

Джерела кримінального права України: ПОНЯТТЯ, ВИДИ



*П. П. Андрушко,
завідувач кафедри
кримінального права та
кримінології Київського
національного університету
імені Тараса Шевченка,
кандидат юридичних наук,
професор*

У статті досліджується проблема поняття джерел кримінального права та їх видів. Обґрунтовується, що джерелами кримінального права мають визнаватись правові позиції, викладені компетентним органом у прийнятих ним нормативно-правових актах, а також правові позиції Конституційного Суду України, Європейського суду з прав людини та Верховного Суду України, викладені ним у рішеннях, прийнятих з підстав і в порядку, передбачених статтями 400-12 – 400-25 КПК України, на які повинно здійснюватись посилення у формулі кваліфікації чи мотивувальній частині процесуального акта органу досудового слідства, прокурора та суду для обґрунтування прийнятого ними рішення щодо кримінально-правової кваліфікації вчиненого діяння і застосування кримінального закону.

Ключові слова: джерело права, кримінальне право, кримінальний закон

1. Поняття і види джерел кримінального права
2. Правові позиції судів як джерело кримінального права
3. Юридична сила положень доктрини джерел кримінального права і їх використання при застосуванні кримінального закону, в тому числі при здійсненні кримінально-правової кваліфікації
4. Особливості застосування правових позицій Європейського суду з прав людини як джерела кримінального права

2. Правові позиції судів як джерело кримінального права

Абзацом 3 ч. 1 ст. 40 Закону «Про судоустрій України» від 5 червня 1981 р. № 2022-Х було передбачено, що Верховний Суд України «вивчає і узагальнює судову практику, аналізує судову статистику і дає керівні роз'яснення судам у питаннях застосування республіканського законодавства, що виникають при розгляді судових справ. Керівні роз'яснення Пленуму Верховного Суду України є обов'язковими для судів, інших органів і службових осіб, що застосовують закон, по якому дано роз'яснення».

Виходячи з наведеного положення Закону «Про судоустрій України», Пленум Верховного Суду України у постанові від 1 листопада 1996 р. № 9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя», як єдиний, за висловлюванням судді Верховного Суду України Б. М. Пошви [1, 25] найвищий судовий орган держави на той час, дав роз'яснення, що «оскільки Конституція України, як зазначено у її статті 8, має найвищу юридичну силу, а її норми є нормами прямої дії, суди при розгляді конкретних справ мають оцінювати зміст будь-якого закону чи іншого нормативно-правового акта з точки зору його відповідності Конституції і в усіх необхідних випадках застосовувати Конституцію як акт прямої дії. Судові рішення мають ґрунтуватись на Конституції, а також на чинному законодавстві, яке не суперечить їй. Суд безпосередньо застосовує Конституцію у разі, коли правовідносини, що розглядаються судом, законом України не врегульовано» (п. 2 постанови).

Б. М. Пошва вважає, що наведену позицію Верховного Суду України підтримав Конституційний Суд України в Рішенні від 25 грудня 1997 р. № 9-зп (справа за зверненням жителів міста Жовті Води) про те, що «суд не може відмовити у правосудді, якщо громадянин України, іноземець, особа без громадянства вважають, що їх права і свободи порушені або порушуються, створено або створюються перешкоди для їх реалізації або мають місце інші ущемлення прав та свобод» [1, 25].

На думку Б. М. Пошви, рішення Верховного Суду України, прийняті ним з підстав, передбачених ст. 400-12 КПК, мають набути статус судового прецеденту, про необхідність запровадження якого ще у 1998 р. висловлювались відомі українські науковці В. Я. Тацій та

Продовження. Початок в № 6 за 2011 рік.

Ю. М. Грошевий [1, 33–43], які розглядали судовий прецедент «не тільки як народження нової правової системи, а й як свого роду конкретизацію існуючої правової норми» [2, 53–57].

Законом «Про судоустрій України» від 7 лютого 2002 р. № 3018-III передбачалось, що Верховний Суд України веде та аналізує судову статистику, вивчає та узагальнює судову практику, знайомиться в судах з практикою застосування законодавства; дає судам роз'яснення з питань застосування законодавства на основі узагальнення судової практики та аналізу судової статистики; у разі необхідності визнає нечинними роз'яснення Пленуму вищого спеціалізованого суду, зазначені в пункті 1 частини другої статті 44 цього Закону (п.п. 5, 8 ст. 47 Закону).

В період дії Закону «Про судоустрій України» від 7 лютого 2002 р. № 3018-III окремими вченими і судьями висловлювались і обґрунтовувались пропозиції щодо надання статусу обов'язковості рішенням Верховного Суду України у конкретних справах, тобто визнання таких рішень джерелом кримінального права. Зокрема, П. П. Пилипчук писав, що Пленуму Верховного Суду України потрібно законодавчо закріпити право надавати судовим рішенням у конкретних справах в частині застосування права обов'язкового для судів значення, тлумачити правові норми та визначати не врегульовані законом процедури розгляду справ судами [3, 6].

С. В. Ківаловим висловлювалася пропозиція надання прецедентного характеру рішенням Верховного Суду України при вирішенні конкретних судових справ [4].

Д. В. Кухнюк, розглядаючи питання про можливість визнання судового прецеденту джерелом кримінально-процесуального права, зазначає, що передумов для цього достатньо; офіційне визнання судового прецеденту таким джерелом сприятиме можливості впорядкування його фактичного застосування, а політика замовчування та заперечення в цьому разі не є конструктивною та соціально вигідною [5, 40].

Торкаючись питання щодо юридичної сили (кримінально-правового значення) судового прецеденту і виходячи з того, що рішення суду будь-якого рівня – це акт правозастосування у конкретній справі, І. І. Митрофанов у тезах виступу на міжнародній науково-практичній конференції, яка відбулася у м. Луганську 20–21 травня 2011 р., пише, що судові тлумачення може виходити від вищих судових органів і бути взірцем правильного застосування закону для нижчих судів при розгляді аналогічних справ, а Верховний Суд України, як вища ланка правосуддя у кримінальних справах, має можливість узагальнювати практи-

ку, виявляти ситуації, що повторюються, і давати щодо них роз'яснення про правильність застосування того чи іншого закону при здійсненні правосуддя, які впливають на практику судів при розгляді ними конкретних кримінальних справ і якими широко користуються інші суб'єкти застосування кримінально-правових норм, однак такі роз'яснення не можуть підмінити закон, звужувати або розширювати його зміст. І. І. Митрофанов робить висновок, що судову практику не можна включати в систему джерел кримінального права, оскільки мова йде лише про тлумачення закону, розкриття його точного змісту, а не про створення кримінально-правових норм [6, 328–329].

Зверну увагу на те, що при розгляді питання щодо кримінально-правового значення (юридичної сили) судового прецеденту те, І. І. Митрофанов не враховує (ігнорує), що Законом «Про судоустрій і статус судів» від 7 липня 2010 р. № 2453-VI суттєво змінені повноваження Верховного Суду України, який нині не наділений повноваженнями з узагальнення судової практики і надання роз'яснень будь-якого, в тому числі і рекомендаційного характеру з питань застосування спеціалізованими судами законодавства при вирішенні справ відповідної судової юрисдикції. Такими повноваженнями, згідно з пунктами 5, 6 ч. 2 ст. 36 Закону «Про судоустрій і статус судів», наділені Пленуми вищих спеціалізованих судів, в тому числі і Пленум Вищого спеціалізованого Суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Натомість Верховний Суд України наділений правом (повноваженнями) перегляду справ з підстав неоднакового застосування судами (судом) касаційної інстанції однієї і тієї ж норми матеріального права у подібних правовідносинах у порядку, передбаченому процесуальним законом (п. 1 ч. 2 ст. 38 названого Закону).

Підстави і порядок перегляду Верховним Судом України судових рішень у кримінальних справах передбачений ст.ст. 400-12 – 400-25 КПК. Згідно з ч. 3 ст. 400-21 КПК постановою Верховного Суду України за наслідками розгляду справи з питання неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь (крім питань призначення покарання, звільнення від покарання та від кримінальної відповідальності), що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень, є остаточною, а рішення, прийняте за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повно-

важень, які застосовують у своїй діяльності зазначену норму закону, та для всіх судів України, а невиконання такого судового рішення тягне за собою відповідальність, встановлену законом (ст. 400-25 КПК). Зокрема, неврахування (невиконання) судом першої чи апеляційної інстанції зазначеної правової позиції Верховного Суду України при винесенні вироку, прийнятті ухвали чи постанови, має оцінюватись, за наявності підстав, як постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови (ст. 375 КК) або ж як невиконання судового рішення (ст. 381 КК).

Михайло Ковтуцький і Максим Ковтуцький, розглядаючи питання про кримінально-правове значення (юридичну силу) роз'яснень Верховного Суду України, які ним надавались до набрання чинності Законом від 7 липня 2010 р. «Про судоустрій і статус суддів», та рекомендаційних роз'яснень Вищого спеціалізованого Суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, які ним можуть надаватись відповідно до п.п. 2, 6 ч. 2 ст. 36 Закону «Про судоустрій і статус суддів», роблять такі висновки: 1) постанови Пленуму Верховного Суду України згідно із Законом України «Про судоустрій України» а) були джерелом кримінально-процесуального права і мали обов'язковий характер; б) були судовими прецедентами; 2) постанови Пленуму Верховного Суду України продовжують діяти до прийняття нових постанов Пленумом Вищого спеціалізованого суду України чи зміни законодавства, на основі якого Пленум Верховного Суду України давав свої роз'яснення; 3) постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ мають рекомендаційний характер, але фактично будуть враховуватись суддями при вирішенні справ; 4) необхідно надати Пленуму Верховного Суду України право узагальнювати судову практику разом із Пленумом Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, де останнє слово матиме Пленум Верховного Суду України [7].

Ковтуцький Михайло та Ковтуцький Максим зазначають, що на сьогодні в юридичній літературі постанови Пленуму Верховного Суду України визнають судовим прецедентом Н. Бондаренко-Зелінська, А. Зелінський [8], О. Васильченко [9], В. Беянович [10], а не визнають Б. Малишев [11], Т. Карнаух [12].

Очевидно, що прихильників та противників визнання/невизнання правових позицій (роз'яснень) Пленуму Верховного Суду України судовим прецедентом набагато більше. Крім того, названими Михайлом та Максимом Ковтуцькими вченими власна позиція щодо юридичної сили

постанов Пленуму Верховного Суду України висловлювалася до прийняття 7 липня 2010 р. Закону «Про судоустрій і статус суддів». Думка ж А. Победкіна, який вважає що постанови Пленуму Верховного Суду становлять собою узагальнену, що є результатом аналізу судової практики, легальну за формою і нормативну за змістом форму судового прецеденту і відповідають основним критеріям правової норми [13], з якою погоджуються Михайло та Максим Ковтуцькі, висловлена ним щодо юридичної сили постанов Пленуму Верховного Суду Російської Федерації.

За найбільш загальним визначенням, судовий прецедент – це рішення суду в кримінальній справі щодо певного процесуального питання, в якому сформульовано правило, що є загальнообов'язковим для застосування судами тієї самої або нижчої інстанції під час вирішення подібних процесуальних питань у ході розгляду кримінальних справ.

Судовий прецедент як джерело кримінально-процесуального права має такі особливості: формується в процесі кримінального судочинства і є результатом діяльності суду (переважно касаційного); набуває статусу прецеденту з моменту посилення судом нижчого рівня на сформульоване в ньому правило; встановлює або декларує чи тлумачить правові норми; поєднує індивідуально-правові та нормативно-правові ознаки (містить припис, спрямований на врегулювання правовідносин – предмета конкретної судової справи, і водночас є правилом для вирішення інших подібних справ); обов'язковість певного рішення для суду можлива тільки за умови аналогічності справи, яку розглядають, зі справою, в якій є рішення суду вищого рівня.

На мій погляд, для впровадження судового прецеденту в систему джерел кримінально-процесуального права України немає необхідності прямого законодавчого закріплення за певними судовими рішеннями статусу судового прецеденту або прийняття спеціального закону про судовий прецедент.

Наведене раніше визначення понять джерел кримінального права з акцентуванням на тому, що це акти, на які має бути посилення у мотивувальній частині вироку та іншому процесуальному акті суду і органу досудового слідства, обумовлює постановку питання про юридичний режим (юридичну силу) раніше винесених актів судів, кримінально-правова оцінка дій особи якими має преюдиційне значення при здійснюваній кримінально-правовій оцінці дій особи органом досудового слідства і судом. Мова йде, зокрема, про застосування інституту повторності вчинення злочину. Наприклад, особа, діям якої дається

кримінально-правова оцінка, яка вчинила крадіжку, раніше засуджувалась за крадіжку або за грабіж чи інший злочин, зазначений у п. 1 примітки для ст. 185 КК, в тому числі і у випадку, якщо судом було прийнято рішення про звільнення особи від відбування призначення покарання з випробуванням на підставі ст. 75 КК.

Факт вчинення особою крадіжки має бути підтверджений копією обвинувального вироку, яким вона визнана винною у вчиненні крадіжки. Копія вироку у такому випадку є процесуальним документом, який підтверджує факт наявності судимості за злочин, який має преюдиційне значення для кримінально-правової кваліфікації, – документом, який підтверджує певний юридичний факт. З позиції кримінально-процесуального права, такий вирок суду є документом – джерелом доказів відповідно до ст.ст. 65, 83 КПК.

Отже, не є джерелами кримінального права рішення судів по цивільних, господарських та адміністративних справах, які мають преюдиційне значення, – враховуються (мають враховуватись) при кримінально-правовій кваліфікації певного діяння і обумовлюють його кваліфікацію, зокрема при кваліфікації діяння як рецидиву, який впливає на кваліфікацію (повторність), рішення органів влади, наприклад, рішення про надання земельної ділянки чи надання пільг з податків тощо, а також висновки експерта.

Такі процесуальні документи А. Е. Жалінський називає інформаційним джерелом – способом відображення релевантної інформації.

Законодавець, встановивши у ст. 400-25 КПК обов'язковість для всіх суб'єктів владних повноважень і судів зазначених рішень Верховного Суду України з питань неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, фактично надав таким рішенням, як і практиці ЄСПЛ, юридичну силу джерела кримінального права. Тим самим, крім того, у національну судову практику запроваджені елементи прецедентного права.

Визнання зазначених рішень Верховного Суду України обов'язковими для всіх судів України є своєрідною реанімацією (відновленням) існуючого до набрання чинності Законом «Про судова устрій» 2002 р. положення про обов'язковість керівних роз'яснень Верховного Суду України для всіх органів, які застосовували закон.

Не є джерелами кримінального права правові позиції Верховного Суду України та Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, викладені у їх постановках з питань застосування кримінального законодавства (норм Загальної частини КК України та

окремих категорій злочинів).

Принагідно зазначу, що, на мій погляд, визнання джерелом права судових прецедентів – рішень вищих спеціалізованих судів по конкретних справах, зокрема рішень Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ, а також рішень Верховного Суду України, – сприятиме поліпшенню якості розгляду кримінальних справ судами. В процесі реформування кримінальної юстиції (кримінального судочинства) бажано було б законодавчо надати юридичну силу джерела права судовому прецеденту.

Слушними є міркування О. І. Чучаєва з питання юридичної сили рішень Конституційного Суду РФ, які зводяться до таких висновків: 1) шляхом перетворюючої інтерпретації вже діючих, закріплених у законодавстві правил, Конституційний Суд РФ виявляє істинний зміст права, який і фіксує у своєму рішенні, а позбавлення якості джерел права тих правових актів, які позитивують право, вносять зміни у правову систему, правове регулювання, але не зачіпають чинне законодавство, не є виправданим; 2) позитивна правова позиція щодо положень закону, якому вона кореспондує, повинна розглядатись як спеціальна норма того ж рівня, однак внаслідок того, що правова позиція є результатом змістової конкретизації законодавчого положення, останнє з самого початку має абстрактний характер; 3) негативна правова позиція являє собою норму права більшої юридичної сили, ніж норма, передбачена визнаним таким, що не відповідає Конституції РФ, нормативного правового акта, а тому, відповідно, і рішення Конституційного Суду РФ у частині, що містить негативну правову оцінку, є нормативно-правовим актом, який займає більш високе місце в ієрархії вказаних актів [14].

Згідно зі ст. 335 КПК в резолютивній частині обвинувального вироку повинен бути зазначений кримінальний закон, за яким підсудного визнано винним, а якщо підсудному було пред'явлено декілька обвинувачень і деякі з них не були доведені, то у резолютивній частині вироку повинно бути зазначено, по яких з них підсудний виправданний, а по яких – засуджений. В резолютивній частині виправдувального вироку вказується, що підсудний в пред'явленому обвинуваченні визнаний невинним і по суду виправданний.

Мотивувальна частина обвинувального вироку повинна містити формулювання обвинувачення, визнаного судом доведеним. У ній також наводяться обставини, які визначають ступінь тяжкості вчиненого злочину, та докази, на яких ґрунтується висновок суду, з зазначенням мотивів, з яких суд відкидає інші докази, мотиви зміни обвинувачення, а у разі визнання частини обви-

нування необґрунтованою – підстави для цього (ст. 334 КПК).

Доказами в кримінальній справі, згідно зі ст. 65 КПК, є всякі фактичні дані, на підставі яких у визначеному законом порядку орган дізнання, слідчий і суд встановлюють наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння, винність особи, яка вчинила це діяння, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи. Ці дані встановлюються, зокрема, висновком експерта, протоколами слідчих і судових дій, протоколами з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів, та іншими документами.

ПВСУ у декількох постановвах, в яких даються роз'яснення щодо практики застосування законодавства у справах про злочини, склади яких передбачені у статтях Особливої частини КК з бланкетними диспозиціями, роз'яснює судам, що у вироках має бути посилання на відповідні статті, пункти, параграфи законів та інших нормативно-правових актів, які регулюють відповідні відносини і порушення яких здійснені винним. Зокрема, у п. 4 постанови «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини проти безпеки виробництва» № 7 від 12 червня 2009 р. ПВСУ роз'яснив судам, що «виходячи з того, що для встановлення в діянні складу злочину диспозиції ст.ст. 271–275 КК відсилають до законодавчих та інших нормативних актів про охорону праці, спеціальних правил, які регулюють безпеку праці, суди, формулюючи визнане доведеним обвинувачення у справах цієї категорії, мають посилатись у вирокі на відповідні статті Закону «Про охорону праці», статті, пункти (параграфи) законодавчих та інших нормативних актів, які порушено, і розкривати суть допущених порушень».

Таким чином, з позиції Верховного Суду України, нормативно-правові акти, положення (правові позиції) яких мають використовуватись для підтвердження чи спростування обвинувачення при постановленні вироку, є джерелами права.

ПВСУ у п. 4 постанови «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» № 9 від 1 листопада 1996 р. роз'яснює судам, що «виходячи з положення ст. 9 Конституції України про те, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України, суд не може застосовувати закон, який регулює правовідносини, що розглядаються, інакше як міжнародний договір. У той же час міжнародні договори застосовуються, якщо вони

не суперечать Конституції України». Таким чином, Верховний Суд України дає однозначну відповідь на питання, що при колізії норм міжнародних договорів і норм Конституції України пріоритет мають норми Конституції України.

На мій погляд, очевидно, правильніше (точніше) говорити про те, що джерелами кримінального права є не самі акти (документи), в яких викладені (містяться) обов'язкові для застосування кримінального закону правові позиції відповідних органів у вигляді нормативних (правових) приписів або правових позицій (ЄСПЛ, Конституційного Суду України та Верховного Суду України), а відповідні правові позиції. Акти ж, у яких викладені (містяться) відповідні правові позиції, є документами – матеріальними носіями, на яких зафіксована інформація щодо правової оцінки (розуміння) відповідним органом певних обставин, правових феноменів.

3. Юридична сила положень доктрини джерел кримінального права і їх використання при застосуванні кримінального закону, в тому числі при здійсненні кримінально-правової кваліфікації

Стосовно кримінально-правової доктрини як джерела права А. Е. Жалінський зазначає, що у російській правозастовній практиці оцінка суджень спеціалістів кримінального права, що утворюють єдину систему у сфері кримінально-правових знань, яка склалася і в цілому прийнята спеціалістами, не є, на перший погляд, поширеною, однак при вирішенні складних питань практики використовуються найбільш авторитетні коментарі до КК РФ і – рідше – монографії, оскільки неявно вважається, що у таких коментарях відображені погляди, що вже отримали визнання. При цьому А. Е. Жалінський зазначає, що у кримінально-правовій доктрині також існує деяка ієрархія – у ній можуть бути виділені: панівний погляд, який не зустрічає заперечень; прийняті погляди, не спростовані (не відкинуті) серйозними аргументами; спірні питання; погляди меншості [14, 236–237].

Слід погодитись із А. Е. Жалінським, який обґрунтовано зазначає, що значний, інколи важливіший обсяг інформації про кримінальний закон міститься в системі теоретичних суджень і рекомендацій, тобто в доктрині кримінального права, а тому з'ясування кримінального закону, робота з ним практично немислима (неможлива) без звернення до доповнюючого законодавства і кримінально-правової доктрини [15].

Слушними є і міркування А. Е. Жалінського про те, що будь-який випадок звернення до кримінального права наочно доводить, що необхідна

його адресату інформація, як правило, виходить за межі кримінального закону, і внаслідок цих реально існуючих, а не передбачуваних теоретично обставин адресат кримінального права, у якій би ролі він не виступав, повинен знати, яка інформація йому необхідна для одержання (здійснення) кримінально-правової оцінки, чи для формулювання кримінально-правового судження, чи для вирішення кримінально-правової задачі, адресат кримінального права повинен знати, де ця інформація міститься, який ступінь її обов'язковості (нормативності), в якому співвідношенні перебувають блоки інформації, що міститься у різних текстах [15].

Слід погодитись із А. Е. Жалінським, який обґрунтовано зазначає, що значний, інколи найважливіший обсяг інформації про кримінальний закон міститься в системі теоретичних суджень і рекомендацій, тобто в доктрині кримінального права, адже з'ясування кримінального закону, робота з ним практично немислима (неможлива) без звернення до доповнюючого законодавства і кримінально-правової доктрини [15].

Ознаками інших джерел кримінального права А. Е. Жалінський називає кримінально-правову відносимість, нормативність і визначеність, аналіз яких необхідний при визначенні юридичної сили того чи іншого джерела кримінального права.

Під відносимістю А. Е. Жалінський розуміє значимість суджень, що містяться у підзаконних джерелах, для розуміння і застосування кримінального права, що потребує оцінки, наприклад, правових позицій Конституційного Суду РФ, їх включення у зміст кримінального права; під нормативністю – наявність у ньому суджень, виражених у різній формі, що мають такі властивості, як авторитетність або дійсність, правова регулятивність чи можливість їх застосування до необмеженого кола осіб; ці судження можуть і не бути повною нормою, тобто повним загальнообов'язковим правилом соціальної поведінки, але видозмінювати її зміст або давати підстави для певного її розуміння, а під визначеністю – з'ясування об'єкта судження, тобто знання, до чого він відноситься, його смислу і можливості, що особливо важливо, співвіднести його із веліннями кримінального закону [16, 237–239].

А. Е. Жалінський робить висновок про те, що під джерелами кримінального права розуміються усі текстуально існуючі способи вираження кримінально релевантної інформації, змістом якої дійсно або передбачувано є зв'язуючі адресата кримінально-правові приписи, те, у чому виражене кримінальне право, і форми, у яких воно об'єктивно представлено адресату. Все, на що у кінце-

вому підсумку спирається кримінально-правове рішення і що міститься як у законі, так і в інших джерелах кримінального права, є, вважає А. Е. Жалінський, джерелом кримінального права [16, 240].

Серед українських вчених також є прихильники визнання доктрини кримінального права одним із його джерел. Зокрема, М. П. Куцевич, констатувавши, що наукові дослідження в сфері кримінального права зазвичай розглядаються лише як джерело додаткової інформації роз'яснювального характеру щодо змісту ознак складу злочину, які зафіксовані в нормі кримінального закону, зазначає, що в ряді випадків результати наукових досліджень в сфері кримінального права України виконують принципово іншу роль, оскільки безпосередньо беруть участь у формуванні змістових ознак протиправного діяння, передбаченого в Особливій частині КК України, і впливають на застосування кримінально-правових норм. При цьому М. П. Куцевич виділяє три напрями означеного впливу правової доктрини на утворення змісту протиправного діяння та застосування норм кримінального закону:

«1) вироблення правил розв'язання ситуацій так званої конкуренції кримінально-правових норм. Навіть найпростіша ситуація конкуренції загальної та спеціальної норм розв'язується виключно згідно з виробленим в науці кримінального права правилом – в цих випадках повинна застосовуватись лише спеціальна норма, подібні нормативні приписи в КК України відсутні;

2) визначення форми вини, яка відображає психічне ставлення суб'єкта до вчиненої ним протиправної дії (бездіяння), та вини, яка відображає психічне ставлення суб'єкта до спричинених його дією (бездіянням) протиправних наслідків. Завдяки такому визначенню специфіки вини як ознаки конкретного злочину: а) відбувається системне визначення ознак складу конкретного злочину; б) встановлюється співвідношення складу досліджуваного злочину зі складами інших злочинів, з'ясовуються ситуації конкуренції норм, визначаються суміжні склади злочинів та відповідні критерії розмежування;

3) визначення форми вини, яка характеризує конкретний різновид злочину з подвійною формою вини в цілому – умисний він чи необережний. Специфіка вини, яка характеризує злочин в цілому, є важливим чинником, який впливає на кримінальну відповідальність суб'єкта, оскільки враховується: а) при призначенні покарання як один з показників ступеню тяжкості вчиненого злочину (п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України); б) при визначенні можливості звільнення від кримінальної відповідальності, звільнення від відбування

призначеного покарання, заміни невідбутої частини покарання більш м'яким, в тому числі в порядку застосування амністії» [17, 71–72].

М. П. Куцевич, зазначивши, що питання, які вирішуються правовою доктриною, за юридичною значимістю такі ж, як і ті, що врегульовані нормами КК, зокрема форма вини, з якою може бути вчинено злочин і яка його характеризує в цілому, є такою ж ознакою злочину, як і саме діяння, яке завжди конкретизується в нормі КК України, робить два принципові висновки: 1) наукові дослідження в окреслених ним напрямках їх використання при застосуванні кримінального закону, виконують таку ж роль, як і нормативні положення КК України, зокрема ті, в яких законодавцем зафіксовано конститутивні ознаки складу злочину, що дозволяє розглядати доктрину як джерело кримінального права навіть при позитивістському розумінні права як такого; 2) встановлення правил розв'язання ситуацій конкуренції, визначення конкретної форми вини як ознаки злочину мало б здійснюватись не на доктринальному, а на нормативному рівні, що потребує внесення відповідних змін до КК, однак, до внесення таких змін в КК, роль наукових досліджень в процесі творення змісту та застосування норм кримінального права України, фактично виконується нею, цілком закономірно обумовлює необхідність перегляду домінуючої позиції щодо його джерел в бік визнання її правової доктрини джерелом кримінального права України [17, 72–73].

Як уже зазначалось, відповідь на запитання про поняття і види джерел кримінального права залежить від того, про джерела якого кримінального права – галузі права, науки чи навчальної дисципліни йде мова, тобто від того, в якому значенні (розумінні) вживається термінопоняття «кримінальне право».

Якщо говорити про кримінальне право як науку, то, безперечно, окрім джерел, які є джерелами кримінального права як галузі права, його джерелом є перш за все доктрина кримінального права – монографії, науково-практичні коментарі до норм КК, підручники, навчальні посібники, а також матеріали практики – конкретні кримінальні справи, розглянуті судами, узагальнення судової практики, роз'яснення вищих судових інстанцій щодо практики застосування кримінального законодавства, які є об'єктом наукових досліджень, аналізуються студентами при вивченні кримінального права. Такими ж є і джерела кримінального права як навчальної дисципліни. Джерелами кримінального права як науки і навчальної дисципліни є також проекти нормативно-правових актів, якими передбачається

внесення змін до кримінального і регулятивного законодавства.

Безсумнівним є те, що кожен правозастосувач (слідчий, прокурор, суддя) у кримінальному провадженні постійно звертається до положень доктрини кримінального і кримінально-процесуального права, відтворених (відображених) перш за все у науково-практичних коментарях до норм Кримінального і Кримінально-процесуального кодексів України, в яких дається саме доктринальне їх тлумачення. Але науково-практичні коментарі і являють собою саме тлумачення норм КК чи норм КПК.

Особливого значення положення доктрини набувають у випадках, коли вони стосуються положень, які не врегульовані у кримінальному законі, тобто має місце неповнота законодавчого врегулювання. Неповноту кримінального законодавства здебільшого в теоретичній (науковій) літературі іменують прогалинами в кримінальному законі [18], але, очевидно, про прогалини у кримінальному законі як такі говорити недоречно і некоректно [19].

Перш за все, слід, очевидно, розрізнити поняття «прогалини у кримінальному законодавстві» і «неповнота кримінального законодавства» («неповнота кримінально-правового регулювання»).

На мій погляд, про прогалини у кримінальному законодавстві можна говорити у таких випадках (ситуаціях): 1) коли відсутність певної кримінально-правової норми унеможливорює застосування іншої (інших) його норми (норм). Це стосується і має місце щодо випадків, коли передбачене санкцією кримінально-правової норми основне покарання чи жодне із передбачених санкцією альтернативно основних покарань не може бути застосоване до конкретної особи, яка вчинила відповідне діяння. Наприклад, у санкції ч. 2 ст. 203 КК як єдине основне покарання (безальтернативне) передбачене обмеження волі, яке згідно з ч. 3 ст. 61 КК не може бути застосоване до неповнолітніх, вагітних жінок і жінок, що мають дітей віком до чотирнадцяти років, до осіб, що досягли пенсійного віку, військовослужбовців строкової служби та до інвалідів першої і другої груп; жодне із передбачених альтернативно основних покарань санкцією ч. 1 ст. 296 (хуліганство) КК, не може бути призначене особі, яка вчинила передбачений ч. 1 ст. 296 КК злочин у віці від 14 до 16 років; 2) коли необхідність (обов'язковість) врегулювання у кримінальному законі окремих положень обумовлюється правовою позицією Конституційного Суду України, викладеною ним у рішенні, яким визнано такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними), певні кримінально-правові

норми.

Варті уваги міркування В. К. Грищука, що: 1) багато зауважень і пропозицій вчених і практиків мають дискусійний характер і тому не всі претензії до кримінального законодавства слід вважати достатньо обґрунтованими; 2) прогалиною в кримінальному законодавстві є явне, безперечне упущення, пропуск, недолік, дефект у кримінальному законодавстві, який створює неповноту кримінально-правового регулювання; 3) слід розрізняти два поняття: прогалина в кримінальному законодавстві і прогалина у кримінально-правовому регулюванні; 4) подолання прогалин у кримінально-правовому регулюванні здійснюється не обов'язково шляхом внесення змін чи доповнень у кримінальне законодавство, можливі і інші способи усунення наявних у ньому прогалин, зокрема це може зробити в межах своєї компетенції Конституційний Суд України або Верховний Суд України [20].

Більшість вчених, які визнають наявність прогалин у кримінальному законодавстві, зводять їх сутність до відсутності криміналізації певних діянь, які, на їх думку, становлять підвищену суспільну небезпечність, яка обумовлює необхідність встановлення кримінальної відповідальності за їх вчинення. На мій погляд, відсутність криміналізації певних діянь не є ні прогалиною, у кримінальному законодавстві, ні його неповнотою. Лише законодавець визначає, які діяння слід криміналізувати.

М. О. Кауфман дає (формулює) таке визначення поняття прогалин у кримінальному праві (у широкому розумінні) – це повна чи часткова відсутність у кримінальному законі нормативних приписів щодо фактів, які потребують кримінально-правового регулювання, а також невизначеність (неконкретність) кримінально-правових норм, яка не дозволяє однозначно тлумачити їх зміст (неконкретизованість), що свідчить, про недостатність нормативного ресурсу для вирішення проблем, обумовлених об'єктивним розвитком суспільного життя і потребами практики застосування кримінального закону. При цьому до даного (наведеного) визначення М. О. Кауфман дає додаткові пояснення: по-перше, прогалина у кримінальному праві завжди тотожна прогалині у кримінальному законодавстві; по-друге, поняття «прогалина» включає в себе такі різновиди: 1) повна відсутність певної норми; 2) неповнота вже наявної норми; 3) неконкретизованість, нечіткість, невизначеність, допущена законодавцем при описанні окремих ознак складу злочинного діяння [21, 71].

М. А. Кауфман виділяє такі причини виникнення прогалин у кримінальному праві: 1) прога-

лина як наслідок появи і розвитку нових суспільних відносин; 2) прогалина як наслідок недосконалості законодавчої техніки; 3) прогалина як наслідок законодавчих прорахунків логіко-формального і внутрішньосистемного характеру; 4) прогалина як наслідок розходжень (колізій) між нормами кримінального і інших галузей права; 5) прогалина як наслідок невідповідності законодавства нормам міжнародного права [21, 146–231].

В. О. Навроцький, зазначивши, що серед вітчизняних та зарубіжних криміналістів висловлюється думка про безпробільність кримінального законодавства, яка базується на тому, що лише законодавець вправі визначати коло посягань, які є злочинними, а відсутність певної кримінально-правової норми означає, що таким чином законодавець виразив свою позицію і не бажає криміналізувати дане діяння, пише, що з таким підходом можна було б погодитися за умови визнання того, що чинне законодавство – ідеальне, вітчизняний законодавець становить взірець мудрості і передбачливості і в діючому КК бездоганно виразив потреби кримінально-правової протидії суспільно небезпечним посяганням, але, на жаль, підстав для такого оптимістичного висновку немає. В. О. Навроцький вважає, що є підстави поділяти протилежну думку, згідно з якою у кримінальному законодавстві прогалини реально існують як в Загальній, так і в Особливій частинах КК. Під прогалинами у кримінальному праві В. О. Навроцький розуміє незаповнені місця в сфері кримінально-правової регламентації суспільних відносин, які утворюються в точках дотику існуючих норм і тієї частини вказаної сфери, яку не займає жодна норма. На думку В. О. Навроцького, чим більшу роль в кримінальному законі відіграють статті, які передбачають загальні і спеціальні норми, і чим менше є спеціальних норм, норм казуїстичних, тим менше виникає прогалин, і, навпаки, засилля спеціальних та казуїстичних норм породжує дійсні та уявні прогалини у кримінально-правовій регламентації суспільних відносин [22].

На мій погляд, як неповноту кримінального законодавства, а не як прогалини у ньому, слід розглядати лише випадки, коли необхідність криміналізації певних діянь передбачається або положеннями міжнародно-правових договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України шляхом їх ратифікації, або положеннями законів України, якими передбачається наявність кримінальної відповідальності за вчинення діянь, які визнаються правопорушеннями відповідними законами.

З часом окремі положення щодо застосування

кримінального закону, розроблені доктриною кримінального права, знаходять відображення у самому кримінальному законі. Наприклад, у КК 2001 р. дається визначення закінченого і незакінченого замаху, вчинення злочину групою осіб, групою осіб за попередньою змовою, організованою групою і злочинною організацією, поняття повторності, сукупності і рецидиву злочинів та ін., яких не містилось у Кримінальному кодексі 1960 р. У КК 2001 р. розширено (суттєво) коло обставин, що виключають злочинність діяння. Всі названі питання вирішувались (розглядались) у доктрині кримінального права, рекомендації якої фактично широко застосовувались у правозастосовній практиці.

Для чинного кримінального закону є характерною неповнота врегулювання багатьох положень застосування окремих інститутів його Загальної частини. Ці положення розробляються також доктриною кримінального права і викладаються перш за все як рекомендації у коментарях до окремих норм КК. Акцентую увагу на тому, що про неповноту, а тим більше про прогалини у кримінальному законі можна говорити лише щодо його Загальної частини.

Положення, розроблені в доктрині кримінального права, знаходили відображення у роз'ясненнях Пленуму Верховного Суду України і, очевидно, будуть використовуватись і враховуватись Вищим спеціалізованим Судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ при наданні їм роз'яснень судами з питань застосування законодавства.

Зверну увагу на те, що органи досудового слідства, прокуратури і судді (суди) досить часто звертаються до навчальних закладів і наукових установ, зокрема до Інституту держави і права НАН України ім. М. В. Корецького, Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Національного університету «Юридична академія імені Ярослава Мудрого» з запитом щодо надання наукових висновків з питань застосування окремих норм і інститутів кримінального права та висловлення позиції – наукової (доктринальної) – щодо кримінально-правової оцінки дій певних осіб по конкретних кримінальних

справах. Правові позиції науковців, викладені у висновках щодо таких запитів, здебільшого враховуються правозастосовними органами, в тому числі із питань кримінально-правової кваліфікації.

Водночас положення з питань застосування кримінального закону, тлумачення його норм, розроблені доктриною кримінального права, мають рекомендаційний характер, вони можуть враховуватись, а можуть і не враховуватись органами досудового слідства і судом. Не можна погодитись із виділенням загальноприйнятих положень з окремих питань у доктрині кримінального права. Таких положень *a priori*, бути не може. На положення доктрини кримінального права з окремих питань застосування кримінального закону, навіть якщо їх умовно вважати загальноприйнятими, тобто такими, що поділяються всіма науковцями, не може бути посилання у процесуальних актах органів досудового слідства і суду в обґрунтування рішень, що ними приймаються.

Джерелами кримінального права як галузі права можуть і повинні визнаватись лише ті акти, в яких викладені правові позиції органів, які, згідно із законом, уповноважені їх надавати (у нормативно-правових актах) чи висловлювати. Останнє стосується правових позицій Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), Конституційного Суду України і Верховного Суду України, прийняті останнім з підстав і в порядку, встановлених ст.ст. 400-12 – 400-25 КПК. Правові позиції, викладені названими судовими органами у прийнятих ними актах, підлягають обов'язковому врахуванню і застосуванню органами досудового слідства і судом при обґрунтуванні рішень, що ними приймаються.

Положення доктрини як джерело права можуть застосовуватись у окремих галузях права, в яких допускається застосування аналогії права чи/та аналогії закону при вирішенні питань правової оцінки певних ситуацій, не врегульованих позитивним правом, але вони не можуть застосовуватись як джерелом кримінального права і адміністративного права.

(Продовження в наступному номері.)

ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА

1. Пошва Б. М. Право на свободу та особисту недоторканність: прецедентна практика Європейського суду з прав людини і питання вдосконалення кримінального судочинства в Україні // Вісник Верховного Суду України. – 2011. – № 3.
2. Тацій В. Я., Грошевий Ю. М. Проблеми зближення європейських правових систем як умова гармонізації законодавства України // Проблеми гармонізації законодавства України з міжнародним правом : матеріали наук.-практ. конф. – К., 1998.
3. Пилипчук П. П. П'ятнадцять років незалежності: кризь призму діяльності інститутів судової влади //

- Вісник Верховного Суду України. – 2006. – № 8.
4. *Ківалов С. В.* Українська юстиція на шляху до європейських стандартів // Вісник Верховного Суду України. – 2006. – № 6. – С. 12-16.
 5. *Кухнюк Д. В.* Судовий прецедент як джерело кримінально-процесуального права України // Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 10.
 6. *Митрофанов І. І.* Джерела кримінально-правових норм // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Луганськ, 20-21 травня 2011 р.) / редкол. : Г. Є. Болдарь, А. О. Данилевський, О. О. Дудоров та ін.; МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка. – Луганськ : РВС ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2011.
 7. *Ковтуцький Михайло, Ковтуцький Максим.* Роз'яснення пленумів Верховного та Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ як джерело кримінально-процесуального права // Вісник прокуратури. – 2011. – № 5. – С. 46.
 8. *Бондаренко-Зелінська Н., Зелінський А.* Правова система України та судовий прецедент: можливість співіснування // Юридичний журнал. – 2008. – № 6. – С. 49.
 9. *Васильченко О. П.* Судова нормотворчість у системі джерел конституційного права України / Держава і право : зб. наук. праць. – К., 2007. – Вип. 36. – С. 245.
 10. *Беляневич В. Е.* Прецедентність судової практики: деякі аспекти дослідження проблеми // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2005. – № 11. – С. 73-81.
 11. Див.: *Малишев Б.* Судовий прецедент в Україні: реалії та перспективи (науково-практичний нарис) // Про українське право. – 2006. – № 1. – С. 93-94.
 12. *Карнаух Т. М.* Постанови Пленуму Верховного Суду України: правова природа та місце в системі джерел права // Юридичний вісник України. – 2009. – 25 травня.
 13. *Победкин А. В.* Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации как форма толкования и преодоления пробелов уголовно-процессуального права // Государство и право. – 2008. – № 11. – С. 308.
 14. *Чуцаев А. И.* Уголовно-правовое значение решений Конституционного Суда РФ // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення. Прогалини у кримінальному законодавстві (Міжнародний симпозіум, 12-13 вересня 2008 р.) : тези і реферати доповідей, тексти повідомлень. – Львів, 2008. – С. 333.
 15. *Жалинский А. Э.* Уголовное право в ожидании перемены: теоретико-инструментальный анализ. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Проспект, 2009. – С. 287.
 16. Уголовное право : учеб. : в 3 т. Т.1 : Общая часть / под общ. ред. докт. юрид. наук, проф. А. Э. Жалинского. – М. : Издательский Дом «Городец», 2011.
 17. *Кущевич М.* Місце доктрини в системі джерел кримінального права України // Вісник Київського національного університету ім. Тараса Шевченка (Юридичні науки). – 2011. – Випуск 86.
 18. *Галкин В. М.* Пробелы в уголовном праве и пути их преодоления // Проблемы совершенствования советского законодательства (Труды ВНИИСЗ). – М., 1988. – Вып. 41. – С. 133-137; *Шепельков В. Ф.* Уголовный закон // Энциклопедия уголовного права. – Т. 2 : Уголовный закон. – СПб. : Изд. проф. Малинина, 2005. – С. 352.
 19. *Андрушко П. П.* Поняття прогалин у кримінальному законі: їх види, шляхи подолання // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення. Прогалини у кримінальному законодавстві (Міжнародний симпозіум, 12-13 вересня 2008 р.) : тези і реферати доповідей, тексти повідомлень. – Львів, 2008. – С. 18-25.
 20. *Гришук В. К.* О некоторых причинах пробелов в уголовном законодательстве и уголовно-правовом регулировании в Украине // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення. Прогалини у кримінальному законодавстві (Міжнародний симпозіум 12-13 вересня 2008 р.) : тези і реферати доповідей, тексти повідомлень. – Львів, 2008. – С. 45.
 21. *Кауфман М. А.* Пробелы в уголовном праве и судебское усмотрение. – М. : Юрлитинформ, 2009.
 22. *Навроцкий В. О.* Спеціальні казуїстичні кримінально-правові норми та прогалини у кримінальному законі // Кримінальний кодекс України 2001.: проблеми застосування і перспективи удосконалення. Прогалини у кримінальному законодавстві (Міжнародний симпозіум, 12-13 вересня 2008 р.) тези і реферати доповідей, тексти повідомлень. – Львів, 2008. – С. 135-136.

Андрушко П. П. Источники уголовного права Украины: понятие, виды

В статье рассматривается проблема понятия источников уголовного права и их видов. Обосновывается, что источниками уголовного права должны признаваться правовые позиции, изложенные компетентным органом в принятых им нормативно-правовых актах, а также правовые позиции Конституционного Суда Украины, Европейского суда по правам человека и Верховного Суда Украины, изложенные последним в решениях, принятых на основании и в порядке, предусмотренных статьями 400-12 – 400-25 УПК Украины, на которые должна осуществляться ссылка в формуле квалификации или мотивировочной части процессуального акта органа досудебного следствия, прокурора и суда для обоснования принятого ими решения относительно уголовно-правовой квалификации совершенного деяния и применения уголовного закона.

Ключевые слова: источник права, уголовное право, уголовный закон

Andrushko Petro. The sources of the criminal law of Ukraine: concept, kinds

The article is devoted to the definition and the classification of the sources of criminal law. The author substantiates that all the legislative acts, as well as the legal opinions of the Constitutional Court, the European Court of Human Rights, the Supreme Court (in cases considered under the Code of Criminal Procedure articles 400-12 – 400-25), which must be used in qualification formula or in reasoning part of a procedural document by an investigator, a prosecutor or a court in explanation of the criminal law qualification of the behavior, must be considered as the sources of criminal law.

Key words: source of law, criminal law, criminal legislation