

2. *Дигесты Юстиниана*: Избранные фрагменты / пер. и примеч. И. С. Перетерского. — М., 1984. — 201 с.
3. *Каролина*: Уголовно-судебное уложение Карла V. — Алма-Ата, 1967. — 151 с.
4. *Кримінальна юстиція*: проблеми міжнародного співробітництва. — М. : Бек, 2005. — 296 с.
5. *Міністерство соціальної політики* [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.mlsp.gov.ua/labour/control/uk/publish/article;jsessionid=2EC68285F873B6A438033467D2A4A1F5?art_id=148653&cat_id=138169
6. *Преступление и наказание* в Англии, США, Франции, ФРГ, Японии. Общая часть / отв. ред. Н. Ф. Кузнецова. — М., 1991. — 288 с.
7. *Рубашева А. М.* Очерк системы борьбы с детской заброшенностью и преступностью в Америке и Западной Европе // *Дети-преступники* / под ред. М. Н. Гернета. — М., 1912. — 485 с.
8. *Сулакшин С. С.* Проблема инокультурной ювенальной юстиции в современной России / С. С. Сулакшин, М. В. Деева. — М. : Научный эксперт, 2012. — 144 с.
9. *Тарасова Е. П.* Детские суды за границей // *Дети-преступники* / под ред. М. Н. Гернета. — М., 1912. — 430 с.

Олександр Сергійович КУЗЕМБАЄВ,

асистент кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРАВОВИЙ ЗВИЧАЙ ЯК ДЖЕРЕЛО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Постановка проблеми. У кримінальному праві України, що стало надбанням радянського кримінального права, довгий час панувала точка зору, згідно з якою кримінальний закон є одним та єдиним джерелом кримінального права. В результаті основним об'єктом дослідження став Кримінальний кодекс України (далі — КК України), його структура. При цьому з поля зору випали інші джерела, що містять велику кількість норм кримінального права. Тим часом є підстави вважати, що кримінальний закон — основне, але далеко не єдине джерело кримінального права, що вказує на наявність поджерельності кримінального права України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. В цілому проблематиці дослідження джерел кримінального права присвятили публікації такі вітчизняні вчені, як: М. Д. Дурманов, М. М. Ісаєв, М. Д. Шар-

городський. Окремі аспекти джерел права розглядали у своїх працях такі українські вчені як: П. П. Андрушко, В. О. Навроцький, В. О. Туляков, М. І. Хавронюк, С. Д. Шапченко та інші.

Дослідження ролі звичаю як джерела кримінального права, проте більше як матеріального джерела кримінального права, велися в основному наприкінці XIX століття в роботах таких вчених, як М. С. Таганцев, Л. С. Белогріц-Котляревський, О. Ф. Кістяковський, І. Я. Фойницький, В. Д. Спасович та іншими.

Метою дослідження є необхідність з'ясування того, чи може виступати в якості джерела кримінального права України правовий звичай та яку роль та місце він займає в системі джерел кримінального права.

Виклад основного матеріалу. Про роль звичаю у регулюванні кримінально-правових відносин в якості формального джерела кримінального права в науці кримінального права майже зовсім не торкалися. В основному про роль звичаю йдеться в рамках приватних галузей права.

Проте не тільки в цивільному праві існує дія правового звичаю, так як вважає Р. Блажко, правовий звичай вже сьогодні відіграє роль самостійного джерела кримінально-процесуального права України і потребує свого закріплення у кримінально-процесуальному законі. В якості прикладу наводиться правовий звичай визначення підслідності кримінальних справ про злочини, що вчинені однією особою та знаходяться в провадженні різних за районом діяльності органах досудового слідства (кримінальна справа надсилається за територіальною підслідністю тому органу, що пізніше порушив кримінальну справу, або органу, що обрав підозрюваному (обвинуваченому) запобіжний захід у вигляді тримання під вартою) [1, с. 16].

І як вказував Л. С. Белогріц-Котляревський, не тільки у сфері цивільного права, але й у сфері кримінального права звичаю іноді належить реформаторська роль [2, с. 9].

Щодо виділення правового звичаю як джерела кримінального права в Україні існує певна невизначеність. А саме щодо того, чи є фактичне існування правового звичаю в кримінальному праві України.

Більшість вчених розглядають правовий звичай в якості джерела виникнення або походження кримінально-правових норм, хоча й називаючи їх джерелами кримінального права [3, с. 34; 4].

Про наявність існування правового звичаю в кримінальному законодавстві вказується І. Ю. Стрельниковой, Є. В. Погорєловим, які

вбачають його наявність у ст. 438 КК України у вигляді звичаїв війни, за порушення яких передбачена кримінальна відповідальність [5, с. 52]. Проте про хибність цієї думки вказує М. І. Хавронюк, що в контексті цієї статті порушення звичаїв — це діяння, прямо передбачене ратифікованим Україною міжнародним договором, тобто в строгому смислі слова йдеться про порушення не звичаїв, а правових норм [6].

В цілому М. І. Хавронюк заперечує існування в Україні правового звичаю. Проте, до речі, не у категоричній формі, але про заперечення існування вказується, що «правові звичаї в Україні практично не є формою кримінального права», хоча й вказується на випадки існування як джерела кримінального права в інших країнах — «в деяких країнах Африки вони — цілком легітимні. Наприклад, паралельно зі створеним за допомогою англійців кримінальним кодексом, за яким каралась більшість злочинів, ще в ХХ ст. в Гані за звичаєвим правом карались незаконне вимовляння клятви, заклик прокльонів богів на іншу особу, адюльтер, образа вождів» [6].

Про інші приклади існування правового звичаю як джерела кримінального права в Україні вказує, наприклад, М. С. Поліщук, що доходить висновку, що можливо визнати в якості правового звичаю ситуацію, що склалася із встановленням віку кримінальної відповідальності особи, що вчинила злочин на день свого народження. Так, вказується, що ані кримінальні, ані кримінальні процесуальні норми права України не містять правил відносно обчислення строків, що використовуються при кваліфікації. Щодо процесуальних строків вказівка має місце: «Строки, встановлені цим Кодексом, обчислюються годинами, днями і місяцями. Строки можуть визначатися вказівкою на подію. При обчисленні строків днями та місяцями не береться до уваги той день, від якого починається строк, за винятком строків тримання під вартою, проведення стаціонарної психіатричної експертизи, до яких зараховується неробочий час та які обчислюються з моменту фактичного затримання, взяття під варту чи поміщення до відповідного медичного закладу» (ст. 115 КПК України). І що, відповідно логіці, можна було б застосувати дане правило й до обчислення строків у випадку з віком суб'єкта, але тоді це називалося б використанням закону за «аналогією», а вона прямо заборонена. І що законодавець прийняв позицію «мовчазної згоди» і дозволив судовим органам самим ухвалювати рішення щодо деяких, включаючи й по даному питанню [7].

На наш погляд, таке судження є спірним. І хоча на практиці дане положення не отримало вираження у формі тлумачення зако-

ну шляхом узагальнення судової практики судами України, по суті, за нашим міркуванням, здійснюється застосування закону за аналогією, а саме за аналогією не з кримінально-процесуальним законодавством України, що має більш тісні зв'язки із кримінальним законом України, а саме за аналогією із Цивільним кодексом України, який в ст. 253 ЦК України встановлює, що перебіг строку починається з наступного дня після відповідної календарної дати або настання події, з якою пов'язано його початок.

Проте отримало форму «звичаєвої» поведінки у вигляді тлумачення закону шляхом узагальнення судової практики судами України правила встановлення віку кримінальної відповідальності у разі відсутності відповідних документів і неможливості їх одержання, що походить з п. 6 Постанови Пленуму ВСУ «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх» № 5 від 16.04.2004, про те, що у цьому випадку днем народження вважається останній день того року, який названий експертом. При визначенні віку мінімальною і максимальною кількістю років суд приймає рішення виходячи із встановленого експертом мінімального віку.

Про володіння властивостями правового звичаю вказує те, що дані правила визначення віку кримінальної відповідальності, по-перше, мають загальнообов'язкове правило поведінки (їх невиконання тягне оскарження та відміну рішення вищестоящим судом), по-друге, дані правила не суперечать загальноприйнятній практиці обчислення строків (наприклад, тих, що походять зі ст. 253 ЦК України), по-третє, дані правила усувають прогалини у праві (як у кримінально-процесуальному, так й кримінальному), по-четверте, не мають форму писаного закону (тобто законодавчого закріплення).

Висновки. Таким чином, можливо зробити такі висновки.

По-перше, законодавець не визнає звичай джерелом кримінального права.

По-друге, звичай — це усталене, стійке правило поведінки, що склалося в результаті багаторазового застосування у певній сфері суспільних відносин, але яке не встановлено законодавством.

По-третє, в залежності від характеру звичаю розрізняють такі його види: місцеві звичаї, звичаї національної меншини, звичаї ділового обороту, міжнародні торгові звичаї, звичаї торговельного мореплавства, банківські звичаї, звичаї війни. За територію дії всі звичаї можна класифікувати на внутрішньодержавні і міжнародні. За способом фіксації розрізняють звичаї, що зафіксовані у відповідних документах, та звичаї, що не зафіксовані у відповідних документах.

По-четверте, можливо визначити такі ознаки звичаю як джерела кримінального права: 1) звичай є загальноновизнаним правилом поведінки, що склалося внаслідок неодноразового і тривалого однакового застосування; 2) фіксація звичаю в документах не є обов'язковою.

По-п'яте, обов'язковою умовою застосування будь-якого звичаю є його несуперечливість законодавству або моральним засадам суспільства.

По-шосте, умовою виникнення та продовження існування звичаю є відсутність законодавства, що регулює ті чи інші відносини.

По-сьоме, за юридичною силою звичай стоїть після актів законодавства.

Як ми бачимо, звичаї продовжують відігравати певну роль у регулюванні кримінально-правових суспільних відносин в Україні. Їхня роль значно вужче, ніж та, що відіграють інші джерела права, такі як нормативно-правові акти, судові прецеденти. За юридичною силою звичаї поступаються останнім. Звичаї можуть застосовуватися лише, якщо вони не суперечать законодавству, моральним засадам суспільства. У той же час багато звичаїв знайшли своє закріплення в правових нормах. І даний факт також є підставою вважати звичай важливим джерелом права та й джерелом кримінального прав зокрема.

Отже, викладені положення дають підстави стверджувати, що де-юре правовий звичай в кримінальному праві України не існує або не визнається, а де-факто він має місце шляхом прямого застосування, що вказує на те, що правовий звичай є джерелом кримінального права в Україні.

Л і т е р а т у р а

1. *Блажко Р.* Правовий звичай як самостійне джерело кримінально-процесуального права України / Р. Блажко // Юридична газета. — 2007. — № 28. — С. 16.

2. *Белогриц-Котляревский Л. С.* Творческая сила обычая в уголовном праве / Л. С. Белогриц-Котляревский. — Ярославль : Типография Г. Фалька, 1890. — 35 с.

3. *Туляков В. А.* Многомерность уголовно-правового регулирования / В. А. Туляков // Проблемы законности : акад. зб. наук. праць / відп. ред. В. Я. Тацій. — Х. : Нац. ун-т «ЮАУ», 2011. — Вип. 116. — С. 34—35.

4. *Балобанова Д. О.* Щодо співвідношення понять «динаміка» та «розвиток» [Електронний ресурс] / Д. О. Балобанова // Матеріали інтернет-конференції: «Відповідальність за кримінальні правопорушення у сучасному вимірі», присвяченої пам'яті українського криміналіста, професора Л. В. Багрій-Шахматова (27 грудня 2013 року, м. Одеса). — Режим доступу: <http://>

www.onua.edu.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=1885&Itemid=645&lang=uk&showall=1

5. *Стрельникова І. Ю.* Місце звичаю в сучасному праві України / І. Ю. Стрельникова, Є. В. Погорелов // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Серия «Юридические науки». — 2010. — Том 23 (62), № 2. — С. 52—56.

6. *Хавронюк М. І.* Дещо про сутність кримінального права (інакший погляд) [Електронний ресурс] / М. І. Хавронюк // Юридичний вісник України, 9—15 березня 2013 р. — Режим доступу: <http://www.pravo.org.ua/2011-07-05-15-26-55/2011-07-22-11-16-35/1313-deshcho-pro-sutnist-kryminalnoho-prava-inakshyi-pohliad.html>.

7. *Полищук М. С.* Правовий обычай як источник уголовного права Украины и России [Електронний ресурс] / М. С. Полищук. — Режим доступу: http://dspace.uabs.edu.ua/bitstream/123456789/8472/2/Polischuk%20M.S._11_1.pdf

Олександр Васильович ОБОДОВСЬКИЙ,

аспірант кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія»

ІСТОРІЯ КАТЕГОРІЇ «ТРИВАЮЧІ ЗЛОЧИНИ» (ДО 1845 РОКУ)

У законодавстві Російської імперії категорія «триваючі злочини» (а точніше — злочини, що безперервно продовжуються) з'явилася наприкінці першої половини ХІХ століття. Проте це зовсім не означає, що до того часу взагалі не було скільки-небудь чітких уявлень про правову природу діянь, які згодом отримали зазначену вище назву. Дійсно, будь-який термін не може виникнути раптово — він з'являється для позначення поняття, яке існує уже певний час і довело свою самодостатність у відповідній сфері. Тому навіть якщо якийсь термін і не використовується у конкретний момент, підстави для його виникнення уже можуть існувати.

У науці кримінального права зарубіжних держав особливий характер деяких злочинів був помічений давно. Так, у підручнику А. Ф. Бернера при розгляді питання про порядок застосування давності до такого злочину, як багатощлюбність, у примітці звертається увага на те, що «спір про це вже дуже старий» [1, с. 893—894]. При цьому автор посилається на роботу 1685 року. Так само і В. Саблер, говорячи про злочини, що безперервно продовжуються, у примітці цитує роботу 1737 року [2, с. 187].