

жень неконституційними, такий закон чи окремі його положення втрачають чинність (ч. 2 ст. 152). Тобто, з дня визнання його неконституційним закон втрачає одну з обов'язкових своїх ознак — він перестає бути загальнообов'язковим до виконання. Як відомо, втрата будь-яким явищем однієї з обов'язкових своїх ознак, властивих класу, мислимому в понятті про це явище, призводить до зникнення самого явища як такого та до перетворення його в якісно інше, що відноситься до класу, мислимого під іншим поняттям [3, 118]. Таким чином, закон, який з дня ухвалення рішення про його неконституційність перестає бути загальнообов'язковим, з цього ж самого моменту перестає бути власне законом. З цього витікає, що він не може скасовуватися чи змінюватися ВР у порядку, передбаченому для скасування чи зміни законів. Слушною з цього приводу уявляється думка Судді Верховного Суду США Філда, висловлена ним у справі *Norton v. Shelby County* (1886): "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" [4, 9].

Повноваження КС скасовувати неконституційні закони є традиційним для світової практики. Ідеолог сучасної системи конституційного судочинства Г. Кельзен вважав, що парламент не може сам забезпечувати свою підпорядкованість Конституції та 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" [5, 198]. Аналізуючи сутність конституційного контролю в Україні Ю.М. Тодика та О.В. Марцеляк доходять висновку про те, що "з точки зору правових наслідків конституційний контроль в Україні є остаточним, а не консультативним... Адже при консультативному контролі рішен-

ням 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" [6, 33-34]. Ще більш категорично формулює свою точку зору Г. Гаджиев, який вважає, що "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" [7, 85].

Суддя Верховного Суду США Холмс в рішенні по справі *Southern Pacific Co v. Jensen* відзначив: "я визнаю без коливань, що судді можуть і повинні законодавствувати" [8, 69]. Проте в країнах континентальної системи права судді-вське "законодавствування" звужене порівняно з країнами англо-саксонського права. В країнах з континентальною системою права, у тому числі й в Україні, суд (зокрема — Конституційний) з трьох функцій законодавця (приймати, змінювати та скасовувати нормативно-правові акти) 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 (право скасування юридичних актів — Ю.П.) має будь-який суб'єкт правотворчості щодо 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..." [9, 122-123]. Повноваження КС скасовувати некон-

ституційні закони дало підстави В.М. Баранову та Д.С. Кондакову образно назвати його "негативним законодавцем" [10, 399].

Таким чином, процедура "підтвердження" ВР рішень КС не відповідає ні Конституції України, ні світовій конституційній практиці, ні позиціям правової доктрини. Вона підриває статус КС як незалежного авторитетного органу державної влади, перетворюючи його у такий собі дорадчий орган при парламенті. Тому вважаю, що ВР слід було б відмовитися від "підтвердження" рішень КС і повернутися до практики визнання їх окремою підставою втрати чинності законом чи певним його положенням.

Отож, фактично КК піддавався змінам двічі. Спершу 29 грудня 1999 р. відповідно до рішення КС втратили чинність ті його положення, які передбачали смертну кару як міру покарання. Потім Законом України від 22 лютого 2000 р. була "підтверджена" втрата чинності вказаними положеннями і КК був доповнений новими, що передбачають довічне позбавлення волі. Таким чином, за досить недовгий проміжок часу в Україні змінилося три кримінальні закони:

1) КК в редакції за станом на 29 грудня 1999 р.;

2) КК зі змінами, внесеними рішенням КС від 29 грудня 1999 р. (чинний з 30 грудня 1999 р. по 29 березня 2000 р.);

3) КК зі змінами, внесеними законом від 22 лютого 2000 р. (чинний з 30 березня 2000 р.).

У цьому зв'язку друге актуальне питання, породжене скасуванням смертної кари та введенням довічного позбавлення волі — питання про зворотну дію більш пізніх редакцій КК. Частина 2 ст. 6 КК передбачає, що "закон, який усуває караність діяння або пом'якшує покарання, має зворотну силу, тобто поширюється з моменту набрання ним чинності також на діяння, вчинені до його видання". В редакції КК із змінами, внесеними рішенням КС від 29 грудня 1999 р. не передбачалися ні смертна кара, ні довічне позбавлення волі. Очевидно, що ця редакція є більш м'якою,

ніж КК в редакції до 29 грудня 1999 р. та КК в редакції із змінами, внесеними законом від 22 лютого 2000 р. Значно складнішим є визначення більш м'якого покарання в редакціях КК до 29 грудня 1999 р. та з 30 березня 2000 р. Традиційно вважається, що довічне позбавлення волі є більш м'яким покаранням, ніж смертна кара. Однак існує й точка зору (якої, до речі, дотримується і переважна більшість засуджених до смертної кари [11, 24-25]) про те, що смертна кара є менш суворою порівняно з довічним позбавленням волі. Додаткову неясність у визначення суворості довічного позбавлення волі вніс і законодавець, помістивши цей вид покарання в переліку статті 23 КК між "позбавленням волі на певний строк" та "виправними роботами без позбавлення волі". Як відомо, розміщення видів покарань в статті 23 КК України не є довільним: вони розташовуються у строгой послідовності за ступенем суворості — починаючи від більш суворих і закінчуючи менш суворими [12, 260]. Тож не вже законодавець вважає, що довічне позбавлення волі є менш суворим покаранням ніж позбавлення волі на певний строк?

Не вдаючись до більш детального аналізу співвідношення суворості смертної кари, довічного позбавлення волі та позбавлення волі на певний строк, оскільки вирішення цього питання не є принциповим для цілей цієї статті, відзначу, що покарання, передбачене КК в редакції із змінами, внесеними законом від 22 лютого 2000 р., у будь-якому випадку є більш суворим, ніж передбачене в КК в тій редакції, в якій він існував з 30 грудня 1999 р. по 29 березня 2000 р.

У цьому зв'язку очевидно, що відносно осіб, які в період з 30 грудня 1999 р. по 29 березня 2000 р. вчинили злочини, за які раніше передбачалася смертна кара, КК в редакції з 30 березня 2000 р. не може бути застосований, оскільки в ньому посилюється караність вчинених такими особами діянь. Дії таких осіб мають бути кваліфіковані за статтями КК в редакції із змінами, внесеними

рішенням КС від 29 грудня 1999 р., і їм може бути призначене покарання не більш суворе, ніж позбавлення волі строком на 15 років.

Більш складною є проблема зворотної дії кримінального закону щодо осіб, які вчинили відповідні злочини до 29 грудня 1999 р. У цьому разі виникає проблема застосування так званого "проміжного кримінального закону", тобто закону, який ще не був чинним в момент вчинення злочину, і вже не чинний в момент прийняття рішення судом, однак є найменш суворим серед них. Саме таким проміжним законом є редакція КК, що була чинною з 30 грудня 1999 р. по 29 березня 2000 р., оскільки в ній не передбачалися ні смертна кара, ні довічне позбавлення волі.

КК деяких зарубіжних держав надають зворотну дію проміжним кримінальним законам. Так, згідно ч. 3 § 2 КК ФРН "якщо закон, який діяв у момент закінчення діяння, змінюється перед прийняттям рішення, то повинен застосовуватися найбільш м'який закон" [13, 248], згідно ч. 2 ст. 2 КК Болгарії "якщо до набирання чинності вироку будуть ухвалені різні закони, застосовується закон, найбільш сприятливий для особи, що вчинила злочин" [14], згідно ч. 2 ст. 4 КК Югославії "якщо закон був змінений один або більше разів після того, як злочинне діяння було вчинене, повинен бути застосований менш суворий до злочинця закон" [15]. У той же час КК України не містить приписів про проміжні закони, що породило у кримінально-правовій науці достатньо обґрунтовані позиції як на підтримку (Я.М. Брайнін [16, 150-152], І.І. Горелик, Л. Зайцев, І.С. Тишкевич [17], А.Є. Якубов [18] та ін.), так і проти (М.І. Бажанов [19, 18], О.І. Бойцов, Б.В. Волженкін [20, 21], М.І. Блум, А.О. Тілле [21, 133-134] та ін.) надання зворотної дії таким законам. На наш погляд, вирішення питання про зворотну дію проміжного кримінального закону має базуватися на положенні ч. 1 ст. 58 Конституції України, згідно з яким зворотну дію має закон, який пом'якшує відповідальність особи, безвідносно до того, чи є такий закон чинним на момент

його застосування чи вже втратив чинність. Тому КК України в редакції, що була чинною з 30 грудня 1999 р. по 29 березня 2000 р. повинен мати зворотну дію.

Цей висновок, однак, не можна поширювати на осіб, які відбувають покарання у вигляді позбавлення волі, призначене їм в порядку помилування замість смертної кари. Редакція КК з 30 грудня 1999 р. не може мати зворотної дії щодо них, оскільки як раніше чинною редакцією, так цією редакцією КК передбачалася можливість заміни в порядку помилування смертної кари позбавленням волі, у тому числі — й на строк понад п'ятнадцять років. Тобто відносно цих осіб нова редакція КК не є більш м'якою.

Література

1. Офіційний вісник України. — 2000. — № 4. — Ст. 125.
2. Голос України. 29 березня 2000 р.
3. Зегет В. *Элементарная логика / Пер. с нем. И.М. Морозовой.* — М.: Высшая школа, 1985. — 206 с.
4. Луцк Л.И. *Суд в Соединенных Штатах Америки на службе капитала.* — М.: Юридиздат, 1948. — 205 с.
5. Kelsen H. *La garantie juridictionnelle de la Constitution // Revue de la droit public et de la science politique en France.* — P., 1928. — # 2. (Цит. за: Маклаков В.В. *Конституционный контроль в странах — членах Европейского Союза.* — М.: ИНИОН РАН, 1995. — С. 15).
6. Тодика Ю., Марцеляк О. *Конституційний Суд України в механізмі забезпечення основних прав і свобод громадянина // Вісник Академії правових наук України.* — 1997. — № 4. — С. 30-40.
7. Гаджиев Г. *Правовые позиции Конституционного Суда РФ как источник конституционного права // Конституционное право: восточно-европейское обозрение.* — 1999. — № 3 (28). — С. 85.
8. Cardozo B. *The Nature of Juridical Process.* — N.Y., 1968. (Цит. по: Худель М.А. *Конституционный контроль в капиталистических государствах.* — М.: Юридическая литература, 1968. — С. 155).
9. Толстик В.А. *Технико-юридические*

приемы выявления, устранения и преодоления формально-логических противоречий // Проблемы юридической техники: Сборник статей / Под ред. В.М. Баранова. — Нижний Новгород, 2000. — С. 108-130.

10. Баранов В.М., Кондаков Д.С. Примечания в российском праве: природа, виды, проблемы реализации // Проблемы юридической техники: Сборник статей / Под ред. В.М. Баранова. — Нижний Новгород, 2000. — С. 338-402.

11. Голубець А. У камері зі смертю: українські смертники не помруть, хоча хотіли б // Політика і культура. — 2000. — №11. — С. 24-25.

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. професорів М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. — Харків: Право, 1997. — 368 с.

13. Уголовное законодательство зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии, Японии). Сборник законода-

тельных материалов / Под ред. И.Д. Козочкина. — М.: Зерцало, 1998. — 352 с.

14. <http://www.bild.acad.bg/>

15. <http://www.law.vill.edu/vcilp/bosnia/sfrycrim.htm>

16. Брайнин Я.М. Уголовный закон и его применение. — М.: Юридическая литература, 1967. — 154 с.

17. Зайцев Л., Тишкевич И., Горелик И. Действуют ли промежуточные уголовные законы? // Советская юстиция. — 1966. — № 1. — С. 6-8.

18. Якубов А.Е. Действие "промежуточного" уголовного закона // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. — 1997. — № 1. — С. 31-46.

19. Бажанов М.И. Уголовное право Украины. Общая часть. — Днепропетровск: Пороги, 1992. — 166 с.

20. Бойцов А.И., Волженкин Б.В. Уголовный закон: действие во времени и в пространстве. — СПб., 1993. — 147 с.

21. Блум М.И., Тилле А.А. Обратная сила закона. — М.: Юридическая литература, 1969. — 135 с.

Ю. А. Пономаренко

Национальная юридическая академия Украины, кафедра криминального права,
ул. Пушкинская, 72, Харьков, 61024, Украина

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ДЕЙСТВИЯ УГОЛОВНОГО ЗАКОНА ВО ВРЕМЕНИ В СВЯЗИ С ОТМЕНОЙ СМЕРТНОЙ КАЗНИ

РЕЗЮМЕ

Положения УК Украины, предусматривающие смертную казнь как вид наказания, утратили силу со дня вынесения решения Конституционного Суда Украины. Поэтому со дня введения в действие Закона Украины, предусматривающего наказание в виде пожизненного лишения свободы, существовал промежуточный уголовный закон, который имеет обратную силу.

Ключевые слова: неконституционность закона, отмена закона, действие закона, обратное действие закона, промежуточный уголовный закон, смертная казнь.