

**Кузембаєв Олександр Сергійович,
асистент кафедри кримінального права
Національний університет
«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 поліджерельності 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. Шаргородський. 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.

Дослідженням ролі звичаю як джерела кримінального права, проте більше як матеріального джерела кримінального права, велися в основному наприкінці ХІХ століття в роботах таких вчених як М.С. Таганцев, Л.С. Белогриць-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 орльта 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 мова йшла 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 Белогриць-Котляревський Л.С., що не тільки в 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 Стрельниковой І.Ю., Погореловим Є.В., 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 Хавронюк М.І., 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, Поліщук М.С., що приходить до 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 закону шляхом узагальнення судової

практики Верховними судами України. Тому, по суті, на 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 Верховними 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 наступні 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 наступні його види: місцеві звичаї, звичаї національної меншини, звичаї ділового обороту, міжнародні торгові звичаї, звичаї торговельного мореплавства, банківські звичаї, звичаї війни. За територією 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 наступні ознаки звичаю як джерела кримінального права: 1) звичай є загальновизнаним 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. Звичай 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 права 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.

Література:

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. у-т «ЮАУ», 2011. – Вип. 116. – С. 34-35.
4. Балобанова Д.О. Щодо співвідношення понять «динаміка» та «розвиток» / Д.О. Балобанова [Електронний ресурс] // 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 до ресурсу: 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». Том 23 (62). – № 2. – 2010. – С. 52-56.
6. Хавронюк М.І. Дещо про сутність кримінального права (інакший погляд) / М.І. Хавронюк. [Електронний ресурс] // Юридичний вісник України, 9-15 березня 2013 р. – Режим доступу до ресурсу: <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. Правовой обычай как источник уголовного права Украины и России / М.С. Полищук. // [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: http://dspace.uabs.edu.ua/bitstream/123456789/8472/2/Polischuk%20M.S._11_1.pdf