Якубов А. Е. Признаки состава преступления и обратная сила уголовного закона // Законность – 1997 – № 5 – С. 15.

сті неприродним способом нову, не передбачену ст. 118 КК України 1960 р., кваліфікуючу ознаку: вчинення цього діяння щодо малолітньої (ч. 3 ст. 153). Цей злочин карається позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років. Одночасно була частково пом'якшена кримінальна відповідальність за вчинення такого злочину стосовно неповнолітньої – знижений максимальний розмір позбавлення волі з 10 до 7 років. У зв'язку з цим постало питання про кваліфікацію задоволення статевої пристрасті неприродним способом, вчиненого щодо малолітньої під час чинності КК України 1960 р. Іноді вважають, що малолітство потерпілої є новою кваліфікуючою ознакою, яка не може бути поставлена в вину, а тому вчинене в такій ситуації пропонується кваліфікувати за ч. 2 ст. 153 КК України 2001 р. як задоволення статевої пристрасті стосовно неповнолітньої.

Проте, таке твердження видається неправильним. Очевидно, що поняття «неповнолітньої» в ч. 2 ст. 118 КК України 1960 р. та в ч. 2 ст. 153 КК України 2001 р. не тотожні. В першому випадку це поняття охоплює осіб у будь-якому віці, але не старше за 18 років, в другому – лише осіб у віці від 14 до 18 років. Отже, за ч. 2 ст. 118 КК України 1960 р. «неповнолітня» – це і «малолітня», і особа, віком від 14 до 18 років. Тому малолітство потерпілої не є новою кваліфікуючою ознакою в ч. 3 ст. 153 КК України 2001 р.

Отже, зіставляти ч. 2 ст. 118 КК України 1960 р. на предмет посилення чи пом'якшення кримінальної відповідальності слід не з ч. 2, а з ч. 3 ст. 153 КК України 2001 р. У зв'язку з цим, задоволення статевої пристрасті неприродним способом стосовно особи, віком до 14 років, вчинене до 1 вересня 2001 р. слід кваліфікувати за ч. 2 ст. 118 КК України 1960 р., оскільки її санкція (позбавлення волі на строк від двох до десяти років) є більш м'якою, ніж санкція ч. 3 ст. 153 КК України 2001 р. (позбавлення волі на строк від восьми до дванадцяти років)¹.

Примикає до розглянутого способу пом'якшення покарання і його пом'якшення шляхом виключення кваліфікуючих ознак злочину, що тягне за собою перекаліфікацію вчиненого на іншу, більш м'яку частину статті чи іншу статтю КК. На відміну від попередньо розглянутої ситуації, у даному разі зміни також вносяться до гіпотези кри-

¹ 1980 р. подібна ситуація виникла при введенні малолітства потерпілої як кваліфікуючої ознаки до складу згвалтування. Про зміст дискусії, яка виникла тоді з цього питання, див.: Шубин В. Дифференциация ответственности за изнасилование при отягчающих обстоятельствах // Советская юстиция – 1980 – № 16 – С. 11–12; Горелик А. Обратная сила нового уголовного закона об ответственности за изнасилование // Социалистическая законность – 1981 – № 1. – С. 50–52.

мінально-правового припису, однак такі зміни є більш «простими» – вони полягають лише у виключенні однієї кваліфікуючої ознаки без одночасного введення іншої. В результаті такої зміни однієї гіпотези кримінально-правового припису діяння кваліфікується за іншою гіпотезою, яка обкладена меншою санкцією. Тому слід погодитися з Т. Г. Дауровою, що пом'якшення покарання у даному випадку відбувається без внесення змін безпосередньо до санкції кримінально-правового припису¹.

Так, відмова в КК України 2001 р. від поняття особливо небезпечного рецидивіста зумовила перекваліфікацію злочинів, вчинених особами, які мали такий статус. У пункті 9 розділу II Прикінцевих і перехідних положень КК України законодавець спеціально вказав, що «з дня набрання чинності цим Кодексом не є особливо небезпечними рецидивістами особи, визнані такими відповідно до статті 26 Кримінального кодексу України 1960 року. Якщо ці особи продовжують відбувати призначене їм покарання, то вироки судів щодо них підлягають зміні в частині визнання їх особливо небезпечними рецидивістами. У разі потреби змінюється кваліфікація вчинених ними злочинів, а також зменшується покарання відповідно до частини третьої статті 74 цього Кодексу». Тобто, якщо, наприклад, під час чинності КК України 1960 р. особливо небезпечний рецидивіст вчинив крадіжку (каралася відповідно до ч. 4 ст. 140 КК України позбавленням волі на строк від семи до п'ятнадцяти років з конфіскацією майна), то з набуттям чинності КК України 2001 р. його діяння, за відсутності інших кваліфікуючих ознак, має бути перекваліфіковане за ч. 1 ст. 185 цього Кодексу (санкція: штраф до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або вправні роботи на строк до двох років, або позбавлення волі на строк до трьох років).

В окремих випадках «відпадання» кваліфікуючої ознаки може потягнути припинення кримінальної справи з інших підстав, не пов'язаних з питаннями чинності і дії кримінального закону в часі. Так, нечітка редакція ч. 1 ст. 19 КК України 1960 р. про поняття співучасті дозволила Пленуму Верховного Суду України дати роз'яснення: «Дії учасника групового зґвалтування підлягають кваліфікації за ч. 3 ст. 117 Кримінального кодексу (ч. 3 ст. 152 КК України 2001 р.– Ю. П.) і у тому разі, коли інші учасники злочину через неосудність, недосягнення віку, з якого настає кримінальна відпові-

¹ Див: Даурова Т. Г. Действие во времени нового уголовного закона, изменяющего квалифицирующие обстоятельства // Теоретические и практические проблемы нового уголовного законодательства: Сб. научн. тр.– М.: Всесоюзный институт по изучению причин и разработке мер предупреждения преступности, 1985.– С. 71.

дальність, або з інших передбачених законом підстав не були притягнуті до кримінальної відповідальності¹. Відповідно ж до ст. 26 КК України 2001 р. в подібних випадках співучасть відсутня. Тому, якщо під час чинності КК України 1960 р. особа, яка є суб'єктом злочину, і неосудний чи малолітній разом вчинили згвалтування, що кваліфікувалося за ч. 3 ст. 117 названого Кодексу (за ознакою вчинення злочину групою осіб), то після набуття чинності КК України 2001 р. скоєне суб'єктом злочину підлягає перекваліфікації за ч. 1 ст. 152 цього Кодексу, за якою він може підлягати відповідальності лише за наявності скарги потерпілої. Відсутність же такої скарги є підставою відмови в порушенні або закриття порушеної кримінальної справи (п. 7 ч. 1 ст. 6 КПК України).

Особливої актуальності набуло на разі визначення того, чи пом'якшується кримінальна відповідальність при підвищенні неоподаткованого мінімуму доходів громадян (а за КК України 1960 р. – мінімального розміру заробітної плати), внаслідок чого той чи інший злочин втрачає кваліфікуючу ознаку і підлягає кваліфікації за іншим кримінально-правовим приписом, що передбачає менш суворе покарання? Іншими словами, чи можна вважати законом, що пом'якшує кримінальну відповідальність, закон, яким підвищений неоподатковуваний мінімум доходів громадян?

З цього приводу в літературі сформувався дві позиції. Так, М. І. Хавронюк і С. В. Дячук вважають, що статті КК, в яких кримінальна відповідальність за певний вигляд діянь диференційована залежно від вартісного обчислення заподіяної шкоди, слід вважати бланкетними, а отже, роблять вони висновок, у разі зміни нормативно-правового акта, яким встановлений неоподатковуваний мінімум доходів громадян у бік його збільшення, відбувається пом'якшення караності, а в окремих випадках – і декриміналізація діянь, вчинених до набуття чинності такого нормативно-правового акта. У зв'язку з цим, вважають вони, при такому підвищенні є матеріальна підстава для зворотної дії кримінального закону в часі². Такої ж позиції дотримується і Ю. Г. Ляпунов, на думку якого при збільшенні мінімального розміру заробітної плати «примітка до ст. 89 КК (мається на увазі КК РФ 1960 р., у КК України – пункти 2–4 примітки

¹ Про судову практику у справах про згвалтування та інші статеві злочини: Постанова Пленуму Верховного Суду України № 4 від 27 березня 1992 року // Постанови Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах (1973–2004): Офіційне видання / За заг. ред. В. Т. Маляренка – К.: Ін Юре, 2004. – С. 83–89.

² Хавронюк М., Дячук С. Проблемні питання застосування у кримінальному праві принципу зворотної дії нормативно-правового акту // Підприємцтво, господарство и право – 1999 – № 11. – С. 39–40.

до ст. 185.– Ю. П.) має зворотну силу, що зумовлює необхідність застосування до винного більш м'якого закону, ніж той, який охоплював його діяння у момент вчинення злочину»¹. В. М. Василяш та В. К. Грищук, хоч і не називають такі статті бланкетними, однак також підтримують викладену позицію².

Протилежну позицію з цього питання зайняв Б. В. Волженкін, який вважає, що збільшення неоподаткованого мінімуму доходів громадян (чи мінімального розміру заробітної плати), яке призводить до збільшення великого і особливо великого розміру розкрадання, не є пом'якшенням кримінальної відповідальності, а тому кримінальний закон не повинен мати зворотної дії. На жаль, автор не наводить на обґрунтування своєї позиції інших аргументів, окрім вказівки на те, що ні суди, ні органи прокуратури в таких випадках не переглядали і не опротестовували вироки, що набрали законної сили на предмет зміни кваліфікації, пом'якшення покарання або звільнення від нього³. Позицію Б. В. Волженкіна підтримав В. Козлов, який на її обґрунтування посилався на пункт 3 Постанови Верховної Ради РРФСР від 5 грудня 1991 р. «Про порядок введення в дію і застосування Закону РРФСР «Про внесення змін і доповнень до Кримінального кодексу РРФСР...», де було вказано, що «розмір вчиненого розкрадання державного або колективного майна як кваліфікуюча ознака відповідних складів злочинів встановлюється з урахуванням мінімального розміру оплати праці, передбаченого законодавством, чинним у момент закінчення або припинення злочинної діяльності», а не в момент розгляду справи судом⁴. Таке ж положення міститься і в пунктах 3 та 4 примітки до ст. 185 КК України, де йдеться про те, що великий та особливо великий розміри розкрадань визначаються на момент їх вчинення. Ю. Г. Ляпунов піддав критиці позицію В. Козлова оскільки вказівка в цьому випадку на застосування закону часу вчинення злочину не повинна заперечувати загального припису про зворотну дію більш м'якого кримінального закону⁵.

¹ Ляпунов Ю. И. Обратная сила новых уголовно-правовых норм // Законность – 1994 – № 6 – С. 5.

² Василяш В. М. Способи пом'якшення та посилення карантності діяння // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали III регіональної наукової конференції – Львів: Львівський державний університет ім. Івана Франка, 1997 – С. 236–237; Грищук В. К. Окремі питання ретроактивності кримінального закону // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали III регіональної науково-практичної конференції – Львів: Львівський державний університет ім. Івана Франка, 1997 – С. 226–228.

³ Волженкин Б. Еще раз об обратной силе уголовного закона // Законность.– 1994 – № 11 – С. 30.

⁴ Див.: Ляпунов Ю. Об обратной силе уголовного закона // Законность – 1995.– № 4.– С. 26.

⁵ Там само – С. 26–27.

Немає єдності щодо вирішення цієї проблеми і в судовій практиці. Так, Ф. до 1 березня 1996 р. вчинила розкрадання державного майна на суму 100 167 430 карбованців. На момент скоєння нею цього діяння особливо великим розміром розкрадання вважалося розкрадання на суму 250 мінімальних розмірів заробітної плати, або 15 000 000 і більше карбованців¹, а отже, її діяння підлягало кваліфікації за ст. 86¹ КК України 1960 р. З 1 березня 1996 р. мінімальний розмір заробітної плати було підвищено до 1 500 000 карбованців², і відповідно особливо великим розміром розкрадання почало вважатися розкрадання на суму 375 000 000 карбованців. Стрийський міський суд, судова колегія в кримінальних справах Львівського обласного суду та президія цього ж суду, які розглядали справу вже після 1 березня 1996 р., визнали, що у даному разі мало місце пом'якшення кримінальної відповідальності і кваліфікували скоєне Ф. діяння за ч. 2 ст. 84 КК України 1960 р. як розкрадання державного майна шляхом зловживання посадовою особою своїм посадовим становищем³.

У подібній же ситуації був виправданий Л., який до 1 січня 1998 р. незаконно перемістив через державний кордон України товари на суму 6820 гривень. На момент вчинення цього діяння воно підпадало під ознаки складу злочину, передбаченого ст. 70 КК України 1960 р., оскільки вартість незаконно переміщених товарів перевищувала 200 мінімальних розмірів заробітної плати (15 гривень на той момент). Однак до моменту розгляду справи у суді розмір мінімальної заробітної плати було збільшено втриє, внаслідок чого вартість товарів, незаконне переміщення яких через кордон тягне кримінальну відповідальність за ст. 70 КК України, підвищилася до 9000 гривень. За таких обставин суд визнав за необхідне виправдати Л. у зв'язку з відсутністю в його діях складу злочину, передбаченого ст. 70 КК України 1960 р., і вирок був залишений без змін касаційною та наглядовою інстанціями⁴.

¹ Відповідно до постанови Верховної Ради України від 25 листопада 1993 р. «Про підвищення мінімальних розмірів заробітної плати та пенсії за віком» (Відомості Верховної Ради України – 1993 – № 49 – Ст. 467) мінімальний розмір заробітної плати на той час становив 60 000 українських карбованців на місяць.

² Про порядок введення в дію статей 10, 33, 34 Закону України «Про оплату праці» та встановлення мінімального розміру пенсії за віком: Постанова Верховної Ради України від 20 лютого 1996 р. // Відомості Верховної Ради. – 1996. – № 9. – Ст. 45.

³ Див.: Гришук В. К. Окремі питання ретроактивності кримінального закону // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали III регіональної науково-практичної конференції – Львів: Львівський державний університет ім. Івана Франка, 1997 – С. 227–228.

⁴ Хавронюк М., Дячук С. Проблемні питання застосування у кримінальному праві принципу зворотної дії нормативно-правового акту // Підприємство, господарство і право – 1999. – № 11. – С. 40.

Судова ж колегія у кримінальних справах обласного суду Республіки Крим (нині – Верховний Суд Автономної Республіки Крим) та судова колегія у кримінальних справах Верховного Суду України у подібній ситуації підвищення мінімального розміру заробітної плати не визнали зміною кримінального закону, яка приводить до пом'якшення кримінальної відповідальності.

У справі Г. і Т., які 18 серпня 1993 р. вчинили замах на розкрадання державного майна у сумі 12 979 120 карбованців, вказані судові інстанції виходили з того, що при кваліфікації їхніх дій повинен враховуватися розмір мінімальної заробітної плати на день скоєння злочину – 6900 карбованців¹. Виходячи з цього розміру мінімальної заробітної плати, скоєне є розкраданням в особливо великих розмірах. Судова колегія Верховного Суду, яка винесла ухвалу по справі 17 березня 1994 р., коли мінімальна заробітна плата вже складала 60 000 карбованців, а особливо великий розмір розкрадання – відповідно 15 000 000 карбованців, вирок судової колегії обласного суду Республіки Крим у частині кваліфікації розміру скоєного розкрадання залишила без змін². Окрім того, у декількох своїх постановках Пленум Верховного Суду України недвозначно висловився на користь того, що у випадках, коли КК України визначає розмір заподіяної злочином шкоди у мінімальних заробітних платах (сьогодні – у неоподатковуваних мінімумах доходів громадян), розмір такої мінімальної заробітної плати слід визначати саме на день скоєння злочину, а не на будь-який інший момент до чи після цього³.

Основним аргументом прибічників того, що при підвищенні не-

¹ Див.: Про підвищення мінімальних розмірів заробітної плати та пенсії за віком: Постанова Верховної Ради України від 1 червня 1993 р. // Відомості Верховної Ради – 1993 – № 28 – Ст. 297.

² Див.: Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 1996 – № 3, – С. 69–70.

³ Див., наприклад: Про практику розгляду судами справ про відповідальність за порушення законодавства про охорону природи: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 січня 1990 р. // Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України. 1963–1995. Частина друга / Відп. ред. В. Ф. Бойко – К.: Українська правнича фундація, 1995 – С. 232. (пункт 4 Постанови); Про судову практику у справах про хабарництво: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року // Вісник Верховного Суду України. – 2002 – № 3 (вкладка). – С. 12; Про судову практику в справах про контрабанду та порушення митних правил: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 лютого 1999 року // Митна газета. – 1999 – № 12 (пункт 7 Постанови); Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 березня 1999 року // Вісник Верховного Суду України – 1999. – № 3 (пункт 5 Постанови);

оподатковуваного мінімуму доходів громадян (чи мінімального розміру заробітної плати) відбувається пом'якшення кримінальної відповідальності, а в окремих випадках і скасування злочинності діяння, є теза про те, що примітка до ст. 185 КК України та інші подібні приписи кримінального закону¹ є бланкетними. Так, Ю. Г. Ляпунов стверджує, що «великий розмір, як кваліфікуюча ознака розкрадання чужого майна є... бланкетним. Його реальний зміст в грошовому вираженні, – а це визначальний критерій застосування до винного, скажімо, ч. 3 ст. 144 КК (мається на увазі КК РРФСР 1960 р. – Ю. П.) – цілком залежить від бланкетної основи – Федерального закону про мінімальний розмір оплати праці»². Виходячи з цієї посилки, Ю. Г. Ляпунов робить висновок, що підвищення мінімального розміру оплати праці, не міняючи букву кримінального закону, змінює, проте, його «наповненість», реальний зміст однієї з ознак складу розкрадання³.

Розвиваючи далі ідею про бланкетність примітки до ст. 185 КК України (на прикладі примітки до ст. 81 КК України 1960 р.), М. І. Хавронюк та С. В. Дячук доходять висновку про те, що «в кримінальному праві виділяється два види бланкетних диспозицій, що посилають до законів або інших нормативно-правових актів, які містять: 1) комплекс відповідних правил поведінки і заборон, посилення на які дається в диспозиції кримінально-правової норми (правила польотів, правила торгівлі, протипожежні правила тощо); 2) окремі норми, необхідні для правильного визначення тих або інших ознак складу злочину»⁴. До другого виду бланкетних диспозицій автори відносять, зокрема, й примітку до ст. 81 КК України 1960 р., в якій були визначені великий і особливо великий розміри розкрадання залежно від кратності вартості викраденого мінімальному розмірові заробітної плати.

Однак, як відомо, у теорії права вироблене положення про те, що бланкетною статтею закону є стаття, сформульована, як вказує А. Ф. Черданцев, у вигляді відсилання до цілого ряду будь-яких

¹ Примітки до статей 176, 192, 199, 201, 202, 203, 203¹, 205, 206, 207, 209, 210, 212, 214, 218, 224, 225, 227, 229, 233, 270, 306, 354, 364, 368, 423 КК України. Далі для наочності ілюстрації положень, що викладаються, посилення будуть здійснюватися на примітку до статті 185 КК України, як таку, кримінально-правовому припису якої надано найбільше уваги у літературі.

² Див.: Ляпунов Ю. Об обратной силе уголовного закона // Законность – 1995. – № 4. – С. 28.

³ Там само.

⁴ Хавронюк М., Дячук С. Проблемні питання застосування у кримінальному праві принципу зворотної дії нормативно-правового акту // Підприємцтво, господарство и право – 1999 – № 11 – С. 40.

правил¹. Ф. Н. Фаткуллін визначає бланкетні нормативно-правові приписи як такі статті законодавчого акта, «в яких законодавець у загальному вигляді відображає відповідну поведінку, а конкретний зміст останнього «розгортається» в іншому нормативному акті, розкривається за допомогою і на фоні спеціальних положень, що містяться там»². На думку О. Е. Лейста, «бланкетна норма називає в загальній формі, які правила необхідно виконувати. Що стосується конкретного змісту цих правил, то вони даються в спеціальних нормативних актах, окремих від даної норми»³. С. С. Алексєєв образно висловлюється, що бланкетна стаття – це лише «бланк», який заповнюється правовими нормами, що містяться в інших джерелах⁴. Тобто, в теорії права послідовно проводиться ідея про те, що бланкетною є стаття закону, що посилає до іншої *правової норми, іншого законодавчого припису*. Таким чином, як слушно робить висновок М. І. Пікуров, у бланкетних кримінально-правових приписах «нормативний матеріал іншої галузевої належності ... стає елементом її (кримінально-правової норми – Ю. П.) системи»⁵.

Неоподатковуваний мінімум доходів громадян, як і мінімальний розмір заробітної плати, як відомо, має двояку природу. Вони з'явилися у вітчизняному законодавстві як суто правові категорії – як, відповідно, розмір доходу, з якого не сплачуються податки, та як гарантований державою мінімум винагороди трудових затрат людини. Однак далі, залишаючись за формою свого вираження категорією юридичною (про що свідчить закріпленість їх у законі), і неоподатковуваний мінімум доходів громадян, і мінімальний розмір заробітної плати, за своїм сутнісним змістом, набули рис категорії економічної. Відомо, що в основі вартості майна лежить його ціна, тобто грошова оцінка⁶. А тому в умовах, коли оцінку вартості майна виразити в гро-

¹ Див.: Черданцев А. Ф. Теория государства и права: Учебник для вузов – М.: Юрайт, 1999. – С. 217.

² Фаткуллин Ф. Н. Проблемы общей теории государства и права. – Казань: Изд-во Казанского университета, 1987. – С. 230.

³ Общая теория права: Учебник для юридических вузов / Ю. А. Дмитриев, И. Ф. Казьмин, В. В. Лазарев и др.; Под общ. ред. А. С. Пиголкина – М.: Изд-во МГТУ им. Н. Э. Баумана, 1995 – С. 160 (автор главы – О. Е. Лейст).

⁴ Алексеев С. С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного анализа – М.: Статут, 1999 – С. 104.

⁵ Пікуров Н. И. Системные свойства нормы уголовного права // Уголовное законодательство: история и современные проблемы: Тез. докл. и сообщ. межвуз. научн.-практ. конф. / Ред. колл. Л. С. Сенцов (отв. ред.) и др. – Волгоград: Волгоградский юридический институт МВД РФ, 1998 – С. 9.

⁶ Див.: Навроцький В. Визначення вартості викраденого державного або колективного майна при кваліфікації розкрадання // Предпринимательство, хозяйство и право – 1999 - № 6 – С. 19 і далі.

шовій одиниці, яка законно перебуває в обігу, в силу нестабільності останньої законодавець не зміг, він імплементував до багатьох законодавчих актів як мірило вартості майнової шкоди чи майна, яке є предметом злочину, спочатку мінімальний розмір заробітної плати¹, а потім і неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Зауважимо, Конституційний Суд Російської Федерації так і записав в одному зі своїх рішень: «За своєю правовою природою мінімальний розмір оплати праці є *одиноцею розрахунку* (курсив авт.– Ю. П.), яка визначається федеральним законодавцем з урахуванням соціально-економічних факторів», а тому «його зміна не тягне зміни норми кримінального закону»².

Примітка до ст. 185 КК України містить згадку про неоподатковуваний мінімум доходів громадян саме як про економічну категорію, що характеризує вартісне (грошове) вираження предмета розкрадання. Юридична форма мінімального розміру заробітної плати для кримінального закону байдужа. Кримінальний закон зможе оперувати поняттям «неоподатковуваний мінімум доходів громадян» і в тому випадку, якщо він буде не встановлюватися в законі, а, скажімо, визначатиметься за статистичними даними, курсом гривні до якої-небудь іноземної валюти³, ринковою вартістю певного набору товарів або в інших одиницях *вимірювання вартості, більш стійких, ніж національна валюта*⁴. Таким чином, юридична форма мінімального роз-

¹ Див. про це: Мельник М. І. Хабарництво: загальна характеристика, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства.– К.: Парламентське вид-во, 2000.– С. 108–110.

² Див.: По делу о проверке конституционности примечания 2 к статье 158 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина Скородумова Дмитрия Анатольевича: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 16 января 2001 года // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации – 2001 – № 3 – С. 5.

³ Такі пропозиції, до речі, висловлюються у літературі. Див.: Кармазін Ю. А., Стрельцов Є. В. Кримінальний кодекс України: перший погляд // Правова держава – 2001 – № 3 – С. 11.

⁴ А. М. Ришелюк, наприклад, пропонував запровадити спеціальну одиницю виміру вартості виключно для потреб Кримінального кодексу – мінімальний розмір штрафу або мінімальну ставку штрафу (Див.: Ришелюк А. М. Кілька слів про проблему грошових величин у новому Кримінальному кодексі України // Стан кодифікаційного процесу в Україні: системність, пріоритети, уніфікація: Тези III Всеукр. конф – К.: Право, 1995 – С. 101–102). З ним погоджуються М. І. Мельник (Див.: Мельник М. І. Хабарництво: загальна характеристика, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства.– К.: Парламентське вид-во, 2000.– С. 112) та М. І. Хавронюк і С. В. Дячук (Див.: Хавронюк М., Дячук С. Проблемні питання застосування у кримінальному праві принципу зворотної дії нормативно-правового акту // Предпринимательство, хозяйство и право – 1999 – № 11.– С. 42).

міру заробітної плати, внаслідок своєї можливої мінливості, не є його істотною ознакою для кримінального закону.

Відношення кримінального закону до неоподаткованого мінімуму доходів громадян як до економічної, але не юридичної категорії має лише одне обґрунтування. Дана категорія була введена у КК в умовах гіперінфляції в країні, коли визначення вартості предмета розкрадання в твердій грошовій одиниці вимагало б періодичного перегляду у зв'язку із знеціненням останньої. Тому-то законодавець і пристосував для потреб кримінального закону, як і для потреб деяких інших законів, таку *міру вартості*, як, спершу, мінімальний розмір заробітної плати, а потім – неоподатковуваний мінімум доходів громадян, «інфляція» яких періодично «погашається» їх збільшенням. Названі категорії були використані законодавцем як більш тверда одиниця вартості порівняно з національною валютою.

Так само законодавець міг використати для потреб кримінального закону й іншу економічну міру вартості речей. Наприклад, великий та особливо великий розмір розкрадання у примітці до ст. 185 КК України міг бути вимірний у кратності до вартості «споживчого коштика» (яка не встановлюється нормативно, а обчислюється за статистичними даними), у твердій валюті якої-небудь іноземної держави¹, у вартості предмета розкрадання в золоті або іншому банківському металі або в інших одиницях *вимірювання вартості*, більш стійких, ніж національна валюта. Зрозуміло, що в такому випадку нам не довелося б говорити про бланкетність примітки до ст. 185 КК України, оскільки навіть зовнішня форма вираження і закріплення співвідношення такої одиниці вартості з національною валютою не мала б юридичних рис.

Виходячи з викладеного, вважаю, що немає підстав говорити про бланкетність згаданого кримінально-правового припису й сьогодні, коли він оперує неоподатковуваним мінімумом доходів громадян як одиницею вартості. Неоподатковуваний мінімум доходів громадян у даному та подібних приписах виконує функцію сурогату національної валюти, але ніяк не встановлених іншими нормативно-правовими актами правил поведінки, що характерно для бланкетних приписів. Таким чином, на мій погляд, є всі підстави вважати примітку до ст. 185 КК України описовим нормативно-правовим приписом. Ці приписи посилають правозастосувача не до норм, що регулюють певні суспільні відносини (як бланкетні приписи), а до числа (цифри), що міститься в Законі і що визначає гривневе вираження мірила вартості речей, яке використовується кримінальним законом. З точки зору КК,

¹ Такі пропозиції, до речі, висловлюються у літературі. Див., наприклад: Кармазін Ю. А., Стрельцов Є. В. Кримінальний кодекс України: перший погляд // Права держава.– 2001.– № 3.– С. 11.

закон, яким встановлюється неоподатковуваний мінімум доходів громадян, виконує не більше, ніж роль «довідника», з якого можна дізнатися про його розмір на той або інший момент, але ніяк не нормативно-правового акта.

Викладене дозволяє, на мій погляд, зробити загальний висновок про те, що при збільшенні неоподаткованого мінімуму доходів громадян кримінальний закон не змінюється. Відбувається тільки зміна «курсу» мірила вартості, що використовується КК, до національної валюти, що за суттю своєю є економічним процесом, хоч і набув сьогодні юридичної форми. У зв'язку з цим не може порушуватися питання про зворотну дію кримінального закону, оскільки підставою такої дії є зміна самого кримінального закону, внаслідок якої відбувається скасування або пом'якшення кримінальної відповідальності.

Висновку про те, що збільшення мінімальної розміру заробітної плати (за новим КК України – неоподаткованого мінімуму доходів громадян) не спричиняє змін кримінального закону, а, отже, не може й ставити питання про можливість його зворотної дії, дійшов і Конституційний Суд України в своєму рішенні від 19 квітня 2000 р. у справі про зворотну дію кримінального закону у часі¹. Однак аргументи, наведені Судом на обґрунтування цього рішення, на мій погляд, не завжди переконливі. Суд також виходив з бланкетності примітки до ст. 81 КК України 1960 р. На думку Суду, зміни в нормативно-правовому акті, на який посилається бланкетна стаття КК, не спричиняють змін у самому КК. Оскільки, згідно з п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України, злочинність і караність діянь визначається виключно законом, то, вказує Суд, стосовно бланкетних статей це необхідно розуміти так, що лише положення кримінального закону визначають наявність у діянні ознак складу злочину. В іншому випадку, на думку Суду, довелося б визнати можливість зміни кримінального закону підзаконними актами – Указами Президента, актами Кабінету Міністрів тощо. Тому, підсумовує Суд, зміна мінімального розміру заробітної плати відповідним нормативно-правовим актом (до 1993 р. вона здійснювалася підзаконними нормативно-правовими актами, з 1993 р. – Законами), не спричиняє зміни кримінально-правового припису, зміст якого визначається із застосуванням такого розміру. Тому положення КК України про зворотну дію на ці випадки не поширюється і кримі-

¹ Див.: У справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень статті 58 Конституції України, статей 6, 81 Кримінального кодексу України (справа про зворотну дію кримінального закону в часі): Рішення Конституційного Суду України від 19 квітня 2000 року // Вісник Конституційного Суду України – 2000 – № 2 – С. 29–34.

нальні справи не повинні переглядатися, якщо інше спеціально не передбачене законом.

Дана правова позиція Конституційного Суду України, якщо її поширити не на статті про розкрадання майна, а на всі дійсно бланкетні статті Особливої частини КК України, може мати певні негативні наслідки. Виходячи з неї, може бути визнане незаконним (або навіть неконституційним) надання зворотної дії подібним статтям при зміні різних правил, за порушення яких в цих статтях встановлюють відповідальність. Це стосується, зокрема, проблеми декриміналізації шляхом зміни змісту кримінального закону при збереженні сталою його форми (про що йтиметься нижче). З огляду на це, напевно чи можна погодитися з аргументацією, наведеною Конституційним Судом України на обґрунтування свого загалом правильного рішення.

Питання про пом'якшення кримінальної відповідальності шляхом обмеження повноваження держави на застосування щодо особи, яка вчинила злочин, інших її заходів, є менш дослідженим у літературі. Такий стан, очевидно, спричинено як меншою поширеністю та актуальністю змін цих заходів, так і, більшою мірою, невключенням їх до змісту кримінальної відповідальності багатьма криміналістами.

Зокрема, малодослідженою залишається проблема зворотної дії в часі правил призначення покарання, причому як загальних засад (статті 65–67 КК України), так і спеціальних правил призначення покарання за незакінчений злочин та злочин, вчинений у співучасті (ст. 68 КК України), призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом (ст. 69 КК України), призначення покарання за сукупністю злочинів (ст. 70 КК України) та сукупністю вироків (ст. 71 КК України), а також призначення покарання неповнолітнім (статті 99–103 КК України). На мій погляд, всі ці правила в тих випадках, коли вони обмежують повноваження держави на призначення особі більш суворого покарання, повинні мати зворотну дію. Так, за КК України 1960 р. неповнолітньому могло бути призначено покарання у виді позбавлення волі на строк не більше десяти років. Відповідно ж, наприклад, до п. 3 ч. 3 ст. 102 КК України 2001 р. такій особі за тяжкий злочин не може бути призначено покарання у виді позбавлення волі на строк більше семи років. Тому, якщо під час чинності КК України 1960 р. неповнолітній вчинив злочин, який і за старим, і за новим законами карався позбавленням волі на строк до десяти, то в частині правил призначення покарання за такий злочин новий КК України має зворотну дію.

Проте, більшість правил призначення покарання в новому КК України було змінено в бік надання державі повноваження на призначення більш суворого покарання і обмеження прав особи на призначення більш м'якого, у зв'язку з чим вони не можуть мати зворотної дії. Сказане, зокрема, стосується правил призначення більш

м'якого покарання, ніж передбачено законом, правил призначення покарання за сукупністю злочинів та сукупністю вироків. Саме тому пунктами 12 і 13 розділу II Прикінцевих і перехідних положень КК України 2001 р. встановлено, відповідно, що: «У разі призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом за злочин, вчинений до набрання чинності цим Кодексом, суду слід керуватися вимогами статті 44 Кримінального кодексу України 1960 року»: та: «У разі призначення покарання за сукупністю злочинів, вчинених до набрання чинності цим Кодексом, застосовується ст. 42 Кримінального кодексу України 1960 р. Якщо хоча б один із злочинів, що входять у сукупність, вчинений після набрання чинності цим Кодексом, то застосовується ст. 70 або частина друга ст. 103 цього Кодексу».

Що ж стосується пом'якшення підстав звільнення від відбування покарання, то, як відомо, кожна з них містить в собі певні вимоги до особи, яка вчинила злочин. Такі вимоги виявляються як у формі обмеження її прав, так і у формі покладення на неї додаткових обов'язків. Наприклад, щоб бути умовно-достроково звільненою від відбування покарання, особа повинна протягом визначеного законом строку довести своє виправлення сумлінною поведінкою та ставленням до праці, для заміни невідбутої частини покарання більш м'яким особа також протягом визначеного законом строку має довести, що вона стала на шлях виправлення тощо.

Таким чином, у кожному разі закон передбачає необхідність вчинення особою певних дій чи утримання від їх вчинення, як правило, протягом певного проміжку часу. Виходячи з цього, пом'якшення покарання шляхом розширення підстав звільнення від нього мислиме як зменшенням визначеного законом строку, так і зменшенням обсягу тих дій, які особа повинна вчинити, або від вчинення яких вона повинна утриматися протягом цього строку для звільнення від відбування покарання.

При визначенні у КК України 2001 р. строків, протягом яких особа має вчинити ті чи інші дії, або утриматися від їх вчинення як підстави звільнення її від покарання чи його відбування (при звільненні у зв'язку зі спливом давності виконання обвинувального вироку, умовно-достроковому звільненні, заміні невідбутої частини покарання більш м'яким) законодавець не скоротив, а, навпаки, в ряді випадків продовжив ці строки. Таким чином, повноваження держави на застосування правообмежень щодо особи, яка вчинила злочин, були в кримінальному законі розширені, отже, кримінальна відповідальність посилена, а значить – підстава для зворотної дії кримінального закону в часі відсутня.

Говорячи про ті дії, які особа повинна вчинити, чи від яких вона повинна утриматися для звільнення її від покарання чи його відбування,

слід зазначити, що, наприклад, при умовно-достроковому звільненні від відбування покарання та заміні покарання більш м'яким були поширені на всіх засуджених до покарання, не більш суворого, ніж позбавлення волі на певний строк, у тому числі й на осіб, до яких ці інститути в силу ст. 52¹ КК України 1960 р. не могли бути застосовані. Отже, в даній частині новий КК України пом'якшив кримінальну відповідальність згаданих осіб, а, значить, є матеріальна підстава для його зворотної дії в часі. Що ж до інших категорій засуджених, то новий кримінальний закон звузив ті обов'язки, які вони повинні виконати для того, щоб невідбута ними частина покарання могла бути замінена більш м'яким покаранням. Якщо КК України 1960 р. вимагав для цього, щоб особа зразковою поведінкою та чесним ставленням до праці довела своє виправлення, то новий КК України 2001 р. вимагає лише, щоб така особа «твердо стала на шлях виправлення». Звісно, остання вимога є більш простою для реалізації засудженим, вимагає від нього виконання менших обтяжень, а тому в даному аспекті є матеріальна підстава для зворотної дії нового кримінального закону.

Що стосується пом'якшення таких заходів кримінальної відповідальності, як судимість та випробувальні строки при звільненні особи від покарання чи його відбування, то за аналогією з пом'якшенням покарання їх пом'якшення мислиме двома шляхами. По-перше, – шляхом зменшення їх тривалості; по-друге, – шляхом зменшення тих правообмежень, які становлять їх сутність.

КК України 2001 р. принципово змінив порядок визначення строків судимості. Якщо за раніше чинним КК України 1960 р. строк судимості залежав від реально відбутого особою покарання (його виду та розміру), то за новим КК він залежить як від виду призначеного особі покарання, так і від категорії злочину, за який вона засуджена (у разі, якщо їй призначене покарання у виді позбавлення волі). Тобто, при порівнянні строків судимості, які визначаються різними законами для осіб, що вчинили злочини до 1 вересня 2001 р., мають братися до уваги як ступінь тяжкості вчиненого особою злочину, так і вид та розмір покарання, призначеного особі.

При цьому певну проблему містить віднесення злочину, вчиненого до 1 вересня 2001 р., до тієї чи іншої категорії, оскільки КК України 1960 р. спеціально окремо виділяв лише тяжкі злочини, а в КК України 2001 р. передбачено аж 4 категорії: невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжкі та особливо тяжкі злочини. А. Є. Якубов у такій ситуації пропонує до тяжких відносити лише ті злочини, які визнаю-

¹ Якубов А. Е Условно-досрочное освобождение от наказания и обратная сила закона // Законность – 1998. – № 3. – С. 19.

² Див.: Якубов А. Е Общая часть Уголовного кодекса и обратная сила уголовного закона // Законность – 1998 – № 11. – С. 13

ться такими одночасно обома законами¹, хоча аргументів на користь цього твердження не наводить і не бере до уваги того факту, що частину злочинів, які за старим КК визнавалися тяжкими, у новому виокремлено в категорію «особливо тяжких». На мій погляд, віднесення злочину, вчиненого до 1 вересня 2001 р. до тієї чи іншої категорії, що передбачені статтею 12 КК України 2001 р. має відбуватися за загальними правилами, встановленими згаданою статтею. Тяжкість злочину має визначатися залежно від його караності, а при визначенні останньої мають враховуватися описані вище випадки, коли новий кримінальний закон має зворотню дію. Інакше кажучи, кожен злочин, вчинений до 1 вересня 2001 р. має відноситися до тієї чи іншої категорії, що передбачені ст. 12 КК України 2001 р., залежно від його караності за КК України 1960 р., якщо лише вона не пом'якшена в новому КК одним з описаних вище способів.

Таке ж правило закріпив і законодавець у пункті 18 розділу II Прикінцевих і перехідних положень КК України 2001 року: «При вирішенні питання про віднесення злочинів, передбачених Кримінальним Кодексом України 1960 року, які були вчинені до набрання чинності цим Кодексом, до злочинів невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжких або особливо тяжких слід керуватися статтею 12 цього Кодексу, якщо це пом'якшує кримінальну відповідальність осіб, які вчинили злочини до набрання чинності цим Кодексом. В інших випадках необхідно застосовувати відповідні положення Кримінального Кодексу України 1960 року».

Лише виходячи з двох критеріїв – категорії злочину та покарання, відбутого за його вчинення, – можна визначити, які строки судимості передбачені за даний злочин у КК України 1960 р. і КК України 2001 р. І вже потім шляхом їх порівняння встановити той з них, який є менш тривалим, а значить – більш м'яким щодо особи. Наприклад, особа на підставі ч. 2 ст. 117 КК України 1960 р. була засуджена за звалтування, вчинене повторно до восьми років позбавлення волі. Санкція цієї частини, як і санкція ч. 2 ст. 152 КК України 2001 р., передбачає покарання у виді позбавлення волі на строк від п'яти до десяти років. Строк погашення судимості за цей злочин на підставі п. 7 ч. 1 ст. 55 КК України 1960 р. становить вісім років. Оскільки вчинене особою діяння, відповідно до частини 4 ст. 12 КК України 2001 р. є тяжким злочином, то на підставі п. 8 ст. 89 КК України 2001 р. строк погашення судимості за нього становить шість років. Отже, у даному разі можна говорити про пом'якшення для даної особи такого заходу кримінальної відповідальності, як судимість.

¹ Див.: Якубов А. Е. Категории, рецидив преступлений и обратная сила закона // Законность – 1997 – № 11 – С. 16–17.

Слід, однак, розглянути й інший випадок. Уявімо, що за той же злочин особа була засуджена до п'яти років позбавлення волі. В такому разі, відповідно до п. 6 ч. 1 ст. 55 КК України 1960 р. строк погашення судимості становить п'ять років. Тоді як за новим КК України цей строк знову ж таки становить шість років. Тому в даному випадку має місце підвищення строків судимості, а, значить, підстава для зворотної дії кримінального закону щодо такої особи відсутня.

Викладені міркування щодо зменшення строків як способу пом'якшення покарання та судимості цілком сприйнятні і для розуміння пом'якшення такого заходу кримінальної відповідальності, як випробувальний строк, що призначається особі при звільненні від покарання чи його відбування. Так, якщо ч. 2 ст. 45 КК України 1960 р. допускалося встановлення для неповнолітніх при їх умовному засудженні іспитового строку від одного до трьох років, то відповідно до ч. 3 ст. 104 КК України 2001 р. при звільненні неповнолітнього від відбування покарання з випробуванням іспитовий строк встановлюється тривалістю від одного до двох років.

Таким чином, у даному разі відбувається пом'якшення кримінальної відповідальності, і законодавець спеціально наголошує в абз. 2 п. 14 розділу II Прикінцевих та перехідних положень КК України, що воно є підставою для зворотної дії кримінального закону. Думку про те, що скорочення випробувальних строків створює матеріальну підставу для зворотної дії кримінального закону в часі, висловив ще 1965 р. Верховний Суд України в рішенні по справі К. Він відзначив, що зниження в новому кримінальному законі (КК України 1960 р.) максимальної тривалості строку випробування при умовному засудженні з п'яти (як це було за КК України 1927 р.) до трьох років має поширюватися також і на осіб, які були умовно засуджені до набуття чинності КК України 1960 р. і яким було встановлено випробувальний строк понад три роки¹.

Так само підставою такої дії є й пом'якшення правообмежень, які покладають на особу протягом іспитового строку. Відомо, що відповідно до ч. 1 ст. 46 та ч. 1 ст. 46¹ КК України 1960 р. при умовному засудженні та при відстрочці виконання обвинувального вироку на особу покладался обов'язок протягом іспитового строку сплатити визначений судом розмір штрафу. КК України 2001 р. такого правообмеження при звільненні від відбування покарання з випробуванням не передбачає, а, отже, в цій частині є матеріальна підстава для його зворотної дії в часі, оскільки кримінальна відповідальність пом'якшується.

Таким чином, пом'якшення кримінальної відповідальності як під-

¹ Див.: Радянське право – 1965.– № 5 - С. 96–97.

става зворотної дії кримінального закону в часі може мати місце у випадках пом'якшення покарання, пом'якшення правил призначення покарання чи звільнення від нього, скорочення іспитових строків та строків судимості, а також пом'якшення вимог щодо осіб, які відбувають ці строки.

4.2.2. Скасування кримінальної відповідальності

§ 1. Декриміналізація як вид скасування КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Поряд із пом'якшенням кримінальної відповідальності, одним з можливих варіантів обмеження повноваження держави на притягнення особи до кримінальної відповідальності є скасування такого повноваження. Таке скасування, зокрема, має місце у випадках, коли вчинене особою діяння перестає визнаватися злочином. З цього моменту держава більше не повноважна ні піддати кримінальній відповідальності осіб, які вчинять подібні діяння у майбутньому (пряма дія кримінального закону), ні піддати їй осіб, що вчинили такі ж діяння до набрання відповідним законом чинності (зворотна дія закону).

У науці кримінального права усунення злочинності діяння, виключення його з числа злочинів, тобто оголошення його таким, що не визнається більше злочином і не породжує у держави повноваження на кримінальне переслідування, дістало назву декриміналізації злочину¹.

Сьогодні, очевидно, можна стверджувати, що теоретичним проблемам декриміналізації злочинів у вітчизняній кримінально-правовій науці приділено відносно мало уваги. Більшість досліджень, що виконано як в рамках аналізу питань кримінально-правової політики держави, так і в рамках аналізу проблем вчинення про кримінальний закон, присвячено діаметрально протилежному поняттю – поняттю криміналізації. Проблеми ж декриміналізації, якщо і розглядалися

¹ Див.: *Гришук В. К.* Окремі питання ретроактивності кримінального закону // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали III регіональної науково-практичної конференції – Львів: Львівський державний університет ім. Івана Франка, 1997 – С. 223–224; *Тарбагаєв А. Н.* Поняття закона, устранивающего преступность деяния, по новому Уголовному кодексу Российской Федерации // Актуальные проблемы теории борьбы с преступностью и правоприменительной практики: Межвуз. сб. научн. тр. / Отв. ред. *В. И. Горобцов* – Красноярск: Красноярская высшая школа МВД России, 1998 – С. 42.

в них, то побіжно, на додаток до інших. Втім, навіть у відносно незначній кількості літератури було вироблено досить обґрунтований і такий, що заслуговує на увагу, підхід до розуміння поняття «декриміналізація злочинів».

Декриміналізація, як і криміналізація, звичайно розглядаються як певний процес (динамічний аспект) і як результат цього процесу (статичний аспект). Так, на думку О. І. Коробєєва, «декриміналізацію можна визначити як процес встановлення підстав відпадання суспільної небезпеки діянь, визнання недоцільності кримінально-правової боротьби з ними та скасування їх кримінальної караності»¹. Полишаючи поза межами цього дослідження питання декриміналізації як процесу, оскільки вони є складовою вчення про кримінально-правову політику держави, слід зосередитися на питаннях декриміналізації як певного результату, оскільки саме в такому аспекті вона і є матеріальною підставою для зворотної дії кримінального закону.

А. М. Яковлев зазначає, що в результаті декриміналізації той чи інший вид поведінки, за який раніше наставала кримінальна відповідальність, може бути або визнаний правомірним, або іншим правопорушенням, відмінним від злочину². Таким чином, в результаті декриміналізації діяння, яке раніше визнавалося злочином, може бути або переведене у ранг правомірних, або визнане іншим видом правопорушення, за яке підлягають застосуванню інші, некримінально-правові заходи відповідальності (заходи адміністративної, дисциплінарної чи цивільно-правової відповідальності тощо)³. У будь-якому разі діяння більше не є таким, що відповідає ознакам складу злочину, передбаченого кримінальним законом, а тому держава втрачає повноваження на кримінальне переслідування особи, що вчинила таке діяння. Не можна, однак, погодитися з висловлюваним у літературі судженням про те, що «декриміналізація може мати і факультативний характер, коли право остаточного вирішення питання про те, чи тягне це діяння кримінальну чи іншу (адміністративну, громадську) відповідальність, закон надає органам правосуддя»⁴. Фактично у даному випадку мова йде не про декриміналізацію, а про депеналі-

¹ Коробєев А. И. Советская уголовно-правовая политика: проблемы криминализации и пенализации – Владивосток: Изд-во Дальневосточного университета, 1987 – С. 59.

² Основания уголовно-правового запрета (криминализация и декриминализация) / В. Н. Кудрявцев, П. С. Дагель, Г. А. Злобин и др. Отв. ред. В. Н. Кудрявцев и А. М. Яковлев – М.: Наука, 1982 – С. 183.

³ Див.: Коробєев А. И. Советская уголовно-правовая политика... – С. 59.
⁴ Злобин Г. А., Келина С. Г., Яковлев А. М. Советская уголовная политика: дифференциация ответственности // Советское государство и право – 1977 – № 9. – С. 61.

зацію діяння, тобто «встановлення в законі можливості звільнення від кримінальної відповідальності за його вчинення, хоча саме діяння продовжує залишатися злочином»¹. Тобто, якщо декриміналізація – це виключення діяння з числа злочинних, то депеналізація – це усунення застосування покарання до особи, яка вчинила діяння, що є злочином. Так, зокрема, О. І. Коробєєв, а за ним і Р. А. Сабітов, виділяють такі види депеналізації, як звільнення особи: 1) від кримінальної відповідальності; 2) від покарання; 3) від відбування покарання². Тому передбачення у кримінальному законі додаткових підстав для звільнення від кримінальної відповідальності, від покарання чи його відбування особи, яка вчинила злочин, слід розглядати не як декриміналізацію, а як інші матеріальні підстави зворотної дії кримінального закону в часі.

Не зовсім коректним видається і вживання терміна «часткова декриміналізація», під якою іноді розуміється декриміналізація окремих проявів того чи іншого злочину шляхом виключення з кримінального закону чи звуження змісту його кваліфікуючих ознак. Таку «часткову декриміналізацію», за якої у законі зберігається основний склад діяння, пропонується відмежовувати від так званої «повної декриміналізації», коли всі ознаки того чи іншого складу злочину виключаються з кримінального закону³. На мій погляд, декриміналізація за означенням не може бути частковою, адже виключення з кримінального закону чи звуження принаймні однієї ознаки складу злочину, в результаті чого те чи інше діяння перестає повністю відповідати всім ознакам цього складу, вже переводить таке діяння у розряд незлочинних. Як відомо, лише повна відповідність діяння всім ознакам складу злочину є підставою кримінальної відповідальності, про відсутність же такої підстави слід говорити у всіх випадках, коли немає такої повної відповідності, незалежно від того, скільком (одній, декільком чи всім) ознакам складу злочину діяння не відповідає. Тому будь-яка декриміналізація може бути лише повною остільки, оскільки в результаті неї діяння є «повністю незлочинним», не підпадає пов-

¹ Дазель П. С. Проблемы советской уголовной политики – Владивосток: Изд-во Дальневосточного государственного университета, 1982. – С. 57.

² Див.: Коробєєв А. И. Уголовная наказуемость общественно опасных деяний – Хабаровск, 1986 – С. 67–68; Сабитов Р. А. Характеристика проекта Основ уголовного законодательства СССР и союзных республик – Хабаровск: Хабаровская высшая школа МВД СССР, 1989. – С. 22–23.

³ Див.: Тарбагаев А. Н. Понятие закона, устраняющего преступность деяния, по новому Уголовному кодексу Российской Федерации // Актуальные проблемы теории борьбы с преступностью и правоприменительной практики: Межвуз. сб. научн. тр. / Отв. ред. В. И. Горобцов – Красноярск: Красноярская высшая школа МВД России, 1998 – С. 43.

ністю під ознаки будь-якого із тих складів злочинів, що залишилися в кримінальному законі.

Оскільки декриміналізація діяння досягається в результаті зміни кримінального закону, то з урахуванням викладених у першому розділі цього дослідження положень про зміст і форму кримінального закону можна зробити висновок, що вона може здійснюватися трьома способами. Зміни кримінального закону, які приводять до декриміналізації діяння, можуть торкнутися, по-перше, форми кримінального закону, по-друге, – його змісту, по-третє, – форми і змісту кримінального закону одночасно. Адже відомо, що зміст і форма будь-якого явища не є застиглими і сталими, а підлягають певним змінам. «Статичним, – пише М. І. Пікуров, – залишається лише текст закону, поки він незмінний; зміст же норми не може бути таким»¹. Тобто, одна й та ж форма кримінального закону у різний час може наповнюватися різним змістом. У свою чергу, один і той же незмінний зміст може бути втілений у різні форми.

Типовою є одночасна зміна форми і змісту кримінального закону. Вона відбувається тоді, коли законодавець змінює текст кримінального закону (його форму), в результаті чого змінюються один чи декілька приписів щодо визначення злочинності діяння чи його караності (зміст кримінального закону). Подібним чином був змінений КК України при виключенні з нього ст. 331 «Незаконне перетинання державного кордону»². Виключивши частину форми закону – текст згаданої статті – законодавець виключив і частину змісту закону, яку вміщувала ця форма – припис про визнання злочином незаконного перетинання державного кордону України та про визначення покарання за його вчинення.

В окремих випадках можлива зміна тексту (форми) кримінального закону при залишенні незмінними його приписів (змісту), тобто скидання змістом старої форми і втілення його у новій. Такі ситуації мають місце, наприклад, при скасуванні спеціальних складів злочину з одночасним збереженням в кримінальному законі загального складу злочину. У цьому випадку кримінально-правовий припис залишається змістом кримінального закону. Змінюється лише форма виразу цього змісту. Отже, говорити про декриміналізацію такого діяння у такому випадку не доводиться, оскільки і за формою, і за змістом кримінального закону

¹ Пікуров Н. И. Системные свойства нормы уголовного права // Уголовное законодательство: история и современные проблемы: Тез. докл. и сообщ. межвуз. научн.-практ. конф. / Ред. колл. Сенцов Л. С. (отв. ред.) и др. / Волгоград: Волгоградский юридический институт МВД РФ, 1998 – С. 5.

² Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо перетинання державного кордону України: Закон України від 18 травня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України – 2004. – № 36. – Ст. 430.

воно продовжило бути злочином за образним висловом А. Н. Тарбагаєва, тут має місце лише «уявна декриміналізація»¹: діяння продовжує залишатися злочином за змістом кримінального закону, який, при цьому, втілюється у формі, відмінній від попередньої. У подібних випадках «квазідекриміналізації» можна говорити лише про першу матеріальну підставу зворотної дії в часі кримінального закону. Новий кримінальний закон може її мати, якщо за загальний склад злочину передбачено менш суворо кримінальну відповідальність, аніж за спеціальний склад.

В інших випадках можлива зміна змісту кримінального закону при збереженні сталою його форми. Така ситуація стосується, наприклад, зміни змісту бланкетних статей. Вище вже зазначалося, що в диспозиціях таких статей лише описується діяння, що полягає у порушенні певних правил поведінки, сформульованих у нормативно-правових актах іншої галузевої належності, та, як правило, його суспільно небезпечні наслідки (форма кримінального закону). Зміст такої статті, тобто кримінально-правовий припис, що міститься в ній, встановлюється на підставі системного тлумачення кримінального закону та відповідного нормативно-правового акта іншої галузі. Природно, що вказані нормативні акти зазнають періодичних змін, внаслідок яких одні види діянь можуть перейти з категорії правомірних у категорію порушення правил, інші – навпаки.

Наприклад, статтю 212 КК України встановлено відповідальність за «умисне ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів, що входять в систему оподаткування, введених у встановленому законом порядку». Вносячи зміни до податкового законодавства, законодавець може вводити нові або скасовувати існуючі податки, збори чи обов'язкові платежі. Це, безумовно, змінює (відповідно: розширює чи звужує) обсяг діянь, які визнаються злочинними на підставі ст. 212 КК України.

На думку Л. П. Брич та В. О. Навроцького, в тих випадках, коли скасовується обов'язок сплачувати певний вид платежів, ухилення від якого мало місце, можна говорити про зміну обстановки як підставу звільнення від кримінальної відповідальності особи, яка вчинила відповідний злочин². Однак з таким твердженням погодитися не можна. Адже при звільненні від кримінальної відповідальності за певне діяння

¹ *Тарбагаєв А. Н.* Понятие закона, устранивающего преступность деяния, по новому Уголовному кодексу Российской Федерации // Актуальные проблемы теории борьбы с преступностью и правоприменительной практики: Межвуз. сб. научн. тр. / Отв. ред. *В. И. Горобцов* – Красноярск: Красноярская высшая школа МВД России, 1998 – С. 44.

² Див.: *Брич Л. П., Навроцький В. О.* Кримінально-правова кваліфікація ухилення від оподаткування в Україні – К.: Атіка, 2000 – С. 54.

ня воно і під час його вчинення, і під час прийняття рішення про таке звільнення було і залишається злочинним. У ситуації ж, що розглядається, вчинене особою раніше діяння на певний момент перестає відповідати ознакам складу злочину.

Ще свого часу М. Д. Дурманов висловлював думку, що зміна нормативних актів, до яких відсилають бланкетні статті Особливої частини кримінального закону, може потягнути звуження чи розширення обсягу передбаченої ними злочинної поведінки¹. Розвиваючи подібний підхід, О. Дудоров дійшов цілком обґрунтованого висновку про те, що «у тому разі, коли законодавець виключає той чи інший податок або збір із системи оподаткування або іншим чином скасовує обов'язковість його сплати, ст. 212 КК при незмінності її описово-бланкетних диспозицій наповнюється новим змістом – обсяг поведінки, забороненої під загрозою покарання, фактично звужується. Діяння, яке полягає в ухиленні від сплати скасованого податку або збору, виключається з кола кримінально-караних діянь, тобто декриміналізується. У зв'язку з цим у такій ситуації потрібно вбачати ... підставу для застосування імперативного положення про зворотню дію в часі закону про кримінальну відповідальність, що скасовує злочинність діяння»². Таким чином, криміналізація чи декриміналізація у даному випадку відбувається без зміни форми кримінального закону.

Отже, в результаті зміни форми, змісту чи одночасно форми і змісту кримінального закону може бути здійснена декриміналізація злочину. У цьому плані набуття чинності КК України 2001 р. дало досить обширне коло прикладів такої декриміналізації³. Не ставлячи за мету визначити всі випадки декриміналізації в новому КК України, нижче розглянемо лише способи декриміналізації діянь, які використовувалися українським законодавцем при прийнятті КК 2001 р. або раніше, при внесенні змін до колишніх кримінальних законів, а також

¹ Див.: Дурманов Н. Д. Советский уголовный закон – М.: Изд-во Московского университета, 1967 – С. 122–123.

² Дудоров О. Про вплив скасування податку чи збору на відповідальність за ст. 212 КК України // Вісник прокуратури – 2003 – № 9 – С. 34.

³ Таблиця співвідношення положень КК України 1960 р. та КК України 2001 р., в якій відображені всі випадки декриміналізації в останньому, опублікована авторським колективом, одним з членів якого був автор цих рядків. Див.: Кримінальне законодавство України. Порівняльний аналіз статей Кримінального кодексу України 1960 р. та Кримінального кодексу України 2001 р. / С. В. Гізімчук, Ю. В. Гродецький, С. В. Гринчак та ін. За заг. ред. В. В. Сташиса – К.: Ін Юре, 2001 – 284 с. Див. також: Навроцький В. О. Наступність кримінального законодавства України (порівняльний аналіз КК України 1960 р. та 2001 р.). – К.: Атіка, 2001. – 272 с.

і такі, які хоч і не використовувалися, але все ж теоретично мислимі і практично можливі.

Законом, що усуває злочинність діяння, вважається закон, який оголошує про декриміналізацію цього діяння, тобто про його виключення з Кримінального кодексу і, відповідно, про скасування кримінальної відповідальності за його вчинення¹. Як стверджує Ю. В. Баулін, різниця між злочином та кримінально протиправним діянням полягає у тому, що останнє може не мати або законодавчої форми злочину (кримінальної протиправності), або його соціального змісту (суспільної небезпечності), або, нарешті, того й іншого разом. Відповідно першу групу незлочинних вчинків він називає обставинами, що виключають кримінальну протиправність діяння, другу – обставинами, що виключають суспільну небезпечність діяння, нарешті третю – обставинами, що виключають кримінальну протиправність та суспільну небезпечність діяння².

В результаті декриміналізації діяння, яке досі визнавалося злочином, переходить в одну з названих груп незлочинних вчинків. Тому декриміналізація може бути здійснена відповідно трьома шляхами. По-перше, діяння може бути визнано законодавцем кримінально не протиправним. По-друге, воно може бути визнано ним таким, що хоч формально і підпадає під ознаки кримінально протиправного, але не є суспільно небезпечним, а, отже, і злочинним. По-третє, законодавець може визнати те чи інше діяння й таким, що не є ні кримінально протиправним, ні суспільно небезпечним.

Як відомо, кримінально протиправним є лише таке діяння, яке відповідає всім ознакам складу злочину, передбаченого кримінальним законом. Таким чином, декриміналізація діяння шляхом переведення його до групи кримінально протиправних може бути здійснена виключенням з кримінального закону, включенням до нього або звуженням змісту принаймні однієї з ознак будь-якого елемента складу злочину, якому відповідає таке діяння. Сказане дозволяє підтримати запропонований у літературі підхід до визначення способів декриміналізації діяння за елементами складу злочину³.

У вітчизняній кримінально-правовій науці традиційно першим

¹ Див.: Курс російського уголовного права. Общая часть / С. В. Бородин, С. Г. Келина, Г. Л. Кригер и др. Под ред. В. Н. Кудрявцева и А. В. Наумова. – М.: Спарк, 2001. – С. 119.

² Див.: Баулин Ю. В. Основания, исключают преступность деяния: Учеб. пособие – К.: УМК ВО, 1989. – С. 4–8.

³ Див.: Горелик А. С. Обратная сила конкурирующих уголовно-правовых норм // Актуальные проблемы борьбы с преступностью и правоприменительной практики: Межвуз. сб. научн. тр. / Отв. ред.: В. И. Горбачев – Красноярск: Красноярская высшая школа МВД России, 1998 – С. 31.

серед елементів складу злочину досліджується його об'єкт. Слід зазначити, що єдності у розумінні того, що ж саме є об'єктом складу злочину, на сьогодні ще так і не досягнуто, однак всі криміналісти сходяться на тому, що ним є певна соціальна цінність, на яку посягає злочин. Дискусія ж, в основному, точиться навколо питання про те, що ж саме є цією цінністю: суспільне відношення, право, інтерес, людина тощо¹.

З прийняттям КК України 2001 р. загальний об'єкт кримінально-правової охорони було значною мірою розширено. Так, зокрема, в новому Кодексі з'явилися цілі нові розділи Особливої частини, які передбачають відповідальність за посягання на такі родові об'єкти, які раніше або взагалі не визнавалися об'єктами кримінально-правової охорони (Розділ XVI «Злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж»), або ж вважалися об'єктами лише окремих конкретних злочинів (наприклад, Розділ III «Злочини проти волі, честі та гідності особи», Розділ IV «Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» та ін.). Крім того, в межах раніше відомих родових об'єктів з'явилися нові конкретні об'єкти кримінально-правової охорони (наприклад, право на освіту, право на безоплатну медичну допомогу в рамках родового об'єкта злочинів проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина і т. ін.). Очевидно, що, оскільки розширення загального об'єкта кримінально-правової охорони свідчить про розширення повноважень держави на притягнення особи до кримінальної відповідальності, такі зміни кримінального закону не є підставою для його зворотної дії в часі. Навпаки, такою підставою є звуження загального об'єкта кримінально-правової охорони, яке відбувається виключенням з нього окремих безпосередніх об'єктів.

Одним з безпосередніх об'єктів, кримінальна відповідальність за посягання на який передбачалася КК України 1960 р., була – честь та гідність особи. Натомість при прийнятті КК України 2001 р. законо-

¹ Основні сучасні точки зору щодо цього див.: *Белоконов В.* Чему причиняють вред преступлений? Спорные вопросы уголовного права // *Юридическая практика*. – 2000. – 8 июня; *Гавриш С. Б.* Теоретические предпосылки исследования объекта преступления // *Право и политика* – 2000 – № 11 – С. 4–15; *Кривуля О. М., Куц В. М.* Чи можуть бути суспільні відносини об'єктом злочину? // *Вісник Університету внутрішніх справ*. Вип. 2 / Відп. ред. *О. М. Бандурка* – Харків: Ун-т внутр. справ, 1997 – С. 70–75; *Новоселов Г. П.* Учение об объекте преступления. Методологические аспекты – М.: НОРМА, 2001 – С. 43–66; *Тацій В. Я.* Об'єкт і предмет злочину у кримінальному праві України: Навчальний посібник – Х.: Укр. юрид. акад., 1994 – С. 3–13; *Фесенко Є. В.* Цінності як об'єкт злочину // *Право України*. – 1999 – № 6. – С. 75–78.

давець відмовився від криміналізації посягань на цей об'єкт, не передбачивши кримінальної відповідальності за наклеп та образу, причому як за загальний склад цих злочинів (статті 125 і 126 КК України 1960 р.), так і за спеціальні склади образи (статті 176³, 189, 189¹, 237 КК України 1960 року). Очевидно, законодавцем були сприйняті пропозиції окремих юристів про можливість ефективної протидії таким правопорушенням виключно заходами цивільно-правової відповідальності. У будь-якому разі, декриміналізація названих злочинів була здійснена виключенням їх об'єкта з кола об'єктів кримінально-правової охорони. Виходячи з цього, можна говорити про наявність матеріальної підстави для зворотної дії КК України відносно осіб, які до 1 вересня 2001 р. вчинили наклеп чи образу.

Традиційно поряд з об'єктом складу злочину досліджуються також ознаки предмета злочину і потерпілого від злочину. Під предметом злочину звичайно розуміються «будь-які речі матеріального світу, з певними властивостями яких кримінальний закон пов'язує наявність в діях особи ознак конкретного складу злочину»¹. О. Е. Радутний цілком обґрунтовано розширює поняття предмета злочину за рахунок віднесення до нього і інших явищ об'єктивного світу: інформації, енергії тощо². У деяких випадках новим кримінальним законом звужено ознаки предмета окремих злочинів і тим самим декриміналізовано посягання на такі предмети, які більше не підпадають під ці ознаки. Так, якщо в ст. 70 КК України 1960 р. серед предметів контрабанди згадувалася валюта, то відповідно до ст. 201 КК України 2001 р. її незаконне переміщення через митний кордон України вже не становить складу кримінально-каранної контрабанди³. Таким чином, коло предметів контрабанди у новому КК України було звужене, а значить, у цій частині його ст. 201, як така, що декриміналізує назване діяння, має зворотну дію в часі.

Звуження кола предметів злочину можливе не лише виключенням окремих його видів з переліку (як це мало місце у випадку з контрабандою), але й введенням до визначення предмета злочину додаткової ознаки, внаслідок чого також обмежується коло мислимих

¹ Тацій В. Я. Об'єкт і предмет злочину у кримінальному праві України: Навчальний посібник – Х.: Укр. юрид. акад., 1994 – С. 33.

² Див.: Радутний О. Е. Кримінальна відповідальність за незаконне збирання, використання та розголошення відомостей, що становлять комерційну таємницю (аналіз складів злочинів): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2002 – С. 5–6.

³ Див.: Дорош Л. В., Федосєєв В. В. Щодо питання про предмет контрабанди // Новий Кримінальний кодекс України: питання застосування і вивчення: Матер. міжнар. наук.-практ. конф. / Ред. кол.: В. В. Сташис та ін – К.–Х.: Юрінком-Інтер, 2002 – С. 135.

у понятті предметів. Наприклад, ст. 207¹ КК України 1960 р. передбачалася кримінальна відповідальність за жорстоке поводження з тваринами. У ст. ж 299 КК України 2001 р. здійснено звуження предмета цього злочину – ним тепер визнаються лише хребетні тварини. З цього можна зробити висновок, що жорстоке поводження з тваринами, які не належать до хребетних (наприклад, голкошкірими, членистоногими, хордовими та іншими) декриміналізоване, і ця декриміналізація є підставою для зворотної дії кримінального закону в часі.

Звуження кола потерпілих від злочину, і тим самим декриміналізація діянь, можливе також як на основі виключення певних груп потерпілих з переліку, так і на основі розширення кількості ознак обсягу поняття потерпілого від конкретного злочину, у зв'язку з чим досягається зменшення його змісту.

Перший спосіб мав місце, наприклад, при декриміналізації опору представникові громадськості (який не є членом громадського формування з охорони громадського порядку) при охороні ним громадського порядку. Кримінальна відповідальність за такі дії передбачалася ст. 188 КК України 1960 р. нарівні з відповідальністю за опір представникові влади. У ст. 342 КК України 2001 р. було збережено відповідальність за опір представникові влади і не передбачено відповідальність за опір представникові громадськості, який не є членом громадського формування з охорони громадського порядку. Таким чином, названі особи були виведені з кола потерпілих від злочину, передбаченого ст. 342 КК України, а отже, опір їм при охороні ними громадського порядку – декриміналізований.

До другого способу законодавець вдався, наприклад, у 1960 р., коли в ст. 121 КК України 1960 р. передбачив кримінальну відповідальність за вчинення розпутних дій щодо особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку. До цього, відповідно до ст. 163 КК України 1927 р. потерпілими від розбещення визнавалися всі неповнолітні, тобто особи віком до вісімнадцяти років. Отже, ввівши додаткову ознаку для характеристики потерпілого – не просто неповнолітній, а такий неповнолітній, що не досяг 16 років – законодавець тим самим вивів з кола потерпілих від цього злочину осіб у віці від 16 до 18 років і тим самим декриміналізував вчинення розпутних дій щодо них. На цій підставі ст. 121 КК України 1960 р. в частині декриміналізації розбещення неповнолітніх у віці від 16 до 18 років повинна була мати зворотну дію в часі.

Широкі можливості для декриміналізації діянь відкриваються при зміні ознак, що входять до об'єктивної сторони складу злочину. Традиційно вважається, що до таких ознак належать діяння (дія чи бездіяльність), його суспільно небезпечні наслідки, причиновий зв'язок між діянням та суспільно небезпечними наслідками, час, місце, спо-

сіб, знаряддя та засоби, а також обстановка вчинення діяння¹. З усіх названих ознак об'єктивної сторони складу злочину окремі автори обов'язковими вважають діяння, наслідки та причинний зв'язок між ними, а всі інші ознаки – факультативними. Інші ж криміналісти вважають обов'язковою ознакою лише суспільно небезпечне діяння, а інші – факультативними². Втім, як слушно наголошує М. І. Бажанов, така класифікація ознак об'єктивної сторони складу злочину стосується лише наукової абстракції – так званого загального складу злочину. В кожному ж конкретному складі злочину всі ознаки його об'єктивної сторони (як і будь-якого іншого елемента) є обов'язковими і без них наявність самого злочину неможлива³. Тому виключення чи звуження будь-якої ознаки об'єктивної сторони конкретного складу злочину свідчить про декриміналізацію певної низки діянь.

Декриміналізація шляхом виключення з кримінального закону такої ознаки об'єктивної сторони складу злочину, як кримінально протиправне діяння, найбільш показова у тих випадках, коли з диспозиції статті Особливої частини КК виключається одне чи декілька з альтернативних діянь. Так, склад злочину, передбаченого ч. 2 ст. 182 КК України 1960 р., міг бути виконаний вчиненням двох альтернативних дій. Цією статтею передбачалася кримінальна відповідальність за приховування (за старою термінологією, – утаювання) майна, на яке накладено арешт або яке описано, а також за розтрату такого майна. У ст. ж 388 КК України 2001 р. передбачено кримінальну відповідальність лише за приховування майна, що підлягає конфіскації, або на яке накладено арешт чи яке описано.

Таким чином, законодавець декриміналізував таке діяння, як розтрата згаданого майна (тобто будь-які випадки його відчуження чи споживання), зберігши її лише за приховування цього майна (тобто невидачу його компетентним органам або ховання від них)⁴.

З усіх ознак, що складають об'єктивну сторону складу злочину,

¹ Див.: *Кудрявцев В. Н.* Объективная сторона преступления – М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1960 – С. 7–12.

² Про зміст цієї дискусії див.: *Бажанов М. И.* О различных трактовках некоторых признаков объективной стороны преступления в науке уголовного права // Проблемы законности: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. *В. Я. Тацій* – Х.: Нац. юрид. акад. України, 1999 – С. 146–147.

³ Див.: *Бажанов М. И.* О различных трактовках некоторых признаков объективной стороны преступления в науке уголовного права // Проблемы законности: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. *В. Я. Тацій* – Х.: Нац. юрид. акад. України, 1999 – С. 147.

⁴ Див.: Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / *Ю. В. Александров, П. П. Андрушко, Г. В. Андрусів* та ін. Відп. ред. *Я. Ю. Кондратьєв* та *С. С. Яценко* – К.: Юрінком, 1994 – С. 542.

лише причинний зв'язок між протиправним діянням та суспільно небезпечними наслідками не може бути предметом декриміналізації. Це викликано тим, що в так званих формальних складах злочину, в яких не передбачаються суспільно небезпечні наслідки, причинний зв'язок також не є ознакою складу; в так званих же матеріальних складах злочину, де передбачені суспільно небезпечні наслідки, причинний зв'язок є іманентною ознакою. Матеріальний склад злочину без причинного зв'язку існувати не може, а тому виключення цієї ознаки зі складу злочину можливе лише тоді і остільки, коли і оскільки з нього виключаються суспільно небезпечні наслідки¹.

Декриміналізація злочину внесенням змін у визначенні його суспільно небезпечних наслідків можлива декількома способами. По-перше, це може бути виключення з кримінального закону одного з видів суспільно небезпечних наслідків діяння. Так, Законом України від 7 липня 1992 р. «Про внесення доповнень і змін до Кримінального кодексу України, Кримінально-процесуального кодексу Української РСР і Кодексу Української РСР про адміністративні правопорушення» була викладена у новій редакції диспозиція ч. 1 ст. 215 КК України 1960 р.² Ця нова редакція, на відміну від попередньої, більше не передбачала в якості суспільно небезпечних наслідків порушення правил безпеки руху та експлуатації транспорту заподіяння істотної матеріальної шкоди. Таким чином були декриміналізовані ті порушення правил безпеки руху чи експлуатації транспортних засобів, які потягли за собою названі суспільно небезпечні наслідки.

У зв'язку з цим судова колегія в кримінальних справах Верховного Суду України в ухвалі від 9 серпня 1994 р. по справі К. визнала, що, оскільки «кримінальну відповідальність за порушення правил безпеки руху, що заподіяло значну матеріальну шкоду, з ч. 1 ст. 215 КК виключено», то назване положення кримінального закону в цій частині має зворотню дію³. В КК України 2001 р. з кола суспільно небезпечних наслідків цього злочину було також виключено запо-

¹ Заслуговує на увагу пропозиція Н. М. Яриш розглядати причинний зв'язок не як самостійну ознаку об'єктивної сторони складу злочину, а як ознаку суспільно небезпечних наслідків (Див.: *Яриш Н. Н.* Теоретические проблемы причинно-следственной связи в уголовном праве (философско-правовой анализ).— Х.: Право, 2003.— С. 428–438.

² Див.: Про внесення доповнень і змін до Кримінального кодексу України, Кримінально-процесуального кодексу Української РСР і Кодексу Української РСР про адміністративні правопорушення: Закон України від 7 липня 1992 року // Відомості Верховної Ради України.— 1992.— № 39.— Ст. 570.

³ Див.: Ухвала судової колегії у кримінальних справах Верховного Суду України від 9 серпня 1994 р. (витяг) // Бюлетень законодавства і юридичної практики України.— 1996 — № 3.— С. 122–124.

діяння потерпілому легких тілесних ушкоджень. Очевидно, що і в цьому разі, як у вищенаведеному прикладі, є підстава для зворотної дії кримінального закону в часі.

По-друге, декриміналізація шляхом зміни визначення суспільно небезпечних наслідків діяння може бути здійснена і при збільшенні того розміру цих наслідків, який є мінімально необхідним для констатації наявності складу злочину. Такий спосіб декриміналізації законодавець вжив, зокрема, коли при прийнятті КК України 2001 р. у десять разів підвищив мінімальний розмір кримінально караного ухилення від сплати податків. Якщо згідно з ч. 1 ст. 148² КК України 1960 р. ухилення від сплати податків визнавалося злочином, якщо це діяння призвело до ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів, які в сто і більше разів перевищують установленний законодавством неоподатковуваний мінімум доходів громадян, то відповідно до ч. 1 ст. 212 КК України 2001 р. таке діяння є злочином, якщо його наслідком є несплата податків, зборів чи інших обов'язкових платежів на суму, яка в тисячу і більше разів перевищує встановлений законодавством неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Таким чином, ухилення від сплати податків на суму від ста до однієї тисячі (виключно) неоподатковуваних мінімумів доходів громадян було декриміналізоване, і це є підставою для зворотної дії в часі статті (в цій частині) ч. 1 ст. 212 КК України.

По-третє, про декриміналізацію можна говорити і в тому разі, коли вказівка на суспільно небезпечні наслідки діяння вводиться до складу злочину, який до цього був формальним. Визначення у такому складі його суспільно небезпечних наслідків звужує коло злочинного, оскільки ті діяння, які підпадали під ознаки цього складу, коли він був формальним, але не призводили до вказаних наслідків, віднині не можуть бути визнані злочинами. Слід відзначити, що тенденція до перетворення формальних складів злочинів на матеріальні, а отже, і до декриміналізації низки діянь, досить рельєфно проявилася у новому кримінальному законі України. Так, зокрема, на матеріальні були перетворені ті склади злочинів, які раніше містили в якості своєї ознаки адміністративну преюдицію. Сказане, наприклад, стосується такого злочину, як заготівля, перероблення або збування радіоактивно забруднених продуктів харчування чи іншої продукції. У ч. 1 ст. 227² КК України 1960 р. склад цього злочину визначався як формальний. У частині ж 1 ст. 327 КК України 2001 р. таке діяння є злочином лише тоді, коли воно створило загрозу загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків, або заподіяло шкоду здоров'ю потерпілого. Отже, заготівля, перероблення або збування радіоактивно забруднених продуктів харчування чи іншої продукції, які мали інші наслідки, чи не мали жодних, у КК України 2001 р. були декриміналізовані.

Водночас, декриміналізація злочину неможлива виключенням з його складу вказівки на суспільно небезпечні наслідки взагалі. В такому разі відбувається процес, протилежний описаному вище: склад злочину перетворюється з так званого матеріального на так званий формальний, що дає підставу говорити, навпаки, про криміналізацію цілої низки діянь, які не охоплювалися попередньою редакцією закону. Так, відповідно до ст. 148⁴ КК України 1960 р. фіктивне підприємство визнавалося злочином лише тоді, коли воно завдало матеріальної шкоди державі, банку, кредитній установі, іншим юридичним особам або громадянам. Відповідно ж до ст. 205 КК України 2001 р. це діяння є злочином незалежно від його наслідків, тобто його склад сконструйовано як формальний.

Таким чином, відбулася криміналізація значного кола діянь, які становлять собою фіктивне підприємство, але не пов'язані із заподіянням матеріальної шкоди фізичним або юридичним особам чи державі. Доцільність подібних змін кримінального закону, на мій погляд, є досить сумнівною, оскільки домінуючою тенденцією його розвитку має, очевидно, бути конкретизація злочинності діянь. Без сумніву, подібна зміна кримінального закону не може бути й підставою для його зворотної дії в часі.

Досить рідко законодавець вдається до декриміналізації злочинів шляхом введення до їх складів чи звуження таких ознак його об'єктивної сторони, як час, місце, знаряддя чи засоби, спосіб та обстановка їх вчинення. Проте, декриміналізація через зміну цих ознак є теоретично можливою, і, більше того, іноді практично вживаною.

Історії розвитку кримінального закону України відомі випадки, коли до складу злочину включалася ознака місця його вчинення, і тим самим декриміналізувався цілий ряд діянь, вчинених в інших місцях. Сказане стосується, наприклад, нині повністю декриміналізованої спекуляції. До 1 липня 1991 р., тобто до дня набуття чинності Законом Української РСР «Про захист споживчого ринку в Українській РСР»¹, спекуляцією визнавалося скуповування і перепродаж товарів з метою отримання прибутку (наживи), незалежно від того, де такі товари були скуплені. Вказаним же законом до ст. 154 КК України 1960 р. били внесені зміни: спекуляцією стало визнаватися лише скуповування товарів на підприємствах (організаціях) державної торгівлі чи споживчої кооперації, інших підприємствах, належних державі чи споживчій кооперації, а також державних касах з продажу квитків на проїзд всіма видами транспорту і касах з продажу квитків

¹ Про захист споживчого ринку в Українській РСР: Закон Української Радянської Соціалістичної Республіки від 25 червня 1991 року // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1991. – № 40 – Ст. 527.

на відвідування видовищних закладів¹, і перепродаж цих товарів з метою отримання прибутку (наживи). Таким чином, було декриміналізовано скуповування товарів у приватних магазинах, у приватних осіб, на недержавних і некооперативних ринках тощо і їх перепродаж з метою отримання прибутку, а значить, ст. 154 КК України 1960 р. в новій редакції мала отримати зворотню дію в частині декриміналізації спекуляції, вчиненої в іншому місці, окрім визначеного нею.

При прийнятті КК Російської Федерації 1996 р. було декриміналізовано низку злочинів шляхом звуження ознаки місця їх вчинення. Так, відповідно до ст. 166 КК РФ 1960 р. незаконним визнавалося полювання, вчинене у будь-якому забороненому місці. Відповідно ж до пункту «г» ч. 1 ст. 258 КК РФ 1996 р. є злочином лише таке незаконне полювання, яке вчинене на території заповідника, заказника, в зоні екологічного лиха чи надзвичайної екологічної ситуації. Полювання ж в інших заборонених місцях визнано незлочинним. І в цій частині ст. 258 КК РФ повинна мати зворотню дію.

Відповідно до ст. 191² КК України 1960 р. одержання незаконної винагороди працівником державної установи чи організації, який не є службовою особою, визнавалося злочином, незалежно від способу його вчинення. Відповідно ж до ст. 354 КК України 2001 р. назване діяння є злочином лише тоді, коли воно вчинене шляхом вимагання. Отже, декриміналізоване вчинення такого діяння в інший спосіб (наприклад, шляхом прохання, шляхом погодження з пропозицією того, хто дає винагороду, тощо). Так само значно декриміналізовано і незаконне розповсюдження комп'ютерного вірусу. Якщо відповідно до ч. 1 ст. 198¹ КК України 1960 р. ці дії визнавалися злочином незалежно від способу їх вчинення, то ч. 1 ст. 361 передбачає кримінальну відповідальність за розповсюдження комп'ютерних вірусів виключно шляхом застосування програмних і технічних засобів, призначених для незаконного проникнення в електронно-обчислювальні машини, системи чи комп'ютерні мережі і здатних спричинити перекручення або знищення комп'ютерної інформації чи носіїв такої інформації.

Аналогічним чином було декриміналізовано і цілий ряд діянь, відповідальність за які передбачалася ст. 63 КК України 1960 р. Названа стаття передбачала кримінальну відповідальність за пропаганду війни, «в якій би формі вона не велась». Однак Законом України від 7 липня 1992 р. «Про внесення змін і доповнень до Кримінального, Кримінально-процесуального кодексів Української РСР, Кодексу

¹ Див.: Про застосування статей 154, 155⁶ Кримінального кодексу України та статей 160², 208¹ Кодексу України про адміністративні правопорушення: Постанова Верховної Ради України від 26 січня 1993 року // Відомості Верховної Ради України.– 1993.– № 12 – Ст. 103.

Української РСР про адміністративні правопорушення та Митного кодексу України»¹ до названої статті було включено вказівку на спосіб вчинення пропаганди війни – публічні заклики. У зв'язку з цим пропаганда агресивної війни або розв'язання збройного конфлікту, вчинювані іншими способами, були декриміналізовані.

Декриміналізація злочину можлива, далі, і шляхом виключення з кримінального закону чи звуження окремих ознак його суб'єкта. Як відомо, суб'єкт злочину – це один з елементів його складу, під яким у сучасній літературі розуміється фізична осудна особа, яка вчинила злочин по досягненню встановленого кримінальним законом віку, з якого можливе притягнення до кримінальної відповідальності². Названі ознаки так званого загального суб'єкта злочину знайшли своє відображення і в сучасному кримінальному законі – ч. 1 ст. 18 КК України 2001 р.

Водночас, крім поняття загального суб'єкта злочину в науці кримінального права протягом тривалого часу досліджувалося ще й поняття спеціального суб'єкта злочину. Він розуміється як фізична особа, яка разом з осудністю та досягненням віку, з якого можливе притягнення до кримінальної відповідальності, має ще й іншу додаткову ознаку, що передбачена кримінальним законом, чи прямо впливає з нього, і обмежує коло осіб, які можуть підлягати кримінальній відповідальності за певний злочин³. І це поняття також було легалізоване з прийняттям нового КК України: відповідно до ч. 2 ст. 18 «спеціальним суб'єктом злочину є фізична осудна особа, що вчинила у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність, злочин, суб'єктом якого може бути лише певна особа».

Зі сказаного випливає, що декриміналізація у даному випадку можлива як шляхом зміни ознак загального суб'єкта складу злочину, так і шляхом зміни ознак спеціального суб'єкта. Очевидно, однак, що така ознака суб'єкта складу злочину (і загального, і спеціального), як фізична особа, не може бути піддана жодним змінам. Сьогодні в Україні пануючою є концепція, відповідно до якої кримінальній відповідальності можуть підлягати виключно фізичні, а не юридичні

¹ Про внесення змін і доповнень до Кримінального, Кримінально-процесуального кодексів Української РСР, Кодексу Української РСР про адміністративні правопорушення та Митного кодексу України: Закон України від 7 липня 1992 року // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 35. – Ст. 511.

² Див., наприклад: Уголовное право Украинской ССР на современном этапе. Часть Общая. / Л. В. Багрий-Шахматов, М. И. Бажанов, Ф. Г. Бурчак и др. Отв. ред. Ф. Г. Бурчак – К.: Наукова думка, 1985. – С. 142.

³ Див., наприклад: Устименко В. В. Специальный субъект преступления (понятие и виды): Учеб. пособие. – Х.: Харьков. юрид. ин-т, 1986. – С. 24.

особи¹, причому всі фізичні особи, без яких би то не було обмежень чи виключень. Саме тому декриміналізація, як, втім, і криміналізація діянь, шляхом зміни цієї ознаки наразі видається принципово неможливою. Лише шляхом зміни ознак осудності, досягнення віку, з якого можливе настання кримінальної відповідальності, та ознак спеціального суб'єкта можливі криміналізація та декриміналізація діянь.

Декриміналізація шляхом зміни ознаки осудності можлива, наприклад, при розширенні її медичного критерію. Таке розширення при прийнятті КК України 2001 р. не відбулося, однак принципово воно можливе, і, більше того, відоме історії розвитку кримінального закону України. Так, відповідно до ст. 10 КК Української РСР 1927 р. неосудними вважалися особи, які вчинили суспільно небезпечні діяння «в стані хронічної душевної хвороби чи тимчасового розладу душевної діяльності, чи в іншому хворобливому стані, якщо ці особи не могли усвідомлювати свої дії чи керувати ними»². Як видно, серед медичних критеріїв неосудності не згадане недоумство, яке з'явилося серед таких лише в ст. 12 КК України 1960 р. З моменту набуття чинності цим Кодексом діяння, вчинені особами, що страждають на недоумство і внаслідок цього не можуть усвідомлювати свої дії чи керувати ними, не визнаються такими, що містять склад злочину.

Таким чином, шляхом розширення медичного критерію неосудності була здійснена декриміналізація широкого кола діянь, вчинюваних недоумкуватими особами. Очевидно, що КК України 1960 р. в частині розширення медичного критерію неосудності, як такий, що скасовує злочинність діяння, повинен був мати зворотну дію.

З огляду на російський досвід, підлягає подальшому обговоренню і проблема вікової неосудності в кримінальному праві. В ч. 3 ст. 20 КК РФ 1996 р. зазначається: «Якщо неповнолітній досяг віку, передбаченого частинами першою або другою цієї статті (загальний (16 років) та понижений (14 років) вік.– Ю. П.), але внаслідок відставання в психічному розвитку, не пов'язаного з психічним розладом, під час вчинення суспільно небезпечного діяння не міг повною мірою усвідомлювати фактичний характер і суспільну небезпечність своїх дій (бездіяльності) або керувати ними, він не підлягає кримінальній від-

¹ Ставлення автора до цієї проблеми див.: Пономаренко Ю. А. Юридична особа як суб'єкт злочину // Актуальні проблеми правознавства України: Тези доповідей і наук. повідомлень студ. наук. конф. / За заг. ред. М. І. Панова.– Х.: Нац. юрид. акад. України, 1996 – С. 57–58.

² Кримінальний кодекс Української Радянської Соціалістичної Республіки: прийнятий другою сесією ВУЦВК X скликання // Збірник узаконень УРСР.– 1927.– № 58–59.– Ст. 232.

повідальності». Отже, такі неповнолітні були визнані російським законодавцем неосудними¹, а їх діяння декриміналізовані. Виходячи з цього, ч. 3 ст. 20 КК РФ, безумовно, повинна мати зворотну дію. Якщо така ідея буде прийнята й українським законодавцем, то також можна буде говорити про декриміналізацію цілої низки діянь, а, отже, і про матеріальну підставу для зворотної дії кримінального закону в часі.

Певних змін з прийняттям КК України 2001 р. зазнала така ознака загального суб'єкта злочину, як досягнення віку, з якого можливе притягнення до кримінальної відповідальності. Сказане, перш за все, стосується відносного звуження кола злочинів, за вчинення яких кримінальна відповідальність наставала з 14 років. Так, за КК України 1960 р. пониженим був вік для притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення умисного вбивства при перевищенні меж необхідної оборони та необережного вбивства, умисне тяжке тілесне ушкодження, заподіяне в стані сильного душевного хвилювання (ст. 123 КК України), умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень у разі перевищення меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця (ст. 124 КК України), умисне легке тілесне ушкодження, що спричинило короточасний розлад здоров'я або незначну втрату працездатності (ч. 2 ст. 125 КК України), незаконне заволодіння транспортним засобом без кваліфікуючих ознак (ч. 1 ст. 289 КК України) та пошкодження об'єктів магістральних нафто-, газо- та нафтопродуктопроводів при обтяжуючих обставинах (частини 2 і 3 ст. 292 КК України).

За вчинення названих злочинів до 1 вересня 2001 р., особа могла бути притягнута до кримінальної відповідальності з 14 років. За КК ж 2001 р. суб'єктом цих злочинів може бути лише шістнадцятилітня фізична осудна особа. Вчинення ж такого діяння особою, яка досягла 14 років, але не досягла 16, новим КК України декриміналізоване. Отже, ці зміни у визначенні ознак суб'єкта названої групи злочинів, безумовно, повинні мати зворотну дію.

В окремих випадках можлива декриміналізація певного кола діянь і шляхом введення до складу злочину ознак спеціального суб'єкта, а так само виключення чи такого уточнення цих ознак, внаслідок якого звужується коло осіб, які можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності за певний злочин.

¹ Слід зазначити, що окремі криміналісти про неосудність у даному випадку говорять лише умовно, беручи цей термін у лапки. На їх думку «про справжню неосудність у даному випадку говорити не доводиться через відсутність її медичного критерію» (Див.: Уголовное право России. Общая часть: Учебник / А. В. Наумов, С. И. Никулин, А. И. Рарог и др. Под ред. А. И. Рарога. – М.: Институт международного права и экономики им. А. С. Грибоедова, 1998. – С. 131).

Перш за все, законодавець може перетворити склад злочину із загальним суб'єктом на склад злочину зі спеціальним суб'єктом, декриміналізувавши, тим самим, вчинення такого діяння особами, що не мають спеціальної ознаки. Наприклад, відповідно до ст. 129 КК України 1960 р. умисне порушення таємниці голосування під час проведення передбачених законодавством України виборів визнавалося злочином із загальним суб'єктом. Відповідно ж до ст. 159 КК України 2001 р. такі дії є злочином лише тоді, коли вони вчинені членом виборчої комісії або іншою службовою особою з використанням влади чи службового становища. Отже, умисне порушення таємниці голосування іншими особами, які не мають названих спеціальних ознак, було декриміналізоване, і в цій частині новий кримінальний закон має матеріальну підставу для зворотної дії. Так само і розголошення без дозволу прокурора, слідчого або особи, що провадила дізнання, даних попереднього слідства або дізнання відповідно до ст. 181 КК України 1960 р. було злочином із загальним суб'єктом. Відповідно ж до ст. 387 КК України 2001 р. це діяння є злочином, лише якщо воно вчинене особою, попередженою в установленому законом порядку про обов'язок не розголошувати такі дані, або суддею, прокурором, слідчим, працівником органу дізнання чи оперативно-розшукового органу. Тому згадана стаття КК 2001 р. має зворотню дію в частині декриміналізації розголошення даних попереднього слідства чи дізнання особами, які не мають названих ознак спеціального суб'єкта.

В окремих випадках можливе уточнення спеціальних ознак суб'єкта злочину, яке приводить до звуження кола осіб (спеціальних суб'єктів), які підлягатимуть кримінальній відповідальності за вчинення такого злочину. Так, відповідно до ст. 67 КК України 1960 р. розголошення відомостей, що становлять державну таємницю, визнавалося злочином тоді, коли воно було вчинене *особою, якій ці відомості були довірені або стали відомі по службі чи роботі*. Стаття 328 КК України 2001 р. звужила коло спеціальних суб'єктів цього злочину, виключивши з нього осіб, яким такі відомості стали відомі *по роботі*, тобто осіб, які не є службовими, але мають доступ до відомостей, що становлять державну таємницю, в силу виконуваних професійних функцій (стенографістка, секретар-машиністка, діловод тощо)¹. За КК 2001 р. суб'єктами складу цього злочину є лише особи, яким відомості, що становлять державну таємницю, були довірені або стали відомі у зв'язку з виконанням *службових обов'язків*. Служ-

¹ Див.: Государственные преступления: Учебное пособие по советскому уголовному праву / В. А. Владимиров, П. Ф. Гришанин, Н. И. Загородников и др. Под ред. М. И. Якубовича и В. А. Владимирова. – М.: Высшая школа, 1961. – С. 112.

бові ж обов'язки (в розумінні КК України 2001 р.) – це обов'язки, які виконуються виключно службовими особами (див., наприклад, статті 342–345, 347, 348, 367, ч. 1 ст. 426 і т. д.). Крім того, КК відмежовує їх від професійних обов'язків, тобто обов'язків, що виконуються працівником у зв'язку з його роботою (див., наприклад, статті 131, 132, 140, 171). Отже, ст. 328 КК України в частині декриміналізації розголошення державної таємниці особою, якій такі відомості стали відомими по роботі, має зворотну дію в часі.

Нарешті, відмовившись від адміністративної преюдиції¹, КК України 2001 р. декриміналізував, наприклад, порушення встановленого порядку організації або проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій, вчинене організатором зборів, мітингу, вуличного походу або демонстрації протягом року після застосування заходів адміністративного стягнення за такі ж дії (ст. 187⁴ КК України 1960 р.). Вчинення таких дій після 1 вересня 2001 р. не лише особою, яка має ознаки тільки загального суб'єкта злочину, а й особою, яка має спеціальну ознаку попереднього притягнення до кримінальної відповідальності, вже не містить складу злочину. Отже, декриміналізація названих дій, вчинюваних спеціальним суб'єктом, відбулася саме шляхом скасування ознаки спеціального суб'єкта (точніше, – відмови від окремого виду спеціальних суб'єктів), і така зміна кримінального закону, безумовно, є підставою для його зворотної дії в часі.

Четвертим елементом складу злочину є його суб'єктивна сторона, яка полягає у психічному ставленні суб'єкта злочину до вчинюваного ним суспільно небезпечного діяння та його наслідків, яке характеризується виною (у формі умислу чи необережності), мотивом та метою злочину². Трансформуючи законодавче визначення цих ознак складу

¹ Питання про місце адміністративної преюдиції в системі елементів складу злочину досить суперечливо вирішувалося у вітчизняній кримінально-правовій літературі (огляд та критику висловлених суджень див., наприклад: *Перепелиця О.* Адміністративна преюдиція та склад злочину // *Радянське право* – 1984 – № 5 – С. 52–55; *Устименко В. В.* Адміністративная преюдиция и состав преступления // *Проблемы социалистической законности: Респ. межведомств. научн. сб. / Отв. ред. В. Я. Тацій* – Х.: Вища школа, 1988. – Вып. 21 – С. 109–111.). Не вдаючись до аналізу висловлених суджень, зазначу, що найбільш обгрунтованою видається позиція тих криміналістів, які вважають попередню притягнутість особи до адміністративної відповідальності, як і попередню притягнутість її до кримінальної відповідальності, спеціальною ознакою суб'єкта злочину (див.: *Устименко В. В.* Специальный субъект преступления (понятие и виды): Учеб. пособие. – Х.: 1986. – С. 53–54).

² Див.: *Уголовное право Украинской ССР на современном этапе. Часть Общая / Л. В. Багрий-Шахматов, М. И. Бажанов, Ф. Г. Бурчак и др.* Отв. ред. Ф. Г. Бурчак – К.: Наукова думка, 1985. – С. 161.

злочину, законодавець також може вдатися до декриміналізації окремих видів діянь. Сказане насамперед стосується звуження форм та видів вини, з якою може бути вчинено той чи інший злочин. Очевидно, що оскільки існування злочину з необережною формою вини тим паче передбачає злочинність вчинення такого ж діяння умисно, то звуження форми вини, з якими може бути вчинено злочин, мислиме лише шляхом декриміналізації необережного діяння при збереженні відповідальності за умисне. Така ситуація мала, наприклад, місце при набранні чинності КК України 1960 р., який передбачав кримінальну відповідальність лише за умисне заподіяння легких тілесних ушкоджень. До цього, відповідно до ст. 151 КК України 1927 р., визнавалося злочином заподіяння таких тілесних ушкоджень і через необережність. Отже, у даному разі відбулася декриміналізація злочину шляхом звуження форм вини, з якою він може бути вчинений, а, значить, з'явилася підстава для зворотної дії кримінального закону в часі.

Включаючи до складу злочину ознаку мети його вчинення чи звужуючи таку ознаку, яка вже існує, законодавець також може здійснювати декриміналізацію окремих діянь. Наприклад, Законом України від 15 липня 1999 р.¹ мету було включено до складу злочину, передбаченого ст. 127 КК України 1960 р. «Перешкоджання здійсненню виборчого права». З дня набуття чинності вказаного Закону (12 серпня 1999 р.) перешкоджання здійсненню громадянином України його виборчих прав визнається злочином, лише якщо воно вчинене з метою вплинути на результати виборів. Тим самим були декриміналізовані вчинені до вказаної дати діяння осіб, які перешкоджали здійсненню громадянином виборчого права з іншою метою (наприклад, з метою особистої помсти).

Інший приклад: відповідно до ст. 211 КК Ук. 1960 року виготовлення предметів порнографічного характеру визнавалося злочином незалежно від мети його вчинення. У ст. 301 КК України 2001 р. з'явилася така обов'язкова ознака основного складу названого діяння, як мета збування чи розповсюдження таких предметів. Виходячи з цього, декриміналізованим слід вважати виготовлення порнографічних предметів з будь-якою іншою метою, наприклад, для колекціонування, реалізації власних творчих здібностей тощо.

Так само можливе здійснення декриміналізації й шляхом введення до складу злочину мотиву його вчинення. Яскравий приклад цього дає законодавча практика Російської Федерації. Якщо, відповідно до ст. 124¹ КК Росії 1960 р. розголошення таємниці усиновлення визнавалося злочином незалежно від мотивів його вчинення, то відповідно

¹ Див.: Про внесення змін до Кримінального кодексу України: Закон України від 15 липня 1999 року // Відомості Верховної Ради України – 1999.– № 34.– Ст. 299.

до ст. 155 КК Росії 1996 р. таке діяння є злочином лише якщо воно вчинене з корисливих чи інших низьких спонукань (мотивів). Отже, суттєвий масив незаконного розголошення таємниці усиновлення в Російській Федерації був декриміналізованим, що дало російським криміналістам підстави резонно твердити про зворотню дію ст. 155 КК РФ 1960 р.¹

Таким чином, шляхом виключення чи звуження ознак окремих елементів складу злочину законодавець може вдаватися до декриміналізації діянь шляхом скасування юридичної форми злочину – його кримінальної протиправності. Тобто, у кожному разі необхідно встановлювати, чи не скасовує або не звужує ту чи іншу ознаку новий кримінальний закон або чи не передбачає він нові такі ознаки. І при встановленні того, що в результаті їх скасування, доповнення або звуження діяння, вчинене особою, більше не підпадає під всі ознаки описаного в КК складу злочину, слід констатувати наявність матеріальної підстави для зворотної дії кримінального закону в часі.

Т. Є. Севастьянова висловила думку, що декриміналізація може бути також здійснена і в результаті нового тлумачення тексту закону, який зберігає чинність, якщо в результаті такого тлумачення зменшується обсяг злочинної поведінки. На мій погляд, з таким твердженням погодитися не можна. Адже відомо, що в результаті тлумачення закону не створюється і не змінюється нормативно-правовий припис, що міститься в ньому, а лише з'ясовується його справжній зміст. Тому якщо в результаті тлумачення певної статті кримінального закону досягнуто висновку, що діяння, яке раніше на підставі цієї статті було визнане злочином, таким не є, то говорити про декриміналізацію в такому разі не можна. Це діяння за дійсним змістом закону не було злочинним і під час його вчинення. Воно лише помилково було визнане таким в результаті здійсненого раніше неправильного тлумачення закону, яке не розкривало дійсного його змісту. Отже, в даному разі слід говорити не про декриміналізацію злочину, а про виключення кримінальної відповідальності за діяння, яке не є злочинним, і як наслідок – про відшкодування особі шкоди, завданої їй незаконним засудженням.

Крім того, в окремих випадках декриміналізація здійснюється

¹ Див., наприклад: Якубов А. Е. Состав преступления и обратная сила уголовного закона // Вестник Московского университета.– Серия 11: Право.– 1997.– № 5.– С. 41.

² Див.: Севастьянова Т. Є. Кримінально-правова характеристика взаємозв'язку понять малозначності діяння та декриміналізації протиправних посягань // Держава і право: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки.– Вип. 12.– К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2001.– С. 494.

шляхом оголошення діянь такими, що хоча формально і містять ознаки будь-якого діяння, передбаченого кримінальним законом (злочину), але не становлять суспільної небезпеки, тобто такими, що є соціально корисними чи, принаймні соціально нейтральними. Тобто, у цьому разі діяння декриміналізується шляхом визнання його таким, що хоч і містить формально всі ознаки злочину, але не відповідає його соціальному змісту. Такий спосіб декриміналізації було вжито наприклад, коли Законом України від 7 лютого 1991 р. «Про підприємництво» така діяльність була визнана соціально корисною. Тому, незважаючи на те, що ст. 150 КК України 1960 р. була скасована лише законом від 7 липня 1992 р., вчинення названих дій в період між набуттям чинності названими законами мало визнаватися незлочинним. Тому КК України в частині декриміналізації приватнопідприємницької діяльності отримав зворотню дію ще з 1991 р.

Крім того, в деяких випадках законодавець здійснює декриміналізацію діянь і шляхом а ртіогі оголошення їх такими, що хоча формально і містять ознаки будь-якого діяння, передбаченого кримінальним законом (злочину), але через малозначність не становлять суспільної небезпеки, тобто такими, що не заподіяли і не могли заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі (ч. 2 ст. 11 КК України). Тобто, у цьому разі діяння декриміналізується шляхом визнання його таким, що не відповідає соціальному змістові злочину.

Такий спосіб декриміналізації у КК України 2001 р. було застосовано при визнанні незлочинним готування до злочинів невеликої тяжкості, яке відповідно до ч. 2 ст. 14 КК України не тягне за собою кримінальної відповідальності. Слід погодитися з В. П. Тихим у тому, що ця стаття передбачає спеціальний випадок, коли діяння, що формально підпадає під ознаки злочину, не є суспільно небезпечним¹. Тому, попри те, що готування, наприклад, до умисного легкого тілесного ушкодження (ст. 125 КК України), незаконного проведення аборту (ч. 1 ст. 134), ухилення від сплати аліментів на утримання дітей (ст. 164) чи іншого злочину невеликої тяжкості, формально відповідає всім ознакам складу незакінченого злочину, законодавцем воно оголошене незлочинним, а значить, можна говорити про специфічний спосіб декриміналізації шляхом законодавчого врахування незначного ступеня суспільної небезпечності подібних діянь. Отже, якщо готування до вчинення злочину невеликої тяжкості було вчинено до набуття чинності КК України 2001 р., то у зв'язку з декриміналізацією

¹ Див.: *Тихий В. П.* Проблеми застосування норм Кримінального кодексу України про стадії готування злочину // Новий Кримінальний кодекс України: питання застосування і вивчення: Матер. міжнар. наук.-практ. конф. / Ред. кол.: *В. В. Сташис* та ін. – К.–Х.: Юрінком-Інтер, 2002.– С. 57.

таких дій можна говорити про наявність матеріальної підстави для зворотної дії кримінального закону в часі.

Нарешті, ще одним способом переведення діяння з категорії злочинних до категорії незлочинних є віднесення його до таких, що ні за формою, ні за змістом не тотожні до злочину. Подібна ситуація має місце тоді, коли законодавець визнає те чи інше діяння, яке раніше вважалося злочином, таким, що є кримінально правомірним (таким, що не відповідає ознакам складу злочину) і соціально корисним (принаймні – соціально нейтральним). Це, зокрема, стосується випадків розширення меж правомірного заподіяння шкоди за наявності обставин, що виключають злочинність діяння. Так, якщо відповідно до ст. 16 КК України 1960 р. визнавалося злочином заподіяння у стані крайньої необхідності шкоди, рівнозначної тій, що відвернута, то відповідно до ч. 2 ст. 39 КК України 2001 р. заподіяння такої шкоди визнається правомірним і не суспільно небезпечним.

Отже, діяння особи, яка, наприклад, під час чинності КК України 1960 р. в стані крайньої необхідності для врятування свого життя позбавила життя іншу особу, новим законом було визнано таким, що не містить складу злочину і не є суспільно небезпечним. Таким чином, у даному випадку можна говорити про декриміналізацію як матеріальну підставу для зворотної дії нового КК України в часі щодо такої особи.

В іншому випадку, при викладенні у новій редакції ст. 15 КК України 1960 р.¹ заподіяння смерті чи тяжких тілесних ушкоджень було визнано таким, що у будь-якому разі не є кримінально протиправним і суспільно небезпечним, якщо воно вчинено в стані необхідної оборони при захисті від нападу озброєної особи чи нападу групи осіб, відвернення протиправного насильницького проникнення у житло чи інше приміщення або якщо особа, яка здійснює захист, не могла внаслідок переляку або сильного душевного хвилювання, спричиненого суспільно небезпечними діями, оцінити відповідність захисту характеру посягання.

Така зміна кримінального закону створила матеріальну підставу для його зворотної дії, наприклад, у справі Ш., засудженого за ст. 97 КК України 1960 р. за вбивство У., який у співучасті з А. вчинив спробу протиправного насильницького проникнення у житло Ш.²,

¹ Про зміну статті 15 Кримінального кодексу України: Закон України від 26 січня 1993 року // Відомості Верховної Ради України.– 1993.– № 11.– Ст. 84.

² Див.: Определение судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Украины (извлечение) // Судебная практика. Убийства, изнасилования и другие преступления против личности: Сборник судебных решений по уголовным делам – К.: Знання, 1993.– С. 145–147.

оскільки в результаті цієї зміни діяння Ш. було декриміналізовано. Такого ж висновку дійшов в одному із своїх рішень і Верховний Суд Російської Федерації, який за аналогічних змін у КК цієї країни визнав, що не є кримінально-протиправними і суспільно небезпечними дії осіб, які за раніше чинним законом вважалися перевищенням меж необхідної оброни, а за новим законом визнаються вчиненими з додержанням її меж¹.

Отже, декриміналізація, як матеріальна підстава зворотної дії кримінального закону в часі, полягає у такій зміні кримінального закону, внаслідок якої діяння, яке раніше визнавалося злочином, більше таким не визнається. За формою декриміналізація може бути здійснена шляхом зміни змісту, форми чи змісту і форми кримінального закону одночасно. За змістом же декриміналізація може полягати у визнанні суспільно небезпечного діяння кримінально непротиправним; у визнанні формально протиправного діяння не суспільно небезпечним; у визнанні діяння, яке раніше вважалося злочином, кримінально непротиправним та не суспільно небезпечним. Таке діяння визнається або правомірним, або правопорушенням іншого виду (наприклад, адміністративним проступком).

При цьому, в тих випадках, коли скасування злочинності діяння (декриміналізація) здійснюється не шляхом віднесення його до правомірних, а шляхом встановлення адміністративної відповідальності за його вчинення, постає міжгалузева проблема дії законів у часі. Так, у ст. 225 КК України «Обман покупців та замовників» законодавець передбачив, що ці дії є злочинними, якщо вони вчинені у значних розмірах. Значним розміром, як визначено в примітці до цієї статті, є матеріальна шкода громадянину в сумі, що перевищує три неоподатковуваних мінімуми доходів громадян. Раніше чинним законодавством (статті 155 «Обман покупців» та 155¹ «Обман замовників» КК України 1960 р.) відповідальність за вказані дії передбачалася незалежно від розміру шкоди, заподіяної споживачеві. Таким чином, з 1 вересня 2001 р. обман покупців або замовників, який заподіяв громадянину шкоду на суму не більшу за три неоподатковуваних мінімуми доходів громадян, було декриміналізовано. Однак того ж дня (1 вересня 2001 р.) набув чинності Закон України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо встановлення відповідальності за обман покупця чи замовника», яким

¹ Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации.— 1995.— № 6. (справа Майорова)

² Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо встановлення відповідальності за обман покупця чи замовника: Закон України від 24 травня 2001 року // Відомості Верховної Ради України.— 2001.— № 31.— Ст. 152.

названий Кодекс був доповнений статтею 155², в якій була встановлена адміністративна відповідальність за такі діяння. У зв'язку з цим постало питання про можливість притягнення до юридичної відповідальності після 1 вересня 2001 р. особи, яка під час чинності КК України 1960 р. вчинила обман покупців або замовників, що спричинив шкоду, яка не перевищує три неоподатковуваних мінімуми доходів громадян. Зрозуміло, що така особа не може бути притягнута до кримінальної відповідальності, оскільки вчинене нею діяння було декриміналізоване. Водночас, відповідно до ч. 2 ст. 8 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП), «Закони, які встановлюють або посилюють відповідальність за адміністративні правопорушення, зворотної сили не мають». Отже, за буквального змістом цього припису така особа не може бути притягнута і до адміністративної відповідальності.

Видається, однак, що такий формальний висновок навряд чи є ґрунтованим. Адже у такому разі складається парадоксальна ситуація: якби такі дії не були декриміналізовані, а була лише пом'якшена кримінальна відповідальність за них, то така кримінальна відповідальність могла б бути покладена на особу. У ситуації ж, коли відповідальність ще більше пом'якшена (заміненна адміністративною), – вона не може бути покладена на особу. Тому в такому разі, коли один вид юридичної відповідальності (кримінальна) замінюється іншим, більш м'яким (адміністративною) питання про дію законів у часі слід вирішувати не на підставі положень КК України чи КУпАП, а на підставі ч. 1 ст. 58 Конституції України, відповідно до якої закони мають зворотню дію у випадках, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи. У даному разі скасування відповідальності за обман покупців або замовників у незначному розмірі не відбулося. Діяння як було протиправним, так протиправним і залишилося. Була лише пом'якшена відповідальність за його вчинення. При цьому пом'якшення відповідальності відбулося не в рамках одного її виду (шляхом зменшення правообмежень, в яких полягає даний вид юридичної відповідальності), а шляхом заміни одного виду юридичної відповідальності іншим, більш м'яким. Висновок же про те, що адміністративна відповідальність є більш м'яким видом юридичної відповідальності порівняно з кримінальною в силу своєї очевидності навряд чи може бути підданий сумніву.

Отже, в даному випадку ст. 155² КУпАП, як така, що пом'якшує юридичну відповідальність особи за вчинення обману покупців або замовників у незначному розмірі, повинна мати зворотню дію, тобто поширюватися на осіб, які вчинили названі діяння до 1 вересня 2001 р.

Проте, скасування кримінальної відповідальності із заміною її адміністративною не завжди здійснюється законодавцем одночасно. Непоодинокими є випадки, коли адміністративна відповідальність за

дескриміналізоване діяння встановлюється лише через певний час після скасування кримінальної відповідальності за нього. Так, ст. 210 КК України 2001 р. встановлена кримінальна відповідальність за порушення законодавства про бюджетну систему України лише у тому випадку, якщо предметом діянь, описаних в ч. 1 цієї статті, були бюджетні кошти у великих розмірах. Відповідно до пункту 2 примітки до цієї статті великим розміром бюджетних коштів вважається сума, що в тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Натомість, статтею 80³ КК України 1960 р. відповідальність за такі ж діяння встановлювалася, якщо їх предметом були бюджетні кошти на суму, що в сто і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Таким чином, з 1 вересня 2001 р. порушення законодавства про бюджетну систему України, якщо його предметом були бюджетні кошти на суму від ста до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, було дескриміналізоване¹. Законом України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо встановлення відповідальності за порушення законодавства про бюджетну систему України»² КУпАП був доповнений статтею 164¹², в якій була встановлена адміністративна відповідальність за такі діяння. Цей закон, відповідно до його розділу II, набув чинності з дня опублікування, тобто з 24 години 00 хвилин 14 грудня (0 годин 00 хвилин 15 грудня) 2001 року, оскільки вперше офіційно був опублікований в «Урядовому кур'єрі» 14 грудня. З набуттям цим Законом чинності постало питання про можливість притягнення до адміністративної відповідальності осіб, які вчинили діяння, передбачені статтею 164¹² КУпАП, до 1 вересня 2001 року.

Видається, що в даній ситуації (як і в інших подібних випадках) запропоноване вище правило не має застосовуватися. Адже в цій ситуації відповідальність за порушення законодавства про бюджетну систему України, якщо її предметом були бюджетні кошти в сумі від ста до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, спочатку була скасована взагалі (і кримінальна, і адміністративна), а лише

¹ Мається на увазі дескриміналізація лише таких форм порушення законодавства про бюджетну систему, які одночасно не містять іншого складу злочину, скажімо – злочину у сфері службової діяльності. Зокрема, до таких можна віднести, наприклад, недотримання вимог щодо пропорційного скорочення видатків бюджету, вчинене не з корисливого мотиву чи іншої особистої заінтересованості, і не в інтересах третіх осіб, або якщо воно не заподіяло істотної шкоди. В іншому випадку, матиме місце «квазідескриміналізація» (див. вище).

² Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо встановлення відповідальності за порушення законодавства про бюджетну систему України: Закон України від 15 листопада 2001 року // Відомості Верховної Ради України – 2002 – № 6.– Ст. 45.

з 15 грудня 2001 р. – знову встановлена у виді адміністративної відповідальності. Тобто, протягом трьох з половиною місяців законодавство України взагалі не передбачало ні кримінальної, ні адміністративної відповідальності за такі діяння. Тому аналогічно до правил зворотної дії в часі «проміжного» кримінального закону¹ має бути застосоване найбільш сприятлива для особи правова регламентація відповідальності за скоєне нею діяння, тобто КУпАП в тій його редакції, яка не передбачала адміністративної відповідальності за таке діяння.

Отже, в даному випадку стаття 164¹² КУпАП, як така, що встановлює юридичну (адміністративну) відповідальність особи за порушення законодавства про бюджетну систему України, якщо її предметом були бюджетні кошти в сумі від ста до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, не може мати зворотної дії, тобто поширюватися на осіб, які вчинили названі діяння до 15 грудня 2001 р., у тому числі й на осіб, які вчинили такі діяння до 1 вересня того ж року, коли вони ще визнавалися злочинними.

§ 2. Інші види скасування кримінальної відповідальності

До інших видів скасування кримінальної відповідальності слід віднести встановлені кримінальним законом обмеження на притягнення особи до кримінальної відповідальності у випадках, коли вчинене нею діяння було і продовжує залишатися злочином. Такими обмеженням є, перш за все, підстави звільнення особи від кримінальної відповідальності, а також інші обмеження на притягнення особи, яка вчинила злочин, до кримінальної відповідальності, що не є звільненням її від такої відповідальності. До таких обмежень варто віднести визначення в кримінальному законі імунітетів від кримінальної відповідальності (наприклад, дипломатичний імунітет, що передбачений ч. 4 ст. 6 КК України) та встановлення принципу *ne bis in idem* у ч. 3 ст. 2 та ч. 2 ст. 7 КК України.

а) Звільнення від кримінальної відповідальності

Розширення підстав звільнення особи від кримінальної відповідальності, є однією з підстав зворотної дії кримінального закону в часі. Сутність цієї підстави полягає в тому, що повноваження держави в кримінальному правовідношенні щодо покладення на особу, яка вчинила злочин, кримінальної відповідальності, новим законом скасовується і замінюється повноваженням звільнити її від такої відповідальності. Відмінність її від декриміналізації полягає у тому, що в даному випадку діяння, вчинене особою, і надалі продовжує визнаватися зло-

¹ Див.: підрозділ 4.4.

чином. Від пом'якшення ж кримінальної відповідальності дана підстава відрізняється тим, що при пом'якшенні у держави все ж залишається повноваження покласти на особу кримінальну відповідальність, хоча і в меншому обсязі, аніж раніше. При розширенні ж підстав звільнення від кримінальної відповідальності такого повноваження у держави в існуючому кримінальному правовідношенні більше немає.

Дана матеріальна підстава зворотної дії кримінального закону в часі полягає в такій зміні передбачених кримінальним законом підстав звільнення особи від кримінальної відповідальності за вчинений злочин, за якої вони стають вже наявними або в попередній (до набуття новим законом чинності) поведінці особи, або в попередніх об'єктивних подіях. Якщо ж кримінальний закон розширює підстави звільнення від кримінальної відповідальності, але їх ще немає в попередніх діях чи подіях і вони можуть бути виконані чи настати лише в майбутньому, після набуття цим законом чинності, то в такому разі питання про зворотню дію закону в часі не стоїть. Очевидно, що в даному разі буде мати місце пряма дія закону в часі – визначення на підставі нього суб'єктивних правобов'язків чи повноважень, що будуть породжені юридичним фактом, який матиме місце після набуття законом чинності.

Чинний КК України передбачає цілу систему підстав звільнення особи від кримінальної відповідальності, яку становлять як підстави, визначені Загальною частиною (статті 17, 45, 46, 47, 48, 49 КК України), так і спеціальні підстави, визначені Особливою частиною КК України (ч. 2 ст. 111, ч. 2 ст. 114, ч. 3 ст. 175, ч. 4 ст. 212, ч. 2 ст. 255, ч. 5 ст. 258, ч. 6 ст. 260, ч. 3 ст. 263, ч. 4 ст. 289, ч. 4 ст. 307, ч. 4 ст. 309, ч. 4 ст. 311, ч. 3 ст. 369 КК України). Окреме місце в системі підстав звільнення від кримінальної відповідальності займають амністия та помилювання (статті 85, 86, 87 КК України), що їх справедливо відносять сучасні криміналісти до міжгалузевих інститутів із значним проявом рис конституційного права¹.

Залежно від того, до якого виду юридичних фактів належать явища об'єктивної дійсності, які становлять такі підстави, їх можна класифікувати на дві групи. Перша група – це ті підстави звільнення від кримінальної відповідальності, які є подіями, тобто явищами, що не залежать від волі особи². Відповідно, другу групу становлять ті підстави звільнення від кримінальної відповідальності, які є діями, тобто свідомими вчинками людини, в яких проявляється її волевиявлення³.

¹ Див.: Марогулова И. Л. Амнистия и помилование в российском законодательстве – М.: ЗАО «Бизнес-школа «Интел-Синтез», 1998 – С. 51–60.

² Див.: Проблемы общей теории государства и права: Учебник для вузов / Н. В. Варламова, В. В. Лазарев, В. В. Лапаева и др. Под ред. В. С. Нерсисяна – М.: НОРМА-ИНФРА-М, 1999.– С. 379.

³ Див.: Там само.

До першої групи підстав звільнення від кримінальної відповідальності за чинним КК України слід віднести зміну обстановки, внаслідок якої вчинене особою діяння втратило суспільну небезпечність або ця особа перестала бути суспільно небезпечною (ст. 48 КК України), закінчення строків давності (ст. 49 КК України) та вимагання хабара (ч. 3 ст. 369 КК України). Другу ж групу становлять такі підстави, як дійове каяття (ст. 45 КК України), примирення винного з потерпілим (ст. 46 КК України), щире покаяння особи та наявність клопотання про передачу її на поруки (ст. 47 КК України), а також всі спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності, передбачені Особливою частиною КК України, за винятком вимагання хабара. Така класифікація дає можливість визначити, в чому – в об'єктивних подіях чи в посткримінальній поведінці особи – слід встановлювати підставу для звільнення її від кримінальної відповідальності.

Наприклад, якщо новим кримінальним законом скорочені строки давності, то підстава звільнення особи від кримінальної відповідальності є об'єктивною і не залежить від її поведінки. Слід зазначити, що в питанні визначення строків давності КК України 2001 р. замикається на критерії ступеня тяжкості вчиненого особою злочину, а не на критерії розміру покарання, що передбачений законом за його вчинення, як КК України 1960 р. У цьому зв'язку постає питання: які строки давності застосовуються до злочинів, вчинених до 1 вересня 2001 р.? Мабуть, і в даному випадку може бути застосований підхід, запропонований вище для встановлення того, який строк судимості застосовується до осіб, які вчинили такі злочини. Тим паче, що й законодавець в пункті 11 розділу II Прикінцевих та перехідних положень КК України 2001 р. визначив, що строки давності за злочини, вчинені до набуття чинності новим КК України, визначаються на його підставі, якщо вони є менш короткими, ніж строки давності, визначені КК України 1960 р.

Так, строк давності за порушення вимог законодавства про охорону праці, що спричинило шкоду здоров'ю потерпілого, оскільки таке діяння каралося позбавленням волі на строк до чотирьох років (ч. 2 ст. 135 КК України 1960 р.), відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 48 КК України 1960 р. становив п'ять років. Відповідно ж до п. 1 ч. 1 ст. 49 КК України 2001 р., оскільки таке діяння за новим кримінальним законом є злочином невеликої тяжкості (ч. 1 ст. 271), строк давності за нього становить два роки. У зв'язку з цим, особа, яка вчинила назване діяння, наприклад у 1998 р. і на момент набуття чинності КК України 2001 р. не була піддана кримінальній відповідальності, підлягає звільненню від неї, оскільки у даному випадку є матеріальна підстава для зворотної дії відносно неї нового кримінального закону. Таким чином, мають рацію, на мій погляд, ті криміналісти, які стверджують, що скорочення у новому кримінальному законі строків давності, які

припиняють повноваження держави на притягнення особи до кримінальної відповідальності, є підставою для зворотної дії такого кримінального закону¹.

Так само, коли 1 липня 1927 р. набув чинності КК України 1927 р., було скасовано повноваження держави на притягнення до кримінальної відповідальності хабародавців, відносно яких мало місце вимагання хабара (примітка до ст. 106 КК України 1927 р.). Новий кримінальний закон надав державі повноваження звільнити таких осіб від кримінальної відповідальності з причин, незалежних від діяння самої цієї особи. Таким чином з'явилась матеріальна підстава для зворотної дії в часі кримінального закону відносно хабародавців, які вчинили злочин у зв'язку з вимаганням хабара.

Що ж до другої групи підстав звільнення від кримінальної відповідальності, які становлять собою свідомі і вольові посткримінальні діяння особи, що вчинила злочин, то і в даному разі має місце припинення новим кримінальним законом повноваження держави на притягнення цих осіб до кримінальної відповідальності. Досить яскраві приклади цього дає КК України 2001 р., в якому передбачено цілу низку нових таких підстав звільнення від кримінальної відповідальності.

Зокрема, новою підставою звільнення від кримінальної відповідальності, яка полягає в позитивних посткримінальних діях особи, є дійове каяття (ст. 45 КК України). Ця підстава звільнення від кримінальної відповідальності полягає в тому, що особа, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості, у разі наступного щирого покаяння, активного сприяння розкриттю злочину і повного відшкодування завданих нею збитків або усунення заподіяної шкоди підлягає звільненню від кримінальної відповідальності за вчинений злочин. Якщо, наприклад, певна особа ще в період чинності КК України 1960 р. вчинила такий злочин, а після цього, знову ж таки ще за чинності того ж КК, – описані в ст. 45 КК України позитивні посткримінальні дії, то новий КК України, оскільки він припиняє повноваження держави на притягнення такої особи до кримінальної відповідальності, в цій частині має матеріальну підставу для зворотної дії в часі.

Висновку про те, що встановлення нової підстави звільнення від кримінальної відповідальності скасовує повноваження держави щодо покладення такої відповідальності на осіб, посткримінальні дії яких відповідають цій підставі, в ході аналізу Указу Президії Верховної Ради СРСР від 22 червня 1987 р. «Про внесення змін та доповнень

¹ Див.: Якубов А. Е. Общая часть Уголовного кодекса и обратная сила уголовного закона // Законность. – 1998. – № 11. – С. 11–12.

до деяких законодавчих актів СРСР»¹, дійшли і О. Я. Светлов та А. А. Музыка. Згаданий Указ вперше передбачив таку підставу звільнення особи від кримінальної відповідальності за злочин у сфері обігу наркотичних засобів, як добровільна здача наркотичних засобів. У зв'язку з цим, на думку О. Я. Светлова та А. А. Музики, «дотримуючись принципу законності, слід вивчити справи цієї категорії і при виявленні фактів добровільності (здачі наркотичних засобів.— Ю. П.) в діях осіб, притягнутих до кримінальної відповідальності, застосовувати заходи до їх правової реабілітації»².

Сказане стосується й інших підстав звільнення від кримінальної відповідальності, що належать до другої групи. У випадках, коли законодавець створює нові такі підстави (як, наприклад, примирення винного з потерпілим чи більшість спеціальних підстав, передбачених в Особливій частині КК України) і в посткримінальних діях особи, вчинених до набуття чинності таким законом, містяться вказані в ньому підстави, повноваження держави на притягнення такої особи до кримінальної відповідальності припиняється. Так само воно може бути припинене і в разі, коли законодавець спрощує вже існуючі підстави звільнення від кримінальної відповідальності. Прикладів цього історія розвитку кримінального закону України ще не знає, однак теоретично можна змодельювати таку ситуацію, коли із спеціальної підстави звільнення від кримінальної відповідальності, яка складається з двох взаємопов'язаних дій особи (як, наприклад, здача наркотичних засобів та сприяння у розкритті злочинів, пов'язаних з їх незаконним обігом,— ч. 4 ст. 307 КК України), одна з дій виключається (уявімо, що у згаданій підставі звільнення від кримінальної відповідальності виключено необхідність сприяння у розкритті злочинів, пов'язаних з незаконним обігом наркотичних засобів). У цьому разі, якщо на момент набуття чинності новим кримінальним законом в посткримінальних діях особи вже міститься та складова підстави звільнення від кримінальної відповідальності, яка залишилася в кримінальному законі (у нашому прикладі — здача наркотичних засобів), але ще немає іншої складової (сприяння у розкритті злочинів, пов'язаних з їх незаконним обігом), новий кримінальний закон припиняє повноваження держави щодо покладення кримінальної відповідальності на таку особу, зобов'язує звільнити її від такої відповідальності, а, отже, можна стверджувати наявність у нього матеріальної підстави для зворотної дії в часі.

¹ Про внесення змін та доповнень до окремих законодавчих актів СРСР: Указ Президії Верховної Ради Союзу Радянських Соціалістичних Республік від 22 червня 1987 р. // Відомості Верховної Ради СРСР.— 1987 — № 25 — Ст. 354.

² Светлов А. Я., Музыка А. А. Имеет ли указ о борьбе с наркоманией обратную силу? // Социалистическая законность — 1990.— № 6.— С. 58.

Правильною можна вважати думку М. П. Журавльова про те, що застосування нових підстав звільнення від кримінальної відповідальності щодо осіб, які вже засуджені за злочини, вчинені під час чинності старого кримінального закону, за загальним правилом є недопустимим¹. Однак правильною вона є лише в тій частині, в якій це стосується неможливості вчинення засудженою особою діяння, яке є підставою звільнення її від кримінальної відповідальності (наприклад, примирення з потерпілим), адже за своєю правовою природою звільнення особи за вчинений злочин і полягає у звільненні від майбутньої відповідальності. У тих же випадках, коли у вироку, винесеному під час чинності старого закону чи хоча б у протоколі судового засідання відображено факти, які за новим законом є підставою для звільнення особи від кримінальної відповідальності, особа, хоч і не може бути звільнена від кримінальної відповідальності, але може бути звільнена від подальшого відбування покарання.

Таким чином, відбувається певна трансформація передбачених новим законом підстав звільнення від кримінальної відповідальності на підстави звільнення від покарання. В принципі, така ситуація не є новою для кримінального права (наприклад, амністія є і підставою звільнення від кримінальної відповідальності, і підставою звільнення від покарання).

б) Неможливість повторного притягнення до кримінальної відповідальності

В окремих випадках КК України передбачає обмеження повноваження держави на притягнення особи до кримінальної відповідальності, не пов'язані із її звільненням від такої відповідальності. Наприклад, відповідно до ч. 4 ст. 6 КК України «Питання про кримінальну відповідальність дипломатичних представників іноземних держав та інших громадян, які за законами України і міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, не є підсудні у кримінальних справах судам України, в разі вчинення ними злочину на території України вирішується дипломатичним шляхом». У разі відмови держави або міжнародної організації, чим представником є дипломат, в наданні згоди Україні на притягнення його до кримінальної відповідальності, таке притягнення стає неможливим. Відповідно до ч. 2 ст. 7 КК України: «Якщо особи, зазначені у частині першій цієї статті (громадяни України та особи без громадян-

¹ Див.: Практический комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Х. Д. Аликперов, Х. М. Ахметшин, Б. В. Волженкин и др. Под общ. ред. Х. Д. Аликперова и Э. Ф. Побегайло. – М.: НОРМА, 2001. – С. 28.

ства, які постійно проживають на території України.– Ю. П.), за вчинені злочини зазнали кримінального покарання за межами України, вони не можуть бути притягнені в Україні до кримінальної відповідальності за ці злочини».

Питання про правову природу таких випадків непритягнення особи до кримінальної відповідальності ще чекає свого поглибленого наукового дослідження. Очевидно лише, що в цих випадках мова не йде про звільнення від кримінальної відповідальності, оскільки таке звільнення є наслідком позитивної посткримінальної поведінки особи і при звільненні повноваження держави покарати злочинця замінюється повноваженням звільнити його від кримінальної відповідальності. В названих же випадках держава відначально неповноважна притягнути особу до кримінальної відповідальності.

Такі обмеження повноваження держави на притягнення особи до кримінальної відповідальності, як і інші положення кримінального закону, підлягають певним періодичним змінам. Так, зокрема, новелою у вітчизняному кримінальному законодавстві стала цитована ч. 2 ст. 7 КК України. Оцінюючи її зміст крізь призму проблем дії кримінального закону в часі, В. Р. Мойсик дійшов висновку, що в тих випадках, коли громадянин України, який вчинив злочин за межами України і відбув там же покарання, був повторно засуджений в Україні на підставі ч. 3 ст. 5 КК України 1960 р. («Якщо названі особи за вчинені злочини зазнали покарання за кордоном, суд може відповідно пом'якшити призначене їм покарання або повністю звільнити винного від відбування покарання»), він підлягає звільненню від покарання на підставі підпункту «а» пункту 1 розділу II Прикінцевих і перехідних положень КК України, оскільки таке діяння більше не визнається злочином¹.

З таким твердженням погодитися не можна. Дійсно, у більшості випадків пункт 1 розділу II Прикінцевих і перехідних положень КК України розрахований на осіб, засуджених за діяння, які новим КК злочином не визнаються. В даній же ситуації діяння було злочином за старим законом і є таким за новим, лише новий закон унеможливило притягнення осіб до кримінальної відповідальності за такий злочин у такій ситуації. Проте, невизнання діяння злочином і неможливість притягнення особи до кримінальної відповідальності за діяння, яке визнається злочином, – різні явища.

У даному випадку унеможливується притягнення до відповідальності особи, діяння якої було і продовжує залишатися злочином. Тому законодавець правильно формулює в пункті 1 розділу II Прикін-

¹ Див.: *Мойсик В. Р.* Новий Кримінальний кодекс України: дія в часі // Адвокат – 2001. – № 3 – С. 22.

цевих і перехідних положень: «звільнити від покарання... осіб, засуджених за Кримінальним кодексом України 1960 року, за діяння, відповідальність за які не передбачена цим Кодексом». Таке формулювання охоплює як випадки засудження осіб за діяння, які дійсно не визнаються новим законом злочинними, так і випадки, коли новий закон не передбачає можливості притягнення до відповідальності за діяння, яке продовжує залишатися злочином. Саме така ситуація і має місце в тих випадках, коли особа на підставі ч. 3 ст. 5 КК України 1960 р. була повторно засуджена за злочин, вчинений за кордоном.

Отже, в тих випадках, коли новий кримінальний закон унеможливує притягнення особи до кримінальної відповідальності за діяння, яке було і залишається злочином, має місце такий різновид підстави зворотної дії кримінального закону в часі, як скасування кримінальної відповідальності, не пов'язане з декриміналізацією злочину.

4.3. Формальні підстави зворотної дії кримінального закону в часі

4.3.1. Колізійний припис

У тих випадках, коли набуває чинності новий кримінальний закон, який має зворотню дію, його приписи вступають у певну колізію з положеннями попереднього кримінального закону. Ця колізія отримує юридичне розв'язання в колізійному приписі.

Юридична колізія в теорії права розуміється звичайно як наявність у законодавчій системі двох чи більше недостатньо узгоджених один з одним чинних правових приписів з одного й того ж питання¹, приписів, що по-різному регулюють одні й ті ж суспільні відносини². У зв'язку з цим колізійний припис (чи колізійна стаття, або, як ще іноді говорять, – колізійна норма) розуміється як такий припис, що спрямований на подолання цієї неузгодженості та вибір одного з декількох однаково чинних законодавчих приписів, що підлягає застосуванню. В цьому, зокрема, й відмінність колізії законодавчих приписів від їх конкуренції. «Колізія, – писав М. І. Бажанов, – передбачає суперечність між нормами; при конкуренції ж цієї суперечності

¹ Див.: Законодательная техника: Научно-практическое пособие / Л. Ф. Ант, Н. А. Власенко, В. Б. Исаков и др. Под ред. Ю. А. Тихомирова. – М.: Городец, 2000 – С. 180.

² Див.: Лилак Д. Колізія і конкуренція законів // Право України. – 2001 – № 4. – С. 20.

немає. Колізія норм існує незалежно від того, чи є конкретні злочини, які підпадають під ці норми. Конкуренція (очевидно, в тексті роботи М. І. Бажанова: мається на увазі колізія.– Ю. П.) норм може виникнути, наприклад, у випадку прийняття нового закону, коли постає питання про те, який закон слід застосовувати до діянь, що були вчинені до набуття таким законом чинності,– закон часу вчинення злочину чи закон часу розгляду справи у суді. Це питання про зворотну силу кримінального закону, воно вирішується ст. 6 КК (мається на увазі КК України 1960 р.– Ю. П.), яка являє собою норму колізійну, призначену для вирішення колізій, що виникають між окремими законами»¹.

Справді, віднесення положень кримінального та й інших законів, що визначають порядок «стикування» дії старого й нового законів, до колізійних приписів законодавства є досить поширеним як у загальній теорії права², так і у науці кримінального права³. При цьому, однак, необхідне певне застереження. За означенням, колізія – це суперечність між собою двох чи більше однаково чинних законодавчих приписів. У випадку ж, пов'язаному із зворотною дією кримінального закону в часі, законодавчі приписи, які по-різному регулюють одне й те ж кримінально-правове відношення, є чинними не одночасно, а послідовно один за одним: з моменту втрати чинності одним її набуває інший. В цьому аспекті суперечність законодавчих приписів, які послідовно змінюють один одного, не вкладається у класичне розуміння юридичної колізії. У такому разі новий кримінально-правовий припис вступає в суперечність не із старим (оскільки він уже втратив чинність, його вже не існує), а з визначеним на підставі останнього юридичним змістом існуючого кримінального правовідношення. Викладене, на мій погляд, зумовлює дещо особливий статус темпоральних, тобто таких, що вирішують часову суперечливість законів, колізійних приписів серед інших таких приписів.

¹ Бажанов М. І. Множественность преступлений по уголовному праву Украины – Х.: Право, 2000 – С. 47.

² Див., наприклад: Власенко Н. А. Коллизионные нормы в советском праве – Иркутск: Изд-во Иркутского ун-та, 1984.– С. 27; Погребняк С. П. Про класифікацію колізій у законодавстві // Проблеми законності: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В. Я. Тацій – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2001.– Вип. 46.– С. 14.

³ Див., наприклад: Коняхин В. П. Нормы Общей части УК РСФСР: содержание, виды, функции: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук.– М.: ИГП АН СССР, 1985 – С. 9–10; Незнамова З. А. Коллизии в уголовном праве: Дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08 – Екатеринбург, 1995 – С. 58; Яцеленко Б. В. Противоречия уголовно-правового регулирования – М.: МЮИ МВД России, 1996.– С. 177.

Отже, колізійний припис як формальна підстава зворотної дії кримінального закону в часі являє собою нормативно-правовий припис законодавства, який розв'язує суперечність між змістом існуючого кримінального правовідношення та приписом нового кримінального закону шляхом визначення того, в якому випадку новий кримінальний закон має зворотню дію в часі, і в якому він такої дії не має. З урахуванням запропонованого у розділі 1 цього дослідження підходу до аналізу закону та його структурних елементів в єдності їх змісту та форми необхідно дослідити названі характеристики колізійного припису.

З точки зору його змісту, темпоральний колізійний припис становить такий законодавчий припис, який, як і будь-який інший, структурно складається з двох частин: гіпотези та диспозиції. В гіпотезі колізійного припису описуються властивості (ознаки) кримінального закону, а в диспозиції залежно від цих ознак встановлюється, має чи не має такий закон зворотню дію в часі. При цьому визначення ознак кримінального закону в гіпотезі колізійного припису ув'язується з матеріальними підставами зворотної дії такого закону в часі.

У цьому аспекті важливого значення набуває точність і повнота описання в гіпотезі колізійного припису тих ознак кримінального закону, які свідчать про наявність у нього матеріальної підстави для зворотної дії в часі. Такими підставами, як було встановлено, є пом'якшення або скасування кримінальної відповідальності (шляхом декриміналізації вчиненого діяння чи з інших підстав). Тому *de lege ferenda* в гіпотезі колізійного припису мають бути відображені чітко і точно всі випадки як пом'якшення кримінальної відповідальності, так і її скасування.

Проблема повноти визначення в темпоральному колізійному приписі кола кримінальних законів, які мають зворотню дію в часі, та тлумачення цього визначення завжди була актуальною для вітчизняного законодавства. Так, колізійний припис, який містився в ч. 1 ст. 2 КПК УРСР 1927 р.,¹ встановлював, що зворотню дію в часі мають «законои, які касують зовсім застосування заходів соціальної оборони або пом'якшують ці заходи»². Таке положення розумілося як надання зворотної дії кримінальним законам, що декриміналізують вчинений злочин або пом'якшують передбачене за його вчинення покарання (за старою юридичною термінологією, – заходи соціальної оборони,

¹ До набуття чинності КК України 1960 р. аналізований колізійний припис був відсутній у кримінальному законі і містився в кримінально-процесуальному законодавстві.

² Кримінально-процесуальний кодекс УРСР: Офіційний текст зі змінами і доповненнями на 1 жовтня 1944 р., з додатками та постатейними матеріалами. – К.–Х.: Українське державне вид-во, 1944. – С. 3.

або, як частіше називалося, – соціального захисту). Водночас, окремі криміналісти тлумачили це положення як таке, що надає зворотної дії також і деяким іншим кримінальним законам, зокрема тим, які скорочують строки давності притягнення до кримінальної відповідальності¹.

Під час реформування кримінальних законів в СРСР в кінці 50-х – на початку 60-х років ХХ ст. темпоральні колізійні приписи були перенесені до них. У КК України 1960 р. припис, який надавав зворотної дії в часі кримінальним законам, був сформульований таким чином: «Закон, що усуває караність діяння чи пом'якшує покарання, має зворотню силу, тобто поширюється також на діяння, вчинені до його видання»².

Аналогічного змісту приписи з'явилися і в КК інших союзних республік СРСР. Їхній зміст викликав серед криміналістів досить жваву дискусію з приводу того, які ж закони слід розуміти під такими, що усувають караність діяння чи пом'якшують покарання і в зв'язку з цим мають зворотню дію. Одні вчені вважали, що хоча формально ст. 6 КК України 1960 р. (ст. 6 Основ кримінального законодавства Союзу РСР та союзних республік 1958 р. та аналогічні статті КК союзних республік) і говорить про надання зворотної дії лише законам, що скасовують караність діяння чи пом'якшують покарання, їй не можна надавати обмежувального тлумачення, оскільки за своїм смислом вона стосується також і кримінальних законів, які тим чи іншим чином пом'якшують становище особи, яка вчинила злочин (скорочують строки давності чи судимості, пом'якшують умови умовно-дострокового звільнення тощо)³. Натомість, Пленум Верховного Суду СРСР у своїх рішеннях послідовно проводив лінію: згаданий колізійний припис треба тлумачити буквально. На думку Верховного Суду СРСР,

¹ Див.: *Заблоцкий И.* Об обратной силе закона в отношении контрреволюционных преступлений // Вестник советской юстиции. – 1928. – № 15–16. – С. 460; *Пржевальский Е. В.* Вопросы, возникающие в связи с применением УК в ред. 1927 г. // Вестник советской юстиции. – 1927. – № 19. – С. 654.

² Уголовный кодекс Украинской ССР. – К.: Государственное изд-во политической литературы УССР, 1961 – С. 5.

³ Див., наприклад: *Блум М. И., Тилле А. А.* Обратная сила закона. – М.: Юридическая литература, 1969. – С. 91–92; *Брайнин Я. М.* Уголовная ответственность и ее основание в советском уголовном праве. – М., 1963. – С. 148–150; *Зыков В.* Об обратной силе норм Общей части уголовного законодательства // Советская юстиция – 1973. – № 22 – С. 9–10; *Ковалев М. И.* Советское уголовное право: Курс лекций. – Вып. 2: Советский уголовный закон. – Свердловск: Свердловский юридический ин-г, 1974 – С. 125. Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу РСФСР 1960 года. – Л., 1962. – С. 23.

такий припис надавав зворотної дії лише законам, що декриміналізували вчинений злочин або пом'якшували передбачене за нього покарання, і не надавав такої кримінальним законам, що іншим чином скасовували або обмежували повноваження держави на притягнення особи до кримінальної відповідальності¹. Позицію Верховного Суду СРСР підтримали у своїх роботах і деякі криміналісти, зокрема Г. З. Анашкін², Н. Д. Дурманов³, В. Т. Калмиков⁴, І. А. Ребане⁵ та інші. Була навіть висловлена думка про те, що такі кримінальні закони, які іншим чином (крім скасування злочинності діяння та пом'якшення покарання) змінюють повноваження держави у кримінальному правовідношенні, завжди мають зворотню дію в часі, незалежно від того, у бік розширення чи у бік звуження змінені ці повноваження⁶.

З моменту набуття чинності Конституцією України постало серйозне питання про відповідність цього припису положенням ч. 1 ст. 58 Конституції. Багато криміналістів вважала, що ч. 1 ст. 58 Конституції України більш широко описує коло кримінальних законів, які мають матеріальну підставу для зворотної дії, оскільки надає зворотної дії не лише кримінальному закону, який пом'якшує покарання, а й кримінальним законом, які пом'якшують інші заходи кримінальної відповідальності. У зв'язку з цим, наприклад, О. Я. Светлов та І. П. Лановенко робили висновок, що ч. 2 ст. 6 КК України 1960 р. «більш вузько, ніж норма Конституції, визначає коло законів, що мають зворотню

¹ О судебной практике условно-досрочного освобождения осужденных от наказания и замены неотбытой части наказания более мягким: Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 19 октября 1971 г. // Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР (1924–1977 гг.). – Часть 2. – М.: Известия Советов народных депутатов СССР, 1978. – С. 130; Вопросы уголовного права и процесса в практике Верховных Судов СССР и РСФСР. 1938–1978. – М., 1980. – С. 33.

² Див.: Анашкін Г. З. О дополнениях и изменениях, внесенных в Основы уголовного законодательства // Бюллетень Верховного Суда СССР. – 1969. – № 5. – С. 44.

³ Див.: Советское уголовное право. Общая часть / Г. Н. Борзенков, Н. Д. Дурманов, Ю. А. Красиков и др. Под ред. Г. А. Кригера, Б. А. Куринова, Ю. М. Ткачевского. – М.: Изд-во Московского ун-та, 1981. – С. 61.

⁴ Див.: Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Белорусской ССР / И. С. Тишкевич, И. И. Горелик, В. А. Шкурко и др. Под общ. ред. Л. К. Зайцева. – Минск: Беларусь, 1979. – С. 13.

⁵ Див.: Уголовный кодекс Эстонской ССР, комментированное издание / К. Паас, Э. Раал, И. Ребане и др. Под ред. И. Ребане. – Таллинн: Ээсти Раамат, 1968. – С. 17.

⁶ Див.: Уголовное право БССР. – Т. I: Часть Общая / И. И. Горелик, И. С. Тишкевич, П. А. Дубовец и др. Под общ. ред. И. И. Горелика. – Минск: Высшая школа, 1978. – С. 22 (автор главы – М. Н. Меркушев).

силу, а тому на підставі п. 1 «Перехідних положень» Конституції застосуванню не підлягає»¹.

Нарешті, у колізійному приписі КК України 2001 р. було визначено, що «закон про кримінальну відповідальність, який скасовує злочинність діяння або пом'якшує кримінальну відповідальність, має зворотну дію в часі...». Тобто, на сьогодні темпоральний колізійний припис надає зворотної дії в часі кримінальному закону, який скасовує злочинність діяння або пом'якшує кримінальну відповідальність.

Таку його редакцію, на мій погляд, не можна визнати вдалою. Очевидно, що при такому змісті колізійного припису зворотна дія надається кримінальному закону лише за наявності двох матеріальних підстав такої дії: скасування повноваження держави щодо покладення на особу кримінальної відповідальності, здійснене у формі декриміналізації злочину («закон, який скасовує злочинність діяння») та обмеження такого повноваження («закон, який пом'якшує кримінальну відповідальність»). Інші ж матеріальні підстави – скасування повноваження держави щодо покладення на особу кримінальної відповідальності, здійснене у формі встановлення чи розширення підстав звільнення від кримінальної відповідальності, або в інший спосіб, у цьому приписі не знайшла свого відображення. Отже, за буквальною тлумаченням ч. 1 ст. 5 КК України, кримінальний закон, який встановлює нові підстави звільнення від кримінальної відповідальності чи розширює існуючі, зворотної дії не має.

Очевидно, що така ситуація є суттєвим недоліком темпорального колізійного припису ч. 1 ст. 5 КК України. І цей недолік виявляється не лише в тому, що не надається зворотна дія кримінальному закону, який обмежує каральне повноваження держави. Його прояв також і у невідповідності частини 1 ст. 5 КК України частині 1 ст. 58 Конституції України, відповідно до якої «закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи». Тобто, на основі методу тлумачення від зворотного можна зробити висновок, що Конституція допускає можливість зворотної дії законів, які, по-перше, скасовують юридичну відповідальність, по-друге, пом'якшують юридичну відповідальність. Як вже зазначалося, скасування кримінальної відповідальності полягає в припиненні повноваження держави на притягнення особи до такої відповідальності. Таке скасування можливе не тільки шляхом декриміналізації діяння, що стало підставою

¹ *Светлов О., Лановенко І.* Новий підручник з кримінального права (Рец. на: Кримінальне право України. Загальна частина / *М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов* та ін.; За ред. професорів *М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація*. – Х.: Право, 1997. – 368 с.) // *Вісник Академії правових наук України.* – 1998. – № 1(12). – С. 171.

такої відповідальності, а й шляхом встановлення для держави поновлення звільнити особу від кримінальної відповідальності при збереженні злочинності вчиненого нею діяння. І в обох цих випадках, відповідно до Конституції України, закон повинен мати зворотню дію. Натомість КК України обмежує скасування кримінальної відповідальності особи лише випадками декриміналізації вчиненого діяння. Отже, в цьому аспекті зміст темпорального колізійного припису кримінального закону є вужчим, ніж зміст відповідного припису Конституції України, що, звичайно ж, має бути виправлено.

Причина такого звуження змісту темпорального колізійного припису КК України криється, гадаємо, у вже критикованій вище його термінологічній недосконалості. Вживши в КК України замість терміна «кримінальний закон» термін «закон про кримінальну відповідальність», законодавець при формулюванні ч. 1 ст. 5 зіштовхнувся із проблемою тавтологічності, суперечливості і заплутаності. Із застосуванням терміна «закон про кримінальну відповідальність» ч. 1 ст. 5 КК України для того, щоб відповідати Конституції України, мала би бути сформульована так: «Закон про кримінальну відповідальність, який скасовує або пом'якшує кримінальну відповідальність, має зворотню дію в часі...». Очевидно, щоб уникнути конструкції «закон про кримінальну відповідальність, який скасовує кримінальну відповідальність», законодавець і вдався до слів «закон про кримінальну відповідальність, який скасовує злочинність діяння», не замислившись над тим, що таким чином, по-перше, було звужено коло законів, яким надається зворотня дія, а, по-друге, КК України почав суперечити Конституції України.

З використанням же в ч. 1 ст. 5 КК України терміна «кримінальний закон» та з урахуванням положень ч. 1 ст. 58 Конституції України темпоральний колізійний припис, міг би бути сформульований так: «Кримінальний закон, який пом'якшує або скасовує кримінальну відповідальність особи, має зворотню дію в часі...». Очевидно, що в такій редакції він охопить всі матеріальні підстави зворотної дії кримінального закону в часі: і пом'якшення кримінальної відповідальності, і скасування кримінальної відповідальності (у формі декриміналізації діяння та звільнення від кримінальної відповідальності).

Вітчизняний колізійний припис про зворотню дію кримінального закону в часі відрізняється від відповідних положень кримінальних законів деяких пострадянських країн тим, що в ньому немає вказівки на зворотню дію законів, що іншим чином поліпшують становище особи, яка вчинила злочин. Так, відповідно до ч. 1 ст. 10 КК Російської Федерації, «кримінальний закон, що усуває злочинність діяння, пом'якшує покарання чи іншим чином покращує становище особи, яка вчинила злочин, має зворотню дію...». Дослівно тотожні положення містяться в ч. 2 ст. 9 КК Білорусі, ч. 2 ст. 3 Литовської Республіки,

ч. 1 ст. 10 КК Республіки Молдова, ч. 1 ст. 6 КК Туркменістану та законах деяких інших країн. На перших етапах розробки проекту нині чинного КК України в ньому також містилося подібне положення, однак у 1996–1997 рр. розробники проекту від нього відмовилися.

Окремими дослідниками відсутність у ч. 1 ст. 5 КК України вказівки на закони, що іншим чином покращують становище особи, яка вчинила злочин, як на такі, що мають зворотну дію, розцінюється як серйозний недолік українського законодавства. Зокрема, А. Потапов зауважує, що відсутність такої вказівки «суттєво звужує можливості застосування норм КК України стосовно діянь, вчинених до набуття ним чинності. За КК України, не мають зворотної сили кримінальні закони, які іншим чином (крім усунення злочинності діяння та пом'якшення кримінальної відповідальності) поліпшують становище осіб, які вчинили злочини, в тому числі закони про особливості видачі злочинців для притягнення до кримінальної відповідальності і відбування покарання (ст. 10 КК України), закони про правові наслідки засудження особи поза межами України (ст. 9 КК України), закони про обмежену осудність (ст. 20 КК України в своїй чинній редакції прямо не передбачають можливості пом'якшення відповідальності осіб, які вчинили злочини при обмеженій осудності)».

З цих же причин, на думку А. Потапова, не мають зворотної дії і закони, які розширюють підстави звільнення від кримінальної відповідальності¹. З такими твердженнями погодитися не можна.

Вважаю, за умови вказівки в колізійному приписі на те, що зворотню дію мають кримінальні закони, які пом'якшують або скасовують відповідальність особи, додаткове застереження щодо законів, які іншим чином покращують становище особи, яка вчинила злочин, буде зайвим. В кримінальному праві ніякого іншого покращення становища такої особи, окрім усунення чи пом'якшення кримінальної відповідальності, не може бути, оскільки кримінальне право не визначає жодних інших наслідків вчинення злочину, крім кримінальної відповідальності за нього. Тому будь-які зміни кримінального закону завжди стосуються або встановлення чи усунення кримінальної відповідальності, або її посилення чи пом'якшення. Тому всі вони підпадають або під визначену категорію законів, що мають зворотню дію, або є законами, які такої дії не мають. У тому числі, сказане стосується і тих кримінальних законів, які названі А. Потаповим як такі, що «іншим чином покращують становище особи». Зокрема, закони, які унеможливають видачу особи, яка вчинила злочин, до іноземної держави, усувають її кримінальну відповідальність в цій державі;

¹ Див.: *Потапов А.* Новый Уголовный кодекс Украины: уголовный закон и его действие во времени, в пространстве и по кругу лиц // Юридическая газета.– 2001.– № 47.– С. 14.

закони, які обмежують можливості врахування вироку суду іноземної держави, пом'якшують кримінальну відповідальність особи за злочин, вчинений в Україні; ст. 20 КК України дозволяє пом'якшити кримінальну відповідальність особи, яка вчинила злочин в стані обмеженої осудності; закони, які розширюють підстави звільнення від кримінальної відповідальності, як вже зазначалося, є законами, що усувають кримінальну відповідальність.

Таким чином, всі ці положення КК України і так мають зворотню дію, тому спеціальне застереження про закони, які «іншим чином покращують становище особи», є зайвим. У зв'язку з цим видається обґрунтованою позиція вітчизняного законодавця, який не включив його до колізійного припису ч. 1 ст. 5 КК України.

Що стосується форми темпорального колізійного припису, який надає зворотної дії кримінальному закону, то основною проблемою є: де, в якому нормативно-правовому акті такий припис має бути зафіксований? Історія розвитку та сучасний стан вітчизняного і зарубіжного законодавства свідчить про те, що до вирішення даної проблеми законодавці різних країн і часів підходили по-різному.

Так, певного поширення набуло закріплення цього припису в спеціальному законі, яким затверджувався Кримінальний кодекс держави. Такий підхід спостерігався у німецьких законодавців XIX ст. Зокрема, темпоральний колізійний припис був вміщений у пункті 2 Патенту, яким був оприлюднений Баварський Кримінальний кодекс 1813 р., п. 6 Патенту про оприлюднення Ганноверського Кримінального кодексу, п. 2 Патенту про оприлюднення Вюртемберзького Кримінального кодексу, п. 2 Едикту, яким було введено Баденський Кримінальний кодекс 1845 р., у ст. 4 Закону про введення в дію Пруського Кримінального кодексу 1851 р., § 6 Закону про введення в дію Саксонського кодексу 1855 р.¹ Не містить темпорального колізійного припису і нині чинний КК Фінляндії 1889 р., проте такий припис міститься у § 3 Постанови про введення його в дію². Видається, що такий шлях не є раціональним. У даному випадку колізійний припис вирішує темпоральну колізію лише між новим КК та попереднім. Для того ж, щоб надати зворотної дії кримінальному закону, який набуде чинності пізніше, необхідно буде або встановлювати новий колізійний припис, або вдаватися до спеціальної вказівки законодавця (ця формальна підстава зворотної дії кримінального закону

¹ Див.: *Кистяковскій А. Ө.* Элементарный учебникъ общаго уголовного права с подробнымъ изложениемъ началъ русскаго уголовного законодательства.— К.: Изданіе Книгопродавца-Издателя Ф. А. Югансона, 1891.

² Див.: *Клюканова Т. М.* Уголовное право зарубежных стран: Германия, Франция, Финляндия: Общая часть.— СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского государственного ун-та, 1996. — С. 47–48.

буде розглянута нижче), або давати офіційне чи неофіційне (як у Фінляндії) тлумачення, що колізійний припис, який міститься в законі про затвердження КК, слід застосовувати і при подальших змінах цього кодексу.

Слід зазначити, що ідея поміщення колізійного припису до кожного новоприйнятого закону знайшла свою підтримку і обґрунтування у літературі. Так, була висловлена думка: оскільки часто важко визначити, який закон (новий чи старий) є більш м'яким, слід законодавчо закріпити положення, згідно з яким кожен новий кримінальний закон містив би вказівку про надання чи ненадання йому зворотної дії¹. В загальній теорії права позиції про необхідність у кожному випадку спеціального застереження в самому законі про надання йому зворотної дії дотримується сьогодні С. С. Алексєєв². Таким чином, пропонується відмовитися від колізійного припису як підстави зворотної дії кримінального закону в часі.

Позиції Т. Г. Даурової та С. С. Алексєєва вразливі для критики з тих підстав, що їх реалізація призведе до втрати темпоральним колізійним приписом ознаки нормативності, до нагромадження в системі законодавства великої кількості тотожних за суттю положень, які, замість того, щоб бути зведені в єдине, будуть розкидані в значному масиві нормативно-правових актів. Щоразу, змінюючи ту чи іншу статтю кримінального закону, законодавець повинен буде вказувати, чи має така зміна зворотню дію, тоді як наявність у законі колізійного припису дозволяє і без такої вказівки щоразу визначити, чи має закон зворотню дію, чи ні. Вважаємо актуальним щодо цього питання афоризм Ф. Ніцше: «Носити своє золото не відкарбованим у монети – незручно: так чинить мислитель, який не має ніяких формул»³. Запропоноване Т. Г. Дауровою та С. С. Алексєєвим нагромадження у законодавстві положень про наявність чи відсутність зворотної дії у кожній зміненої статті того чи іншого закону саме і є тим «золотом, що не відкарбоване у монети». Єдиний же універсальний колізійний припис – за тією ж аналогією – зручна формула для визначення того, який закон має зворотню дію в часі.

Іноді колізійний темпоральний припис поміщується до кримінально-процесуального законодавства. Така ситуація, як вже зазначалося, мала місце і в історії вітчизняного законодавства: КК України

¹ Див.: Даурова Т. Г. Действие во времени нового уголовного закона, изменяющего квалифицирующие обстоятельства // Теоретические и практические проблемы нового уголовного законодательства: Сб. научн. тр. – М.: Всесоюзный институт по изучению причин и разработке мер предупреждения преступности, 1985. – С. 72.

² Див.: Алексєєв С. С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного анализа – М.: Статут, 1999. – С. 92.

³ Ніцше Ф. Злая мудрость. – М.: Триада-Файн, 1993. – С. 143.

1927 р. не містив жодних положень про чинність та дію кримінального закону в часі, натомість вони містилися в ст. 2 КПК УРСР 1927 р. Таке законодавче рішення досить широко піддавалося критиці у вітчизняній кримінально-правовій науці, як в період його існування¹, так і пізніше². При цьому критика велася і ведеться з тих позицій, що аналізований припис є за своєю природою матеріально-правовим, а, отже, його місце – в матеріальному кримінальному законі.

Видається, що такий аргумент проти закріплення у кримінальному законодавстві темпорального колізійного припису, який надає зворотної дії кримінальному закону, не позбавлений рації. Дійсно, однією із властивостей колізійних приписів саме і є належність їх або до тієї галузі (чи підгалузі) законодавства, колізії між положеннями якої він вирішує³, або ж до нормативно-правового акта більш високої юридичної сили. Оскільки юридична сила кримінального і кримінально-процесуального законів є рівнозначною, то припис, що вирішує темпоральну колізію в кримінальному законі, не може міститися в кримінально-процесуальному. Він може бути закріплений або в самому кримінальному законі, або в Конституції держави, як єдиному національному нормативно-правовому акті, що має вищу юридичну силу, ніж кримінальний закон.

Свого часу М. І. Блум сумнівалася в можливості конституційного закріплення положення про зворотню дію законів у часі, вважаючи, що положення різних галузей права (у тому числі й кримінального) про дію норм цієї галузі у просторі та часі не становлять у сукупності окремого інституту, оскільки різняться за предметом і методом правового регулювання, метою та завданнями, що стоять перед ними. З цього робився висновок про неможливість створення єдиного конституційного колізійного припису, який би регулював зворотню дію в часі актів законодавства будь-якої галузі⁴.

¹ Див., наприклад: К разработке проекта Общей части Уголовного кодекса Союза ССР // Советская юстиция.– 1938.– № 20–21.– С. 17; *Брайнин Я.* Проект Основных начал криминального законодательства Союза РСР і союзных республик і деякі питання кодифікації кримінального законодавства УРСР // Радянське право.– 1958.– № 5.– С. 47; *Трайнин А. Н.* Система Общей части уголовного права // Советское государство и право.– 1946.– № 5–6.– С. 21.

² Уголовное право. Часть Общая. В четырех томах – Том 1: Уголовный закон. Преступление. Уголовная ответственность / С. М. Богданов, П. А. Феллов, И. А. Семенов и др. Отв. ред. И. Я. Козаченко. – Екатеринбург: Свердловский юридический институт, 1992 – С. 80.

³ Див.: *Тилле А. А.* Время, пространство, закон. Действие советского закона во времени и в пространстве.– М.: Юрид. лит., 1965.– С. 161–162.

⁴ Див.: *Блум М. И.* Пределы действия уголовно-правовых норм // Ученые записки Латвийского государственного университета имени Петра Стучки.– Т. 188: Совершенствование уголовного и уголовно-процессуального законодательства – Рига: РИО ЛГУ им. Петра Стучки, 1973 – С. 6–7.

Пізніше Д. М. Бахрах дійшов висновку, що правила надання та ненадання зворотної дії законам стало міжгалузевим та потребує відповідного оформлення на конституційному рівні¹. Така позиція здобула певну підтримку у літературі. Так, під час підготовки проекту нової Конституції України була висунута слухна пропозиція про те, що конституційний припис про надання зворотної дії законам має бути позбавленим тієї чи іншої (у тому числі кримінально-правової) специфіки, а містити більш загальні положення, саме конституційного характеру, «що гарантують права фізичних і юридичних осіб від сваволі законодавця»².

Законодавець, приймаючи Конституцію України 1996 р. знайшов за можливе закріпити в ній загальне положення про надання та ненадання зворотної дії в часі окремим видам законів (ч. 1 ст. 58 Конституції України). Цей припис, як вже зазначалося, з достатньою повнотою визначив коло кримінальних законів, які можуть мати зворотню дію в часі³, а тому, в принципі, міг би замінити собою колізійний припис, вміщений в ч. 1 ст. 5 КК України. Однак законодавець визнав за необхідне включення до КК України самостійного темпорального

¹ Див.: Бахрах Д. Н. Действие правовой нормы во времени // Советское государство и право – 1991. – № 2. – С. 19.

² Див.: Баулин Ю. В., Куц В. Н., Орлов П. И. Вопросы уголовного права в проекте Конституции Украины // Конституція України: якою їй бути: Матеріали наук.-практ. конф. – Х.: Харківський інститут внутрішніх справ, 1992. – С. 63.

³ Цього, однак, не можна сказати про інші галузі законодавства. У літературі вже неодноразово зазначалося, що в окремих галузях можуть мати зворотню дію закони, які не лише скасовують або пом'якшують відповідальність особи, але й іншим чином, не пов'язаним з відповідальністю, поліпшують її становище (Див., наприклад: Байтин М. И. О принципах и функциях права: новые моменты // Правоведение. – 2000. – № 3. – С. 11; Гаврилов Э. Об обратной силе действия Закона об авторском праве и смежных правах // Российская юстиция. – 1995. – № 2. – С. 22–25; Кисіль В. І. Механізм колізійного регулювання в сучасному міжнародному приватному праві: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 – К.: Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка, 2001. – С. 27; Шелютто М. Л. Действие во времени отдельных норм семейного законодательства // Проблемы современного гражданского права: Сб. статей / Отв. ред. В. Н. Литовкин, В. А. Рахмилович. – М.: Городец, 2000 – С. 342–352). Тому, з точки зору інших галузевих законів, до Конституції слід було б внести зміни, вказавши, що зворотню дію мають не лише закони, які пом'якшують або скасовують відповідальність особи, а й закони, які іншим чином поліпшують її правове становище. Проте, як вже зазначалося, для кримінального права таке уточнення не є необхідним, оскільки в кримінальному праві не може бути іншого поліпшення становища особи, яка вчинила злочин, окрім як пом'якшення чи усунення її кримінальної відповідальності.

колізійного припису, який би існував поряд з конституційним (хоча і сформулював його не зовсім вдало).

При цьому цілком виправданим є те, що припис кримінального закону дослівно не повторює конституційний припис, хоча іноді висловлюються й судження на користь буквального повторення Кримінальним кодексом окремих конституційних положень¹. Адже, з одного боку, під час конкретизації конституційних положень в окремих галузях права відбувається перехід конституційної норми на менший рівень абстрактності, на інший логічний рівень. Внаслідок цього формується відносно нове, більш конкретне правило поведінки, яке віднесене до конституційної норми так, як конкретне віднесене до загального². Крім того, оскільки положення Конституції завжди відзначаються певним рівнем загальності, вони мають набувати свого подальшого розвитку, деталізації та конкретизації на рівні окремих галузей законодавства³. Тож паралельне існування в рамках єдиної законодавчої системи двох темпоральних колізійних приписів, поміщених до нормативно-правових актів різної юридичної сили (Конституції України та КК України), за умови, звичайно, їх несуперечності один одному, є не тільки виправданим, а й доцільним.

Втім, в окремих зарубіжних країнах темпоральний колізійний припис не знаходить свого закріплення ні в Конституції держави, ні в її кримінальних законах. Так, за твердженням М. І. Полянського, в Англії взагалі відсутні положення про дію закону в часі, не враховуючи низки теоретичних напрацювань⁴. Не містяться колізійні темпоральні норми ні в КК, ні в конституційному законодавстві Швеції. Очевидно, у цих державах зворотна дія кримінальним законам, які скасовують або пом'якшують кримінальну відповідальність, надається приписами ще більш високої юридичної сили – міжнародно-правовими актами. До числа таких актів, які містять темпоральні колізійні приписи, належать, наприклад, Міжнародний пакт про громадянські та політичні права, відповідно до ч. 1 ст. 15 якого: «Якщо після вчинення злочину законом встановлюється більш легке покарання, дія цього закону поширюється на даного злочинця», та Резолюція 1984/50 Економічної і Соціальної Ради ООН від 25 травня 1984 р.

¹ Див.: Ромовська З. В. Проект Кримінального кодексу України очима цивіліста // Вісник Верховного Суду України – 1999 – № 6 – С. 56–57.

² Погорілко В. Ф., Головаченко В. В., Сірий М. І. Права та свободи людини і громадянина в Україні. – К.: Ін Юре, 1997 – С. 41.

³ Див.: Шаповал В. Теоретичні проблеми реалізації норм Конституції України // Право України. – 1997 – № 6 – С. 4, 5.

⁴ Див.: Полянський Н. И. Уголовное право и уголовный суд Англии – М., 1969. – С. 46.

«Заходи, що гарантують захист прав тих, хто засуджений до страти», згідно з пунктом 2 якої: «Якщо після вчинення злочину були здійснені зміни в законодавстві, що передбачають більш м'які заходи покарання, вони повинні поширюватися і на правопорушника, що вчинив даний злочин».

Видається, що застосування в Україні таких приписів не є можливим, оскільки вони більш вузько, ніж колізійні приписи актів національного законодавства (Конституції України і КК України), визначають коло законів, що мають зворотну дію.

Отже, за формою колізійний припис, який є формальною підставою зворотної дії кримінального закону в часі становить на сьогодні в Україні частину тексту і КК України, і Конституції України, що є виправданим і не може розцінюватися як дуалізм у регулюванні цього питання. Звертає на себе увагу лише те, що визначення кола законів, які мають зворотну дію, у Конституції України і в КК України законодавець оформлює по-різному. Якщо в Конституції встановлюється загальний принцип «закон зворотної дії немає» і лише як виняток з цього принципу надається зворотна дія закону, що скасовує або пом'якшує відповідальність особи, то в КК України ні загальний принцип, ні винятки з нього не встановлюються, а просто називаються перелічуються закони, які мають зворотну дію в часі, і закони, які такої дії не мають.

Можна вважати, що доля раціоналізму є і в тій, і в іншій формі виразу темпорального колізійного припису. Встановлення загального принципу «закон зворотної дії не має», який «створений духом новітнього права, що повстало проти жорсткого, пристрасного, повного свавілля та образи для почуття справедливості звичаю видавати більш сурові закони для більш сурової кари вже вчинених дій, що нерідко практикувалося у попередні роки»¹, є важливою політико-правовою гарантією непорушності прав і свобод людини, є, як відзначив в одному зі своїх рішень Конституційний Суд України, гарантією безпеки людини і громадянина, довіри до держави². Тому використання цієї формули в Конституції, яка сама по собі є не лише нормативно-правовим актом, а й політичним документом, є цілком виправданим.

¹ Кистяковскій А. В. Элементарный учебникъ общаго уголовнаго права с подробнымъ изложеніемъ началъ русскаго уголовнаго законодательства.— К.: Изданіе Книгопродавца-Издателя Ф. А. Югансона, 1891.— С. 178.

² У справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (справа про податки): Рішення Конституційного Суду України від 5 квітня 2001 року // Офіційний вісник України.— 2001.— № 43.— Ст. 1933.

Що ж до оформлення темпорального колізійного припису в кримінальному законі, то не можна погодитися з позицією тих правознавців, які пропонують вжити такий же спосіб, як і в Конституції: проголосити основним принципом незворотності дії закону в часі, і винятком з нього – зворотну дію¹. Очевидно, що і пряма, і зворотна дія є самостійними видами дії кримінального закону в часі, які різняться за своїми підставами. Тому не можна стверджувати, що якась з них є загальним принципом, а якась – винятком. Так само, як принципом законодавчої системи України є пряма дія будь-якого закону, таким же принципом є й зворотна дія окремих видів законів. При цьому «принциповість» зворотної дії законів, що скасовують або пом'якшують відповідальність особи, не менша, ніж «принциповість» прямої дії будь-якого закону.

Саме тому форму вираження темпорального колізійного припису у кримінальному законі України, яка полягає у вичерпному переліку законів, які мають зворотну дію, і законів, які такої дії не мають, слід визнати більш раціональною, аніж форму вираження цього припису як винятку з принципу прямої дії закону в часі, що застосовується у кримінальних законах деяких зарубіжних країн. Наприклад, у ст. 2 КК Алжиру, ст. 6 КК Японії², § 61 КК Австрії³, ч. 2 ст. 2 КК Швейцарії⁴, пункті 1 § 3 КК Данії⁵ в різній редакційній формі встановлено, що закон не має зворотної дії, крім випадків, коли він менш суворий⁶.

¹ Див., наприклад: *Бахрах Д. Н.* Действие правовой нормы во времени // Советское государство и право.– 1991.– № 2.– С. 19; *Ковалев М. И.* Советское уголовное право: Курс лекций – Вып. 2: Советский уголовный закон – Свердловск: Свердловский юридический ин-т, 1974.– С. 118; *Коняхин В. П.* Нормы Общей части УК РСФСР: содержание, виды, функции: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук – М.: ИГП АН СССР, 1985.– С. 6.

² Див.: Уголовный кодекс Японии / Под ред. и с предисл. *А. И. Коробеева*; Пер. с япон.– Владивосток: Изд-во Дальневосточного ун-та, 2000.– С. 15.

³ Див.: Уголовный кодекс Австрии / Пер. с нем. *А. В. Серебрянниковой* – М.: МАКС Пресс, 2001.– С. 42.

⁴ Див.: Уголовный кодекс Швейцарии / Пер. с нем. *А. В. Серебрянниковой*. Науч. ред. *Н. Ф. Кузнецова* – М.: Зерцало, 2000 – С. 5.

⁵ Див.: Уголовный кодекс Дании / Пер. *С. С. Беляева, А. Рогачева*. Науч. ред. *С. С. Беляев* – М.: Московский гос. ун-т, 2001.– С. 14. Цікаво зазначити, що колізійний припис КК Данії надає зворотної дії не всім більш м'яким кримінальними законам, а лише тим, прийняття яких зумовлене «зовнішніми обставинами, що не відносяться до вини». У разі ж скасування попереднього закону з підстав, «що відносяться до вини», він відповідно до пункту 2 § 3 КК Данії продовжує застосовуватися до особи, яка вчинила злочин.

⁶ Див.: *Лихачев В. А.* Уголовное право в освободившихся странах (сравнительное исследование).– М.: Наука, 1988.– С. 17.

4.3.2. Спеціальна вказівка законодавця

Поряд з колізійною статтею, іншою формальною підставою, яка іноді використовується для надання зворотної дії кримінальним законам, є пряма, чітко виражена або «мовчазна» вказівка законодавця про це¹. Чітко виражену вказівку законодавця про надання їм зворотної дії мали, наприклад, декрет Ради Народних Комісарів РРФСР від 8 травня 1918 р. «Про хабарництво»², постанова Президії Центрального Виконавчого Комітету СРСР від 21 листопада 1929 р. «Про оголошення поза законом посадових осіб – громадян Союзу РСР за кордоном, що перебігли в табір ворогів робітничого класу і селянства і відмовилися повернутися до Союзу РСР»³ та деякі інші кримінальні закони. «Мовчазно» зворотна дія була надана ст. 13 Положення про державні злочини (контрреволюційні та особливо для СРСР небезпечні злочини проти порядку управління)⁴, затвердженого постановою Центрального Виконавчого Комітету СРСР 25 лютого 1927 р., яка встановлювала покарання за активну боротьбу проти робітничого класу і революційного руху, виявлені на відповідальній або секретній (агентурній) посаді за царського ладу або у контрреволюційних урядів в період громадянської війни. В подальшому ця стаття була включена до Кримінальних кодексів всіх союзних республік СРСР (ст. 54¹³ КК УРСР 1927 р., ст. 58¹³ КК РРФСР 1926 р., ст. 74 КК БРСР 1928 р. та ін.) та проіснувала до кодифікації кінця 50-х – початку 60-х років⁵.

¹ Блум М. И. Тилле А. А. Обратная сила закона. – М.: Юридическая литература, 1969. – С. 64–65.

² О взяточничестве: Декрет Совета Народных Комиссаров РСФСР от 8 мая 1918 г. // Собрание узаконений и распоряжений Рабочего и Крестьянского Правительства – 1918 – № 35 – Ст. 467.

³ Об объявлении вне закона должностных лиц – граждан Союза ССР за границей, перебежавших в лагерь врагов рабочего класса и крестьянства и отказавшихся вернуться в Союз ССР: Постановление Президиума Центрального Исполнительного Комитета СССР от 21 ноября 1929 г. // Собрание законов и распоряжений Рабоче-Крестьянского правительства Союза Советских Социалистических Республик – 1929 – № 76 – Ст. 732

⁴ О государственных преступлениях (контрреволюционных и особо для СССР опасных преступлениях против порядка управления): Положение, утвержденное Постановлением Центрального Исполнительного Комитета СССР от 25 февраля 1927 г. // Собрание законов и распоряжений Рабоче-Крестьянского правительства Союза Советских Социалистических Республик – 1927 – № 12. Отдел первый – Ст. 123.

⁵ Лише у 1959 р. були скасовані і Декрет «Про хабарництво» та постанова Президії ЦВК «Про оголошення поза законом посадових осіб...» (Див.: Указ Президії Верховної Ради СРСР від 13 квітня 1959 р. // Ведомости Верховного Совета Союза Советских Социалистических Республик. – 1959. – № 15. – Ст. 91).

Наведені приклади стосуються лише надання зворотної дії спеціальною вказівкою законодавця тим законам, які встановлювали чи посилювали кримінальну відповідальність за певно визначені діяння. Однак у ряді випадків зворотну дію отримували комплексні нормативно-правові акти, незалежно від того, що в окремих випадках вони встановлювали чи посилювали відповідальність, в окремих – скасовували чи пом'якшували, а в інших же – жодним чином не змінювали її. Такі ситуації в Радянському Союзі мали місце, коли зворотна дія надавалася цілим Кримінальним кодексам окремих союзних республік на території інших республік. Так, у 1940 р. Президія Верховної Ради СРСР поширила чинність КК Української РСР на територію Молдавської РСР¹, а КК РРФСР – на території Литовської РСР, Латвійської РСР та Естонської РСР². При цьому у відповідних указах було зазначено, що притягнення до кримінальної відповідальності за раніше вчинені злочини має відбуватися на підставі згаданих Кодексів, а раніше винесені вироки – підлягають перегляду. За волею законодавця у повному обсязі отримав зворотну дію і КК РРФСР 1922 року³.

Така законодавча практика мала місце не лише в Радянському Союзі, а й у деяких інших країнах. Зокрема, у Франції законодавець надав зворотної дії закону від 14 листопада 1918 р., яким було посилене кримінальне переслідування за державну зраду та шпіонаж. Таку ж вказівку мали майже всі кримінально-правові акти періоду окупації під час Другої світової війни, а також ордонанс від 26 грудня 1944 р., який ввів покарання у виді поразки в правах для осіб, що співробітничали з ворогами під час війни⁴.

Широковідомим є англійський Статут 1584 р., якому законодавець надав зворотну дію. За цим законом було страчено шотландську королеву Марію Стюарт, заарештовану за обвинувачення у вчиненні

¹ Див.: О временном применении Кодексов Украинской ССР на территории Молдавской ССР: Указ Президиума Верховного Совета СССР от 14 декабря 1940 г. // Ведомости Верховного Совета СССР.– 1940.– № 51.

² Див.: О временном применении уголовного, гражданского и трудового законодательства РСФСР на территории Литовской, Латвийской и Эстонской Советских Социалистических Республик: Указ Президиума Верховного Совета СССР от 6 ноября 1940 г. // Уголовное законодательство СССР и Союзных Республик (Основные законодательные акты): Сборник / Под общ. ред. Д. С. Карева – М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1957 – С. 24.

³ Див.: *Швеков Г. В.* Первый советский уголовный кодекс.– М.: Высшая школа, 1970 – С. 21.

⁴ Див.: *Крылова Н. Е.* Основные черты нового уголовного кодекса Франции.– М.: СПАРК, 1996.– С. 26.

зради ще 1569 р.¹ З цього приводу Ф. Шиллер у трагедії «Марія Стюарт» писав: «Горе жертві, коли уста законодавця їй же й вирок виносять!»².

Досить поширеною є практика надання кримінальним законам зворотної дії спеціальною вказівкою законодавця у Китаї. При цьому така вказівка не позбавлена «китайської специфіки». Ось як, наприклад, вона була сформульована в Рішенні Постійного Комітету Всекитайських Зборів Народних Представників «Про суворе покарання злочинців, які підривають економіку». Це рішення було прийнято 8 березня 1982 р. і відповідно до його пункту 2 набуло чинності з 1 квітня того ж року. Однак далі, у цьому ж пункті зазначено: у випадках, коли особа, яка скоїла злочин до набуття Рішенням чинності, до 1 травня 1982 р. з'явиться із зізнанням або, перебуваючи під вартою, щиро і щиро визнається про всі скоєні нею злочини і, крім того, надасть правдиву звинувачувальну інформацію про факти скоєння злочинів іншими злочинцями, подальший розгляд її справи ведеться згідно з положеннями законодавства, чинного до дня набуття чинності цим Рішенням. У випадках же, коли особа до 1 травня 1982 р. не вчинить описаних дій, її справа розглядається згідно з цим Рішенням³.

Практично у всіх колишніх європейських соціалістичних країнах після Другої світової війни приймалися кримінальні закони, яким спеціальною вказівкою законодавця надавалася зворотна дія. Так, у Болгарії це був Закон «Про віддання до народного суду винуватців втягнення Болгарії у світову війну проти союзних націй та злодіянь, пов'язаних з нею», прийнятий Урядом Вітчизняного фронту 30 вересня 1944 р.⁴ У Польщі 31 серпня 1944 р. було видано Декрет Польського Комітету національного звільнення «Про заходи покарання фашистсько-гітлерівських злодіїв, винуватих у вбивствах та знущаннях над цивільним населенням та полоненими, а також про заходи покарання зрадників Польського Народу»; 22 січня 1946 р. – Декрет «Про відповідальність за серпневу поразку та фашизацію державного

¹ Див.: *Игнатов А. Н.* Введение в изучение уголовного права. Уголовный закон: Лекция / Под ред. Ю. А. Красикова. – М.: НОРМА, 1996. – С. 24.

² *Шиллер Ф.* Драмы / Пер. с нем. – М.: Художественная литература, 1981. – С. 230.

³ Див.: Про суворе покарання злочинців, які підривають економіку: Рішення Постійного Комітету Національного Народного Конгресу Китайської Народної Республіки від 8 березня 1982 р. // (переклад цього нормативно-правового акта зберігається у Національній парламентській бібліотеці України (м. Київ)).

⁴ Див.: *Краснополима М. А.* Основные вопросы уголовного права Народной Республики Болгария. – М., 1960 – С. 9–49, 52–53.

життя»; 22 липня 1946 р. – Декрет «Про кримінальну відповідальність за відмову від нації в період війни 1939–1945 рр.»¹. В Угорщині 1945 р. були видані постанови Тимчасового Народного Уряду «Про відповідальність за військові злочини та злочини проти народу» № 81/1945 та № 1440/1945². В Німецькій Демократичній Республіці було видано закон Контрольної ради № 10 від 20 грудня 1945 р. «Про покарання винуватих у військових злочинах та злочинах проти миру та людства» тощо³. Всім цим нормативно-правовим актам була надана зворотна дія спеціальними вказівками органів, що їх видавали.

У Монголії надання кримінальному закону зворотної дії спеціальною вказівкою законодавця мало місце у ст. 4 Указу Президії Верховного Народного Хуралу МНР № 128 від 26 травня 1961 р. «Про кримінальну відповідальність осіб, винуватих у виникненні лісової і степової пожеж». Ця вказівка позитивно оцінюється місцевими криміналістами⁴.

У Камбоджі (Кампучії) зворотна дія була надана декрету-закону № 1 Народно-революційної ради від 15 липня 1979 р., спеціально прийнятому для покарання колишніх лідерів країни Пол Пота, Ієнг Сарі та їх оточення за діяння, вчинені ними в період перебування при владі⁵.

29 грудня 2002 р. вироком Верховного Казієту (Суду) Туркменістану четверо осіб (Ш., О., Х. та Й.) були визнані винними у державній зраді шляхом посягання на життя Президента С. Ніязова і їм було призначено покарання у виді позбавлення волі строком на 25 років – максимально можливе за законом, чинним на момент вчинення інкримінованого діяння (25 грудня того ж року). Того ж дня у Конституцію країни були внесені зміни, якими Халк Маслахати (Народна рада Туркменістану – найвищий орган державної влади) була наділена повноваженням давати згоду Верховному Казієту на застосування нового виду покарання – довічного позбавлення волі. Наступного дня (30 грудня) Халк Маслахати своєю постановою замінила призначене

¹ Див.: Станик В. П. Уголовное право Польской Народной Республики (основные положения). – М.: Гос. изд-во юридической литературы, 1955 – С. 76–77.

² Див.: Келина С. Г. Основные вопросы уголовного права Венгерской Народной Республики. – М., 1960. – С. 5–26, 121–127.

³ Див.: Сперанский И. А. Уголовное законодательство Германской Демократической Республики. – М., 1959. – С. 5–44.

⁴ Див.: Уголовное право Монгольской Народной Республики. Часть Общая / Б. Лаваасамбуу, Г. Совд, Х. М. Ахметшин и др. – М.: Юридическая литература, 1983. – С. 66.

⁵ Див.: Нюрнбергский процесс: право против войны и фашизма / Дж. Гинзбургс, В. Н. Кудрявцев, Р. С. Кларк и др. Под ред. И. А. Ледаха и И. И. Лукашука. – М.: ИГП РАН, 1995. – С. 110.

Ш., О., Х. та І. покарання на довічне позбавлення волі і надала згоду Верховному Казисту на застосування цього покарання до інших співучасників діяння, інкримінованого названим особам¹.

У Сполучених Штатах Америки пункт 3 розділу 9 статті 1 Конституції містить пряму заборону для Конгресу приймати закони *ex post facto*, тобто закони, в яких застережена їх зворотна дія². Це положення хоч і має найвищий рівень узагальнення: стосується законів усіх галузей та будь-якого змісту, однак судова практика та більшість дослідників у США схиляються до того, що заборона приймати закони зі зворотною дією торкається лише, або головним чином, кримінальних законів³. Мабуть, саме тому за понад двохсотлітню історію існування цієї країни жоден кримінальний закон в ній не отримав зворотної дії в часі за спеціальною вказівкою законодавця.

Практика надання кримінальному закону зворотної дії спеціальною вказівкою законодавця вельми активно підтримувалося радянською юридичною наукою. У доктрині радянського права, у тому числі кримінального, тривалий час підтримувалася існуюча ще з Середньовіччя ідея про повноваження законодавця своїм рішенням надавати зворотної дії будь-яким або деяким кримінальним законам. «Немає підручників із загальної теорії держави та права або кримінального права, – писали М. І. Блум і А. О. Тилле, – в яких була б відсутня вказівка про можливість надання зворотної сили законам, за умови спеціального про те застереження в самому законі»⁴. На користь повноваження законодавця надавати своєю вказівкою зворотної дії більш суровому кримінальному закону висловлювали,

¹ За матеріалами Інтернет-сайту <http://www.turkmenistan.ru/>

² Див.: *Каррі Д. П.* Конституція Сполучених Штатів Америки: Посібник для всіх / Пер. з англ. *О. М. Мокровольського.* – К.: Веселка, 1993. – С. 139.

³ Див.: *Garner B. A.* A Dictionary of Modern Legal Usage. – New-York – Oxford: OXFORD UNIVERSITY PRESS, 1987. P. 233–234; *Hill G., Hill K.* The Real Dictionary of the Law // <http://dictionary.law.com.>; *Rehnquist W. H.* The Suprim Cort: Haw It Was, Haw It Is. – New York: William Morrow and Company, Inc., 1988 – P. 166; *де Токвиль А.* Демократія в Америці / Пер. с фр. – М.: Прогресс, 1992. – С. 125.

⁴ *Блум М. І. Тилле А. А.* Обратная сила закона. – М.: Юридическая литература, 1969. – С. 57. Однак таке твердження, на мій погляд, є занадто категоричним. Вже на той час не поділяли такої позиції, зокрема, *І. І. Солодкін, А. Б. Сахаров, М. І. Ковальов* (в окремих працях), *Є. А. Фролова, М. А. Єфімова* та деякі інші автори (Див.: Курс советского уголовного права. – Л., 1968. Т. I – С. 120 (автор глави – *І. І. Солодкін*); *Сахаров А. Б.* // Социалистическая законность – 1961 – № 6 – С. 28; *Ковалев М. І., Фролова Е. А., Ефимова М. А.* Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик: Практический комментарий. – Свердловск, 1960. – С. 22)

зокрема, О. А. Герцензон¹, Б. С. Утевський², А. А. Піонтковський¹ та інші автори. Проте, слід зазначити, що оскільки частіше за все спеціальною вказівкою радянського законодавця надавалася зворотна дія кримінальним законам, що встановлювали злочинність або посилювали караність діяння, майже всі вчені, які підтримували цю ідею, вказували на особливість (виключність) випадків, в яких може мати місце надання зворотної дії законові за цією підставою⁴.

Не всі автори, які підтримували цю ідею, наводили аргументи на її користь⁵, однак всі вони, по суті, виходили з поширеної раніше

¹ Див.: Уголовное право. Общая часть / А. А. Герцензон, М. М. Исаев, А. А. Пионтковский, Б. С. Утевский. Под ред. В. Д. Меньшагина – М.: Юридическое издательство Министерства юстиции СССР, 1948 – С. 255. (автор параграфа – О. А. Герцензон).

² Див.: Утевский Б. С. Уголовное право.– М.: Гос. изд-во юридической литературы, 1949 – С. 20.

³ Див.: Пионтковский А. А. Вопросы Общей части уголовного права в практике судебно-прокурорских органов – М.: Государственное изд-во юридической литературы, 1954.– С. 30.

⁴ Див., наприклад: Ковалев М. И. Советский уголовный закон – Свердловск, 1956.– С. 32; Научно-практический комментарий к Основам уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик.– М., 1961.– С. 25; Дурманов Н. Д. Советский уголовный закон. М.: Изд-во МГУ, 1967.– С. 267–268; Уголовное право. Общая часть / А. А. Герцензон, М. М. Исаев, А. А. Пионтковский, Б. С. Утевский. Под ред. В. Д. Меньшагина.– М.: Юридическое издательство Министерства юстиции СССР, 1948 – С. 255. (автор параграфа – О. А. Герцензон); Браинин Я. М. Советское уголовное право. Общая часть (Лекции, читанные в Киевском государственном университете).– Вып. 1.– К.: Изд-во Киевского университета им. Т. Г. Шевченко, 1955.– С. 164. та інші роботи.

⁵ Основним аргументом, як правило, була так звана «політична доцільність». Зокрема, Г. В. Швеков писав, що у довоєнні роки надання спеціальною вказівкою радянського законодавця зворотної дії кримінальному закону, який встановлював чи посилював кримінальну відповідальність, «було викликано особливими умовами, в яких тоді Радянська влада вела боротьбу за існування: численні внутрішні та зовнішні вороги, котрі не гидували нічим, щоб скинути владу пролетаріату та відновити своє панування; економічна розруха, масовий саботаж чиновників, необхідність якнайшворішого придушення різного роду контрреволюціонерів, спекулянтів, мішечників, грабіжників, хуліганів тощо ... Чи правильно було б не карати злочинців чи ставитися до них поблажливо лише тому, що до моменту вчинення злочину відповідний кримінальний закон не міг бути прийнятий з об'єктивних причин? Видається, що така фактична амністія була б лише на руку ворогам Радянської влади» (Див.: Швеков Г. В. Первый советский уголовный кодекс.– М.: Высшая школа, 1970 – С. 21–22). Як не дивно, у сучасній літературі також іноді з'являються спроби обґрунтувати таку законодавчу практику з тих же підходів (Див.: Улицкий С. Я. Политические и правовые проблемы обратной силы уголовного закона // Правовая

концепції необмежених повноважень законодавця та його зверхності над правом. Досить яскраво це виразив ще Г. Ф. Шершеневич, який стверджував, що «воля законодавця стоїть над правом, і тому він може, якщо захоче, надати новому закону зворотної сили»¹. М. С. Таганцев цікавило питання: «Якщо закон є виявом авторитетної волі, то чому ця авторитетна і, в значенні юридичному, необмежена воля не може надати закону зворотної сили?» і сам же на нього відповідав: «Законодавець завжди і безумовно має право додавати будь-якому закону зворотної сили»². А. О. Тіллі, в роботах якого ця ідея в радянські роки отримала найбільший розвиток, зазначав, що оскільки суверенітет держави є правовим вираженням її незалежності та повновладдя, законодавець не може бути пов'язаний і принципом «закон зворотної дії не має»³. У тому ж руслі анонімний автор Л. В. стверджував, що поширеність цього принципу в кримінальних кодексах «культурного світу» ще не робить його священним, і якщо він не відповідає «класовим та історичним смакам», а також «революційній доцільності», його цілком можна відкинути⁴. На засіданні Народного комісаріату юстиції 16 грудня 1919 р. у протоколі № 217 було записано: «Роз'яснити, що радянське кримінальне право не визнає принци-

реформа и актуальные вопросы борьбы с преступностью: Сб. научн. тр. – Владивосток: Изд-во Дальневосточного ун-та, 1994 – С. 33–35; Улицкий С. Я. Проблемы обратной силы неблагоприятного для виновного уголовного закона – Владивосток: Изд-во Дальневосточного ун-та, 2000. – С. 13, 15, 16, 24, 25 та інші).

¹ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. В 2-х томах – Т. 2 – Вып. 2, 3, 4. – М.: Изд-во «Юридический колледж МГУ», 1995. – С. 33.

² Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Лекции. Часть Общая. В 2 т. – Т. 1. – М.: Наука, 1994. – С. 115–116.

³ Тиллі А. А. Действие закона во времени и обратная сила закона // Советское государство и право – 1964 – № 12. – С. 29. Рецензуючи одну з робіт А. О. Тіллі, А. С. Піголкин відзначив неможливість «самообмеження законодавця шляхом конституційного закріплення принципу «закон зворотної сили не має». Встановлення тієї чи іншої конституційної норми, – писав він, – ніяк не може бути самообмеженням законодавця як суверенного органу. Встановивши певне правило, законодавець ніяк не пов'язаний ним і ніщо не заважає йому потім відкинути чи скасувати його». (Див.: Піголкин А. С. Рец. на: Тиллі А. А. Время. Пространство. Закон. Действие советского закона во времени и пространстве – М.: Юрид. лит., 1965. – 203 с. // Правоведение. – 1966 – № 4 – С. 167). З подібних міркувань і В. А. Туманов дійшов висновку про незв'язаність законодавця заборонаю надавати зворотної дії будь-яким законам (Див.: Туманов В. А. Вступление в силу норм советского права // Всесоюзный институт юридических наук. Ученые записки. – Вып. 7. – М.: Гос. изд-во юридической литературы, 1958 – С. 140).

⁴ Див.: Л. В. Советское уголовное право перед судом эмигрантских криминалистов // Вестник советской юстиции. – 1927. – № 15. – С. 539.

пу, за яким більш суворе покарання нового закону не має зворотної дії відносно злочинів, вчинених до видання нового закону»¹. «Основна засада всієї нашої судової політики,— писав ще у 1925 р. майбутній нарком юстиції СРСР М. В. Криленко,— основний принцип всього нашого радянського права, стрижнем, навколо якого крутяться всі наші практичні заходи і теоретичні побудови, основна ідея нашого кримінального права — боротьба за соціальною безпекою, яку являє собою ця особа, яку вона несе для встановленого громадського правопорядку»². Визнаючи суспільно небезпечними не лише осіб, які не вчинили злочинів за чинним законодавством, а й осіб, які не вчинювали їх за колишнім законодавством, влада намагалася виправдати свої заходи, пов'язані із наданням зворотної дії кримінальним законам.

Окремі автори визнавали також повноваження законодавця не надавати спеціальною на те вказівкою зворотної дії кримінальному закону, що усуває злочинність діяння або пом'якшує кримінальну відповідальність³. І законодавець дійсно неодноразово вдавався до ненадання зворотної дії більш м'яким кримінальним законам. Зокрема, статтю 2 Закону Союзу РСР від 25 грудня 1958 р. «Про затвердження Основ кримінального законодавства Союзу РСР і союзних республік» було передбачено, що «стаття 23 Основ... не поширюється в частині строку позбавлення волі на осіб, засуджених до видання Основ... за особливо небезпечні державні злочини, передбачені Законом про кримінальну відповідальність за державні злочини, за бандитизм, умисне вбивство за обтяжуючих обставин, розкрадання державного або громадського майна у великих розмірах і розбій»⁴. Як відомо, раніше чинним законодавством була передбачена можливість застосування за окремі з цих злочинів покарання у виді позбавлення волі на строк до 25 років, тоді як нові Основи передбачали максимум покарання за особливо тяжкі злочини 15 років позбавлення волі.

¹ Див.: *Тилле А. А., Швеков Г. В.* Действие уголовного закона во времени в первые годы Советской власти (1917—1922) // *Правоведение.*— 1969.— № 5.— С. 120.

² *Крыленко Н.* Объяснительная записка к проекту Уголовного Кодекса // *Еженедельник советской юстиции.*— 1925.— № 38—39.— С. 1234.

³ Див.: *Советское уголовное право. Общая часть* / *Г. Н. Борзенков, Н. Д. Дурманов, Ю. А. Красиков* и др. Под ред. *Г. А. Кригера, Б. А. Куринова, Ю. М. Ткачевского* — М.: Изд-во МГУ, 1981 — С. 60. *Советское уголовное право. Общая часть* / Под ред. *Г. А. Кригера, Н. Ф. Кузнецовой, Ю. М. Ткачевского.*— М.: Изд-во МГУ. 1988.— С. 39.

⁴ Об утверждении Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик: Закон Союза Советских Социалистических Республик от 25 декабря 1958 г. // *Ведомости Верховного Совета СССР*— 1959.— № 1— Ст. 6.

Не так давно у Білорусі мав місце випадок, коли спеціальною вказівкою законодавця зворотна дія не була надана закону, який усунув або пом'якшив кримінальну відповідальність за багато злочинів. Мається на увазі Закон Республіки Беларусь від 17 травня 1997 р. «Про внесення змін і доповнень до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів Республіки Беларусь»¹, яким були збільшені розміри великої і особливо великої матеріальної шкоди, що є обов'язковою ознакою багатьох складів злочинів. У пункті 3 розділу III цього Закону вказувалося, що «вироки, які набрали законної сили відносно осіб, засуджених до набуття чинності цього Закону... перегляду не підлягають». Таким чином, незважаючи на те, що з набуттям чинності даного закону розмір шкоди, заподіяної деякими засудженими, перестав вважатися великим або особливо великим, а, отже, деякі діяння були визнані незлочинними або підлягали менш суворому покаранню, білоруський законодавець заборонив застосовувати до них новий Закон.

Можливість ненадання зворотної дії більш м'якому кримінальному закону шляхом спеціального застереження законодавця передбачена у кримінальному законодавстві Латвії. Про це йдеться у ч. 2 ст. 5 Кримінального закону Латвійської Республіки, відповідно до якої «закон, що усуває караність діяння, пом'якшує покарання чи іншим чином сприяє особі, якщо лише в законі не визначено інше, має зворотну дію»² (курсив мій – Ю. П.).

Апофеозом розвитку в радянській юридичній науці ідеї про повноваження законодавця спеціальною вказівкою надавати чи не надавати зворотної дії будь-якому кримінальному закону стало визнання права законодавця надавати зворотної дії кримінальному закону тільки в окремій кримінальній справі. У науково-практичному коментарі КК РРФСР стверджувалося: «У виняткових випадках по конкретній кримінальній справі в кожному окремому випадку спеціальною постановою Президії Верховної Ради СРСР (або Верховної Ради союзної республіки) закону може бути надана зворотна сила»³. С. С. Алексєєв же вважав, що «компетентні органи мають право надавати зворотної сили нормативним актам (які в принципі такої зворотної сили не ма-

¹ О внесении изменений и дополнений в Уголовный и Уголовно-процесуальный кодексы Республики Беларусь: Закон Республики Беларусь от 17 мая 1997 г. // Ведомости Национального собрания Республики Беларусь – 1997. – № 20. – Ст. 352.

² Уголовный закон Латвийской Республики / Адапт. пер. с латв., науч. ред. и вступ. ст. А. И. Лукашова и Э. А. Саркисовой – Минск: Тесей, 1999. – С. 25.

³ Научно-практический комментарий Уголовного кодекса РСФСР / Н. И. Загородников, Б. С. Никифоров, А. Б. Сахаров и др. Под ред. Б. С. Никифорова. – М.: Юридическая литература, 1963 – С. 13.

ють) тільки для даної конкретної справи»¹. І законодавець дійсно користувався «повноваженням» надати зворотної дії кримінальному закону у конкретній справі. Так, за твердженням Г. В. Швекова, ще «декілька років назад (ці рядки написано 1970 р.— Ю. П.) були випадки надання зворотної дії більш строгому закону в окремих справах постановами Президій Верховних Рад союзних республік»². Непрямим доказом їх існування можна вважати і слова М. П. Кучерявого, який зазначав, що «слід визнати глибоко помилковою та такою, що суперечить чинному законодавству, думку про те, що у виключних випадках по конкретній справі кожного разу спеціальною Постановою Президії Верховної Ради союзної республіки закону, що посилює покарання, може бути надана зворотна дія»³.

Ідея про повноваження законодавця за своїм розсудом надавати чи не надавати зворотної дії кримінальному закону ще й сьогодні знаходить якщо не підтримку, то, принаймні, визнання і обґрунтування в юридичній науці. Так, М. Й. Коржанський хоч і називає «дуже недемократичною» практику надання кримінальному закону зворотної дії спеціальною на те вказівкою законодавця, все ж виділяє цю підставу нарівні зі скасуванням і пом'якшенням відповідальності⁴. Можливість надання зворотної дії всім чи деяким законам шляхом спеціальної вказівки визнають Д. М. Бахрах⁵, В. Л. Кулаков⁶, Р. З. Ліфшиць⁷, М. М. Марченко⁸ та інші сучасні вчені.

Викладене поставило на порядок денний питання про необхідність встановлення в законодавстві чітких і строгих підстав зворотної

¹ Алексеев С. С. Общая теория социалистического права. Выпуск третий — Свердловск, 1965 — С. 124.

² Швеков Г. В. Рец. на: Блум М. И., Тилле А. А. Обратная сила закона. Действие советского уголовного закона во времени и в пространстве — М.: Юридическая литература, 1969 — 136 с. // Советское государство и право.— 1970.— № 12.— С. 149.

³ Див.: Кучерявый Н. П. Некоторые вопросы совершенствования советского уголовного законодательства // Вопросы развития законодательства Киргизской ССР: Сборник статей / Ред. колл.: А. В. Радочин, Л. М. Голубева, В. Д. Безрук.— Фрунзе: Киргизский государственный университет, 1968 — С. 177.

⁴ Див.: Коржанський М. Й. Уголовне право України. Частина Загальна: Курс лекцій — К.: Наукова думка та Українська видавнича група, 1996 — С. 54—55.

⁵ Бахрах Д. Н. Действие правовой нормы во времени // Советское государство и право — 1991.— № 2 — С. 19—20.

⁶ Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько.— М.: Юрист, 1997 — С. 345—346.

⁷ Див.: Лифшиц Р. З. Теория права: Учебник — М.: БЕК, 1994 — С. 141.

⁸ Див.: Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. М. Н. Марченко — М.: Зерцало, 1998 — С. 359—360.

дії кримінального закону. Відомо, що жодна з радянських конституцій (ні Союзу РСР, ні союзних республік) не передбачала підстав зворотної дії законів у часі. Закріпленого ж в Основах кримінального законодавства Союзу РСР і союзних республік, а також КК всіх республік правила про те, що кримінальні закони мають зворотню дію в часі лише у випадках, коли вони усувають злочинність діяння або пом'якшують його караність, як виявилось, недостатньо. Не дивно тому, що у всіх нових Конституціях постсоціалістичних держав з'явилися приписи про межі дії законів у часі та підстави надання їм зворотної дії. Причому жодна з цих Конституцій не передбачає такої підстави надання або ненадання кримінальному закону зворотної дії, як спеціальна на те вказівка законодавця. Однак і після цього окремим кримінальним законам в різних країнах, у тому числі й в Україні, спеціальною вказівкою законодавця надавалася зворотна дія.

Зокрема, спеціальною вказівкою законодавця була надана зворотна дія ст. 148² КК України 1960 р. в редакції Закону України від 5 лютого 1997 р. «Про внесення змін і доповнень до Кримінального і Кримінально-процесуального кодексів України в частині відповідальності за ухилення від сплати податків»¹. В підпункті 1 пункту III названого закону було встановлено, що «діяння, пов'язані з ухиленням від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів, справи по яких на час набирання чинності цього Закону перебувають в стадії попереднього розслідування або судового розгляду, повинні кваліфікуватися за новою редакцією статті 148² Кримінального кодексу України».

Таким чином, вказівкою законодавця була надана зворотна дія закону, який згідно з частиною 2 ст. 6 КК України 1960 р. не повинен був її мати, оскільки він у багатьох випадках посилював караність ухилення від сплати податків порівняно із раніше чинним законом. У літературі ж такі новації викликали неоднозначну оцінку. Одні криміналісти, очевидно, погоджуючись з ними, пропонували кваліфікувати ухилення від сплати податків, справи по яких перебувають на стадії попереднього слідства чи у суді, за новою редакцією закону², інші – доводили, що частина 1 статті III згаданого Закону суперечить ч. 2 ст. 6 КК України 1960 р. та ч. 1 ст. 58 Конституції України, а тому

¹ Про внесення змін і доповнень до Кримінального і Кримінально-процесуального кодексів України в частині відповідальності за ухилення від сплати податків: Закон України від 5 лютого 1997 р. // Відомості Верховної Ради України.– 1997 – № 12.– Ст. 101.

² Див.: *Кураш Я. М.* Кримінальна відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів (аналіз складу злочину): Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08.– Х.: Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого, 1998.– С. 69–70.

не могла застосовуватися¹. На щастя, Верховний Суд України підтримав другу позицію і рекомендував судам України «додержувати вимог законодавства щодо дії в часі кримінального закону про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів... Враховуючи те, що Законом від 5 лютого 1997 р. за одні діяння, пов'язані з ухиленням від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів, покарання було пом'якшено, а за інші – посилено, положення цього Закону можуть застосовуватися лише в частині, що не суперечить ст. 58 Конституції України»², – відзначив Пленум Верховного Суду України.

Проте, погодитися з ідеєю необмежених повноважень законодавця, з якої випливає його повноваження на свій розсуд надавати чи не надавати зворотної дії будь-якому кримінальному закону, не можна. Відомо, що «органи законодавчої влади не можуть наповнювати закони, що видаються ними, свавільним змістом»³. «Я бачу близьку погибель тієї держави, де закон не має сили і перебуває під будь-чиєю владою»⁴, – зазначав колись Платон. А тому у державі, яка прагне називатися соціальною і правовою, визнає пріоритет загальнолюдських цінностей, законодавець не може і не повинен мати необмежених повноважень⁵.

Повноваження законодавця, як і повноваження всіх інших органів державної влади, обмежуються свободою і правами людини і суспільства, що фіксується в Конституції і конкретизується в законах держави⁶. Саме вони є тим, що А. О. Тілле називав «обмеженням свободи законодавця, зовнішньою невідомою походження заборонаю»⁷. Тому

¹ Див.: Зейкан Я. Про зворотну дію статті 148² Кримінального кодексу // Закон і бізнес – 1998. – № 42; Мойсик В., Андрушко П. Действие уголовного закона во времени // Закон и бизнес – 1998 – 9 сентября.

² Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів: Постанова Пленуму Верховного Суду України № 5 від 26 березня 1999 року // Налоговый, банковский, таможенный консультант. – 1999. – 14 сентября (№ 37 пункт 5 Постанови).

³ Кистяковский Б. А. Государственное право (общее и русское) / В кн.: Кистяковский Б. А. Философия и социология права. – СПб.: РХГИ, 1998. – С. 447.

⁴ Платон. Сочинения. – Т. 3. – М., 1972. – С. 118–119.

⁵ Див.: Patterson T. A. The American Democracy. – New York: McGRAW – HILL PUBLISHING COMPANY, 1990. – P. 49–50.

⁶ Див.: Речицкий В. В. Свобода и государство. – Х.: Фолио, 1998. – С. 5–36.

⁷ Тилле А. А. Действие советского закона во времени и в пространстве (вопросы теории и практики советского законодательства и применения законов): Автореф. дисс. ... д. ю. н. – М.: ВНИИСЗ Юридической комиссии при Совете Министров СССР, 1966. – С. 8.

органи державної влади (у тому числі – законодавчої) повинні мати вичерпно визначені повноваження, причому лише такі, реалізація яких не зашкоджуватиме, а, навпаки, сприятиме розвитку та реалізації свободи і прав людини та суспільства. В літературі із загальної теорії права справедливо зазначається, що допущення пріоритету доцільності порівняно із законністю здатне викликати серйозну загрозу правопорядку взагалі¹.

Право органів державної влади приймати нормативні акти з усіх питань, які визнаються ними за такі, що підлягають їх вирішенню, Ю. А. Тихомиров називає «принципом презумпції компетенції»². Однак основний принцип правової держави «полягає в тому, що державна влада в ній обмежена ... права людини і громадянина становлять межу всякої правової державної влади, оскільки влада не може їх порушувати ... У правовій державі повноваження органів державної влади щодо попередження та припинення порушень закону та злочинів самі поставлені у суворі рамки закону»³. А тому у правовій демократичній державі принцип «презумпції компетенції» органів державної влади обмежується рамками, встановленими Конституцією держави.

Такі рамки для законодавця встановлює і Конституція України. Ю. М. Тодика та Є. В. Супрунюк підкреслюють, що «слід відкинути ідею всевладності рад, у тому числі й парламенту. Верховна Рада України, як і парламенти всіх демократичних держав, – це не всевладний орган, який може робити все, що заманеться, приймати будь-які закони, безпосередньо здійснювати оперативне керівництво всіма державними органами та органами місцевого самоврядування»⁴. Парламент, як і будь-який інший орган державної влади, повинен і може мати лише ті повноваження, які прямо визначені Конституцією та законами України. У зв'язку з цим не можна погодитися з думкою Л. Т. Кривенко про те, що встановлення у Конституції України вичерпного переліку повноважень Верховної Ради України «служить реакційним цілям»⁵. Така вичерпність, навпаки, є однією із складових гарантування безпеки громадянського суспільства від реакційності держави, від державного свавілля.

¹ Общая теория права: Учебник / Под ред. проф. А. С. Пиголкина. – М.: Изд-во МГУ, 1996, С. 259.

² Тихомиров Ю. А. Теория закона. – С. 16

³ Кистяковский Б. А. Государственное право (общее и русское) // В кн.: Кистяковский Б. А. Философия и социология права – СПб.: РХГИ, 1998. – С. 419.

⁴ Тодика Ю. М., Супрунюк Е. В. Конституция Украины – основа стабильности конституционного строя и реформирования общества – Симферополь: Таврия, 1997. – С. 115.

⁵ Див.: Кривенко Л. Т. Верховна Рада України. – К.: Ін Юре, 1997. – С. 35.

Повноваження законодавця за своїм розсудом надавати або не надавати зворотної дії будь-якому, а особливо кримінальному, закону є одним з найбільш небезпечних способів порушення свободи та прав людини і громадянського суспільства. Видаючи такий закон, законодавець грубо зневажає Конституцію держави та ним же прийняті закони, порушує права людини, підпорядковує право своїй волі, ставить себе над правом. Природно, що ні про яку правову державу в такому випадку і мови бути не може. Тому держави, що проголосили і що закріпили в своїх Конституціях прагнення стати правовими, прагнуть і до ліквідації практики надання чи ненадання зворотної дії кримінальному закону на підставі спеціальної вказівки законодавця.

Саме тому в жодній Конституції сучасних держав, у тому числі й у Конституції України, не передбачається повноваження законодавця надавати чи не надавати зворотної дії кримінальному закону за своїм розсудом.

Отже, надання закону зворотної дії спеціальною вказівкою Верховної Ради України має у будь-якому випадку розцінюватися як порушення Конституції України.

4.4. Особливості підстав зворотної дії в часі «проміжного» кримінального закону

Проблема зворотної дії в часі так званого «проміжного» кримінального закону не нова у вітчизняній науці кримінального права – її ставили ще криміналісти XIX – початку XX ст.: Е. Я. Лохвицький, А. Немировський, С. П. Мокринський, М. П. Чубинський та інші. В радянський період цій проблемі були присвячені ґрунтовні дослідження М. І. Блум, Я. М. Брайніна, І. І. Горелика, М. І. Ковальова, Ю. Г. Ляпунова, І. С. Тишкевича, А. О. Тіллі, М. Д. Шаргородського та інших. Останніми роками опубліковані роботи О. І. Бойцова, Б. В. Волженкіна, В. М. Василяша, В. К. Грищука, О. М. Попова, А. Є. Якубова, що також присвячені проблемі зворотної дії «проміжного» кримінального закону. Попри це, питання про наявність чи відсутність у «проміжного» кримінального закону зворотної дії та причини цього, досі не знайшли свого однозначного вирішення. Очевидно, саме у зв'язку з доктринальною невирішеністю цього питання воно не знайшло відображення ні в чинному КК України, ні в КК України 1960 року.

Під «проміжним» кримінальним законом зазвичай розуміється закон, який набув чинності після скоєння злочину і втратив її до моменту прийняття рішення у справі, однак при цьому був більш м'яким, ніж закон, що був чинним на момент вчинення злочину,

і закон, що є чинним на момент винесення рішення у справі¹. Звичайно, можна оспорювати вдалість терміна «проміжний» для позначення такого закону, втім він вже давно вживається у літературі, цілком однозначно сприймається, а тому, гадаємо, немає підстав не використовувати його й надалі.

У наведеному визначенні поняття «проміжного» кримінального закону визначальними, очевидно, є дві його характеристики. По-перше, більша м'якість його порівняно із законами часу вчинення злочину та часу прийняття рішення у справі, по-друге – нечинність його ні на момент вчинення злочину, ні на момент прийняття рішення. Різна розстановка акцентів щодо цих двох характеристик «проміжного» кримінального закону і зумовила у літературі два контрадикторних висновки про наявність чи відсутність у нього зворотної дії. Ті вчені, які наголошують саме на більшій м'якості такого закону (Я. М. Браїнін², О. І. Бойцов та Б. В. Волженкін³, В. М. Василяш⁴, І. І. Горелик, Л. Зайцев, І. І. Тишкевич⁵, Е. Я. Немировський⁶, Л. І. Сургуладзе⁷, А. Є. Якубов⁸ та інші) робили висновок про наявність у нього

¹ Див., наприклад: Курс советского уголовного права (часть Общая). – Т. 1 / Отв. ред. Н. А. Беляев, М. Д. Шаргородский. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1968. – С. 112–113.

² Див.: Браїнін Я. М. Уголовный закон и его применение. – М.: Юридическая литература, 1967 – С. 150–151.

³ Див.: Бойцов А. И., Волженкин Б. В. Уголовный закон: действие во времени и в пространстве. – СПб., 1993. – С. 21; Див. також: Волженкин Б. Кще раз о действии «промежуточного» уголовного закона // Российская юстиция. – 2003. – № 7. – С. 42.

⁴ Див.: Василяш В. М. Боротьба з організованою злочинністю та проблеми чинності кримінального закону України // Проблеми боротьби з організованою злочинністю, корупцією і хабарництвом: Доп. на наук.-практ. конф. м. Львів, 25–26 лютого 1993 р. / Ред. кол.: В. Є. Горбатюк, В. К. Грищук, М. В. Костицький та ін. – Львів: Львів. держ. ун-т, 1993. – С. 142–143.

⁵ Див.: Зайцев Л., Тишкевич И., Горелик И. Действуют ли промежуточные уголовные законы? // Советская юстиция. – 1966. – № 1. – С. 6–8. Пізніше І. І. Горелик та І. І. Тишкевич, очевидно, змінили свою позицію, бо написали в іншій роботі, що «проміжний закон», який скасовує злочинність діяння чи пом'якшує покарання, «хоч безпосередньо і не застосовується, але він виявляє свою дію на попередній закон» (Див.: Горелик И. И., Тишкевич И. И. Вопросы уголовного права (Общей части) в практике Верховного Суда БССР. – Минск: Высшейша школа, 1973. – С. 64–65).

⁶ Немировский Э. Я. Учебник уголовного права. Общая часть. – Одесса: Издательство Акционерного Южно-Русского Общества Печатного Дѣла, 1919. – С. 27.

⁷ Сургуладзе Л. И. Некоторые соображения по поводу подготовки проекта Уголовного кодекса Грузинской ССР // Вопросы реформы уголовного законодательства: Материалы научн.-практ. конф. – Тбилиси, 1988. – С. 35.

⁸ Див.: Якубов А. Е. Действие «промежуточного» уголовного закона // Вестник Московского университета. – Серия 11: Право. – 1997. – № 1. – С. 31–46.

зворотної дії. Ті ж, хто акцентував на нечинності його у момент вчинення злочину та в момент прийняття рішення у справі (М. І. Бажанов¹, М. І. Блум та А. О. Тіллі², Р. Р. Галиакбаров³, І. Я. Козаченко⁴, Ю. Г. Ляпунов⁵, С. Я. Улицький⁶ та інші), вважають, що «проміжний» кримінальний закон не має зворотної дії в часі. До цієї позиції примикає і судження О. Коташевського про те, що за змістом чинного КК України «проміжний» закон не може мати зворотної дії, оскільки «без прямої вказівки в КК це недопустимо»⁷. При цьому криміналісти, які підтримували другу позицію, в більшості своїй, вважають, що при призначенні особи покарання суд не може вийти за максимальну межу, передбачену проміжним законом.

Звертає на себе увагу те, що прибічники і тієї, й іншої позиції іноді намагаються віднайти підтвердження своєї правоти у тексті ст. 5 КК України (чи подібних текстах аналогічних статей інших кримінальних законів). Так, на думку В. М. Василяша та Л. І. Сургуладзе, відповідно ч. 2 ст. 6 КК України 1960 р. та ст. 7 проекту нового КК Грузії (в редакції 1988 р.), що повторюють основний зміст ч. 1 ст. 5 КК України, надають зворотної дії «проміжному» кримінальному закону, якщо він є більш м'яким⁸. Навпаки, М. І. Блум та А. О. Тіллі при тлумаченні принципово аналогічної ст. 6 КК РРФСР 1960 р. вва-

¹ Див.: *Бажанов М. И.* Уголовное право Украины. Общая часть. – Днепропетровск: Пороги, 1992. – С. 18.

² Див.: *Блум М. И., Тилле А. А.* Обратная сила закона. – М.: Юридическая литература, 1969. – С. 133–134; *Тилле А. А.* Промежуточный закон и его действие во времени // Советское государство и право – 1965 – № 12 – С. 35–36.

³ Див.: *Галиакбаров Р. Р.* Уголовное право: Общая часть: Учебник. – Краснодар: Кубанский государственный аграрный университет, 1999. – С. 55.

⁴ Див.: Уголовное право. Общая часть: Учебник / *В. Г. Беляев, А. И. Бойко, Н. И. Ветров* и др. Под ред. *В. Н. Петрашева*. – М.: ПРИОР, 1999. – С. 78.

⁵ Див.: *Ляпунов Ю. И.* Некоторые вопросы действия советского уголовного закона во времени // Труды Высшей школы МООП РСФСР. Вып. 12 / Ред. кол.: *Н. И. Загородников* (глав. ред.) и др. – М.: НИ и РИО ВШ МООП РСФСР, 1965. – С. 13.

⁶ Див.: *Улицький С.* Пределы действия «промежуточного» закона // Российская юстиция – 2003 – № 3 – С. 51.

⁷ *Коташевський О.* Окремі недоліки нового Кримінального кодексу України // Право України – 2002 – № 11 – С. 98.

⁸ Див.: *Василяш В. М.* Борьба с организованною злочинністю та проблеми чинності кримінального закону України // Проблеми боротьби з організованою злочинністю, корупцією і хабарництвом: Доп. на наук.-практ. конф. м. Львів, 25–26 лютого 1993 р. / Ред. кол.: *В. Є. Горбатюк, В. К. Грищук, М. В. Костицький* та ін. – Львів: Львів. держ. ун-т, 1993. – С. 142; *Сургуладзе Л. И.* Некоторые соображения по поводу подготовки проекта Уголовного кодекса Грузинской ССР // Вопросы реформы уголовного законодательства: Материалы научн.-практ. конф. – Тбилиси, 1988 – С. 35.

жають, що, оскільки вона вирішує темпоральну колізію лише між законами часу вчинення діяння і часу прийняття рішення, то «проміжний» закон не може бути застосований¹.

Немає однозначності в застосуванні «проміжного» кримінального закону і в судовій практиці. Так, Судова колегія Верховного Суду УРСР в ухвалі від 15 листопада 1973 р. у справі С. дійшла висновку, що «в силу вимог ст. 6 КК УРСР суд повинен був кваліфікувати злочин не за кримінальним законом, чинним в період його вчинення, і не за законом, чинним на час притягнення винного до кримінальної відповідальності, а за так званим проміжним кримінальним законом, оскільки він передбачає менш суворе покарання, ніж обидва ці закони». Натомість, Верховний Суд СРСР у широковідомій справі Фейгіна та інших дійшов протилежного висновку.

Не можна поминути увагою також і той факт, що, досліджуючи проблеми дії в часі «проміжного» кримінального закону, більшість криміналістів під ним має на увазі лише закон, який пом'якшує кримінальну відповідальність. Якоюсь мірою це виправдано тим, що саме такі «проміжні» закони найчастіше трапляються у практиці законодавствування. Однак логіка дослідження вимагає відповіді на питання: які ж взагалі можливі варіанти «проміжного» закону?

Для того, щоб стверджувати наявність чи відсутність «проміжного» кримінального закону, мають послідовно змінити один іншого три різних закони. При цьому другий за часом закон може посилювати чи пом'якшувати кримінальну відповідальність, порівняно з першим, або скасовувати її. Третій за часом закон може посилювати, пом'якшувати, скасовувати або відновлювати кримінальну відповідальність, порівняно з першим та другим законами. Таким чином, теоретично можливі п'ятнадцять варіантів двох послідовних змін кримінального закону. Для наочності сприйняття вони викладені в таблиці.

Очевидно, що у випадках 5 та 13, безумовно, має зворотню дію закон часу прийняття рішення у справі, оскільки ним декриміналізоване діяння, яке визначалося злочином на момент його вчинення. Так само не викликають проблем і випадки під порядковими номерами 14 і 15, адже в них діяння на момент його вчинення не є злочином. У випадках 1, 2, 3 та 4 (а також 5, але про нього вже йшлося) «проміжний» закон посилює відповідальність, порівняно із законом часу вчинення злочину, а тому не може щодо нього діяти.

¹. Див.: Блум М. И., Тилле А. А. Обратная сила закона.— М.: Юридическая литература, 1969.— С. 127, 128.

Див.: Материалы судебной практики Верховного Суда Украинской ССР (информационный бюллетень № 10).— К.: Верховный Суд Украинской ССР, 1974.— С. 33—35.

| № з/п | «Проміжний» закон, порівняно із законом часу вчинення діяння | Закон, чинний на момент прийняття рішення у справі | |
|-------|--|--|---|
| | | Порівняно з «проміжним» законом | Порівняно із законом часу вчинення діяння |
| 1. | Відповідальність посилено | Відповідальність посилено | Відповідальність посилено |
| 2. | Відповідальність посилено | Відповідальність пом'якшено | Відповідальність посилено |
| 3. | Відповідальність посилено | Відповідальність пом'якшено | Відповідальність не змінено |
| 4. | Відповідальність посилено | Відповідальність пом'якшено | Відповідальність пом'якшено |
| 5. | Відповідальність посилено | Відповідальність скасовано | Відповідальність скасовано |
| 6. | Відповідальність скасовано | Відповідальність відновлено | Відповідальність посилено |
| 7. | Відповідальність скасовано | Відповідальність відновлено | Відповідальність не змінено |
| 8. | Відповідальність скасовано | Відповідальність відновлено | Відповідальність пом'якшено |
| 9. | Відповідальність пом'якшено | Відповідальність пом'якшено | Відповідальність пом'якшено |
| 10. | Відповідальність пом'якшено | Відповідальність посилено | Відповідальність пом'якшено |
| 11. | Відповідальність пом'якшено | Відповідальність посилено | Відповідальність не змінено |
| 12. | Відповідальність пом'якшено | Відповідальність посилено | Відповідальність посилено |
| 13. | Відповідальність пом'якшено | Відповідальність скасовано | Відповідальність скасовано |
| 14. | Відповідальність встановлено | Відповідальність посилено | Відповідальність встановлено |
| 15. | Відповідальність встановлено | Відповідальність пом'якшено | Відповідальність встановлено |

Таким чином, питання про зворотну дію в часі «проміжного» кримінального закону виникає лише у випадках, коли «проміжний» закон скасовує злочинність діяння, а закон часу прийняття рішення у справі відновлює її, при цьому посилюючи, не змінюючи чи пом'якшуючи її, порівняно із законом часу вчинення діяння (випадки 6, 7 та 8), або коли «проміжний» закон пом'якшує кримінальну відповідальність, а закон часу прийняття рішення у справі ще більше її пом'якшує чи посилює (не до рівня закону часу вчинення злочину, до цього рівня та понад цей рівень) (випадки 9, 10, 11 та 12). Переважна більшість вчених-криміналістів, які торкаються проблеми дії в часі «проміжного» кримінального закону, обмежує його розуміння лише ситуаціями, описаними у вищенаведеній таблиці під номерами 10, 11 та 12.

Майже зовсім не порушується проблема зворотної дії в часі декриміналізуючого «проміжного» закону (випадки 6, 7 та 8). Проте, її актуальність не менш значна, ніж актуальність проблеми дії в часі «проміжного» закону, що пом'якшує відповідальність. Про це свідчить хоча б те, що в Російській Імперії з нею зіштовхнулися ще в середині XIX ст. Так, за Укладенням про покарання кримінальні та виправні 1845 року, переплавлення монети визнавалося злочином і каралося засланням на поселення. У 1854 р. покарання за це діяння (окрім переплавлення старої мідної монети) було скасоване, тобто названий злочин був декриміналізований. А в 1861 р. попередній закон було відновлено – переплавлення монети знову криміналізували. Описуючи такий розвиток законодавства, А. Лохвицький ставив питання: «Якщо певна особа переплавила монету у 1853 р., а діяння це розкрите лише у 1862 році, чи підлягає вона кримінальній карі?» На його думку, відповідь повинна бути негативною, оскільки «злочин 1853 року був погашений скасуванням закону, а відновлення закону, як новий закон, повинне мати чинність лише на факти, скоєні після його видання»¹.

Окрім того, дослідження проблеми зворотної дії в часі декриміналізуючого «проміжного» закону саме по собі здатне, на мій погляд, суттєво похитнути вищеописані підходи до розв'язання проблеми «проміжного» закону.

Видається, що доктринальне вирішення проблеми зворотної дії «проміжного» кримінального закону повинно, в першу чергу, базуватися не на тому чи іншому тлумаченні не завжди досконалих колізійних приписів чинного кримінального законодавства і не на міркуваннях гуманізму та милосердя до злочинця (як це пропонували кримі-

¹ Лохвицький А. Курсь русскаго уголовного права. – СПб.: Скоропечатня Ю. О. Шрейера, 1871. – С. 30–32.

налісти минулого століття). В цьому випадку, як і при вирішенні низки інших проблем зворотної дії кримінального закону в часі, рішення має базуватися на розумінні того, що повноваження держави на притягнення особи до кримінальної відповідальності визначається і змінюється законом. Зміна ж закону, як вже зазначалося, змінює так повноваження держави у вже існуючих правовідносинах. Саме такий підхід, на моє переконання, дозволяє виробити теоретичну модель дії в часі «проміжного» кримінального закону, яка матиме юридичне, а не морально-етичне обґрунтування, і яка, згодом, зможе бути втілена у законодавчу форму.

Очевидно, що оскільки, за визначенням, «проміжним» кримінальним законом є закон, що був чинним між моментом вчинення злочину і моментом винесення вироку, то він може мати місце лише в період існування правовідношення кримінального переслідування. Якщо у цей період набуває чинності новий закон, який скасовує повноваження держави на притягнення особи до кримінальної відповідальності чи змінює його таким чином, що держава стає повноважною накладати на особу більш м'які заходи відповідальності, цей закон, як такий, що має матеріальну підставу для зворотної дії в часі і підпадає під формальну (ч. 1 ст. 5 КК України), має зворотню дію в часі, тобто на його підставі визначають повноваження в існуючих правовідносинах кримінального переслідування.

Таким чином, набуття чинності законом, який декриміналізує вчинене особою діяння чи пом'якшує кримінальну відповідальність за нього, впливає на повноваження держави в уже існуючих правовідносинах кримінального переслідування. Такий закон або скасовує це повноваження (у випадку скасування кримінальної відповідальності), або змінює його таким чином, що держава отримує повноваження призначити покласти на особу правообмеження у меншому розмірі (у випадку пом'якшення кримінальної відповідальності). Очевидно, що при скасуванні повноваження держави на притягнення особи до відповідальності зникає зміст правовідношення, а, отже, саме правовідношення припиняється, при зміні ж повноваження держави правовідношення продовжує існувати, але вже з іншим змістом.

Закон же, яким скасовується проміжний закон, і діяння знову визнається злочином чи посилюється кримінальна відповідальність за таке діяння, не відновлює припиненого правовідношення і не змінює існуючого. Такий закон, у відношенні до проміжного закону, є більш суворим, а тому він не може мати зворотної дії, не може змінювати ті повноваження держави на притягнення особи до кримінальної відповідальності, які визначені «проміжним» законом. Він не діє щодо такого правовідношення, оскільки для цього немає ні матеріальних, ні формальної підстави. Слід погодитися з Е. Т. Борисовим у тому, що закон, який скасовує чи пом'якшує кримінальну відповідальність,

одного разу набувши чинності, зберігає свою дію щодо всіх діянь, які входять до кола його юрисдикції, причому як тих, щодо яких він має пряму дію, так і тих, щодо яких він має зворотну дію¹.

Як влучно висловився М. С. Таганцев, з моменту набуття чинності законом, який декриміналізував діяння, повноваження держави на притягнення особи до кримінальної відповідальності померло, а померлі не оживають². Так само померло і не може бути реанімовано право держави на призначення покарання більш суворого, ніж те, яке було передбачене «проміжним» кримінальним законом. Новий закон, більш суворий, ніж проміжний, має лише пряму дію.

Виходячи з викладеного, можна зробити висновок, що матеріальні підстави зворотної дії в часі «проміжного» кримінального закону нічим не відрізняються від матеріальних підстав зворотної дії досі чинного закону. Єдина їх особливість у тому, що вони, ставши у свій час причиною надання законів зворотної сили, вже не існують на момент прийняття рішення у справі.

Таким чином, об'єктивно «проміжний» кримінальний закон чинить вплив на існуючі правовідносини кримінального переслідування, який полягає у зміні чи скасуванні повноваження держави у цих правовідносинах. При цьому наявність і зміст цього впливу зовсім не залежить від якої б то не було констатації з боку самої держави чи суду. Саме тому, попри втрату чинності «проміжним» кримінальним законом на момент винесення судом вироку чи прийняття рішення у справі органом державного кримінального переслідування, він повинен визнаватися таким, що має зворотну дію, оскільки така дія вже відбулася до цього моменту.

Визнання зворотної дії в часі «проміжного» кримінального закону не суперечить і положенням ч. 1 ст. 58 Конституції України. Конституція надає зворотну дію кожному закону, прийнятому після вчинення діяння, якщо він пом'якшує чи скасовує відповідальність особи. Про те, що такий закон з часом може втратити зворотну дію, якого Конституція не застерігає. Як не застерігає вона й того, чи є закон, який має зворотну дію, чинним на момент прийняття рішення у справі, чи вже втратив чинність.

Що ж до формальної підстави зворотної дії в часі проміжного кримінального закону, то нею, як і в будь-якому іншому випадку, може бути лише колізійний кримінально-правовий припис. І це визнається законодавством деяких зарубіжних країн. Причому, в даному

¹ Див.: Уголовный закон и преступление / Э. Т. Борисов, О. В. Корягина, И. Б. Степанова, Э. С. Тенчов, Т. М. Явчуновская. Под ред. Э. С. Тенчова – Иванова: Ивановский государственный университет, 1997. – С. 23.

² Див.: Таганцев Н. С. Русское уголовное право: Лекции. Часть Общая. В 2 т. – Т. 1. – И.: Наука, 1994. – С. 121.

питанні очевидно намітилося два підходи. Одні держави прямо вказують у колізійному приписі на надання зворотної дії «проміжному» кримінальному закону. Так, згідно з ч. 2 ст. 2 КК Болгарії, «якщо до вступу вироку в законну силу будуть ухвалені закони, що передбачають різні за своєю тяжкістю покарання, то застосовується той закон, який є найбільш сприятливим для винуватого»¹; згідно з ч. 3 ст. 3 КК Грузії, «якщо з часу вчинення злочину до часу винесення вироку кримінальний закон змінювався неодноразово, застосовується найбільш м'який закон»².

В інших же країнах зворотна дія «проміжного» кримінального закону в колізійному приписі спеціально не застережується, однак недвозначно впливає з його змісту. Зокрема, згідно з ч. 2 ст. 1 Кримінального кодексу Голландії, «якщо до закону були внесені зміни після того, як було вчинено правопорушення, повинні застосовуватися положення більш сприятливі для обвинуваченого»³. Згідно з ч. 3 § 2 КК ФРН, «якщо закон, який діяв у момент закінчення діяння, змінюється перед прийняттям рішення, то повинен застосовуватися найбільш м'який закон»⁴; За § 1 ст. 4 КК Польщі, «слід застосовувати раніше чинний закон, якщо він є більш сприятливим для винуватого»⁵. Попри те, що в цьому формулюванні про дію в часі «проміжного» кримінального закону нічого не говориться, польська кримінально-правова наука під більш сприятливим раніше чинним законом (а таке ж формулювання дослівно містилося і в ст. 2 раніше чинного КК Польщі⁶) завжди розуміла не лише закон, чинний під час вчинення злочину, а й проміжний закон⁷.

Проблему закріплення у національному кримінальному законодавстві спеціальних положень про зворотну дію в часі проміжного

¹ Уголовный кодекс Республики Болгария / Ред. кол.: А. И. Лукашов (науч. ред.) и др.; Пер. с болг. Д. В. Милушев, А. И. Лукашов; Вступ. ст. И. И. Айдаров – Минск: Тесей, 2000. – С. 15.

² Уголовный кодекс Грузии / Науч. ред. З. К. Бигвава, вступ. ст. В. И. Михайлова, обзорн. ст. О. Гамкредидзе. Пер. с грузинск. И. Мериджанавили – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002 – С. 82–83.

³ Уголовный кодекс Голландии / Научн. ред. Б. В. Волженкин, пер. с англ. И. В. Мироновой – СПб.: Юридический центр Пресс, 2000. – С. 37.

⁴ Уголовное законодательство зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии, Японии). Сборник законодательных материалов. / Под ред. И. Д. Козочкина – М.: Зерцало, 1998. – С. 248.

⁵ Уголовный кодекс Республики Польша / Пер. с польск. Д. А. Барилевич и др.; Адапт. пер. с польск. и науч. ред. Э. А. Саркисова, А. И. Лукашов; Под общ. ред. Н. Ф. Кузнецовой – Минск: Тесей, 1998 – С. 8.

⁶ Див.: Kodeks karny. Kodeks postępowania karnego. Kodeks karny wykonalczy. – Warszawa: Wydawnictwo prawniczy, 1989. – S. 3.

⁷ Andreew I. Polskie prawo karne w zarysie. – Warszawa, 1961. – S. 61.

кримінального закону обговорюють і російські криміналісти¹. На мій погляд, є всі підстави для постановки питання про спеціальне закріплення формальної підстави зворотної дії «проміжного» кримінального закону і в КК України. Очевидно, що з прийняттям та набуттям чинності КК України 2001 р., процес удосконалення кримінального закону ще не завершено. А тому цілком можливе внесення змін до нього, у тому числі й пов'язаних з визначенням зворотної дії в часі «проміжного» кримінального закону. Видається, що з урахуванням вищевикладеного положення про зворотню дію «проміжного» кримінального закону, могло б бути так сформульоване у КК України, наприклад, у виді ч. 4 ст. 5: «Закон, який відповідно до частини першої цієї статті має зворотню дію, не втрачає її і після втрати ним чинності».

4.5. Межі зворотної дії кримінального закону в часі

Під межами дії закону в правознавстві звичайно розуміється коло юридичних фактів, що породжують правовідносини, в яких такий закон визначає юридичний зміст². В науці кримінального права прийнято визначати межі дії закону у просторі та в часі³. При цьому під межами дії кримінального закону в просторі розуміються межі територій, у разі вчинення злочину на яких кримінальні правовідносини будуть породжуватися в результаті дії саме цього кримінального закону. Відповідно межами дії кримінального закону в часі визнаються початковий та кінцевий момент певного проміжку часу, вчинення злочину протягом якого породжує кримінальні правовідносини в результаті дії того ж кримінального закону.

Просторові межі зворотної дії кримінального закону в часі, як і просторові межі його прямої дії визначені статтями 6, 7 та 8 КК України⁴. Вони є універсальними і рівним чином стосуються обох

¹ Див., наприклад: *Бражнік А. Е.* Действие «промежуточного» уголовного закона // *Право.* – 1997. – № 1 – С. 31–38; *Якубов А.* Действие «промежуточного» уголовного закона // *Российская юстиция.* – 1998. – № 8. – С. 11.

² *Бахрах Д. Н.* Действие правовой нормы во времени // *Советское государство и право.* – 1991. – № 2. – С. 12.

Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник для юрид. вузів і фак. / *М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов* та ін. За ред. *М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація.* – К.–Х.: Юрінком Інтер – Право, 2001. – С. 50–64.

⁴ Вище вже вказувалося на термінологічну невиваженість статей 6, 7 та 8 КК України, в назвах яких вживається термін «чинність» кримінального закону у просторі. Адже, чинність – це категорія, яка стосується існування закону в часі, вона має початковий і кінцевий моменти в часі, це період

названих видів дії кримінального закону в часі. Відповідно до ст. 6 КК України, кримінальний закон України діє щодо всіх кримінальних правовідносин, породжених юридичним фактом (злочином), який мав місце на території України. Відповідно ж до статей 7 та 8 КК України, кримінальний закон України діє також щодо кримінальних правовідносин, які виникли внаслідок юридичного факту (злочину), що мав місце поза межами України, якщо: цей злочин був вчинений громадянином України чи особою без громадянства, яка постійно проживає в Україні, або якщо іноземцем чи особою без громадянства, яка постійно не проживає в Україні, вчинено за межами України злочин, який України повноважна переслідувати відповідно до міжнародного договору, чи особливо тяжкий злочин проти прав і свобод громадян України або інтересів України.

Оскільки щодо кримінальних правовідносин, які виникли в названих просторових межах, кримінальний закон України може мати пряму дію, так само щодо них він може мати і зворотню дію. Тому жодних особливостей просторових меж зворотної дії кримінального закону, порівняно з просторовими межами його прямої дії, не спостерігається. З огляду на це, просторові межі зворотної дії кримінального закону в часі у цьому дослідженні далі не розглядаються. Що ж стосується часових (темпоральних) меж зворотної дії кримінального закону в часі, то їх визначення має, на мою думку, неабияку актуальність, як з огляду на відому дискусійність цієї проблеми в науці, так і з причин законодавчого закріплення особливостей темпоральних меж саме зворотної дії кримінального закону в часі.

Будь-які темпоральні межі, у тому числі й межі зворотної дії кримінального закону в часі, визначаються двома моментами. Перший з них – це початковий момент (нижня межа дії закону в часі), другий – кінцевий момент (верхня межа дії закону в часі). Виникнення юридичного факту (вчинення злочину) між цими двома межами саме і є підставою для зворотної щодо нього дії кримінального закону. Не викликає сумніву, що стосовно зворотної дії кримінального закону в часі верхньою, кінцевою межею такої дії є момент набуття чинності кримінальним законом, який її має. Вчинення злочину після цього моменту унеможливорює зворотню дію кримінального закону, оскільки відносно такого злочину цей закон матиме пряму дію. Що ж стосується нижньої, початкової часової межі зворотної дії кримінального закону, то її встановлення часто викликає певні труднощі. Виникає,

«життя» закону. Що ж стосується визначення на підставі того чи іншого кримінального закону правових наслідків вчинення злочину на певній території, то це охоплюється поняттям «дія» кримінального закону. Отже, слід, на мою думку, уточнити термінологію назв статей 6, 7 та 8 КК України, замінивши в них термін «чинність» терміном «дія».

зокрема, питання: як «далеко» назад діє кримінальний закон? Відповідь на це питання залежить від розуміння самої сутності зворотної дії кримінального закону як зміни повноваження держави в уже існуючому кримінальному правовідношенні. Кримінальний закон, як зазначалося, не може мати зворотної дії, якщо на момент набуття ним чинності не існує таке, що вже виникло і ще не припинилося кримінальне правовідношення. Виходячи з цього, нижньою, початковою часовою межею зворотної дії кримінального закону в часі має бути визнаний момент виникнення того чи іншого конкретного кримінального правовідношення, яке ще існує на момент набуття чинності даним кримінальним законом.

Такі висновки, хай і не прямо, але підтримуються більшістю криміналістів. Дискусії ж, в основному, точаться навколо того, на якій стадії розвитку має перебувати кримінальне правовідношення (у широкому сенсі) для того, щоб новий кримінальний закон міг мати щодо нього зворотню дію в часі. У радянській кримінально-правовій науці часто вважалося, що кримінальний закон може мати зворотню дію в часі лише стосовно тих кримінальних правовідносин, які перебувають ще на стадії кримінального переслідування, тобто в яких ще не набув законної сили вирок суду¹. Значно раніше В. Спасович зазначав: «Якщо закон (мається на увазі закон, який скасовує або пом'якшує кримінальну відповідальність.— Ю. П.) видано після винесення остаточного вироку, то, оскільки постановленням вироку закінчується діяльність суду, його пом'якшення чи скасування можуть бути здійснені лише у виді помилування верховною владою»².

М. І. Блум та деякі інші криміналісти допускали можливість зворотної дії кримінального закону щодо правовідносин, які вже перебувають на останній стадії розвитку – стадії виконання постановленого вироку, лише якщо законодавець спеціально зазначить це при прийнятті такого закону³. Серед криміналістів XIX ст. таку ж позицію

¹ Тилле А. А. Время, пространство, закон. Действие советского закона во времени и в пространстве.— М.: Юрид. лит., 1965.— С. 83; Шаргородский М. Д. Уголовный закон.— М.: Юриздат, 1948.— С. 226.

² Спасович В. Учебник уголовного права. Том I (Выпуск первый).— СПб.: В типографии Юсафата Огрызко, 1863.— С. 74.

³ Див.: Блум М. И. Вопросы действия советского уголовного закона во времени // Ученые записки Латвийского государственного университета.— Том 44: Юридические науки.— Вып. 4: Вопросы уголовного права и процесса.— Рига: Латв. гос. ун-т им. Петра Стучки, 1962.— С. 40. У більш пізній своїй роботі М. І. Блум відзначила, що питання про надання зворотної дії кримінальному закону щодо тих правовідносин, в яких вже відбувається реалізація державою повноваження покласти на особу, яка вчинила злочин, кримінальну відповідальність, повинно бути вирішене не лише з урахуванням інтересів осіб, що відбувають покарання, а в першу чергу виходячи

займав, наприклад, О. Ф. Кістяківський, на думку якого «новий більш м'який закон застосовується не лише до тих дій, над якими суд ще не звершений, але й до тих, відносно яких вже відбувся вирок; останній повинен бути видозмінений згідно з новим законом. Йдучи логічно, треба визнати за правило, що такий закон слід застосовувати і до тих засуджених, які вже відбувають покарання у виді позбавлення волі. Про таке застосування необхідна лише спеціальна згадка в самому законі»¹.

Інша позиція, яка полягала у тому, що кримінальний закон має зворотню дію щодо кримінального правовідношення незалежно від стадії його розвитку, знайшла менше прихильників, але, все ж, також іноді підтримувалася. Наприклад, С. Будзинський писав, що «засади застосування менш суворого закону повинні мати вплив не лише під час винесення вироку, а й при виконанні його, якщо покарання може бути зменшене чи якщо справа стосується усунення додаткового покарання (наприклад, позбавлення певних прав) тощо»². А. Чишиєв і Ю. Подуляський зауважували, що «застосування цього принципу (зворотної дії кримінального закону в часі.— Ю. П.) при розгляді в суді дій, вчинених до видання нового закону, а також стосовно осіб, які на момент видання нового закону відбувають покарання, не викликає сумнівів»³. На думку естонських криміналістів, зворотна дія кримінального закону поширюється на весь кримінальний процес — від моменту порушення кримінальної справи до погашення чи зняття судимості⁴, тобто — на все кримінальне правовідношення (у широко-

з інтересів держави: «законодавець повинен враховувати кількість осіб, що підлягають одночасному звільненню, дані про їх виправлення, повинен прогнозувати можливе зростання злочинності і лише на цій підставі вирішувати питання про можливість чи неможливість поширення на цих осіб нових, більш м'яких законів» (Див.: Блум М. И. Пределы обратной силы более мягкого уголовного закона // Правовые исследования: Сб. научн. статей, посвященный 70-летию Т. В. Церетели — Тбилиси: Мецниереба, 1977 — С. 50) Див. також: Курс советского уголовного права. Общая часть.— Т. I / М. Д. Шаргородский, И. И. Солодкин, С. А. Домахин и др. Отв. ред. Н. А. Беляев и М. Д. Шаргородский — Л.: Изд-во Ленинград. ун-та, 1968 — С. 117—118.

¹ Кістяковській А. Ф. Элементарный учебник общего уголовного права с подробным изложением начал русского уголовного законодательства.— К.: Издание Книгопродавца-Издателя Ф. А. Югансона, 1891 — С. 178—179.

² Будзинський С. Начала уголовного права.— Варшава: Главный складъ въ книжныхъ магазинахъ Кожанчикова въ С. Петербургѣ, Варшавѣ и Казани, 1870.— С. 42.

³ Чишиєв А., Подуляський Ю. Обратная сила уголовных законов // Социалистическая законность.— 1957.— № 8.— С. 58.

⁴ Уголовный кодекс Эстонской ССР, комментированное издание / К. Паас, Э. Раал, И. Ребане и др. Под ред. И. Ребане — Таллинн: Ээсти Раамат, 1968 — С. 16.

му сенсі) – від моменту його виникнення до моменту його закінчення. Таку ж позицію займав і Г. З. Анашкін¹.

Існування останньої позиції збагатило кримінально-правову науку поняттями «проста» та «ревізійна» зворотна дія кримінального закону². «Простою» зворотною дією пропонувалося називати дію кримінального закону щодо правовідношення, яке ще перебуває на стадії кримінального переслідування; «ревізійною» – таку зворотню дію кримінального закону, яка має місце у правовідношеннях, в яких вже постановлено вирок, коли покладена на особу реальна кримінальна відповідальність «ревізується», переглядається на предмет приведення її у відповідність до тієї потенційної, що передбачена новим законом.

Диференційовано підходив до визначення стадій розвитку кримінального правовідношення, щодо якого кримінальний закон може мати зворотню дію, Е. Я. Немировський. На його думку, «новий закон, що набув чинності після остаточного вирішення справи, підлягає застосуванню до засудженого лише в тому випадку, коли він скасовує караність даного виду злочину» і не підлягає застосуванню, якщо він пом'якшує кримінальну відповідальність³. Тобто, Е. Я. Немировський вважав: якщо закони, які скасовують кримінальну відповідальність мають зворотню дію незалежно від стадії розвитку кримінального правовідношення, то закони, які пом'якшують таку відповідальність мають зворотню дію, лише якщо кримінальне правовідношення ще перебуває на стадії кримінального переслідування.

Пленум Верховного Суду РРФСР ще у 1925 р. у рішенні у справі громадянина Петрова-Лазути висловився на користь звільнення від покарання осіб, засуджених за декриміналізовані діяння⁴. Однак

¹ Новое уголовное законодательство РСФСР: Материалы научной сессии, посвященной Закону о судостроительстве, Уголовному и Уголовно-процессуальному кодексам, принятым на третьей сессии Верховного Совета РСФСР пятого созыва – М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1961 – С. 183–184.

² Див.: Уголовное право. Общая часть: Учебник для вузов / М. И. Ковалев, И. Я. Козаченко, З. А. Незнамова и др. Под ред. И. Я. Козаченко и З. А. Незнамовой – М.: ИНФРА-М-НОРМА, 1998. – С. 36; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации с постановками материалами и судебной практикой / В. Д. Боровиков, О. Л. Дубовик, А. Э. Жагинский и др. Под общ. ред. С. И. Никулина. – М.: Менеджер; Юрайт, 2001. – С. 35–36; Уголовное право. Общая часть: Учебник / В. Г. Беляев, А. И. Бойко, Н. И. Ветров и др. Под ред. В. Н. Петрашева – М.: ПРИОР, 1999 – С. 79.

³ Немировский Э. Я. Учебник уголовного права. Общая часть – Одесса: Издательство Акционерного Южно-Русского Общества Печатного Дѣла, 1919. – С. 27.

⁴ Разъяснения и постановления пленума Верховного Суда РСФСР от 15 июня 1925 г. (прот. № 9) // Еженедельник советской юстиции. – 1925. – № 27. – С. 951–952.

така практика вищих судових органів СРСР у той час не відзначалася послідовністю. Той же пленум Верховного Суду РРФСР у роз'ясненні від 21 квітня 1924 р. зазначив, що «новий закон не має сили для справ, вже остаточно вирішених»¹. Пізніше судова практика твердо стала на шлях незастосування кримінальних законів, що мають зворотну дію, щодо кримінальних правовідносин, в яких вже постановлено вирок, якщо лише про таке застосування немає спеціальної вказівки законодавця у самому кримінальному законі.

Такий плюралізм доктринальних тлумачень та неоднозначність правозастосовної практики були викликані, вважаємо, недостатньою чіткістю визначення у вітчизняних кримінальних законах їх часових меж зворотної дії в часі. Що ж стосується зарубіжних країн, в їхніх кримінальних законах також, у переважній більшості, не визначалися часові межі зворотної дії кримінального закону. Ті ж кримінальні закони, які визначають часові межі їх зворотної дії, можна поділити на дві групи.

Першу групу становлять Кримінальні кодекси тих країн, в яких прямо застережено, що кримінальний закон має зворотну дію щодо правовідношення, яке ще перебуває на стадії кримінального переслідування. Так, відповідно до ч. 2 ст. 2 КК Болгарії, «якщо до набрання вироком законної сили (курсив мій.— Ю. П.) будуть прийняті закони, що передбачають різні за своєю тяжкістю покарання, то застосовується той закон, який є найбільш сприятливим для винуватого»². Відповідно до ч. 2 ст. 12 КК КНР, «якщо перед набуттям чинності цим Кодексом (мається на увазі ті його положень, які пом'якшують або скасовують кримінальну відповідальність — Ю. П.) відповідно до законів того часу (часу вчинення злочину.— Ю. П.) вже набув чинності винесений вирок, він залишається в силі»³. Частина 3 ст. 112-1 КК Франції передбачає, що «нові положення поширюються на злочинні діяння, вчинені до їх введення в дію за відсутності вироку, що набрав законної сили, якщо вони менш суворі, ніж положення, що раніше діяли»⁴.

Другу групу становлять Кримінальні кодекси тих країн, в яких

¹ *Сангур И.* Обратное действие уголовного закона // Еженедельник советской юстиции — 1925 — № 50—51 — С. 1533.

² Уголовный кодекс Республики Болгария / Пер. с болг. *Д. В. Милушев, А. И. Лукашов.* Ред. кол. *А. И. Лукашов* и др.; Вступ. ст. *И. И. Айдаров.* — Минск: Тесей, 2000 — С. 15.

³ Уголовный кодекс Китайской Народной Республики // Под ред. *А. И. Коробеева.* Пер. с китайского *Д. В. Вичикова.* — СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. — С. 18—19.

⁴ Новый Уголовный кодекс Франции — М.: Юридический колледж МГУ, 1993. — С. 6.

прямо застерігається, що кримінальний закон може мати зворотну дію щодо кримінального правовідношення незалежно від стадії, на якій воно становлять. Такі положення передбачені, зокрема, у пункті 4 розділу 2 Кримінального закону Ізраїлю, згідно з яким: «у випадку, коли забороненість злочину анульована після його вчинення, кримінальна відповідальність за його вчинення має припинитися; процес, який був початий, має припинитися; якщо вирок постановлений, його виконання має бути припинене; і наслідки, які випливають із засудження, більше не повинні існувати». Пункт 5 розділу 2 цього ж Закону містить аналогічні положення щодо часових меж зворотної дії кримінального закону, який пом'якшує кримінальну відповідальність¹. Відповідно до ч. 2 ст. 2 КК Іспанії, «закон, що поліпшує становище особи, має зворотну силу, хоч би вирок був винесений і приведений у виконання»². Відповідно до ч. 3 ст. 1 КК Південної Кореї, «коли закон змінений після того, як вирок за злочин, який вчинено згідно із законом, став остаточним, і такі дії таким чином більше не визнаються злочином, виконання покарання повинно бути прощене»³. Подібного змісту положення містяться також у КК Киргизстану⁴, Кримінальному законі Латвійської Республіки⁵, у КК Польщі⁶, КК Російської Федерації⁷, КК Узбекистану⁸ та кримінальних законах деяких інших країн.

До другої групи примикає і КК України, ч. 1 ст. 5 якого встановлює, що кримінальний закон, який має зворотну дію в часі, «поширю-

¹ Penal Law of Israel (626/1996): Unofficial English Translation // <http://wings.buffalo.edu/law/bclc/israeli.htm>

² Уголовный кодекс Испании / Пер. с исп. В. П. Зыряновой и Л. Г. Шнайдер. Под ред. и с предисл. Н. Ф. Кузнецовой и Ф. М. Решетникова. – М.: ЗЕРЦАЛО, 1998. – С. 11.

³ Criminal Code of the Republic of Korea // http://www.dci.sppo.go.kr/laws/crimco_e.htm

⁴ Див.: Уголовный кодекс Кыргызской Республики / Предисл. А. П. Стуканова и П. Ю. Константинова. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 44.

⁵ Уголовный закон Латвийской Республики / Адапт. пер. с латв., науч. ред. и вступ. ст. А. И. Лукашова и Э. А. Саркисовой. – Минск: Тесей, 1999. – С. 25.

⁶ Уголовный кодекс Республики Польша / Пер. с польск. Д. А. Баршлович. и др.; Адапт. пер. с польск. и науч. ред. Э. А. Саркисова, А. И. Лукашов; Под общ. ред. Н. Ф. Кузнецовой – Минск: Тесей, 1998 – С. 8.

⁷ Уголовный кодекс Российской Федерации: принят Государственной Думой 24 мая 1996 г. // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1996. – № 25. – Ст. 2954.

⁸ Уголовный кодекс Республики Узбекистан (с изменениями и дополнениями на 15 июля 2001 г.) / Вступ. ст. Р. Х. Рустамбаева, А. С. Якубова, З. Х. Гулямова – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001 – С. 59.

ється на осіб, що вчинили відповідні діяння до набрання таким законом чинності, у тому числі на осіб, які відбувають покарання або відбули покарання, але мають судимість». Очевидно, що таким формулюванням законодавець спеціально підкреслив, що закон має зворотню дію як щодо тих кримінальних правовідносин, які перебувають на стадії кримінального переслідування, так і щодо тих, які вже пройшли стадію кримінального правовідношення у вузькому сенсі і перебувають на стадії реалізації державою свого повноваження у формі застосування до особи, яка вчинила злочин, таких заходів кримінальної відповідальності, як покарання чи судимість. Така позиція українського законодавця, попри її принципову схвальність, не може не викликати і певних зауважень.

Спеціально зауважуючи, що кримінальний закон може мати зворотню дію в часі щодо правовідносин, в яких особа відбуває покарання або відбула покарання, але має судимість, законодавець, тим самим, дещо обмежує коло правовідносин, в яких такий закон може мати зворотню дію. Сказане стосується тих кримінальних правовідносин, в яких держава відмовилася від реалізації призначеного особи покарання, звільнивши її від його відбування з випробуванням (статті 75, 79 та 104 КК України). У згаданих випадках особі встановлюється іспитовий строк тривалістю, відповідно, від одного до трьох років (ч. 3 ст. 75 КК України) або у межах строку, на який згідно із законом жінку може бути звільненого від роботи у зв'язку з вагітністю, пологами і до досягнення дитиною семирічного віку (ч. 1 ст. 79 КК України). Ці строки, як уже зазначалося, є одним із заходів кримінальної відповідальності, а тому їх пом'якшення також створює матеріальну підставу для зворотної дії кримінального закону в часі. Водночас, ч. 1 ст. 5 КК України таку дію ускладнює, оскільки говорить лише про осіб, які відбувають покарання або відбули покарання, але мають судимість. Зрозуміло, що аналізовані заходи кримінальної відповідальності не є покаранням, а особи, що їм піддані, хоч і мають протягом випробувальних строків судимість (пункти 1 і 2 ст. 89 КК України), однак ця судимість не є результатом відбуття покарання, як про те говорить ч. 1 ст. 5 КК України.

З огляду на це та з метою уникнення неоднозначного тлумачення положень ч. 1 ст. 5 КК України, у правозастосовній практиці, видаляється за доцільне виключити з неї слова «виступили покарання, але». У такому разі, з урахуванням інших запропонованих вище змін до ч. 1 ст. 5 КК України, вона могла б набути такого виду: «Кримінальний закон, який скасовує або пом'якшує кримінальну відповідальність, має зворотню дію в часі, тобто поширюється на осіб, які вчинили злочини до набрання таким законом чинності, у тому числі на осіб, які відбувають покарання або мають судимість».

Виходячи з викладеного, можна зробити висновок, що часові межі

зворотної дії кримінального закону в часі, нижньою з яких є момент виникнення кримінального правовідношення, а верхньою – момент набуття чинності кримінальним законом, не залежать від того, на якій стадії розвитку перебуває те кримінальне правовідношення, щодо якого кримінальний закон може мати зворотну дію. Це може бути як стадія кримінального переслідування (у такому разі кримінальний закон має так звану «просту» зворотну дію), так і стадія кримінально-виконавчого правовідношення, коли закон вже має так звану «ревізійну» зворотну дію. При цьому на стадії кримінально-виконавчого правовідношення кримінальний закон може мати зворотну дію незалежно від того, виконання якого заходу кримінальної відповідальності відбувається: покарання (у тому числі й таких заходів, як умови звільнення від нього), випробувальних строків при звільненні від покарання чи судимості. У кожному випадку, кримінальний закон матиме зворотну дію за наявності матеріальної та формальної підстави до того.

Важливим для визначення часових меж зворотної дії кримінального закону є лише встановлення того, що кримінальне правовідношення на момент набуття таким законом чинності, з тих чи інших причин (в силу його повної реалізації чи достроково) не припинилося. У протилежному разі даний закон вже не може мати зворотної дії щодо цього правовідношення, оскільки, за означенням, зворотна дія – це зміна повноваження держави в існуючому кримінальному правовідношенні. З того ж моменту, коли воно припинилося, припинилося і відповідне державне повноваження, як одна із складових його змісту. Тому це повноваження не може бути й змінене. На цей аспект визначення часових меж зворотної дії кримінального закону в часі справедливо вказав в одному зі своїх рішень Конституційний Суд України: «дія закону та іншого нормативно-правового акта не може поширюватися на правовідносини, які виникли і закінчилися до набрання чинності цим законом або іншим нормативно-правовим актом»¹.

Це положення має принципове значення. Воно є слухним як щодо всього кримінального правовідношення, так і щодо окремих заходів кримінальної відповідальності, які держава може реалізувати у цьому правовідношенні. Оскільки зворотна дія кримінального закону є не зміною того, що було законно здійснено до набуття ним чинності, а новим визначенням того, що має бути здійснено у майбутньому, то заходи кримінальної відповідальності, які на момент набуття зако-

¹ У справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (справа про податки): Рішення Конституційного Суду України 5 квітня 2001 року // Вісник Конституційного Суду України. – 2001. – № 2. – С. 19–22.

ном чинності повністю або частково реалізовані, не можуть бути скасованими. Тобто, жодна компенсація з боку держави тих заходів кримінальної відповідальності, які були законно застосовані нею до особи, яка вчинила злочин, до набуття новим законом чинності, не допускається. У зв'язку з цим не можна погодитися з думкою В. Малкова та А. Рамазанова, які пишуть, що, в разі пом'якшення кримінальної відповідальності шляхом виключення з санкції покарання у виді конфіскації майна, «конфісковане майно повинно бути повернене засудженим в натурі, а якщо це неможливо, повинна бути відшкодована його вартість»¹.

Видається, що правильною була позиція Пленуму Верховного Суду СРСР, сформульована ним ще у 1964 р.: у тих випадках, коли вирок в частині конфіскації майна або штрафу до набуття чинності законом, яким ці покарання не передбачені, був виконаний, отримане майно та гроші поверненню не підлягають². Такої ж позиції дотримувався і український законодавець при прийнятті КК України 2001 р. У пункті 8 розділу II Прикінцевих і перехідних положень передбачається: «Не приводити у виконання вироків судів в частині конфіскації майна і стягнення штрафу, якщо до набрання чинності цим Кодексом конфісковане майно не було вилучене і реалізоване, а штраф не був стягнутий у разі, якщо за даний злочин цим Кодексом конфіскація майна і накладення штрафу не передбачені». Тобто, законодавець визначив, що не виконуються лише не виконані покарання у виді штрафу чи конфіскації майна. Якщо ж такі покарання на момент набуття новим КК чинності вже були виконані, сплачені суми штрафу та конфісковане майно не підлягають поверненню.

Такий підхід в принципі є правильним і має бути розширений: ті заходи кримінальної відповідальності, які до набуття чинності новим кримінальним законом були законно реалізовані, не можуть бути скасовані і на реалізацію державою цієї частини свого повноваження в кримінальному правовідношенні зворотна дія кримінального закону не поширюється.

Викладене, таким чином, дозволяє зробити висновок, що кінцевою («верхньою») часовою межею зворотної дії кримінального закону є момент набуття таким законом чинності, оскільки щодо право-

¹ Малков В., Рамазанов А. Обратная сила закона по делам о хищениях // Российская юстиция. – 1997 – № 4. – С. 17.

² О судебной практике по применению ст. 2 Закона СССР от 25 декабря 1958 г. «Об утверждении Основ Уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик»: Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 22 декабря 1964 г. // Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР (1924–1977 гг.). – Часть 2. – М.: Известия Советов народных депутатов СССР, 1978. – С. 66, 67.

відносин, які виникнуть після цього, такий закон буде мати пряму дію. Початковою ж («нижньою») межею зворотної дії кримінального закону слід визнавати той момент, у який виникло будь-яке кримінальне правовідношення, що існує на момент набуття таким законом чинності, незалежно від стадії його розвитку.

4.6. Кримінально-правові наслідки зворотної дії кримінального закону в часі

Логіка наукового дослідження вимагає повноти аналізу всіх аспектів порушених проблем. Очевидно, що розгляд питання про те, що є зворотною дією кримінального закону, які її підстави та межі, зумовлює й постановку питання про те, що ж буде в результаті того, що той чи інший закон з певних підстав у певних межах отримає зворотню дію, тобто: якими є кримінально-правові наслідки зворотної дії кримінального закону? Слід, однак, зазначити, що проблемі кримінально-правових наслідків зворотної дії кримінального закону досі не приділено належної уваги криміналістами. Очевидно, саме тому ці наслідки досить фрагментарно відображені і в КК України. У чинному кримінальному законі вирішується лише питання про кримінально-правові наслідки зворотної дії закону, що декриміналізує діяння (ч. 2 ст. 74 КК України), та закону, що пом'якшує покарання (ч. 3 ст. 74 КК України). Що ж до інших законів, які можуть мати зворотню дію, то питання про її наслідки законодавець залишає відкритим.

Видається, що кримінально-правові наслідки зворотної дії кримінального закону мають визначатися залежно від того, якими є матеріальні підстави для такої дії. Справді, декриміналізація діяння, розширення підстав для звільнення від кримінальної відповідальності та пом'якшення кримінальної відповідальності хоч і є у кожному разі проявом обмеження каральної влади держави, однак, як було показано вище, досить різняться за своєю юридичною природою. Тож цілком логічно, що різними можуть бути і кримінально-правові наслідки зворотної дії кримінального закону за кожною з названих матеріальних підстав.

Відповідно до ч. 2 ст. 74 КК України, «особа, засуджена за діяння, караність якого законом усунена, підлягає негайному звільненню від призначеного судом покарання». Очевидно, що, незважаючи на відсутність у законодавстві спеціальних положень про це, не буде притягнута до кримінальної відповідальності за таке ж діяння і особа, кримінальна справа якої перебуває на стадії попереднього слідства чи у суді чи навіть взагалі ще не порушена. Проте, відсутність таких положень є, на мій погляд, суттєвим недоліком чинного КК України. Їх відсутність зумовлює питання: на що, на які положення повинні посылатися у своєму рішенні органи кримінального переслі-

дування чи суд, коли вони не притягують до кримінальної відповідальності особу у разі декриміналізації скоєного нею діяння? Судова і слідча практика традиційно йшла шляхом посилянй безпосередньо на ч. 1 ст. 5 КК України (ч. 2 ст. 6 КК України 1960 р.).

Такої ж позиції дотримуються і окремі науковці¹.

Однак визнати таку практику доцільною, а, тим паче, законною, на мій погляд, не можна. Вище вже зазначалося, що ч. 1 ст. 5 КК України містить колізійний темпоральний припис. Єдиним її призначенням є орієнтація суду на вибір більш м'якого закону, що набув чинності після вчинення злочину, а не закону, чинного під час вчинення цього злочину. Жодних положень про те, яким чином слід застосувати новий закон, ця стаття не містить, та й, за суттю своєю, містити не повинна. Новий же закон також, як правило, не містить приписів про непритягнення осіб до відповідальності за декриміналізовані ним діяння. Отже, маємо дилему. З одного боку, в чинному законодавстві не міститься жодних положень про непритягнення до кримінальної відповідальності осіб, які ще не засуджені за декриміналізовані діяння, у зв'язку з чим суди та органи кримінального переслідування посилаються на статтю, яка не має жодного відношення до вирішення питання про притягнення до кримінальної відповідальності. З іншого боку, – не притягуючи особу до кримінальної відповідальності за декриміналізоване діяння, суд не може не посилатися на обґрунтування свого рішення на те чи інше положення закону. Слушно писав свого часу П. А. Фейєрбах: «Вирок може лише тоді звільнювати, коли й сам закон звільнює»². Саме тому КК України мав би бути доповнений спеціальними положеннями про непритягнення до кримінальної відповідальності особи, яка вчинила декриміналізоване діяння, і до винесення обвинувального вироку.

Водночас, сформулювати таке положення у КК можна лише за умови визначення юридичної сутності непритягнення до кримінальної відповідальності особи чи припинення відбування покарання особою, яка вчинила декриміналізоване діяння. За цитованими вище положеннями КК України, вони є, за суттю, різновидом звільнення від кримінальної відповідальності. З таким підходом законодавця погодитися, на мій погляд, важко. Втім, в кримінально-правовій літературі ця ідея досить часто підтримується. Хоча існує й інший підхід до розуміння сутності непритягнення до кримінальної відповідальності особи, яка вчинила декриміналізоване діяння.

¹ Хавронюк М., Дячук С. Проблемні питання застосування у кримінальному праві принципу зворотної дії нормативно-правового акту // Підприємцтво, господарство і право – 1999. – № 11. – С. 43.

² Фейєрбах П. А. Уголовное право – СПб.: Въ медицинской типографіи, 1810. – С. 73.

Так, інколи вважається, що зворотна дія закону, що декриміналізує те чи інше діяння, виключає кримінальну відповідальність особи, яка вчинила таке діяння. Ще 1956 р. Й. І. Слущкий висловив думку про те, що зміна закону, якщо внаслідок неї усувається караність діяння, свідчить про відпадання (виключення) суспільної небезпечності та протиправності такого діяння. У зв'язку з цим він відносив дану обставину до тих, що виключають кримінальну відповідальність¹.

Ідея про те, що зворотна дія кримінального закону, який декриміналізує діяння, виключає злочинність останнього, не знайшла широкої підтримки у науці, хоча має окремих своїх прихильників. Зокрема, Т. А. Леснієвські-Костарева та П. С. Матишевський вважають, що при набутті чинності законом, що декриміналізував певне діяння, кримінальна справа за вчинення такого діяння не може бути порушена, а порушена підлягає закриттю за відсутністю в діянні особи складу злочину². Про відсутність складу злочину в декриміналізованому діянні говорить і Ю. Г. Ляпунов, хоча й стверджує при цьому, що особа, яка вчинила таке діяння, підлягає звільненню від кримінальної відповідальності³. Таким чином, позиції Й. І. Слущкого, Т. А. Леснієвські-Костаревої та П. С. Матишевського, розходячись у визначенні підстав виключення кримінальної відповідальності, однак, збігаються, однак, у тому, що зворотна дія закону, що декриміналізує діяння, у будь-якому разі саме виключає кримінальну відповідальність.

Ідея про те, що декриміналізація діяння усуває склад злочину, а, отже, виключає кримінальну відповідальність, була проведена і до законодавства окремих країн. Так, у Російській Федерації в 1991 р. ч. 2 ст. 6 КК РРФСР 1960 р. була доповнена вказівкою на те, що з моменту набрання чинності законом, що усуває злочинність діяння, відповідні діяння, вчинені до набирання таким законом чинності, вважаються такими, що не містять складу злочину⁴. При прийнятті КК РФ 1996 р. російський законодавець відмовився від такого визначення, проте воно знайшло місце у законодавстві інших держав.

¹ Слущкий И. И. *Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность*. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1956. – С. 11–12.

² Лесниевски-Костарева Т. А. *Уголовное право. Словарь-справочник*. – М.: НОРМА-ИНФРА-М, 2000 – С. 217; Матишевський П. С. *Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник*. – К.: Юрінком Інтер, 2000. – С. 47.

³ Ляпунов Ю. *Обратная сила новых уголовно-правовых норм // Законность* – 1994. – № 6. – С. 3.

⁴ О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс РСФСР, Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР и Кодекс РСФСР об административных правонарушениях: Закон РСФСР от 5 декабря 1991 г. // *Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР*. – 1991. – № 52. – Ст. 1867.

Зокрема, положення про те, що декриміналізоване діяння вважається таким, що не містить складу злочину, закріплене у ч. 2 ст. 9 КК Республіки Беларусь, а в ч. 1 ст. 13 КК Республіки Таджикистан встановлюється, що «з моменту набуття чинності закону, який усуває злочинність діяння, відповідне діяння, вчинене до набуття ним чинності, не вважається злочинним»¹.

Переважна ж більшість вчених дотримується позиції, яка, що вже зазначено вище, проведена і до КК України. Згідно з цим підходом зворотна дія закону, що скасовує злочинність того чи іншого діяння, має наслідком звільнення від кримінальної відповідальності чи від подальшого відбування покарання особи, яка вчинила таке діяння. М. І. Блум, наприклад, зауважувала: якщо кримінальний закон скасовує злочинність діяння, то це «тягне звільнення осіб, засуджених за це діяння, від подальшого відбування покарання, а також погашення судимості»². Ю. Д. Северин особливо підкреслює, що таке звільнення «не тягне правових наслідків, пов'язаних з припиненням кримінальної справи за відсутністю складу злочину чи винесенням виправдувального вироку»³.

Дотримуючись такого ж підходу, Б. А. Кирись звертає увагу на те, що чинним кримінально-процесуальним законодавством не передбачена спеціальна підстава закриття (відмови в порушенні) кримінальної справи у зв'язку з декриміналізацією злочину. Він пропонує доповнити ст. 6 КПК України новою нереабілітуючою підставою припинення кримінальної справи – видання закону, що усуває злочинність діяння⁴. Пізніше позицію Б. А. Кирися підтримав В. М. Василяш⁵. Ідея звільнення від кримінальної відповідальності як кримінально-правового наслідку зворотної дії закону, що декриміналізує діяння, також підтримується у законодавстві ряду зарубіжних країн.

¹ Див.: Уголовный кодекс Республики Таджикистан. Закон Республики Таджикистан от 21 мая 2001 года № 574 с изм. и доп. на 1 декабря 2001 года / С предисл. А. В. Федорова – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001 – С. 29.

² Блум М. И. Пределы обратной силы более мягкого уголовного закона // Правовые исследования: Сб. научн. статей, посвященный 70-летию Т. В. Церетели – Тбилиси: Мецниереба, 1977. – С. 49.

³ Комментарий к Уголовному кодексу РСФСР / Г. З. Анашкин, Х. М. Ахметшин, С. В. Бородин и др. Под ред. Ю. Д. Северина. – М.: Юридическая литература, 1980 – С. 13.

⁴ Див.: Кирись Б. А. Прекращение уголовных правоотношений ответственности // Вестник Львовского университета. – Серия юридическая. – Вып. 28: Правовая реформа в советском обществе: проблемы реализации. – Львов: Свит, 1990. – С. 82.

⁵ Василяш В. М. Чинність кримінального закону України в часі: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 – К.: Київ. ун-т ім. Тараса Шевченка, 1995. – С. 18.

Проте, беззастережно сприйняти будь-який з цих двох підходів, на мій погляд, важко. Вище вже досить детально викладалися міркування про те, що з моменту вчинення діяння, що підпадає під ознаки передбаченого кримінальним законом злочину, між особою, яка його вчинила, та державою виникають кримінальні правовідносини (у широкому сенсі). Саме в рамках цих правовідносин держава і має повноваження притягнути особу до кримінальної відповідальності. Вчинення ж діяння, що не відповідає всім ознакам складу злочину, або хоч формально підпадає під ці ознаки, але не є кримінально-протиправним чи суспільно небезпечним, не є підставою кримінальної відповідальності, усуває її можливість. Вчинення такого діяння є обставиною (підставою), що виключає кримінальну відповідальність¹. Інакше кажучи, кваліфікація діяння як злочинного чи незлочинного, з одного боку, пов'язується саме з моментом його вчинення, з іншого – виключає протилежну кваліфікацію. Тобто, діяння, що законно кваліфіковане як злочин, в подальшому не може бути так само законно кваліфіковане як незлочин і навпаки².

Викладене дозволяє підтримати усталену в науці позицію, що оцінювати діяння на предмет відповідності його складу злочину (кваліфікувати його як злочин чи незлочин) можна лише за законом часу його вчинення. Саме тому, невинуватим видається вживання у раніше чинному кримінальному законодавстві Російської Федерації та чинному кримінальному законодавстві Республіки Беларусь формулювання: «з моменту набрання чинності законом, що декриміналізує діяння, таке діяння, вчинене до цього моменту, вважається таким, що не містить складу злочину». Очевидно, що кримінально-правовим наслідком зворотної дії закону, що виключає злочинність того чи іншого діяння, не може бути виключення кримінальної відповідальності. Слід тому погодитися з думкою В. С. Комісарова, який, посилаючись на визначення злочинності діяння лише законом часу його вчинення, піддавав критиці положення ч. 2 ст. 6 КК РРФСР 1960 тоді, коли вона містила положення про те, що з моменту набуття чинності декриміналізуючого закону діяння вважається таким, що не містить складу злочину³.

Однак не можна погодитися і з концепцією звільнення від кримінальної відповідальності як кримінально-правового наслідку зворот-

¹ Баулін Ю. В. *Обстоятельства, исключающие преступность деяния.* – Х.: Основа, 1991. – С. 41.

² Навроцький В. О. *Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації.* – К.: Атіка, 1999 – С. 105–106.

³ Уголовное право. *Общая часть* / Г. Н. Борзенков, М. Н. Голоднюк, В. И. Зубкова и др. Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, Ю. М. Ткачевского, Г. Н. Борзенкова – М.: Изд-во МГУ, 1993. – С. 73.

ної дії декриміналізуючого закону. Хоча такий підхід і більш вдало відображає сутність непритягнення особи до кримінальної відповідальності у даному випадку, ніж попередня позиція. Адже, дійсно, у даному випадку діяння, скоєне особою, на момент його скоєння є злочином. Водночас, відомо, що звільнення від кримінальної відповідальності – це відмова держави в особі суду за наявності підстав, передбачених КК, від державного осуду особи, яка вчинила злочин, а також від покладення на неї обмежень особистого, майнового та іншого характеру, встановлених законом за вчинення даного злочину¹. Сприймаючи таке розуміння звільнення від кримінальної відповідальності, не можна не звернути уваги на те, коли ж держава може відмовитися від реалізації згаданих своїх повноважень? П. А. Фейербах зазначав, що «за законом наслідок злочину полягає в продовжуваному праві судової влади визначати злочинцеві законний наслідок щодо вчиненого ним злочину. Тому злочин продовжується за законом доти, доки не настане причина, що знищує згадане право судової влади»².

Таким чином, повноваження держави притягнути особу до кримінальної відповідальності існує впродовж всього часу існування кримінальних правовідносин. Останні ж, як і будь-які інші правовідносини, існують доти, доки явище об'єктивного світу, яке є юридичним фактом, що їх породив, має юридичне значення³. Тобто доти, доки ознаки фактично вчиненого особою діяння, яке «залишилося» у минулому, продовжують відповідати ознакам складу злочину, передбаченим кримінальним законом, що існує в часі впродовж існування кримінальних правовідносин. З моменту ж набрання чинності законом, що декриміналізує те чи інше діяння, таке діяння, вчинене до цього моменту, перестає відповідати всім ознакам складу злочину і відповідає ознакам кримінально неприпустимого діяння. Отже, з цього моменту припиняються кримінальні правовідносини, а значить, і припиняється (зникає) повноваження держави притягнути особу до кримінальної відповідальності.

У науці кримінального права висловлювалися міркування щодо того, що на момент звільнення від кримінальної відповідальності особа ще перебуває в кримінально-правових відносинах з державою

¹ Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник для юрид. вузів і фак. / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін. За ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація – К.–Х.: Юрінком Інтер – Право, 2001.– С. 283–284.

² Фейербах П. А. Уголовное право – СПб.: Вь медицинской типографіи, 1810.– С. 59.

³ Кечекьян С. Ф. Правоотношения в социалистическом обществе.– М.: Изд-во АН СССР, 1958.– С. 164.

і лише сам факт такого звільнення припиняє ці кримінально-правові відносини¹. С. І. Зельдов спеціально підкреслює, що звільнення від кримінальної відповідальності «погашає кримінально-правове значення вчинення злочину», яке продовжується до моменту звільнення². Коли ж кримінально-правові відносини припиняються і у держави зникає законне повноваження притягнути особу до кримінальної відповідальності, вона вже не може і відмовитися від його реалізації. Зрозуміло, що говорити у цьому разі про звільнення особи від кримінальної відповідальності не можна, оскільки держава не може звільнити від тих обтяжень, які вона і застосувати не повноважна.

Викладене, на мою думку, дозволяє зробити висновок, що кримінально-правовим наслідком зворотної дії закону, що декриміналізує певне діяння, не може бути ні виключення кримінальної відповідальності, ні звільнення від кримінальної відповідальності чи покарання. Очевидно, що у цьому разі маємо справу з якісно іншим кримінально-правовим феноменом, який, попри певну зовнішню схожість з виключенням кримінальної відповідальності та звільненням від неї чи покарання, має власну природу. Його відмінність від виключення кримінальної відповідальності полягає у тому, що при виключенні кримінальної відповідальності діяння вже у момент його вчинення не є злочином, тоді як у даному разі діяння на момент його вчинення є злочином. При цьому, на відміну від звільнення від кримінальної відповідальності, яке може мати місце лише в період існування кримінально-правових відносин, непритягнення до кримінальної відповідальності при декриміналізації діяння відбувається тоді, коли кримінальні правовідносини вже припинилися.

У цьому зв'язку не видається за можливе використання термінів «виключення кримінальної відповідальності» чи «звільнення від кримінальної відповідальності (або покарання)» для позначення кримінально-правових наслідків зворотної дії закону, що декриміналізує діяння. Викладене дозволяє ставити питання про можливість введення до наукового обігу нового поняття – «погашення кримінальної відповідальності», розуміючи під ним незастосування до особи, яка вчинила злочин, передбачених кримінальним законом заходів кримінальної відповідальності з моменту закінчення кримінальних правовідносин.

При цьому, дійсно, поняття «погашення кримінальної відповідаль-

¹ Скибицкий В. В. Освобождение от уголовной ответственности и отбывания наказания. – К.: Наукова думка, 1987. – С. 20.

² Зельдов С. И. Освобождение от наказания и от его отбывания. – М.: Юридическая литература, 1982. – С. 7.

ності» є до певної міри умовним. Однак, мабуть, мав рацію М. Й. Коржанський, коли писав, що «все-таки юриспруденція не техніка. Тут всіляке визначення умовне»¹. А як слушно зауважують В. Д. Бринцев та В. І. Тютюгін, будь-який умовний термін у юриспруденції має право на життя, якщо «його зміст правильний і цілком однозначно оцінюється»². Правильність змісту поняття «погашення кримінальної відповідальності», гадаємо, підтверджується наведеними вище аргументами. Що ж стосується однозначності його оцінки, то не можна оминати увагою і той факт, що основне семантичне значення терміна «погашення» означає припинення розвитку чого-небудь, його ліквідація³.

Статтю 405¹ Кримінально-процесуального кодексу України передбачено, що «звільнення від покарання і пом'якшення покарання у випадках, передбачених частинами 2 і 3 ст. 54 Кримінального кодексу України (частини 2 і 3 ст. 74 КК України 2001 р.– Ю. П.), провадиться судом за заявою засудженого або за поданням прокурора чи органу, що відає виконанням покарання»⁴. Отже, кримінально-процесуальним законодавством України визначається лише порядок звільнення від покарання (погашення кримінальної відповідальності) у випадку, коли особа вже засуджена за вчинення злочину, і не визначає порядок погашення кримінальної відповідальності у період існування правовідносин кримінального переслідування та кримінальних правовідносин (у вузькому значенні). На цей недолік слід було б звернути увагу при розробленні проекту нового КПК України. Як не можна поминати увагою і той факт, що для вирішення питання про погашення чи пом'якшення кримінальної відповідальності особи закон вимагає заяви засудженого, подання прокурора чи органу, що відає виконанням покарання. Такі міркування висловлювалися в кримінально-правовій науці що задовго до введення до КПК України статті 405¹.

Наприклад, М. І. Блум вважала, що набрання чинності законом, що декриміналізує діяння, «дає право особі, відносно якої вирок набув законної сили, клопотати про поширення на неї нового кримі-

¹ Коржанський М. Й. Уголовне право України. Частина Загальна: Курс лекцій.– К.: Наукова думка; Українська видавнича група, 1996.– С. 81.

² Бринцев В. Д., Тютюгін В. И. Некоторые проблемы нового уголовного законодательства Украины // Проблемы законности.– Вип. 38: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В. Я. Тацій – Х.: Нац. юрид. акад. України, 1999 – С. 158.

³ Словник української мови – Том шостий: П-ПОЇТИ / Ред. кол.: І. К. Білодід (голова), А. А. Бурячок, В. О. Винник та ін.– К.: Наукова думка, 1975.– 832 с.

⁴ Про внесення доповнень і змін до Кримінального кодексу України, Кримінально-процесуального кодексу Української РСР і Кодексу Української РСР про адміністративні правопорушення: Закон України від 7 липня 1992 р. // Відомості Верховної Ради України – 1992.– № 39.– Ст. 570.

нального закону, що усуває злочинність та караність діяння»¹. Очевидно, що до моменту, коли визначені законом особи подадуть, відповідно, заяву чи подання, а також до розгляду їх судом мине певний час. При цьому, коли діяння було декриміналізоване чи відповідальність за нього пом'якшена таким чином, що максимум покарання став меншим за розмір, фактично відбутий особою, відбування відповідальності протягом згаданих строків вже є незаконним. Свідоме ж чи несвідоме зволікання у поданні клопотання чи його розгляді судом ще довше затягуватиме незаконність відбування особою кримінальної відповідальності. Тому, очевидно, у новому КПК слід було б також вирішити і питання про спрощення та темпоральне скорочення процедури погашення та пом'якшення відповідальності за кримінальним законом, що має зворотну дію.

Проте, при цьому, мабуть, не слід вдаватися і до іншої крайності, як це іноді пропонується у літературі. Так, В. М. Куц пропонує передбачити у новому КК України положення про те, що особа, засуджена за діяння, караність якого законом усунена, звільняється від призначеного покарання протягом доби з часу набрання чинності відповідним законом². Законодавець, приймаючи КК України 2001 р., визначив, що така особа має бути негайно звільнена від призначеного судом покарання (ч. 2 ст. 74). Звичайно, такий підхід є привабливим у тому сенсі, що більш повно забезпечує особу від відбування покарання після припинення кримінально-правових відносин (у широкому сенсі). Проте, з одного боку, викликає певні сумніви здатність кримінально-виконавчої системи протягом доби виконати новий закон, з іншого ж – поняття «негайності» є вкрай розмитим і досить складно піддається одноманітному розумінню.

Проте, у будь-якому випадку, процедурним питанням погашення чи пом'якшення кримінальної відповідальності у разі зворотної дії більш м'якого кримінального закону повинна бути надана належна увага розробниками нового кримінально-процесуального законодавства України. Адже очевидно, що ця проблема – проблема процесуального, а не матеріального кримінального законодавства. Що ж стосується кримінально-правових положень про кримінально-правові наслідки зворотної дії закону, який декриміналізує діяння, то вони мають бути змінені. Видається за доцільне включення до КК України

¹ Блум М. И. Установление закона, смягчающего наказание // Ученые записки Латвийского государственного университета им. Петра Стучки.– Т. 258: Актуальные вопросы борьбы с преступностью.– Рига: Латв. гос. ун-т, 1976.– С. 19.

² Куц В. М. Новый Кримінальний кодекс України: яким йому бути.– Х.: Ксилон, 1999 – С. 70.

замість припису, сформульованого у ч. 2 ст. 74, положення такого змісту: «Особа, яка вчинила діяння, злочинність якого скасована, не може бути піддана кримінальній відповідальності, а вже засуджена підлягає звільненню від відбування призначеного покарання чи від випробувального строку, призначеного при звільненні від відбування покарання з випробуванням». Вирішення питання про місце цього припису в системі Загальної частини КК України має пряму залежність із сприйняттям чи несприйняттям категорії «погашення кримінальної відповідальності».

На сьогодні ж видаються можливими два шляхи: по-перше, поміщення нового припису до ч. 2 ст. 74 КК України (замість існуючого), по-друге – поміщення положень про кримінально-правові наслідки зворотної дії кримінального закону в часі до ст. 5 КК України, яка визначає підстави та межі такої дії.

У разі ж, якщо особа, яка вчинила діяння, злочинність якого скасована, вже відбула покарання і має судимість, то відповідно до ч. 3 ст. 88 КК України з моменту набрання чинності законом, який декриміналізує діяння, вона визнається такою, що не має судимості.

На відміну від кримінально-правових наслідків зворотної дії в часі закону, що декриміналізує діяння, якими завжди є погашення кримінальної відповідальності, кримінально-правові наслідки зворотної дії в часі закону, що розширює підстави звільнення від кримінальної відповідальності, різняться залежно від того, на якій стадії розвитку перебуває кримінальне правовідношення, в якому такий закон має зворотню дію. Цей факт пояснюється тим, що розширення підстав для звільнення особи від кримінальної відповідальності, хоч і скасовує кримінальну відповідальність, але не припиняє, не знищує саме кримінальне правовідношення. Останнє продовжує існувати, хоча й змінюється його зміст. Якщо раніше, до набуття новим законом чинності до змісту кримінального правовідношення включалося потенційне чи реальне повноваження держави покласти на особу, яка вчинила злочин, кримінальну відповідальність, то з дня отримання новим законом зворотної дії таке повноваження замінюється новим – повноваженням звільнити особу від кримінальної відповідальності (від її покладення чи від її подальшої реалізації). Отже, кримінальне правовідношення продовжує існувати, однак вже в якісно іншому виді – у виді правовідношення, змістом якого є не покладення на особу кримінальної відповідальності, а звільнення її від такої.

Слід зазначити: якщо кримінально-правові наслідки зворотної дії в часі закону, що скасовує злочинність діяння хоч і не зовсім точно, але визначені у КК України, то кримінально-правові наслідки зворотної дії закону, що розширює підстави для звільнення від кримінальної відповідальності, не знайшли в ньому відображення. Тому, очевидно,

правозастосовним органам доведеться у даному разі посилатися лише на загальні положення про звільнення від кримінальної відповідальності та від покарання.

Як відомо, звільнення особи від кримінальної відповідальності може мати місце лише до набуття законної сили обвинувальним вироком суду. Після цього мова може йти тільки про звільнення такої особи від відбування покарання¹. Тобто, звільнення від реальної кримінальної відповідальності відбувається у виді звільнення від подальшого відбування призначеного судом покарання. Тому вирішення питання про кримінально-правові наслідки зворотної дії в часі закону, який розширює підстави для звільнення від кримінальної відповідальності, залежить від того, чи винесений відносно особи обвинувальний вирок.

У разі, якщо обвинувальний вирок ще не винесений, тобто кримінальне правовідношення перебуває на стадії правовідношення кримінального переслідування, кримінально-правовим наслідком зворотної дії такого закону є власне звільнення особи від кримінальної відповідальності. В результаті зворотної дії нового закону держава отримує повноваження звільнити особу від потенційної кримінальної відповідальності у зв'язку з наявністю в її посткримінальній поведінці чи в певних об'єктивних подіях підстав для незастосування кримінальної відповідальності, тобто для звільнення від неї. Реалізація цього повноваження відповідно до ч. 2 ст. 44 КК України здійснюється виключно судом. І лише з моменту його реалізації, тобто з моменту набуття законної сили рішенням суду про звільнення особи від кримінальної відповідальності, може припинитися існуюче між особою та державою кримінальне правовідношення. В цьому полягає відмінність кримінально-правових наслідків зворотної дії закону, що скасовує злочинність діяння, і закону, що розширює підстави для звільнення від кримінальної відповідальності, хоча і той, і інший закони є такими, що скасовують кримінальну відповідальність.

У випадку ж, коли особа вже засуджена за вчинений злочин, мова про звільнення її від кримінальної відповідальності не може йти. В даному разі, залежно від тих заходів кримінальної відповідальності, які були застосовані до даної особи, можливі варіанти:

У разі засудження особи без призначення покарання (на підставі ч. 4 чи 5 ст. 74 КК України), до такої особи не застосовується випробувальний строк і вона не вважається судимою. Отже, кримінальне правовідношення припиняється, і новий кримінальний закон, який розширює підстави для звільнення від кримінальної відповідальності,

¹ Песлякас В. Ч. Уголовная ответственность и освобождение от нее.— Минск: Минская ВШ МВД СССР, 1988.— С. 18—19.

не може мати щодо такої особи зворотної дії. Коли ж такій особі було призначене покарання і вона його реально відбуває, то кримінально-правовим наслідком зворотної дії закону, що розширює підстави для звільнення від кримінальної відповідальності має бути звільнення такої особи від подальшого відбування призначеного судом покарання. Якщо ж особа була звільнена від відбування покарання з умовою і їй був призначений випробувальний строк або вона відбула покарання, але має судимість, то в даному разі кримінально-правовим наслідком зворотної дії закону, що розширює підстави для звільнення від кримінальної відповідальності, має бути відповідно дострокове припинення випробувального строку чи дострокове погашення судимості.

Питання про кримінально-правові наслідки зворотної дії в часі закону, що пом'якшує кримінальну відповідальність, і в законодавстві, і в науковій літературі в основному зводиться до проблеми наслідків зворотної дії в часі закону, що пом'якшує покарання. В кримінальному законі України відповідне положення з'явилося, коли ст. 54 КК України 1960 р. була доповнена частиною 3 такого змісту: «Призначена засудженому міра покарання, що перевищує санкцію нововиданого закону, знижується до максимальної межі покарання, встановленого цим Законом». Таке ж положення, з незначними редакційними змінами, було включене і до ч. 3 ст. 74 КК України 2001 р. Таким чином, законодавець визначив кримінально-правові наслідки зворотної дії закону, що пом'якшує покарання лише на останній стадії розвитку кримінального правовідношення – стадії реалізації кримінальної відповідальності. Що ж до кримінально-правових наслідків зворотної дії такого закону на більш ранніх стадіях розвитку кримінального правовідношення, то вони, як і кримінально-правові наслідки зворотної дії закону, що пом'якшує інші заходи кримінальної відповідальності, залишилися невизначеними.

Видається, що певна рація у такому законодавчому підході є. Дійсно, покарання, як вже зазначалося, є основним заходом кримінальної відповідальності. Тому визначення кримінально-правових наслідків зворотної дії закону, що пом'якшує саме покарання є, за певних умов, досить виправданим. Що ж стосується кримінально-правових наслідків зворотної дії в часі закону, який пом'якшує покарання у випадках, коли кримінальне правовідношення перебуває ще на стадії кримінального переслідування, то вони є очевидними. У такому разі вчинене особою діяння підлягає перекваліфікації за новим кримінальним законом і підлягає застосуванню санкції такого закону, яка передбачає більш м'яке покарання. Менш очевидним є вирішення цього питання тоді, коли особа вже відбуває призначене їй покарання.

На мій погляд, запропоноване законодавцем вирішення є не зовсім вдалим. Як відомо, однією із засад призначення покарання є враху-

вання при цьому ступеня тяжкості вчиненого особою злочину, особи винного та обставин, що пом'якшують та обтяжують покарання (п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України). Враховуючи названі фактори, суд призначає особі покарання, яке, на його думку, є у даному разі справедливим. При цьому здійснюється диференціація кримінальної відповідальності на правозастосовному рівні: особі призначається покарання ближче до нижньої, верхньої межі чи медіани санкції. У випадку ж, коли новим кримінальним законом пом'якшується покарання (тобто знижується його верхня чи нижня межа), законодавець встановлює необхідність зміни лише такого призначеного покарання, яке перевищує верхню межу, причому зміни лише настільки, наскільки воно цю межу перевищує. Наприклад, суд, засуджуючи двох співучасників за ч. 3 ст. 140 КК України 1960 р. визначив одному з них покарання у виді позбавлення волі строком на 10 років (що відповідає максимуму санкції даної частини), а іншому – 6,5 років (що відповідає медіані цієї санкції). Коли під час відбування цими особами призначеного їм покарання набув чинності КК України 2001 р., ч. 3 ст. 185 якого передбачає за подібний злочин покарання у виді позбавлення волі на строк від трьох до шести років, покарання, призначене обом співучасникам, має бути знижене до шести років позбавлення волі. Отже, відображення у реально призначеному покаранні ступеня тяжкості вчиненого кожною особою злочину, суспільної небезпечності кожного співучасника, наявності у нього обставин, що пом'якшують чи посилюють покарання, в результаті зворотної дії кримінального закону зводиться нанівець.

У зв'язку з цим видається, що при пом'якшенні покарання, призначеного особі, засудженій за діяння, караність якого законом пом'якшена, має враховуватися не лише верхня, а й нижня межа нової санкції. Такі судженні вже висловлювалися в кримінально-правовій літературі. Так, на думку А. В. Наумова, С. І. Нікуліна та В. Є. Новічкова, якщо покарання, яке призначене особі чи вже відбувається нею, перевищує верхню чи нижню межу покарання за новим законом, то воно повинне бути знижене до нововстановленої межі¹. Попри те, що у даному твердженні міститься, на мій погляд, певна логічна непослідовність (очевидно, його автори мають на увазі лише випадки, коли особі було призначене покарання у вигляді мінімуму санкції старого закону, який є вищим від мінімуму санкції нового закону), сам підхід, який передбачає врахування мінімуму санкції нового за-

¹ Новичков В. Е. Системно-сравнительный анализ, казуистика и футурологическое толкование Общей части Уголовного кодекса Российской Федерации. – Курск: Курск. гос. тех. ун-т, 1997 – С. 16; Новое уголовное право России. Общая часть: Учебное пособие / Г. Н. Борзенков, С. В. Бородин, Н. Ф. Кузнецова и др. Под ред. Н. Ф. Кузнецовой – М.: Зерцало, ТЕИС, 1996 – С. 22.

кону, заслуговує на схвалення. Сприймаючи його, можна дійти висновку, що у разі, коли призначене особі покарання перевищує максимум санкції нового закону, який має зворотню дію, це покарання змінюється в межах санкції нового закону, а не знижується до її максимуму. Такої позиції, до речі, дотримується і законодавство окремих держав. Так, відповідно до ч. 2 ст. 5 КК Республіки Казахстан, «якщо новий кримінальний закон пом'якшує караність діяння, за яке особа відбуває покарання, то призначене покарання підлягає скороченню в межах санкції нововиданого кримінального закону»¹. Подібне положення міститься і в ч. 2 ст. 3 КК Грузії², в ч. 2 ст. 2 КК Аргентини³.

Такий висновок, окрім того, що він узгоджується із загальними засадами призначення покарання та принципом справедливості при призначенні покарання, свідчитиме також і про послідовність правового регулювання кримінально-правових наслідків зворотної дії в часі закону, що пом'якшує кримінальну відповідальність. Відомо, що у випадках, коли такий закон має зворотню дію в кримінальному правовідношенні, яке ще перебуває на стадії кримінального переслідування, то покарання особі призначається за новим законом у межах від мінімуму до максимуму його санкції. Чому ж тоді покарання має призначитися на рівні максимуму цієї санкції у випадках, коли кримінальне правовідношення вже перебуває на третій стадії свого розвитку? Адже, як було показано вище, зворотня дія кримінального закону в часі не залежить від того, на якій стадії розвитку перебуває кримінальне правовідношення.

У зв'язку з цим, видається за необхідне викласти ч. 3 ст. 74 КК України у такій редакції: «Призначена засудженому міра покарання, що перевищує максимальний розмір покарання за новим законом, змінюється з урахуванням положень частин 1 і 2 статті 65 цього Кодексу в межах розміру покарання, встановленого новим законом». Очевидно, що приведення призначеного особі покарання у відповідність до нового закону має бути прерогативою виключно суду, а порядок здійснення цих дій має визначитися кримінально-процесуальним законодавством України. Дійсно, як стверджував свого часу Г. З. Анашкін, приведення у відповідність до нового закону раніше винесених вироків повинно здійснюватись судами, а не органами МВС (органами кримінально-виконавчої системи), оскільки

¹ Уголовный кодекс Республики Казахстан. Закон Республики Казахстан от 16 июля 1997 года № 167 с изм. и доп. на 1 августа 2001 года / С предисл. И. И. Рогова – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – С. 28.

² Уголовный кодекс Грузии / Науч. ред. З. К. Бигвава, вступ. ст. В. И. Михайлова, обзорн. ст. О. Гамкредидзе. Пер. с грузинск. И. Мериджанашивили – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 82.

³ Див.: Уголовный кодекс Аргентины / Вступ. ст. Ю. А. Голика – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – С. 29.

ця діяльність пов'язана з внесенням змін до актів органів судової влади¹.

Деякі особливості має пом'якшення призначеного особі покарання як кримінально-правовий наслідок зворотної дії кримінального закону у випадках, якщо ця особа відбуває покарання, яке потім було виключено із санкції статті, за якою вона засуджена, однак у санкції залишене або введене до неї інше, менш суворе основне покарання (наприклад, виключене позбавлення волі, однак залишені виправні роботи). На думку В. І. Малихіна, «справедливим було б у подібних випадках замінити таким особам невідбуту частину позбавлення волі виправними роботами»². З такою позицією погодитися важко. На мою думку, у подібних випадках призначене особі покарання повинне бути змінене в межах санкції нового закону, а потім до нього зараховане фактично вже відбуте інше, більш суворе покарання з урахуванням встановлених ст. 72 КК України коефіцієнтів перерахунку. Так, якщо особа була засуджена до позбавлення волі строком на два роки, а після відбуття нею шести місяців цього покарання набув чинності закон, санкція якого передбачає покарання у виді виправних робіт на строк до двох років, суд, з урахуванням загальних засад призначення покарання, змінює призначене покарання на два роки позбавлення волі. Після цього суд має визнати, що відбуті особою шість місяців позбавлення волі відповідають вісімнадцяти місяцям виправних робіт (підпункт «в» п. 1 ч. 1 ст. 72 КК України) і постановити про подальше відбуття особою шести місяців виправних робіт.

Очевидно, що запропонований підхід до розуміння кримінально-правових наслідків зворотної дії кримінального закону, що пом'якшує кримінальну відповідальність, базується на застосуванні принципу аналогії в кримінальному законодавстві. Як відомо, відносини, що безпосередньо регулюються ст. 72 КК України, – це відносини, що складаються при призначенні покарання за сукупністю злочинів і сукупністю вироків, а коефіцієнти перерахунку одного покарання на інше, що встановлені цією статтею, застосовуються у названих випадках для перерахунку менш суворого покарання на більш суворе. При цьому названі правила є найбільш близькими за змістом до ситуації перерахунку одного покарання на інше у випадку зворотної дії кримінального

¹ Новое уголовное законодательство РСФСР: Материалы научной сессии, посвященной Закону о судостроительстве, Уголовному и Уголовно-процессуальному кодексам, принятым на третьей сессии Верховного Совета РСФСР пятого созыва. – М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1961 – С. 184.

² Малихин В. И. Изменение санкций уголовно-правовых норм и обратная сила уголовного закона // Уголовно-правовые и процессуальные проблемы реализации уголовной ответственности: Межвуз. сб. статей / Ред. колл.: В. З. Лукашевич и др. – Куйбышев: Куйбышев. гос. ун-т, 1986. – С. 30.

закону в часі, яка на сьогодні не є предметом законодавчого регулювання. Водночас, відповідно до ч. 4 ст. 3 КК України, «застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією забороняється». Виздається, що дане правило не слід абсолютизувати: положення ч. 4 ст. 3 КК України в системі з частиною 3 цієї ж статті має тлумачитися обмежувально, тобто лише як заборона визначення за аналогією злочинності діяння (заборона аналогії в Особливій частині кримінального закону). Що ж до застосування її в Загальній частині КК України, то, на мій погляд, для цього немає жодних перешкод, якщо аналогія кримінального закону застосовується на користь особи, яка вчинила злочин.

Нині чинний КК України зумовлює застосування аналогії і при визначенні кримінально-правових наслідків зворотної дії закону, що пом'якшує інші, крім покарання, заходи кримінальної відповідальності, а саме закону, що скорочує випробувальний строк, який встановлюється при звільненні від покарання з випробуванням, чи строк судимості. Гадаю, що кримінально-правовим наслідком зворотної дії такого закону буде саме скорочення випробувального строку чи строку судимості. Що ж до меж їх скорочення, то вони мають визначатися аналогічно тому, як визначаються межі зменшення розміру покарання, що перевищує максимальний розмір санкції нового закону. Тобто, при збереженні у КК України нині чинного положення про зменшення покарання до максимуму санкції нового закону, так само має знижуватися до максимального розміру, передбаченого новим законом і визначений особі випробувальний строк, який перевищує максимум, встановлений новим законом. Якщо ж законодавець сприйме запропонований вище підхід до пом'якшення призначеного особі покарання в межах санкції нового закону, то аналогічно й випробувальний строк, що перевищує максимум нового закону, має визначатися судом у нових межах.

Що ж до скорочення строку судимості, то оскільки він не має верхньої і нижньої межі, у будь-якому разі при його скороченні строк судимості особи, визначений на підставі закону, що втратив чинність, має визначатися на підставі нового закону. Такий підхід підтвердив і законодавець у пункті 11 розділу II Прикінцевих і перехідних положень КК України, відповідно до якого строки судимості осіб, які вчинили злочин під час чинності КК України 1960 р., мають визначатися на підставі положень КК України 2001 р. у випадках, коли новим кодексом ці строки зменшено. Тобто, законодавець визначив, що кримінально-правовим наслідком законодавчого скорочення строку судимості є скорочення строку судимості осіб, які вчинили злочини до набуття новим законом чинності.

Отже, кримінально-правові наслідки зворотної дії в часі закону, який пом'якшує кримінальну відповідальність, будучи принципово єдиними, водночас різняться залежно від того, який саме захід кримінальної відповідальності пом'якшено.

Наукове видання
ЧИННІСТЬ І ДІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ В ЧАСІ
Пономаренко Юрій Анатолійович

Головний редактор *Гайдук Н. М.*
Редактор *Радванська Н. О.*
Художнє оформлення *Молодід Л. В.*
Коректор *Мельничук О. О.*
Комп'ютерна верстка *Конопльова Л. І.*

Підписано до друку 28.IV 2005 р. Формат 60×84/16. Папір офсетний. Гарнітура Тип Таймс.
Друк офсетний. Умовн. друк. арк. 16,74. Тираж 500 пр. Зам. № 5–39.

Оригінал-макет виготовлений ТОВ «Атіка», 04060, Київ-60, вул. М. Берлінського, 9.
Свідectво про видавничу діяльність і розповсюдження видавничої продукції:

Серія ДК № 216 від 11.10.2000 р.,
видане Державним комітетом інформаційної політики, телебачення та радіомовлення України.

Надруковано ТОВ ВПФ «МЕГА»,
01004, м. Київ-4, вул. Толстого, 5А/57.

ISBN 966-326-099-8



4 862966 326099



Київ-60, вул. М. Берлінського, 9.
Тел.: (044) 440-55-23, 440-15-13, 467-18-61.
Internet: www.atika.kiev.ua
e-mail: atikakiev@ua.fm