

## ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ КРИЗЬ ПРИЗМУ ПРИНЦИПУ «LEX MITIOR» (ЗВОРотної Дії В ЧАСІ БІЛЬШ СПРИЯТЛИВОГО НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО АКТУ)

### PROTECTION OF HUMAN RIGHTS THROUGH THE LENS OF THE LEX MITIOR PRINCIPLE (RETROACTIVE APPLICATION OF THE MORE FAVORABLE NORMATIVE LEGAL ACT)

Колесниченко Н.О., магістр права, магістр міжнародного права  
Волинський національний університет імені Лесі Українки

Музичук К.С., д.ю.н., професор,  
професор кафедри кримінального права і процесу  
Волинський національний університет імені Лесі Українки

Наукова праця присвячена концепції (принципу) «lex mitior» (частині засадничого принципу законності як складової верховенства права) яка передбачає, що нормативно-правовий акт (у даному дослідженні нормативно-правовий акт часом ототожнюватиметься, *mutatis mutandis*, із «законом» в широкому розумінні), який пом'якшує чи скасовує відповідальність особи, – має зворотну дію в часі. Досліджується поняття, правова природа, а також проблеми його правозастосування в Україні та світі. Надано ряд пропозицій щодо вдосконалення законодавства та практики.

В розділі «Поняття та правова природа принципу «lex mitior»» наголошено, що за загальним правилом діє заборона на зворотну дію закону («*nullum poena sine lege*»), однак на міжнародному рівні вона часто поєднується з її наслідком – принципом «lex mitior», наведено короткий історичний екскурс. В розділі «Правове закріплення принципу «lex mitior» на міжнародному рівні» на основі аналізу п'яти міжнародних договорів зроблено проміжний висновок, що «lex mitior» було перетворено із концепції на принцип міжнародного звичаєвого права та міжнародного кримінального права, а також визнано обов'язковим для дотримання державами, що визнають примат Європейської конвенції з прав людини. В розділі «Моделі правозастосування принципу «lex mitior»» виділено три основні моделі принципу «lex mitior», а в розділі «Правозастосування принципу «lex mitior» у світі» на основі опрацювання законодавства США, всіх держав Європи та кількох держав Азії виокремлено чотири концепції механізмів його застосування (із прикладами, перевагами й недоліками кожної). В розділі «Проблеми правозастосування принципу «lex mitior» в Україні» висвітлено, яку модель «lex mitior» в Україні закріплено законодавчо та в яких саме актах, водночас вказано на невизначеність механізму застосування на основі аналізу законодавства, практики Верховного Суду та Конституційного Суду України.

На основі дослідження узагальнено суть принципу, його моделі та механізми застосування. Констатовано, що в Україні принцип «lex mitior» закріплено у ст. 58 Конституції в найширшому вигляді, проте, однак, не передбачено чіткого та окремого механізму його реалізації й застосування, що є потенційним порушенням міжнародних договорів, а також принципу належного урядування. Зроблено припущення, що для України найбільше підходить варіант реалізації «lex mitior» за клопотанням або позовом заінтересованої особи. Запропоновано забезпечити виконання ст. 58 Конституції України через окремі закони за аналогією до того, як виконання ст. 56 Конституції України забезпечується окремим Законом України й Положенням про його застосування.

**Ключові слова:** «lex mitior», «in mitius», «ex post facto», «*nullum poena sine lege*», міжнародне право прав людини, захист прав людини, зворотна дія закону в часі, ретроактивність, стаття 58 Конституції України.

The scientific article is devoted to the *lex mitior* concept (principle) (part of the fundamental principle of legality as a component of the rule of law) which provides that a legal act mitigating or abolishing a person's liability has retroactive effect (in this research, a legal act will *mutatis mutandis* sometimes be identified with 'law' in the broad sense). The concept, legal nature, and problems of its application in Ukraine and worldwide are being examined. A number of suggestions for improving legislation and practice are provided.

In the section "The Concept and Legal Nature of the *Lex Mitior* Principle", it is emphasized that, as a general rule, the prohibition of retroactive effect of the law (*'nullum poena sine lege'*) applies, but at the international level it is often combined with its consequence – the *lex mitior* principle; furthermore, a brief historical overview is provided. In the section "Legal Enshrinement of the *Lex Mitior* Principle at the International Level", based on the analysis of five international treaties, the authors make an intermediate conclusion that the *lex mitior* principle has been transformed from a concept into a principle of customary international law and international criminal law, and has been recognized as binding on states that recognize the primacy of the European Convention on Human Rights. In the section "Models of Law Enforcement of the *Lex Mitior* Principle", three main models of the *lex mitior* principle are identified; and in the section "Law Enforcement of the *Lex Mitior* Principle in the World", based on the study of the legislation of the USA, all European countries and several Asian countries, four concepts of mechanisms for its application are distinguished (with examples, advantages and disadvantages of each). In the section "Problems of Enforcement of the *Lex Mitior* Principle in Ukraine", it is highlighted which model of *lex mitior* is enshrined in law in Ukraine and in which acts; at the same time, the authors point out the uncertainty of the application mechanism based on the analysis of legislation, practice of the Supreme Court and the Constitutional Court of Ukraine.

Based on the research, the essence of the principle, its models and application mechanisms are summarized. It is stated that in Ukraine, the *lex mitior* principle is enshrined in Article 58 of the Constitution in its broadest form, but, however, there is no clear and separate mechanism for its implementation and application, which is a potential violation of international treaties and the principle of good governance. It is assumed that the option of implementing the *lex mitior* at the request or claim of an interested person is most suitable for Ukraine.

It is proposed to ensure the implementation of Article 58 of the Constitution of Ukraine through separate laws by analogy with the way in which the implementation of Article 56 of the Constitution of Ukraine is ensured by a separate Law of Ukraine and the Regulations on its application.

**Key words:** *lex mitior*, *in mitius*, *ex post facto*, *nullum poena sine lege*, international human rights law, human rights protection, retroactive effect of the law in time, retroactivity, Article 58 of the Constitution of Ukraine.

**Постановка проблеми та актуальність.** Різні аспекти принципу «lex mitior» досліджували як українські, так і зарубіжні науковці, серед яких, зокрема, автори використаних в даній роботі праць. Втім, саме під назвою «lex mitior» вказаний принцип вітчизняній правовій науці майже невідомий. Так, деяка кількість досліджень присвячена зворотній дії більш сприятливого нормативно-право-

вого акта в часі (насамперед в контексті ст. 58 Конституції України), однак майже не існує україномовних наукових праць з окремим комплексним дослідженням самої концепції принципу та проблем у правозастосуванні, з нею пов'язаними.

**Об'єктом дослідження** є принцип «lex mitior» (суспільні відносини у сфері застосування принципу «lex mitior»).

**Предметом дослідження** є захист прав людини криз із призму принципу «*lex mitior*» (зворотної дії в часі більш сприятливого нормативно-правового акта).

#### **Виклад основного матеріалу.**

### **I. Поняття та правова природа принципу «*lex mitior*».**

Як зазначається у дослідженні Школи права Університету Сан-Франциско, правові традиції, за загальним правилом, – послідовно забороняють зворотню дію закону. В кримінальному праві це правило відоме як «*nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*: ніхто не може бути засуджений або покараний без чинного кримінального закону» [1, с. 65].

Однак на міжнародному рівні ця заборона часто поєднується з її логічним наслідком – принципом ретроактивного застосування сприятливого або пом'якшувального закону, відомим як «*lex mitior*» або «доктрина милосердя», згідно з яким норми застосовуються «*in mitius*» («пом'якшено») [1, с. 65].

Принцип «*lex mitior*» як і принцип «*nullum poena sine lege*» є частиною фундаментального, засадничого принципу законності [2] як складника верховенства права [3] і полягає в ретроактивному пом'якшенні відповідальності, тобто в застосуванні правової норми «заднім числом», коли це принесе користь правопорушнику. Потенційно, це повинно включати і тих, хто вже відбуває покарання [1, с. 65].

Саме словосполучення згадується ще Ульпіаном (одним із 5 римських юристів-класиків) в II ст. після Р.Х. в контексті роз'яснення, що якщо звинувачення висунуті згідно із законами і про приватні, і про публічні порушення, то слід дотримуватися більш м'якого («*mitior lex*»), тобто закону про приватні («*vis private*») порушення [4, с. 514–515].

Щодо виникнення принципу, то існує думка, що воно пов'язане із пошуком відповіді на питання правозастосування в перехідних ситуаціях. Вказане спричинило появу двох протилежних течій: (а) тезу про ультраактивність старої норми, згідно з якою застосовується норма, чинна на момент вчинення правопорушення; (б) тезу про те, що у випадку перехідної ситуації застосовується новий закон [5, с. 72]. А оскільки жодна з цих двох тез не була цілком справедливою, література, судова практика та сучасне законодавство напрацювали третє правове рішення, відоме як принцип «*lex mitior*» – про те, що у випадках, визначених правонаступництвом законів, застосовується більш сприятливий закон [5, с. 73].

В його теперішньому вигляді «*lex mitior*» вважається відносно сучасною доктриною, адже ще 1948 р. Генеральна Асамблея ООН, приймаючи Загальну декларацію прав людини, включила до неї заборону «*ex post facto*», але відхилила «*lex mitior*». ООН не сприймала принцип «*lex mitior*» аж до 1966 р., поки не прийняла Міжнародний пакт про громадянські та політичні права, про що далі [6, с. 169].

### **II. Правове закріплення принципу «*lex mitior*» на міжнародному рівні.**

«*Lex mitior*» згадується в основних міжнародних договорах з прав людини [1, с. 68]. Серед них:

1. *Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р.* (далі – ЄКПЛ).

Останнє речення ст. 7(1) ЄКПЛ вказує, що «Також не може бути призначене суворіше покарання ніж те, що підлягало застосуванню на час вчинення кримінального правопорушення.» [7].

Тобто ст. 7 ЄКПЛ не передбачає принципу «*lex mitior*» напряму [8, с. 601] і в цьому питанні Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ) та його предтеча – Європейська комісія з прав людини (у 1978 р. у рішенні по справі «Х проти Німеччини») – довгий час схилилися до думки, що ст. 7 ЄКПЛ (на відміну від ст. 15 МПГПП) «*lex mitior*» не включає [3].

Тим не менш, все змінилось із винесенням рішення по справі «*Scoppola v. Italy (No.2)*» від 2009 р. У ній ЄСПЛ дійшов висновку, що із часу рішення по справі «Х проти Німеччини» (1978 р.) відбулися «важливі події на міжнародному рівні»: набрали чинності Американська конвенція з прав людини, Хартія ЄС про основні права, а також Римський Статут [3].

Найголовнішим в цьому рішенні є те, що ЄСПЛ погодився із думкою, що принцип «*lex mitior*» є частиною конституційних традицій, спільних для держав-членів Європейського Співтовариства [9, с. 33], і виснував, що «...на міжнародному рівні поступово виник консенсус щодо того, що застосування кримінального закону, який передбачає більш м'яке покарання, навіть того, яке було прийнято після вчинення злочину, стало основним принципом кримінального права», а також що «...стаття 7 § 1 Конвенції гарантує не тільки принцип неретроактивності більш суворих кримінальних законів, але також, і імпліцитно, принцип ретроспективності більш м'якого кримінального закону. Цей принцип втілюється в правилі про те, що якщо існують відмінності між кримінальним законодавством, чинним на момент вчинення злочину, та наступними кримінальними законами, прийнятими до винесення остаточного вироку, суди повинні застосувати до відповідача закон, положення якого є найбільш сприятливими.» [3].

2. *Міжнародний пакт про громадянські та політичні права від 16.12.1966 р.* (далі – МПГПП).

Стаття 15 МПГПП містить положення, яке зазначає, що «Якщо після вчинення злочину законом встановлюється більш легке покарання, дія цього закону поширюється на даного злочинця.» [10].

МПГПП встановлює основні правові рамки для принципу «*lex mitior*», відповідно до якого країни світу формують свої конституції та кримінальні кодекси. При цьому варто зазначити, що міжнародна спільнота майже не сперечалася щодо цієї частини ст. 15 (крім застережень деяких держав про застосування «*lex mitior*» лише до винесення остаточного судового рішення, а також застереження США про незастосування «*lex mitior*») [1, с. 68].

Однак, виходячи зі ст. 4(2) МПГПП, ст. 15 визначається як така, що не допускає відступів, а це означає, що вона не може бути обмежена в будь-який спосіб. Крім того, це положення є відповідним *opinio juris*, або юридичним зобов'язанням, згідно з яким цей принцип може становити міжнародне звичаєве право. Міжнародне звичаєве право вимагає широко розповсюдженої, постійної та однакової практики держав, обумовленої юридичним зобов'язанням, яке є достатньо тривалим, щоб стати нормою [1, с. 68].

Відтак, МПГПП покладає на міжнародну спільноту обов'язок закріплення у своєму законодавстві принципу «*lex mitior*» у найширшій моделі, тобто закріплення обов'язкової зворотної дії нормативно-правового акта в часі без жодних винятків та часових рамок.

3. *Американська конвенція про права людини від 22.11.1969 р.*

Останнє речення ст. 9 цієї конвенції передбачає, що «Якщо після вчинення правопорушення законом передбачено більш м'яке покарання, то таке покарання застосовується щодо винного.» [11].

4. *Римський Статут Міжнародного Кримінального Суду від 17.07.1998 р.*

Ст. 24(2) Римського Статуту передбачає, що «У разі внесення змін до закону, що застосовується до конкретної справи, до ухвалення остаточного рішення застосовується закон, що є більш сприятливим для особи, яка перебуває під слідством, стосовно якої здійснюється кримінальне переслідування або яку визнано винною» [12].

З введенням в дію Римського Статуту, принцип «*lex mitior*» став принципом міжнародного кримінального права [13, с. 175].

5. *Хартія основних прав Європейського Союзу від 07.12.2000 р.*

Останнє речення ст. 49(1) Хартії вказує, що «У разі, якщо після вчинення кримінального правопорушення законодавство передбачає більш м'яке покарання, воно застосовується.» [14].

Виходячи зі ст. 52(3) Хартії: тією мірою, якою вона містить права, що відповідають правам, гарантованим ЄКПЛ, їхній зміст і застосування збігаються зі змістом і застосуванням встановленими ЄКПЛ [14]. Вказана стаття стала приводом для ЄСПЛ визнати, що ст. 7(1) ЄКПЛ має тлумачитись як така, що включає принцип «*lex mitior*» [2].

Окремо варто зазначити, що із Хартією принцип «*lex mitior*» став частиною первинного права ЄС [9, с. 33].

Відтак, дохідимо проміжного висновку, що МПГПП (ні стороною, ні підписантом якого є лише 14 держав світу) перетворило «*lex mitior*» (причому в його найширшій моделі) із концепції на принцип міжнародного звичасового права.

З введенням в дію Римського Статуту, принцип «*lex mitior*» став принципом міжнародного кримінального права, а ЄСПЛ визнав цей принцип обов'язковим для дотримання усіма державами, що визнають примат ЄКПЛ.

«Глобальна реальність така, що більшість країн світу вважають позитивне ретроактивне застосування змін у законодавстві фундаментальним правом людини», а міжнародне право і практика вказують на те, що «*lex mitior*» має бути забезпечений в усіх випадках [1, с. 69].

Тим не менш, чимало держав світу все одно застосовують «*lex mitior*» із серйозними застереженнями. Яким же чином застосовується цей принцип?

### III. Моделі правозастосування принципу «*lex mitior*».

Згідно із дослідженням Школи права Університету Сан-Франциско, станом на 2012 рік зі 193 досліджених держав 129 (67%) визнавали «*lex mitior*» тою чи іншою мірою [1, с. 70].

В цілому можна виділити 3 основні моделі принципу «*lex mitior*» [1, с. 70] – норма, яка пом'якшує чи скасовує відповідальність, застосовується: (а) без часових обмежень (модель МПГПП); (б) лише до винесення рішення, яке набрало законної сили (впливає із практики ЄСПЛ щодо ЄКПЛ); (в) якщо відповідальність повністю скасовано (злочин декриміналізовано) (зазвичай цей варіант закріплюють разом із варіантами «а» або «б»).

### IV. Правозастосування принципу «*lex mitior*» у світі.

Постає питання, яким чином інші держави забезпечують реалізацію принципу «*lex mitior*»? Можливо виділити кілька концепцій.

#### 1. Застосування «*lex mitior*» судами:

Насамперед варто зазначити, що щодо застосування «*lex mitior*» судами існує окрема дискусія, пов'язана із двома моделями визначення того, як застосовувати нову норму, якщо в одній частині вона є м'якшою, а в іншій – суворішою. Перша модель – застосування нової норми в цілому, а друга – застосування лише в частині пом'якшення [5, с. 73].

З цього приводу існує думка, що поєднання більш сприятливих положень двох послідовних законів є судовим гібридом і призводить до створення третього закону (*lex tertia*), а тому є неприйнятним, оскільки «це означало б, що судові органи можуть здійснювати повноваження, які їм не належать, і які належать до конституційної юрисдикції законодавчої влади» [5, с. 74]. Така думка панівна, до прикладу, у Румунії (див. рішення № 265 від 06.05.2014 р. Вищого суду касації і юстиції) [5, с. 76; 9, с. 28].

Тим не менш, вона не є актуальною для України, адже в Україні діє друга модель (див., наприклад, ч. 3 ст. 5 КК України) [15].

З іншого боку, серед розглянутих нами держав (США і 2 держави Азії, усі держави Європи, за виключенням Білорусі та РФ) лише у кількох із них окремо передбачено покладення застосування принципу «*lex mitior*» на суди:

(а) Князівство Андорра, ч. 3 ст. 7 Кримінального кодексу якого передбачає, що суд, що виніс вирок, має ек

officio (тобто в силу свого статусу) переглянути вирок, на який поширюється новий, більш сприятливий акт [16];

(б) у Великобританії «*lex mitior*» не закріплено окремо з огляду на: (i) абсолютність заборони законів «*ex post facto*»; (ii) той факт, що у Великобританії (на відміну від багатьох інших держав) нормативно-правові акти про призначення покарання не встановлюють діапазону між верхньою та нижньою межами покарання (виняток: довічне ув'язнення за вбивство), і саме суддя виступає арбітром [17, с. 20–21].

Втім, «*lex mitior*» у Великобританії визнає судову практику, і якщо практика призначення покарання стала сприятливішою з моменту вчинення правопорушення, то суд повинен призначити покарання згідно з «поточною точкою зору». Якщо ж м'якший варіант покарання додається законом або іншим чином до списку доступних вироків після вчинення злочину, але до того, як обвинуваченому буде призначено вирок, цей новий варіант буде доступний суду в справі, якщо закон прямо не вказує інакше [17, с. 22];

(в) Конституція США чітко забороняє закони «*ex post facto*» у розд. 9 ст. I [1, с. 65]. Тим не менш, «*lex mitior*» може визнаватись на рівні штатів. Так, ряд штатів США або закріплює його у своєму законодавстві, або залишає можливість його застосування на розсуд законодавчого органу штату [1, с. 67] (станом на 2015 р. 22 штати повністю відкидали принцип, 10 частково приймали; і лише 18 повністю приймали) [6, с. 170].

Слід зазначити, що більшість судових органів США, які повністю або частково застосовують «*lex mitior*», роблять це без чітких законодавчих вказівок [6, с. 170].

З приводу концепції застосування «*lex mitior*» судами за власною ініціативою, на наш розсуд, можна висловитись так. Насамперед уявимо (на основі розглянутих вище прикладів, але не обмежуючись їх нюансами, пов'язаними із специфікою правової системи кожної держави), яким чином суди можуть самостійно застосовувати «*lex mitior*» та які це несе ризики?

Застосування більш сприятливого акта є нічим іншим, як виявом справедливості, адже, виходячи із концепції «презумпції раціональності законодавця», саме остання редакція відповідної норми є, фактично, його справжнім наміром, істинною волею. Особливо ця концепція розвинута в державах Вестмінстерської системи, насамперед у Великобританії із її «доктриною парламентського суверенітету».

Тобто презюмується, що «законодавець діє раціонально», тобто так, як має діяти. Однак із цієї ж концепції випливає, що відтак саме більш сприятлива норма і є тою нормою, яка мала існувати від початку за задумом законодавця.

Відповідно, несправедливою є ситуація, за якої притягнута до відповідальності особа не може розраховувати на «корегування свого становища» у відповідності до тої правової реальності, яку від початку «замислював» законодавець.

Таким чином, з одного боку, – на кого, як не, в першу чергу, на суд в силу самої його природи покладається обов'язок відновлення справедливості (саме «правосуддя» за етимологією це «правильно, справедливо» і «судити»)? Поза тим, кому, як не суду, який застосував відповідну норму, краще відома специфіка справи? Хто, як не суд, зможе висувати, чи дійсно нова редакція норми насправді є більш сприятливою для особи не лише на перший погляд?

Існування наведених вище риторичних питань свідчить на користь концепції застосування «*lex mitior*» судами. З іншого боку, на наш погляд, така концепція найкраще підходить англо-американській системі права (в особливості англійському варіанту), адже саме там суд, в силу історичних причин, володіє широкою свободою розсуду.

У романо-германській же системі суддівський розсуд не настільки широкий і не завжди толерується (див. приклад Румунії вище). В цілому в умовах континентальної правової сім'ї застосування «*lex mitior*» судами за їх ініціативою не є, наше переконання, найкращим варіантом, адже: 1) судова система і судова практика багатьох держав (особливо колишнього Варшавського блоку) знаходиться на етапі активного (ре)формування. Напрацювання відповідних загальноприйнятних висновків на рівні касаційної інстанції займе не один рік; 2) незважаючи на деякі покращення у зв'язку із впровадженням «розумних строків», – критичною є проблема затягування судового розгляду. Для певної особи можуть пройти роки, перш ніж судове рішення про застосування «*lex mitior*» набере законної сили; 3) суд як орган вирізняється своєю завантаженістю, відтак мало ймовірно, що суди за своєю будучуть негайно застосовувати «*lex mitior*», як-тільки нормативно-правовий акт про внесення сприятливих змін до відповідної норми набере чинності. Вказане, звісно, не виглядає проблемою у випадку, якщо зазначений акт набрав чинності у період між початком судового розгляду і набранням судовим рішенням законної сили, проте яким чином забезпечити своєчасність застосування «*lex mitior*» у випадку, коли з часу винесення судового рішення пройшли роки? Надання ж судами вищих інстанцій вказівки про таке застосування не цілком відповідатиме фундаментальному принципу суддівської незалежності.

2. *Застосування «lex mitior» іншими суб'єктами чи за їх ініціативою:*

(а) хоча федеральне законодавство США за загальним правилом не допускає зворотної дії закону в часі [1, с. 66], з іншого боку, згідно із законом уповноваженою вирішувати, чи застосовувати ретроспективно зменшення покарання в межах рекомендованого діапазону покарань, є окрема Комісія США з питань призначення покарань (Sentencing Commission). Закон забороняє судам, що виносять вироки, застосовувати поправки до керівних принципів ретроактивно, якщо тільки Комісія спеціально не визначила таку поправку як таку, що застосовується ретроактивно. Прикладом таких підходів є Закон про справедливий вирок (*Fair Sentencing Act*) [1, с. 66];

(б) Кримінальний кодекс Данії, на відміну від майже всієї Європи (крім, наприклад, Ісландії), передбачає механізм застосування «*lex mitior*» (щоправда, у випадку декриміналізації). Так, за ст. 3 Кодексу «Засуджений може вимагати, щоб питання про скасування покарання було передано стороною обвинувачення до суду, який розглядав справу в першій інстанції. Рішення про це оформляється постановою.» [18];

(в) також в Ісландії за ст. 2 Кримінального кодексу питання про скасування або пом'якшення призначеного покарання у випадках, коли вирок охоплює також інші правопорушення, може бути передано до суду, який розглядав справу на рівні районного суду, або до суду за місцезнаходженням сторони (можливе оскарження в апеляційному порядку) [19];

(г) відповідно до розділу 2 глави 3 Кримінального кодексу Таїланду у випадку, коли вирок є остаточним, «*lex mitior*» застосовується наступним чином: «коли це стане відомо суду з матеріалів справи або коли засуджений, законний представник або опікун такої особи, або прокурор подає клопотання, суд має змінити покарання відповідно до закону, що діє на момент перепризначення покарання.» [20].

Тобто концепція застосування «*lex mitior*» іншими суб'єктами чи за їх ініціативою полягає в реалізації «*lex mitior*» за клопотанням або позовом заінтересованої особи (чи сторони) до суду. Можливі такі варіанти: 1) в кримінальному процесі заінтересований суб'єкт може подати клопотання до сторони обвинувачення та (або) напряму до суду; 1-а) або ж таке право (чи обов'язок) має сторона

обвинувачення; 2) в будь-якому іншому процесі заінтересований суб'єкт може подати клопотання до органу, що застосував стягнення, та (або) напряму до суду, або ж 2-а) обов'язок застосування «*lex mitior*» може бути покладено на орган, який застосував стягнення (що не позбавляє відповідну особу оскаржити можливу бездіяльність такого органу).

Вказана концепція застосування «*lex mitior*» видається нам чи не найефективнішою з огляду на свою гнучкість: 1) вона підходить для всіх правових сімей, адже в усіх правових сім'ях (зі своєю специфікою) існує суб'єкт (сторона чи особа), заінтересований в сприятливому для нього вирішенні справи; 2) саме заінтересована сторона є найактивнішим учасником будь-якого процесу з причин, описаних вище, на відміну від порівняно неповороткого суду; 3) механізм застосування «*lex mitior*» іншими суб'єктами чи за їх ініціативою (прописаний окремим нормативно-правовим актом) може мати будь-який вигляд і враховувати будь-яку специфіку правової системи конкретної держави.

3. *Автоматичне застосування «lex mitior»:*

В Європі, окрім напевно Греції, майже не існує держав, в кримінальному кодексі яких була б закріплена окрема норма, з якої випливає, що «*lex mitior*» застосовується автоматично. Щоправда, це стосується не всіх випадків, а декриміналізації. В такому випадку «виконання призначеного покарання та його кримінально-правових наслідків, а також виконання заходів безпеки припиняється» (ч. 2 ст. 2 Кодексу) [21].

Варто зазначити, що на думку Школи права Університету Сан-Франциско федеральному уряду США і тим штатам, які прямо не визнають «*lex mitior*», рекомендовано забезпечити саме автоматичну зворотну дію закону в разі пом'якшення покарання через прийняття законів [1, с. 71].

На наше переконання, вказана концепція є теоретично ефективною з огляду на свою простоту, проте проблемні моменти можуть виникнути: 1) у випадку відсутності прописаного механізму автоматичного застосування. Інакше кажучи, виникає питання: хто має слідкувати за автоматичним застосуванням «*lex mitior*»? 2) автоматичне застосування може бути істотно ускладнене у дискусійних випадках, насамперед коли зміни до норми одночасно і пом'якшують, і посилюють відповідальність особи; або у випадках, коли сприятливий характер норми не є очевидним.

Вказані недоліки можуть призвести до ситуації, коли автоматичне застосування «*lex mitior*» призведе до більших проблем, ніж повна відсутність «*lex mitior*». Саме тому, на нашу думку, концепції автоматичного застосування «*lex mitior*» слід існувати лише в парі з якоюсь іншою.

4. *Застосування «lex mitior» законодавчим органом:*

В теорії, цей спосіб є найпоширенішим, адже будь-який парламент, приймаючи закон про внесення змін до відповідного закону, яким відповідальність пом'якшується чи скасовується, може прописати можливість застосування «*lex mitior*» в прикінцевих чи перехідних положеннях, а також механізм такого застосування.

Наприклад, як вже згадувалось, федеральне законодавство США не допускає зворотної дії закону в часі, але якщо тільки це не передбачено законодавчим органом [1, с. 66].

З одного боку, така концепція однаково може підійти як для держави з англо-американської, так і з романо-германської систем. Крім того, виходячи із вже згаданої доктрини раціональності законодавця, саме законодавцю слід би було привести речі в той стан, який він замислював.

З іншого боку цей спосіб не видається найгуманнішим чи найсправедливішим, адже у такому випадку доля особи повністю залежить від волі законодавця. Відтак, як і у випадку автоматичного застосування, описаній концепції доцільно існувати в парі з якоюсь іншою.

### V. Проблеми правозастосування принципу «lex mitior» в Україні.

В Україні законодавчо закріплено «lex mitior» в його найширшій моделі, тобто він застосовується незалежно від того, чи набрало законної сили рішення суду, чи відбула особа покарання, чи має вона судимість і т.д.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 58 Конституції України «Закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи.» [22]. Подібний рівень широти у застосуванні «lex mitior» в Європі (в галузі кримінального права) забезпечують лише кримінальні кодекси Естонії (ч. 2 ст. 5), Ісландії (ст. 2), Іспанії (ч. 2 ст. 2), Латвії (ст. 5) та Литви (ч. 2 ст. 3).

Щобільше, «lex mitior» в Україні стосується не лише кримінальної відповідальності (ст. 5 Кримінального кодексу України), але й адміністративної (ст. 8 Кодексу про адміністративні правопорушення України) та цивільної (ст. 5 Цивільного кодексу України).

Втім, незважаючи на законодавче визнання «lex mitior» – в Україні, на жаль, лишається невизначеним механізм його застосування, що в ряді випадків перетворює його на мертву норму.

Теоретично, застосування принципу покладено на суди, проте непоодинокі ситуації суддівського свавілля або самоусунення судів.

Наприклад, чи не єдиним процесуальним кодексом, який визнає прийняття нових нормативно-правових актів, якими скасовані «нормативно-правові акти, що діяли на час розгляду справи» за нововиявлену обставину «коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність фізичної особи», а відтак і визнає можливість застосування «lex mitior», – є Кодекс адміністративного судочинства (ч. 3 ст. 361 КАС України) [23].

Однак вказана норма, попри прогресивність, є мертвою, адже хоча судовою практикою і визнається, що пом'якшення чи скасування відповідальності особи є нововиявленою обставиною, тим не менш суди (особливо у випадках, якщо відповідальність на особу покладалася не судом, а іншим органом) – доходять висновку, що «якщо чинна на час спірних відносин норма визначала рішення, дії або бездіяльність суб'єкта владних повноважень як правомірні, то відсутні підстави визнавати їх у судовому порядку протиправними, навіть якщо на момент розгляду справи в суді відбулися зміни в законодавстві і вони вже не відповідають вимогам закону», а стягнення, своєю чергою, має пом'якшуватись чи скасовуватись органом, який його наклав [24].

Також можна було б припустити, що в Україні визначення порядку застосування «lex mitior» покладено на законодавця.

Така думка виникає із розгляду найбільш важливого в контексті «lex mitior» Рішення Конституційного Суду України (КСУ), а саме № 1-рп/1999 (адже це єдине офіційне тлумачення ч. 1 ст. 58 Конституції України), де констатовано, що «надання зворотної дії в часі таким нормативно-правовим актам може бути передбачено шляхом прямої

вказівки про це в законі або іншому нормативно-правовому акті» [25]. Проте вказаний висновок стосується лише фізичних осіб – підприємців (ФОП) та юридичних осіб.

Відтак, в Україні фактично діють дві концепції:

1) у випадку фізичних осіб – концепція застосування «lex mitior» судами (причому частково за їх ініціативою, а частково – за заявою заінтересованої сторони);

2) концепція застосування «lex mitior» законодавчим органом (здебільшого це стосується ФОПів та юридичних осіб).

При цьому, (а) занадто широка свобода розсуду судів, порівнянна із свободою судів англо-американської правової сім'ї, в поєднанні із (б) повною відсутністю окремого механізму застосування «lex mitior» (тобто чіткого та недвозначного механізму, описаного в окремому нормативно-правовому акті, бажано не підзаконному) – призводять до того, що норма досить прогресивної ст. 58 Конституції України, де закріплений принцип «lex mitior», – є майже мертвою.

**Висновки.** Принцип «lex mitior» передбачає, що нормативно-правовий акт, який пом'якшує чи скасовує відповідальність особи, – має зворотню дію в часі. «Lex mitior» є частиною принципу законності як складової верховенства права, став принципом міжнародного звичаєвого права, а більшість країн визнають його фундаментальним правом людини. Міжнародне право (див. насамперед МПГПП) і міжнародна практика вказують на те, що цей принцип має бути забезпечений в усіх випадках.

В Україні вказаний принцип закріплено у ст. 58 Конституції в найширшому вигляді, проте, однак, не передбачено чіткого та окремого механізму його реалізації й застосування. Вказане, на нашу думку, є потенційним порушенням, серед іншого, ст. 15 МПГПП, а також порушенням принципу належного урядування, адже Україна добровільно закріпила «lex mitior» не просто в його найширшому варіанті, а закріпила його в Основному Законі, однак при цьому не забезпечує його реалізації.

Застосування «lex mitior» можливе 4 основними способами: 1) судами; 2) іншими суб'єктами чи за їх ініціативою; 3) через автоматичне застосування; 4) закріпленням в прикінцевих чи перехідних положеннях відповідного нормативно-правового акта. Причому останні два способи видаються ефективними у випадку їх реалізації «в парі» з одним із перших двох.

Для України, як нам видається, найбільше підходить варіант реалізації «lex mitior» за клопотанням або позовом заінтересованої особи (характерний для деяких держав Скандинавії), з огляду, зокрема, на те, що в Україні забезпечення виконання норм Конституції України через окремі закони набуло поширення та довело свою ефективність.

До прикладу, виконання ст. 56 Конституції України забезпечується Законом України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» від 01.12.1994 р. та окремим Положенням про його застосування № 6/5/3/41.

### ЛІТЕРАТУРА

1. Cruel and Unusual U.S. Sentencing Practices in a Global Context. San Francisco : *University of San-Francisco School of Law*, 2012. 88 p. <https://web.archive.org/web/20211222060316/https://www.usfca.edu/sites/default/files/law/cruel-and-unusual.pdf>
2. Van Kempen P.H., Bemelmans J. EU protection of the substantive criminal law principles of guilt and ne bis in idem under the Charter of Fundamental Rights: Underdevelopment and overdevelopment in an incomplete criminal justice framework. *New Journal of European Criminal Law*. 2018. Vol. 9, No. 2. P. 247–264. URL: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2032284418778146>
3. Case of Scoppola v. Italy (No. 2) (Application no. 10249/03). HUDOC. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-94135%22>
4. Giltaij J. The problem of the content of the lex iulia iudiciorum publicorum. *The Legal History Review*. 2013, No. 81. P. 507-525.
5. Ciobanu G. Enforcement of the More Favorable Criminal Law after the Entering into Force of the New Criminal Code // *Annals of the „Constantin Brâncuși” University Of Târgu Jiu, Juridical Science Series*, 2015. No. 1. P. 71-82. URL: [https://www.utgjiu.ro/revista/jur/pdf/2015-01/06\\_Gheorghe%20CIOBANU.pdf](https://www.utgjiu.ro/revista/jur/pdf/2015-01/06_Gheorghe%20CIOBANU.pdf)
6. Westen P. Lex Mitior: Converse of Ex Post Facto and Window into Criminal Desert. *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*. 2015, Vol. 18. No. 2. P. 167-213. URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2588143](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2588143)

7. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text)
8. Oliver P., Bombois T. Competition and Fundamental Rights // *Journal of European Competition Law & Practice*. Oxford, 2015. Vol. 6, No. 8. P. 598-608. URL: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpv047>
9. Neagu N. Mītor lex in national and international case-law – (second-hand) fundamental principle of criminal law? *Revista de Drept Constituțional*. 2023, Issue No. 02. P. 21-48. URL: <https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=1221612>
10. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16.12.1966 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_043#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text)
11. American Convention on Human Rights 22.11.1969. *Inter-American Specialized Conference on Human Rights*. URL: <https://www.cidh.org/Basicos/English/Basic3.American%20Convention.htm>
12. Римський Статут Міжнародного Кримінального Суду від 17.07.1998 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_588#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text)
13. Raimondo F. O. General principles of law in the decisions of international criminal courts and tribunals : PhD thesis. Amsterdam, 2007. 230 p. URL: <https://dare.uva.nl/search?identifier=c55dfb2e-a170-4128-8568-60c82f269d09>
14. Хартія основних прав Європейського Союзу від 07.12.2000 р. URL: [https://web.archive.org/web/20220331215838/https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_524#Text](https://web.archive.org/web/20220331215838/https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_524#Text)
15. Кримінальний кодекс України : Кодекс України від 5 квітня 2001 року № 2341-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25-26. Ст. 131.
16. Llei 9/2005, del 21 de febrer, qualificada del Codi penal. *LesLleis.com*. URL: <https://leslleis.com/L2005009>
17. R. v Docherty (Appellant) (Case UKSC 2014/0207). Judgment Given on 14 December 2016. Heard on 3 and 4 May 2016. *The Supreme Court*. URL: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2014-0207.html>
18. Bekendtgørelse af straffeloven. LBK nr 1028 af 22/08/2013. *Retsinformation*. URL: <https://www.retsinformation.dk/eli/lt/2024/434>
19. Almenn hegningarlög 1940 nr. 19 12. Febrúar. *Alþingi*. URL: <https://www.althingi.is/lagas/nuna/1940019.html>
20. Criminal Code B.E. 2499. *Thailandlawonline*. URL: <https://www.thailandlawonline.com/laws-in-thailand/thailand-criminal-law-text-translation>
21. Ποινικός Κώδικας 01.01.1955. *Τραπεζα Νομικων Πληροφοριων δσα*. URL: <https://www.ministryofjustice.gr/wp-content/uploads/2019/10/%CE%A0%CE%BF%CE%B9%CE%BD%CE%B9%CE%BA%CF%8C%CF%82-%CE%9A%CF%8E%CE%B4%CE%B9%CE%BA%CE%B1%CF%82.pdf>
22. Конституція України від 28 червня 1996 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
23. Кодекс адміністративного судочинства України : Кодекс України від 6 липня 2005 року № 2747-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35-36, № 37. Ст. 446.
24. Постанова Верховного Суду від 08 червня 2023 року по справі № 712/3869/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/111442148>
25. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Національного банку України щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 58 Конституції України (справа про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів) від 9 лютого 1999 року № 1-рп/1999. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-99#Text>