

ПРО ЗАМІНУ СМЕРТНОЇ КАРИ ДОВІЧНИМ ПОЗБАВЛЕННЯМ ВОЛІ. ЩОДО РІШЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ¹

Конституційний Суд України (далі – КСУ) у своєму Рішенні від 26 січня 2001 р. № 1-рп/2011 визначив, що положення Кримінального кодексу України (далі – КК України) 1960 р. із змінами, внесеними Законом України від 22 лютого 2000 р. № 1483-III «Про внесення змін до Кримінального, Кримінально-процесуального та Виправно-трудоного кодексів України», якими смертну кару як вид покарання було замінено довічним позбавленням волі, треба розуміти як такі, що пом'якшують кримінальну відповідальність особи і мають зворотну дію в часі, тобто поширюються на осіб, які вчинили особливо тяжкі злочини до набрання чинності цим Законом. Ураховуючи підвищену суспільну небезпеку злочинів, вчинених особами, яким свого часу було призначено смертну кару, Рішення КСУ видається справедливим і доцільним. Постає, однак, питання, наскільки правовим є вказане Рішення, а так само, наскільки доречною та переконливою є наведена у ньому аргументація. З'ясуванню вказаних питань і присвячено цю статтю.

По-перше, КСУ виходить з того, що з дня ухвалення Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р. у справі щодо неконституційності окремих положень КК 1960 р. про смертну кару і до набрання чинності Законом від 22 лютого № 1483-III існував проміжок часу, протягом якого Верховна Рада України приймала рішення щодо внесення змін до КК 1960 р. стосовно заміни смертної кари іншим видом покарання – довічним позбавленням волі. Цей проміжок був обумовлений неодноразовою втратою чинності положеннями КК 1960 р. щодо смертної кари і набранням чинності Законом від 22 лютого № 1483-III стосовно встановлення нового виду покарання. Це стало результатом здійснення КСУ нормоконтролю за відповідністю Конституції України положень Кодексу 1960 р. щодо смертної кари. Однак наявність зазначеного проміжку часу, на думку КСУ, не означає, що існуючі на той час відповідні

¹ Стаття написана в співавторстві з А.О. Данилевським та опублікована: Вісник прокуратури. – 2011. – № 6. – С. 72–79.

санкції статей КК 1960 р. втратили альтернативний характер та передбачали лише покарання у виді позбавлення волі на строк до п'ятнадцяти років. Це підтверджується, зокрема, тим, що КК 1960 р. встановлював безальтернативну санкцію – позбавлення волі на строк до п'ятнадцяти років – за умисне вбивство без обтяжуючих обставин (ст. 94). Проте законодавець не визнавав таке саме покарання співмірним з покаранням за умисне вбивство при обтяжуючих обставинах, оскільки вважав, що за вчинення таких злочинів мала існувати можливість призначення судами і більш суворого покарання (ст. 93 Кодексу 1960 р.).

Як бачимо, положення про альтернативність відповідних санкцій КК 1960 р. у зазначений проміжок часу обґрунтовується в аналізованому Рішенні КСУ посиленням не на приписи законодавства, а принцип справедливості. І це фактично єдиний аргумент, який навів КСУ для підтвердження обстоюваної ним думки про неможливість призначення у вказаний проміжок часу винній особі покарання у виді позбавлення волі на певний строк, не дивлячись на те, що в ст. 3 КК України 2001 р. чітко закріплено, що злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом.

Крім цього, із твердження КСУ про те, що і після ухвалення Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р. відповідні санкції продовжували носити альтернативний характер, може скластись хибне враження про необов'язковість Рішення КСУ щодо скасування смертної кари. При цьому в аналізованому Рішенні КСУ слушно зазначається, що «положення Кодексу 1960 року щодо смертної кари як виду покарання з дня ухвалення Конституційним Судом України Рішення від 29 грудня 1999 року не підлягали застосуванню судами, а органи виконавчої влади не повноважні виконувати вирoki стосовно осіб, засуджених до смертної кари, вирoki щодо яких не були виконані на день ухвалення зазначеного рішення».

По-друге, після ознайомлення з Рішенням КСУ залишається не зовсім зрозумілим, яке ж покарання повинні були призначати суди особам, які

вчинили злочини, передбачені ст. 93 КК України 1960 р., у період після ухвалення рішення КСУ від 29 грудня 1999 р. і до набрання чинності Законом від 22 лютого № 1483-III. Смертну кару суд призначити не міг, оскільки такий вид покарання був визнаний неконституційним, і відповідні положення кримінального законодавства втратили чинність, а законодавчі положення про довічне позбавлення волі як «замінник» смертної кари були ще відсутні. Положення про смертну кару, починаючи з 29 грудня 1999 р., взагалі не повинні були наводитись в офіційному тексті КК; у ньому варто було зазначити, що те чи інше положення втратило чинність на підставі відповідного рішення КСУ. Позбавлення волі на певний строк також не могло бути призначене, оскільки, на переконання КСУ, це порушувало б принцип справедливості. Інших видів покарання санкція ст. 93 попереднього КК на той час не містила.

Виходить, що суду залишалось тільки чекати, допоки Верховна Рада України нарешті не виправить становище, що склалося. У підтвердження висловленої нами думки процитуємо Рішення КСУ від 26 січня 2011 р.: «...альтернативний характер санкцій статей Кодексу 1960 р., які передбачали покарання за особливо тяжкі злочини, не давав підстав для призначення судами іншого покарання замість смертної кари до моменту її заміни Верховною Радою України на довічне позбавлення волі, оскільки це порушувало принцип співмірності тяжкості злочину і покарання за його вчинення, не відповідає принципу справедливості в кримінальному праві».

По-третє, КСУ стверджує, що після ухвалення ним Рішення від 29 грудня 1999 р. КК 1960 р. не став новим законом, що пом'якшував кримінальну відповідальність осіб за вчинення особливо тяжких злочинів. При цьому КСУ виходить з того, що в ч. 4 ст. 5 КК 2001 р. йдеться про можливість його зміни тільки іншим законом про кримінальну відповідальність, а не Рішенням КСУ, який повноважний лише визнавати неконституційними положення закону про кримінальну відповідальність. Правильність викладених міркувань викликає сумнів.

Хоч рішення КСУ не можна називати законами у вузькому значенні цього поняття і навіть нормативно-правовими актами, оскільки вони відрізняються від останніх за формою та порядком прийняття, у випадку визнання певного закону чи його положення неконституційним рішення КСУ має дію, аналогічну дії закону, що скасовує певне положення іншого закону. Щоправда, приймаючи таке рішення, КСУ фактично виступає в ролі «негативного правотворця» і, на відміну від парламенту, не може створювати нову норму замість тієї, що втратила чинність. Не будучи законодавцем, КСУ лише «звільняє» систему законодавства від актів, що суперечать Основному Закону держави. Положення Конституції України, присвячені регламентації повноважень КСУ (зокрема, ч. 2 ст. 147, ч. 1 ст. 150), є універсальними в тому плані, що вони не містять застережень стосовно галузевої належності правових актів, конституційність яких з'ясовується. Тобто таким актом може виступати КК України (його окремі положення).

Отже, ухвалюючи присвячене смертній карі Рішення від 29 грудня 1999 р., КСУ діяв у межах своїх конституційних повноважень; виконуючи правотворчу функцію відповідно до Основного Закону держави, КСУ здійснив правомірне втручання у законодавче регулювання кримінально-правових відносин.

До речі, позиція КСУ, який в обґрунтування своєї позиції посилається в тому числі на Рішення КСУ від 19 квітня 2000 р. у справі про зворотну дію кримінального закону в часі, виглядає певною мірою нелогічною. Адже конституційні судді фактично відмовляють КСУ в праві визначати «долю» тих чи інших положень кримінального закону, стверджуючи, що «виключно кримінальними законами визначаються діяння, які є злочинами, та встановлюється відповідальність за їх вчинення». Насправді рішення КСУ є відмінним від кримінального закону джерелом кримінального права, спроможним через внесення змін до КК скасовувати або пом'якшувати кримінальну відповідальність.

Розглядаючи питання про правову природу рішень, ухвалюваних КСУ, слід зазначити, що вони є обов'язковими для виконання на території України, остаточними і не можуть бути оскаржені. Такі риси зазначених рішень з огляду на те, що вони призводять до скасування чи зміни окремих положень відповідних правових актів, дозволяють відносити їх, на думку багатьох правознавців [2], до джерел права.

Рішення КСУ про неконституційність певної норми кримінального закону є самодостатнім, остаточним, загальнообов'язковим і не потребує підтвердження з боку законодавчого органу – імплементації до КК шляхом ухвалення нового закону. Видання такого закону не можна розуміти інакше, як зайве дублювання рішення, прийнятого КСУ.

Положення КК України 1960 р. щодо смертної кари (ст. 24 і положення санкцій статей Особливої частини КК, які передбачали смертну кару як вид покарання) втратили чинність з дня ухвалення Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р.. Це впливає з ч. 2 ст. 152 Конституції України і ч. 2 ст. 73 Закону України «Про Конституційний Суд України»: згідно із вказаними нормами закони, інші правові акти або їх окремі положення, визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення КСУ рішення про їх неконституційність.

На висновок про втрату чинності положеннями КК 1960 р. стосовно смертної кари як виду покарання внаслідок ухвалення Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р. не впливає та обставина, що відповідні положення до прийняття Закону від 22 лютого 2000 р. № 1483-III з офіційного тексту КК не виключались. Більше того: після того, як ст. 24 і положення санкцій статей Особливої частини КК, які передбачали смертну кару як вид покарання, втратили чинність на підставі Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р., виключати ці приписи з КК шляхом ухвалення окремого закону необхідності не було. «... з правової системи України статтю 24 КК України як сукупність офіційно існуючих нормативних приписів «виключив» – і реально, і формально –

Конституційний Суд України, а тому Верховній Раді України, по суті, не було вже чого виключати» [3].

У Рішенні КСУ від 26 січня 2011 р. констатується, що в Законі від 22 лютого 2000 р. № 1483-III «комплексно вирішені питання, що стосувалися заміни смертної кари як виду кримінального покарання таким видом покарання, як довічне позбавлення волі». Але ж положення КК України щодо смертної кари як виду покарання на підставі Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р. вже втратили чинність, а тому про заміну цих положень у зв'язку з ухваленням Закону України від 22 лютого 2000 р. № 1483-III говорити не доводиться (як можна замінювати те, чого в юридичному сенсі вже не існує?). У зв'язку з цим позицію нашого законодавця, який, приводячи КК 1960 р. у відповідність з Рішенням КСУ від 29 грудня 1999 р., у санкціях відповідних статей Особливої частини попереднього КК слова «смертною карою» замінив словами «довічним позбавленням волі», навряд чи можна визнати юридично коректною.

На нашу думку, пом'якшення (скасування) кримінальної відповідальності, що важливо з точки зору застосування положень ст. 58 Конституції України і ст. 5 КК України 2001 р. про зворотну дію в часі законів, може статися не лише внаслідок внесення відповідних змін до офіційного тексту КК, а і в результаті того, що окремі положення КК у встановленому порядку визнаються неконституційними. Прийняття рішення КСУ, яким певний закон визнається неконституційним, загалом має такі ж правові наслідки, як і ухвалення нового закону, що скасовує положення чинного закону: в обох випадках відповідні норми закону (визнані неконституційними чи скасовані іншим законом) втрачають чинність. Інакше кажучи, визнання кримінального закону неконституційним має визнаватись самостійним способом скасування цього закону.

Отже, у своєму Рішенні від 29 грудня 1999 р. КСУ не просто визнав певні положення неконституційними – з дня проголошення відповідного Рішення вони втратили свою чинність. То хіба можна стверджувати, як це робить КСУ,

що КК України 1960 р. не став після ухвалення вказаного Рішення новим законом, якщо його окремі положення втратили чинність? Вважаємо, що після втрати чинності визнаних неконституційними положень санкцій статей КК України, які передбачали смертну кару як вид покарання, ці санкції зазнали змін і стали новим кримінальним законом, що пом'якшує відповідальність.

По-четверте, згідно зі ст. 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. особі не може призначатися більш суворе покарання, ніж те, яке застосовувалося на час вчинення кримінального правопорушення. Якщо особа вчинила злочин, передбачений ст. 93 КК 1960 р., у період після ухвалення Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р. і до набрання чинності Законом від 22 лютого 2000 р. № 1483-III, то застосування до такої особи покарання у вигляді довічного позбавлення волі слід розцінювати як порушення наведеної вище норми Конвенції, оскільки у цей період винному не могло бути призначене більш суворе покарання, ніж позбавлення волі на певний строк.

КСУ звертається до рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Ткачов проти України» від 13 грудня 2007 р. для підтвердження своєї думки про те, що заміна судами смертної кари на довічне позбавлення волі, встановлене новим кримінальним законом, а не на позбавлення волі строком на п'ятнадцять років, що як альтернативне смертній карі покарання було передбачено законом під час вчинення певних злочинів, не є порушенням статті 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.

Як впливає зі змісту вказаного рішення ЄСПЛ, кримінальна справа щодо Ткачова за обвинуваченням його у вбивстві була порушена 10 грудня 1999 р., тобто злочин було вчинено ним до прийняття Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р. Вирок ж, яким Ткачова було визнано винуватим і засуджено до довічного позбавлення волі, був постановлений 25 грудня 2001 р., тобто вже після набрання чинності Законом від 22 лютого 2000 р. № 1483-III. Ткачов як заявник скаржився на те, що, оскільки довічне позбавлення волі не було передбачено кримінальним законодавством на момент вчинення ним злочину,

застосування такого покарання порушило ст. 7 Конвенції. Європейський Суд з прав людини не знайшов у цьому випадку порушень, і ми можемо лише здогадуватись, на підставі дослідження яких саме наданих йому матеріалів Суд ухвалив таке рішення. Висловимо припущення, що ЄСПЛ виходив із наступного. На час винесення щодо Ткачова вироку вже набрав чинності закон, який за вчинене ним діяння передбачав покарання у вигляді довічного позбавлення волі, яке є менш суворим порівняно зі смертною карою, що була передбачена за умисне вбивство при обтяжуючих обставинах на момент вчинення такого злочину Ткачовим.

По-п'яте, у кримінальному праві під «проміжним законом» зазвичай розуміється закон, який, по-перше, не є чинним ні в момент скоєння злочину, ні в момент винесення рішення у справі, і, по-друге, є найбільш м'яким порівняно із законом часу вчинення злочину та законом часу прийняття рішення у справі.

КК України 1960 р. з урахуванням Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р. (порівняно з КК України 1960 р. в редакції, що була чинною до 29 грудня 1999 р., КК України 1960 р. в редакції, що діяла після набрання чинності Законом України від 22 лютого 2000 р. № 1483-III, а так само КК України 2001 р.) був найбільш м'яким кримінальним законом, який дозволяв вирішувати питання про кримінальну відповідальність осіб, які вчинили певні особливо тяжкі злочини, у найбільш сприятливому для цих осіб ключі. Максимальне покарання, яке могло бути призначене за умисне вбивство при обтяжуючих обставинах, після прийняття Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р. (до набрання чинності Законом України від 22 лютого 2000 р. № 1483-III), становило 15 років позбавлення волі (за окремі військові злочини – 10 років позбавлення волі). Тому КК 1960 р. з урахуванням Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р. повинен мати зворотню дію в часі, зокрема, стосовно осіб, які вчинили умисні вбивства при обтяжуючих обставинах до 29 грудня 1999 р.

Положення санкцій статей КК України 1960 р., в яких смертна кара як вид покарання була визнана неконституційною, до моменту запровадження

довічного позбавлення волі як нового виду покарання є підстави вважати «проміжним законом». Отже, найбільш м'яким («проміжним») може визнаватись і той закон, який зазнав змін внаслідок того, що окремі його положення визнані неконституційними.

Необхідність надавати зазначеному закону (КК України 1960 р. з урахуванням Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р.) зворотну силу, поширюючи його дію у тому числі на тих, хто вчинив умисні вбивства за обтяжуючих обставин до 29 грудня 1999 р., прямо впливає з ч. 4 ст. 5 КК України 2001 р. Згідно з цією нормою, якщо після вчинення особою передбаченого КК діяння кримінальний закон змінювався кілька разів, зворотну дію в часі має той закон, що скасовує злочинність діяння, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи.

На відміну від ст. 5 КК України 2001 р., ст. 6 КК України 1960 р. не містила прямої вказівки на порядок застосування кримінального закону, якщо останній змінювався кілька разів. У кримінально-правовій доктрині питання про дію «проміжного закону» вирішувалось неоднозначно. Зокрема, висловлювалася точка зору, згідно з якою «проміжний закон» як такий, що не був чинним ні в момент вчинення злочину, ні в момент постановлення вироку, застосовуватись не повинен. Незважаючи на відсутність відповідного колізійного припису, вважаємо, що КК 1960 р. допускав зворотну дію в часі «проміжного закону». Такий висновок впливає з ч. 1 ст. 58 Конституції України, яка вказує на зворотну дію в часі законів, що скасовують або пом'якшують відповідальність особи (треба так розуміти – і кримінальну також). При цьому Конституція України не містить застереження про те, що вказані закони мають бути чинними у момент їх застосування (іншими словами, не повинні втратити чинність на час прийняття рішення у справі).

Те, що правовою підставою застосування «проміжного кримінального закону» (й особливо за відсутності спеціального колізійного припису на кшталт ч. 4 ст. 5 чинного КК України, ч. 2 ст. 2 КК Болгарії, ч. 3 ст. 3 КК Грузії тощо) виступає ч. 1 ст. 58 Конституції України, підтверджується розумінням

зворотної дії в часі законів та інших нормативно-правових актів, запропонованим КСУ у Рішенні від 19 квітня 2000 р. Суть зворотної дії в часі законів та інших нормативно-правових актів, на думку КСУ, полягає в тому, що їх приписи поширюються на правовідносини, які виникли до набрання ними чинності, якщо вони скасовують або пом'якшують відповідальність особи. Як бачимо, і КСУ не надає значення тій обставині, чи був чинним на момент застосування найбільш м'який закон.

Закон України від 22 лютого 2000 р. № 148-III, який запровадив довічне позбавлення волі, не має зворотної дії в часі, оскільки він фактично встановив (хоч і альтернативно – поряд із позбавленням волі на строк до п'ятнадцяти років) новий, більш суворий вид покарання порівняно з положеннями КК 1960 р. у редакції, що діяла після ухвалення Рішення Конституційного Суду України від 29 грудня 1999 р.

КК 1960 р. у редакції Закону України від 22 лютого 2000 р. № 148-III є (порівняно з КК 1960 р. у редакції, що діяла до прийняття Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р.) законом, який пом'якшує кримінальну відповідальність, і водночас (порівняно з КК 1960 р. з урахуванням Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р.) – законом, який посилює кримінальну відповідальність.

Не будучи «проміжним кримінальним законом», ознаки якого наводяться вище, Закон України від 22 лютого 2000 р. № 148-III не може бути застосований щодо осіб, які вчинили умисні вбивства при обтяжуючих обставинах, до набрання чинності цим Законом, у тому числі стосовно осіб, засуджених до смертної кари, вироки щодо яких на момент набрання чинності цим Законом не було виконано.

З урахуванням викладеного вище, можемо констатувати, що при прийнятті Рішення від 26 січня 2011 р. № 1-рп/2011 КСУ керувався скоріше «духом», а не «буквою» закону та, як ми це спробували показати, значною мірою не взяв до уваги як законодавчі приписи, так і напрацювання доктрини. Фактично в основу ухваленого КСУ Рішення покладено одне – переконання суддів у тому, що позбавлення волі на строк до п'ятнадцяти років є

несправедливою, недостатньою мірою покаранням для тих, хто вчинив умисне вбивство при обтяжуючих обставинах. Протиставити цьому переконанню щось складно та і навряд чи потрібно. Справді, санкції кримінально-правових норм повинні бути диференційованими і співмірними (пропорційними) з тяжкістю злочинів і суспільною небезпекою осіб, які їх вчиняють. Попри свій прогресивний і, поза всяким сумнівом, доленосний характер, присвячене скасуванню смертної кари Рішення КСУ від 29 грудня 1999 р. № 11-рп/99 виявилось «шкідливим», оскільки створило (унаслідок неузгодженості дій КСУ і парламенту) ґрунт для серйозної і загалом недоречної юридичної казуїстики. Ми, звичайно, не є захисниками тих серійних вбивць та інших нелюдів-душолюбів у кількості 358 осіб, яким було призначено смертну кару та які наразі відбувають покарання у виді довічного позбавлення волі. Однак останнім часом (у тому числі завдяки сумнозвісним рішенням КСУ) відчуваємо щонайменше дискомфорт у зв'язку зі своєю належністю до правничої професії.

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

2. Погорілко В. Джерела права України (загальна теорія джерел конституційного права) // Вісник Академії правових наук України. – 2002. – № 1. – С. 56; Гераськіна Т. О. Акти Конституційного Суду України як джерело кримінального права // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. – Спеціальний випуск № 6. У двох частинах. Частина 1. – 2008. – № 6. – С. 51–57; Пахолок Л. І. Деякі питання співвідношення функцій законодавчої та судової влади // Парламентаризм в Україні: теорія і практика. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції. – К., 2001. – С. 296–297; Хорошковська Д. Ю. Роль судової практики в системі джерел права України: теоретико-правове дослідження: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – С. 14–15; Марченко М.Н. Источники права: учеб. пособие. – М., 2008. – С. 398–401; Тихомиров Ю.А. Котелевская И.В. Правовые акты: учебно-практическое и справочное пособие. – М., 1999. – С. 229.

3. Шапченко С.Д. Скасування смертної кари: проблем побільшало // Юридичний вісник України. – 1–23 серпня 2000 р. – № 33 (Інформаційно-правовий банк). – С. 27.