

Задоя К.П.

*Київський національний університет імені Тараса Шевченка,
доцент кафедри кримінального права та кримінології, кандидат
юридичних наук, доцент*

«ЗАКОН САВЧЕНКО»: ПРОБЛЕМИ РЕТРОАКТИВНОГО ЗАСТОСУВАННЯ У КОНТЕКСТІ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Положення так званого “закону Савченко”⁷ справедливо викликали неоднозначну реакцію як у юридичній спільноті, так і серед широких кіл громадськості. Цей нормативний акт є яскравим прикладом вельми нерозважливого законодавчого рішення, при ухваленні якого не було взято до уваги як потенційні проблеми при реалізації його кримінально-правових наслідків, так і зумовлене ним різке та не досить обґрунтоване скорочення “тюремного населення” України.

Втім, нова редакція частини п'ятої статті 72 Кримінального кодексу України (далі — КК) є реалією правової системою України, яка попри всю свою неоднозначність та спірність підлягає застосуванню судовими органами. Оскільки вказане положення передбачає більш сприятливі, порівняно з попередньою (“старою”) редакцією ч. 5 ст. 72 КК, правила (1) зарахування попереднього ув'язнення у строк призначеного покарання та (2) звільнення особи від відбування основного покарання, обумовленого застосованим щодо неї попереднього ув'язнення, воно (положення) відповідно до ч. 1 ст. 5 КК окрім негайної дії в часі характеризується ще й ретроактивним ефектом (зворотною дією в часі).

⁷ Мова йде про Закон України “Про внесення зміни до Кримінального кодексу України щодо удосконалення порядку зарахування судом строку попереднього ув'язнення у строк покарання” від 26.11.2015 № 838-VIII, що скорочено іменується за прізвищем одного із народних депутатів України, які були ініціаторами його прийняття.

Щоправда, дещо неоднозначною видається оцінка чинної редакції ч. 5 ст. 72 КК з точки зору переліку підстав зворотної дії кримінального закону в часі. Певна суперечливість природи зарахування попереднього ув'язнення у строк призначеного покарання, з одного боку, дозволяє назвати вказане положення законом, що лише пом'якшує кримінальну відповідальність, а з іншого — законом, що й пом'якшує кримінальну відповідальність, й іншим чином поліпшує становище особи. Ця проблема потребує окремого осмислення, однак, по-перше, за своєю суттю вона є швидше теоретичною, аніж прикладною (правозастосовчою), а по-друге — з огляду на предмет даної публікації не видається принциповою.

Прикметною рисою “закону Савченко” є наявність у ньому положення (пункт другий Прикінцевих положень), яке закріплює так звану темпоральну колізійну норму. Остання визначає межі зворотної дії в часі нової редакції ч. 5 ст. 72 КК, а саме — передбачає, що вона “застосовується до всіх осіб, щодо яких на момент набрання чинності цим Законом набрав законної сили обвинувальний вирок, покарання за яким не відбуто повністю”. Слід відмітити, що ця колізійна норма, по-перше, має характер *lex specialis* по відношенню до загальної темпоральної колізійної норми, передбаченої ч. 1 ст. 5 КК, а по-друге, не узгоджується з останньою — у ч. 1 ст. 5 КК вказано, що зворотна дія кримінального закону в часі “поширюється на осіб, які вчинили відповідні діяння до набрання таким законом чинності, у тому числі на осіб, які відбувають покарання або відбули покарання, але мають судимість”. Таким чином, п. 2 Прикінцевих положень “закону Савченко” істотно звужує ретроактивний ефект чинної редакції ч. 5 ст. 72 КК, виключаючи можливість її застосування щодо осіб, які (1) вчинили злочини до набрання чинності цим положенням кримінального закону, тобто до 24 грудня 2015 року, і (2) щодо яких на цей момент ще не набрав “чинності”⁸ обвинувальний вирок суду⁹.

Хоча за загальним правилом спеціальна правова норма повинна одержувати перевагу (пріоритет) перед нормою загальною, у даному конкретному випадку можна навести, щонайменше, три аргументи *contra*:

1) ч. 1 ст. 58 Конституції України, гарантуючи особі ретроактивне

застосування закону, який пом'якшує відповідальність, не обумовлює жодних можливих виключень або застережень;

2) положення ч. 1 ст. 5 КК є не просто *lex generalis*, а засадничим (рамковим) нормативним орієнтиром для кримінально-правової системи України, відступ від якого неможливий на рівні окремих законів про внесення змін до КК;

3) надання п. 2 Прикінцевих положень “закону Савченко” пріоритету перед ч. 1 ст. 5 КК буде мати наслідком порушення Україною ч. 1 ст. 7 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04.12.1950 року (далі — ЄКПЛ, Конвенція), яка передбачає, що “не може бути призначене суворіше покарання ніж те, що підлягало застосуванню на час вчинення кримінального правопорушення”.

Останній із наведених аргументів вимагає додаткових пояснень з огляду на практику тлумачення ч. 1 ст. 7 ЄКПЛ Європейським судом з прав людини (далі — ЄСПЛ, Страсбурзький суд, Суд).

По-перше, слід відмітити, що вжите у цьому конвенційному положенні поняття “покарання” ЄСПЛ традиційно тлумачить “автономно”, керуючись виробленими ним же самим критеріями. Так, в рішенні у справі *Welch v. the United Kingdom (1995)*, § 27 Страсбурзький суд зауважив, що “при визначенні того, чи певний захід становить покарання, відправним моментом є питання про те, чи цей захід є наслідком засудження за “кримінальне правопорушення”. До інших факторів, які, можливо, слід взяти до уваги як такі, що мають стосунок до справи, є характер і мета заходу, котрий

7 З точки зору ст. 532 Кримінального процесуального кодексу України, очевидно, коректніше говорити про набрання вироком законної сили, а не чинності.

8 Можна припустити, що за задумом законодавця, стосовно таких осіб нова редакція ч. 5 ст. 72 КК повинна реалізовуватись у режимі негайної дії в часі, однак ця гіпотетична точка зору не узгоджується із юридичною природою негайної та зворотної дії закону в часі в царині кримінального права. Зокрема, в абз. 2 п. 2 рішення Конституційного Суду України в справі про зворотню дію кримінального закону в часі від 19.04.2000 року № 6-рп/2000 зазначено: “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, за умови, якщо вони скасовують або пом'якшують відповідальність особи”. Таким чином, застосування кримінального закону у випадках, коли він не був чинним на момент порушення особою відповідної кримінально-правової заборони, у контексті вказаної правової позиції є застосуванням закону до правовідносин, які виникли до набрання ним чинності, а отже у підсумку — зворотною, а не негайною дією такого закону в часі. Таким чином, застосування нової редакції ч. 5 ст. 72 КК до осіб, які вчинили злочини до набрання такою редакцією чинності, за будь-яких умов є зворотною дією кримінального закону в часі.

розглядається, його класифікація за внутрішнім правом, процедури, що пов'язані з його прийняттям та здійсненням, а також ступінь його суворості”.

По-друге, з часом ЄСПЛ провів межу заходами, що є покаранням у розумінні ч. 1 ст. 7 Конвенції та заходами, що являють собою “застосування” або “реалізацію” покарання. Наприклад, в рішенні у справі *Kafkaris v. Cyprus* (2008), § 142 Суд вказав, що у випадку, коли “характер та мета заходу відносяться до пом'якшення призначеного покарання або зміни режиму для дострокового звільнення, він не є частиною “покарання” у розумінні статті 7 [ЄКПЛ]”.

Оцінюючи відповідність передбачених ч. 5 ст. 72 КК зарахування попереднього ув'язнення у строк призначеного покарання та звільнення особи від відбування основного покарання конвенційному поняттю “покарання”, не можна не звернути увагу на рішення ЄСПЛ у справі *Del Río Prada v. Spain* (2013), в якому предметом оцінки з боку Суду була зміна правозастосовчого підходу до визначення так званого кумулятивного покарання за кількома обвинуваченнями. У даному рішенні Страсбурзький суд:

1) *in abstracto* не виключив можливості того, що “заходи, прийняті законодавчим органом, адміністративними органами або судами після того, як остаточний вирок був винесений або в той час, коли він виконується, можуть призвести до перегляду або зміни обсягу “покарання”, призначеного судом, який розглядав справу”, і як наслідок дійшов висновку, що такі заходи повинні підпадати під заборону ретроактивного застосування покарання, передбачену ч. 1 ст. 7 ЄКПЛ (§ 89);

2) *in concreto* кваліфікував визначення кумулятивного покарання за кількома обвинуваченнями як захід, що впливає на “обсяг” покарання у розумінні ч. 1 ст. 7 Конвенції, а не лише на його виконання, та на підставі цього констатував порушення Іспанією зазначеного конвенційного

положення через те, що порядок визначення кумулятивного покарання був змінений не на користь особи та був застосований до заявника у справі ретроактивно (§§ 109, 110).

Оскільки питання про (1) зарахування попереднього ув'язнення у строк покарання (абз. 1, 2 ч. 5 ст. 72 КК у чинній редакції) та (2) обов'язкове і безумовне звільнення особи від відбування основного покарання, якщо до неї застосовувалось попереднє ув'язнення (абз. 3 ч. 5 ст. 72 КК у чинній редакції), розглядаються судом при постановленні обвинувального вироку разом із обранням обвинуваченому міри покарання, видається, що обидва ці заходи мають визнаватись покаранням у розумінні статті 7 ЄКПЛ. Перш за все — через їх нерозривний “зв'язок” засудженням особи¹⁰.

По-третє, заслуговує на увагу те, що буквальне тлумачення другого речення ч. 1 ст. 7 Конвенції гарантує особі лише непризначення більш суворого покарання, аніж те, що підлягало застосуванню на час вчинення нею кримінального правопорушення, але не гарантує ретроактивного застосування більш сприятливого покарання. Втім, у даному випадку слід враховувати, що практика тлумачення ЄСПЛ положень Конвенції має динамічний характер. Якщо у своїх більш ранніх рішеннях Страсбурзький суд традиційно виходив із буквального розуміння ч. 1 ст. 7 ЄКПЛ¹¹, то згодом його підхід зазнав радикальних змін. В рішенні у справі *Scoppola v. Italy* (№ 2) (2009), § 109 ЄСПЛ дійшов висновку, що нині вказане конвенційне положення гарантує не лише неприпустимість ретроактивного застосування більш суворого покарання, але й обов'язковість ретроактивного застосування більш сприятливого покарання. Таким чином, Україна як держава-учасниця ЄКПЛ зобов'язана забезпечити беззастережну та всеохоплюючу реалізацію чинної редакції ч. 5 ст. 72 КК щодо всіх без винятку осіб, які вчинили злочини до набрання цією редакцією чинності. Будь-які винятки з такого підходу (зокрема, зумовлені п. 2 Прикінцевих положень “закону Савченко”) являють собою порушення

правила, передбаченого другим реченням ч. 1 ст. 7 Конвенції.