

## **ПРАВОВОЙ ОБЫЧАЙ КАК ИСТОЧНИК УГОЛОВНОГО ПРАВА УКРАИНЫ И РОССИИ**

доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин  
государственного высшего учебного заведения «Украинская академия  
банковского дела Национального банка Украины», кандидат юридических наук

**Полищук Марина Сергеевна**

*В статье исследуется специфика использования правовых обычаев в качестве источников права в процессе регулирования уголовно-правовых отношений. В результате проведенного исследования доказано их использование в этом качестве, выявлены существующие законодательные коллизии касательно данного вопроса и намечены пути их устранения.*

*Ключевые слова: источник права, правовой обычай, уголовное право.*

Актуальность обозначенной темы обусловлена довольно частым использованием правового обычая в качестве источника права в уголовно-правовой сфере. И это несмотря на то, что Украина и Россия исторически отнесены к странам романо-германской правовой семьи, где доминирующим источником права является нормативно правовой акт, а иные виды источников либо отодвинуты на второй план, либо, в определенных отраслях права, вообще прямо запрещены. В рамках предложенной темы будет проведено исследование, целью которого является обоснование правомерности применения данного института не только в тех отраслях права, где данная форма диспозитивно предусмотрена в законе (гражданское, семейное право), а и в отраслях уголовно-правового блока.

Уголовным законодательством Украины и России достаточно четко определен вид источника уголовного права. Уголовные кодексы наших стран практически одинаково регламентируют, что «преступность деяния, а также его наказуемость и иные уголовно-правовые последствия определяются только уголовным кодексом», а также что «применение уголовного закона по аналогии не допускается» (ст. 3 УКУ; ст.1 УК РФ). Такая однозначная формулировка – элемент императивного метода, который является отличительной чертой уголовного и уголовно-процессуального права. Это значит, что кроме норм,

предусмотренных непосредственно уголовным законодательством, к которому отнесены только уголовный кодекс и общепринятые принципы и нормы международного права (ст. 3 УКУ; ст.1 УК РФ), применение иных форм права прямо запрещено. Как следствие, правовой обычай и правовой прецедент не могут применяться в украинском и российском уголовном судопроизводстве.

Внимательно изучив и сопоставив нормативную базу уголовного права и процесса, приходим к выводу, что предыдущее заключение не есть так однозначно. Докажем это на одном из примеров.

Как украинское, так и российское уголовно-процессуальное законодательство в разделах об особенностях производства по делам о преступлениях несовершеннолетних прямо обязывает включать в общий предмет доказывания по уголовному делу возраст несовершеннолетнего: конкретно день, месяц и год рождения (ст. 433 УКУ; ст. 421 УК РФ). На первый взгляд – все четко и ясно. Но неоднозначные трактовки этого положения закона появляются в тех конкретных случаях, когда преступление совершается субъектом в день его четырнадцати или шестнадцатилетия. В чем заключается неясность закона? Рассмотрим. Для квалификации состава преступления необходимо четко установить, достигло ли конкретное лицо на момент совершения преступления возраста уголовной ответственности. Однако, исходя из одних только указаний закона (как материального, так и процессуального) это сделать невозможно. Ни уголовные, ни уголовно-процессуальные нормы права Украины и России не содержат правил касательно исчисления сроков, используемых при квалификации. Относительно процессуальных сроков указание имеется и звучит оно примерно одинаково в законодательстве обеих стран: «сроки, предусмотренные настоящим Кодексом, исчисляются часами, сутками, месяцами. При исчислении сроков не принимаются во внимание тот час и те сутки, которыми начинается течение срока» (ст. 89 УПКУ; ст. 128 УПК РФ). Следуя логике, можно было бы применить данное правило и к исчислению сроков, в случае с возрастом субъекта, но тогда это называлось бы использованием закона по «анalogии», а она прямо запрещена в данных

отраслях. Тут бы законодателю пойти привычным и единственно возможным путем, закрепив правило установления даты рождения субъекта нормативно-правовым актом (законом), но этого не происходит (даже в процессе принятия новых, постсоветских УК и УПК). Законодатель, чтобы не перегружать и без того ёмкие отраслевые Кодексы, принял позицию «молчаливого согласия» и разрешил судебным органам самим принимать решения по некоторым, включая и изучаемый, вопросам. На практике такое «дозволение» облачено в форму толкования закона путем обобщения судебной практики Верховными судами (официальное толкование) и размещения постатейных комментариев к Кодексам (неофициальное толкование). Так в постановлении Пленума ВС РФ от 14 февраля 2000 г. № 7<sup>1</sup> указывается: «судам необходимо иметь в виду, что в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 421 УПК РФ установление возраста несовершеннолетнего входит в число обстоятельств, подлежащих доказыванию по делам несовершеннолетних. При этом нужно учитывать, что лицо считается достигшим возраста, с которого наступает уголовная ответственность, не в день рождения, а по истечении суток, на которые приходится этот день, т. е. с нуля часов следующих суток. При установлении судебно-медицинской экспертизой возраста подсудимого днем его рождения считается последний день того года, который назван экспертами, а при определении возраста минимальным и максимальным числом лет суду следует исходить из предлагаемого экспертами минимального возраста такого лица». Практически такая же позиция закреплена и в украинской судебной практике<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> О судебной практике по делам о преступлениях несовершеннолетних // Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 14.02.2000 № 7 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://lib.rus.ec/b/152006/read>.

<sup>2</sup> О практике применения судами Украины законодательства по делам о преступлениях несовершеннолетних / Постановление Пленума Верховного Суда Украины от 16.04.2004 № 5 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/main>.

Судебная практика по делам о преступлениях несовершеннолетних и вовлечении их в преступную деятельность // Обобщение судебной практики Верховного суда Украины от 29.08.2003 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/main>.

В приведенных положениях содержится указание одновременно на три «обычных» линии поведения, относящиеся к установлению квалифицирующего возраста субъекта:

- 1) на «обычай» исчисления возраста со дня, следующего за днем рождения (при известной дате рождения);
- 2) на «обычай» принятия в качестве дня рождения последнего дня года, установленного судебно-медицинской экспертизой;
- 3) на «обычай» исходить из минимального возраста субъекта, предложенного экспертами.

Каково же значение приведенных указаний? Наше мнение относительно данного вопроса заключается в следующих положениях.

Во-первых, содержащиеся в обобщениях судебной практики указания не противоречат нормам законов, что уже само собой делает их жизнеспособными.

Во-вторых, данные указания устанавливают правила, призванные устранить пробелы в действующем законодательстве, наличие которых может приводить к возвращению дела на дополнительное расследование или к отмене судебных решений. Что особенно важно, данные правила являются абсолютно новыми и не дублируют закон, хотя и призваны ему в помощь.

В-третьих, природой этих указаний является «обычная» в конкретных ситуациях форма поведения; привычное, часто употребляемое правило, или попросту «обычай». В случае закрепления таких обычаев в актах государственных органов и взятия их таким способом под государственную охрану, они (обычаи) приобретают правовую оболочку.

В-четвертых, практика применения «обычаев» именно через их закрепление в правоприменительных актах наделяет правовое регулирование уголовных правоотношений определенной оперативностью.

Однако следует обратить внимание, что здесь необходимо разграничивать такие понятия как «правовой обычай» и «правовой прецедент». Мы придерживаемся точки зрения, что под обычаем, в определенных случаях,

можно понимать «многократное использование» прецедента, хотя считаем необходимым уточнить эти понятия. Итак, правовой прецедент – это решение суда по конкретному делу, с конкретными фактами, фамилиями и т.д.; тогда как правовой обычай – это многократное повторение «обобщенного» специальным органом прецедента, который уже не содержит конкретных фактов и имен, а указывает лишь на основные признаки ситуации, как то в случае с установлением возраста несовершеннолетнего субъекта преступления.

Наше мнение, что прецедент (который в свою очередь тоже является средством придания оперативности правовому регулированию) как правоприменительный акт конкретного суда по конкретному делу, способен привносить в общеобязательные правила определенную долю субъективизма, в том числе, как следствие, и судебных ошибок. Что же касается правового обычая, то он представляет собой более обобщенное правило, при формулировании которого есть большая вероятность устранения допущенных ошибок.

В-пятых, чтобы устранить правовую коллизию касательно действия правовых обычаев в уголовно-правовой сфере, необходимо разработать законодательную норму, которая бы регламентировала правомерность употребления правовых обычаев в качестве источников уголовного и уголовно-процессуального права. Именно такой подход к легитимизации правового обычая в этой сфере, на наш взгляд, является наиболее благоприятным. В результате, позиция законодателя с «молчаливого согласия» и «невмешательства» (что в принципе неприемлемо в императивно регулируемых отраслях) будет изменена на надлежащую, «правоустанавливающую» позицию.

Таким образом, изложенные положения дают нам возможность утверждать, что де-факто в уголовном праве Украины и России правовой обычай используется, причем довольно часто. Исходя из того, что обе страны, Украина и Россия, сейчас стоят на пути изменения устаревшего политического мышления, а также на пути построения правового государства, наличие такой практики – это довольно позитивный момент. Однако, для того, чтобы

правовой обычай приобрел силу и авторитет нормы права в уголовно-правовой среде, сферу его действия необходимо прямо предусмотреть в законе.

#### **Список использованных источников:**

1. Уголовный кодекс Украины (УКУ) / Закон от 05.04.2001 № 2341-III [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon1.rada.gov.ua>.
2. Уголовно-процессуальный кодекс Украины (УПКУ) / Закон от 28.12.1960 № 1001-05 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon1.rada.gov.ua>.
3. Уголовный кодекс РФ (УК РФ) / Закон от 13.06.1996 № 63-ФЗ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/popular>.
4. Уголовно-процессуальный кодекс РФ (УПК РФ) / Закон от 18.12.2001 № 174-ФЗ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/popular>.
5. О судебной практике по делам о преступлениях несовершеннолетних // Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 14.02.2000 № 7 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://lib.rus.ec/b/152006/read>.
6. О практике применения судами Украины законодательства по делам о преступлениях несовершеннолетних / Постановление Пленума Верховного Суда Украины от 16.04.2004 № 5 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/main>.
7. Судебная практика по делам о преступлениях несовершеннолетних и вовлечении их в преступную деятельность // Обобщение судебной практики Верховного суда Украины от 29.08.2003 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/main>.