УДК 343.1

І.І. Чугуніков,
доцент кафедри кримінального права,
Національний університет «Одеська юридична академія»

ДЖЕРЕЛА СУЧАСНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ У СВІТЛІ ПОЗИТИВІЗЬКОГО ПРАВОРОЗУМІННЯ

Анотація. У статті аналізуються джерела сучасного кримінального права України крізь призму позитивізького праворозуміння. Зазначається, що це питання повинно вирішуватися виключно на підставі їх поділу на матеріальні та формальні, а також на джерела Загальної та Особливої частин. Доводиться теза про те, що незважаючи на різноманітність витоків, вітчизняне кримінальне право залишається суто «позитивізьким».

Ключові слова: джерела кримінального права, формальні та матеріальні джерела, джерела Загальної та Особливої частин, Конституція України, міжнародно-правові договори, рішення Конституційного Суду України, принципи кримінального права, судова практика.

Постановка проблеми. Протягом доволі тривалого часу в теорії вітчизняного кримінального права майже аксіоматичним залишалося положення, згідно з яким, єдиним джерелом цієї галузі визнавався виключно кримінальний закон. Однак у сучасних умовах, коли «непозитивізьке» (природно-правове, антропологічне, соціологічне, тощо) праворозуміння переживає черговий пік популярності, що цілком закономірно, оскільки ці підходи завжди актуалізуються у так звані транзитивні (перехідні) періоди існування суспільства, на фоні активної боротьби з позитивізмом, який подекуди розглядається у якості «напрямку боротьби з науковим методом, тобто з істиною, де на заміну достовірному знанню як культурному явищу, приходить приватний суб'єктивний інтерес і вимога його негайного задоволення» [1, с. 54], джерела кримінального права все частіше позиціонуються як політипне явище. Таке рішення є абсолютно прогнозованим, оскільки основний постулат будь-якого «непозитивізького» праворозуміння — це диференціація таких понять як право і закон. Пошук об'єктивних критеріїв розмежування зазначених понять, які, до речі, до сих пір не знайдені, так або інакше призводить дослідників до висновку про те, що кримінально-правові норми можуть знаходити свій зовнішній прояв і поза кримінальним законом. Подібний висновок, який зустрічається «на ура» у сучасній українській загальнотеоретичній юриспруденції не є, як уявляється, таким привабливим для кримінального права, оскільки створює ілюзію існування паракримінальних приписів, які поряд з Кримінальним кодексом (далі — КК) встановлюють злочинність та караність певних діянь.

Мета статті полягає у доведенні тези про те, що незважаючи на різноманітність витоків формування кримінально-правових норм, кримінальне право не може бути іншим, аніж «позитивізьким». Для досягнення цієї мети необхідно: 1) проаналізувати джерела сучасного кримінального права крізь призму їх матеріального та формального статусу; 2) довести необхідність класифікації джерел кримінального права на джерела Загальної та джерела Особливої частин; 3) визнати спроби позиціонування джерел кримінального права без врахування їх матеріального або формального статусу чи поза класифікацією на джерела Загальної та джерела Особливої частин такими, що суперечать як КК, так і Конституції України.

Виклад основного матеріалу. Як вже зазначалося, ідея розмежування права і закону у кримінально-правовій площині аргументується й тим, що джерела сучасного кримінального права не обмежуються кримінальним законом. Так, на думку В.О. Навроцького, джерелами кримінального права є багато актів — як писаних, так і неписаних. Джерелом кримінального закону є лише відповідний юридичний акт — КК України [2, с. 25]. З точки зору авторів другого тому «Енциклопедії кримінального права» «твердження, що єдиним джерелом кримінального права є кримінальний закон, є не більш аніж фікцією. Система джерел кримінального права представляє собою складне багатоелементне утворення у якому КК є основним джерелом, але аж ніяк не єдиним» [3, с. 68]. При цьому вони виходять з традиційного для юридичної науки формального розуміння «джерела права» — як позитивної форми вираження правових приписів, тобто як форми права [3, с. 55].

У сучасній літературі до джерел кримінального права відносять Конституцію України, міжнародно-правові акти, рішення Конституційного Суду України, судову практику [4, с. 14-16; 5, с. 27-29].

У загальнотеоретичній юриспруденції у якості самостійного джерела права виокремлюються також принципи права, які виступають орієнтиром у нормотворчій, правозастосовчій і правоохоронній діяльності та панують над позитивним правом [6, с. 120-121]. Виокремлюється така категорія як «принципи права» і в теорії кримінального права. Як правило, до кола цих принципів відносять справедливість, рівність громадян перед законом і гуманізм [7, с. 236]. Проте не важко помітити, що у тих законодавчих системах, де ці принципи отримали легальне визначення, вони позиціонуються у якості принципів кримінального законодавства (наприклад, ст.ст. 4, 6, 7 КК РФ, ст.ст. 6, 10, 11 КК Республіки Вірменія, ст.ст. 4, 5, 7 КК Республіки Молдова). Вирішуючи питання щодо співвідношення принципів кримінального права і принципів кримінального законодавства деякі вчені приходять до висновку, що вони відрізняються настільки, наскільки галузь права і галузь законодавства не співпадають за своїм змістом. Так, наприклад, автори першого тому «Енциклопедії кримінального права» не вдаючись у дрібниці найскладнішої (ще з часів Аристотеля) і до кінця так і не вирішеної загальнотеоретичної проблеми розмежування понять «право» і «закон», зазначають, що між принципами кримінального права і принципами кримінального законодавства багато у чому спостерігається співвідношення по типу «зміст» і «форма» [7, с. 252]. Зміст перших за

допомогою як звичайних норм законодавства (КК України), так і норм, спеціально присв'ячених останнім (КК РФ, КК Республіки Вірменія, КК Республіки Молдова), входять до тканини кримінального законодавства і таким чином відображають його принципи. Принципи кримінального законодавства, які закріплені в його нормах, надають принципам кримінального права офіційної, забезпеченої державою юридичної форми. Так або інакше (прямо чи опосередковано) усі змістовні принципи кримінального права впливають на зміст кримінального законодавства тільки за допомогою формального (службового, функціонального) принципу законності. Щоб виступити основними, фундаментальними ідеям кримінального законодавства, принципи кримінального права, як мінімум, повинні отримати у ньому своє відображення. Отже, без закріплення у кримінальному законі (що і утворює сутність принципу законності) принципи кримінального права просто не можуть відбутися у якості принципів кримінального законодавства. Звідси зрозуміло, що дослідження цих принципів слід здійснювати виключно на підставі діючого законодавства [7, с. 252, 256, 257]. Саме з цих позицій і виходить сучасна кримінально-правова наука при визначенні поняття «принципи кримінального права», під якими розуміють або «основні, провідні засади, які закріплені в нормах права і визначають побудову всієї галузі права, окремих її інститутів, правотворчу і правозастосовчу діяльність» [4, с. 18], або «вихідні, основоположні ідеї, які випливають зі змісту правових норм, закріплених у кримінальному законодавстві» [5, с. 20]. За такого підходу стає очевидним, що принципи кримінального права не є його джерелом. До речі подібні висновки робилися і в загальній теорії права. Так, на думку Є.В. Скурко, принципи права не можуть становити самобутнього джерела права через те, що за своєю природою не встановлюють право, а описують (конкретизують) установлене право, до того ж через вже існуючі правоположення, тобто через практику, що складається [8, с. 29].

Характеризуючи джерела сучасного кримінального права, перш за все слід зазначити, що у загальній теорії права такі поняття, як «джерела права» і «форма права» традиційно розрізняються. При цьому наголошується, що джерело права розкриває витоки формування права, причини і закономірності процесу його виникнення і розвитку, а форма права показує, як зміст права нормативно організовується і виражається ззовні [9, с. 206]. Диференціювалися ці поняття і в теорії кримінального права, де виокремлювали його матеріальні і формальні джерела [10, с. 24]. У якості матеріальних джерел, тобто таких з яких кримінально-правові норми черпають свій зміст, розглядали Конституцію, міжнародно-правові договори, судову практику [10, с. 24-28], рішення Конституційного Суду України [4, с. 15]. Подекуди до матеріальних джерел кримінального права відносили акти адміністративного, цивільного, податкового, митного та інших галузей законодавства, у яких розкривається зміст багатьох понять, які містяться в КК та законодавчі акти з питань амністії [11, с. 18-19]. При цьому як правило наголошувалося на тому, що єдиним формальним джерелом є кримінальний закон (закон про кримінальну відповідальність). Однак у публікаціях останніх років такої чіткої класифікації вже не простежується. Джерела кримінального права

згадуються поза їх матеріальним чи формальним статусом [5, с. 27-29]. Така ситуація вірогідно пов'язана з тим, що норми Конституції України розглядаються у якості норм прямої дії і можуть застосовуватися при вирішенні кримінальних справ. Проте, як слушно зазначається у літературі, по-перше, нормами прямої дії в Конституції є винятково лише ті норми, що стосуються прав і свобод людини і громадянина, що означає, що будь-які інші норми Конституції не можуть застосовуватися як норми прямої дії [12, с. 64-65], а по-друге, Конституція не містить кримінально-правових норм і взагалі норм охоронного характеру [10, с. 26]. Ще М.Д. Шаргородський зазначав, «що існують джерела норм, які не створюють нових складів (і в цьому сенсі немає ніякої різниці між джерелом кримінального права і джерелом будь-якої іншої галузі права) і джерела кримінального права, які передбачають нові склади злочинів (норми кримінального права у вузькому сенсі цього слова), які мають специфічні риси [13, с. 125].

Безумовно КК України повинен грунтуватися на Конституції України (ч. 1 ст. 3 КК). Саме її положення обумовили появу у КК багатьох новел, що стосуються, зокрема, дії закону у просторі та часі, за колом осіб, відповідальності за неповідомлення про злочин, виконання злочинного наказу чи розпорядження тощо. Але ця обставина не перетворює Конституцію України на формальне джерело кримінального права, оскільки вона не встановлює злочинності та караності відповідних діянь.

Не є, з нашої точки зору, формальним джерелом кримінального права і рішення Конституційного Суду України. Питання щодо юридичної природи цих рішень у кримінально-правовій науці однозначного вирішення не отримало. Одні вважають, що КСУ сам може змінювати закон про кримінальну відповідальність, а інші, навпаки, стверджують, що його рішення самі по собі не можуть виключити з закону положення, визнані неконституційними. Але навіть якщо погодитися з думкою Ю. Бауліна і О. Наден про те, що «на нормативному рівні правове регулювання кримінально-правових відносин може здійснювати як Український народ (через всеукраїнський референдум), так і держава, яку в цьому процесі представляють Верховна Рада України та Конституційний Суд України» [14, с. 243], все одно прийдеться визнати, що КСУ не взмозі «оголосити» діяння злочином.

Не є формальним джерелом кримінального права і міжнародно-правові договори, хоча вони суттєво впливають, особливо в останній період, на формування норм національного кримінального права. Законодавство України про кримінальну відповідальність повинно грунтуватися на загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права (ч. 5 ст. 3 КК), а закони України про кримінальну відповідальність повинні відповідати положенням, що містяться в чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною радою України (ч. 5 ст. 3 КК). Пленум Вищого Спеціалізованого Суду Українипрямо наголошував на тому, що суди повинні застосовувати при розгляді справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод та практику Європейського Суду з прав людини як джерело права, а недотримання вимог Конвенції за умови наявності рішення Європейського Суду з прав людини, яке набуло статусу остаточного, може бути підставою

для перегляду судового рішення Верховним Судом України в порядку, визначеному главою 33 розділу V КПК (абз. 2 та 4 п. 12 постанови від 19 грудня 2014 р. «Про застосування судами міжнародних договорів України при здійсненні правосуддя»). Однак міжнародно-правові договори або взагалі не визначають ознак діяння, яке слід визнавати злочинним, або якщо і визначають, не встановлюють санкції за їх вчинення, залишаючи вирішення цього питання за національним законодавцем (ч. 3 ст. 3 КК). У літературі цілком слушно зазначається, що безпосереднє застосування міжнародно-правових норм у тих випадках, коли в них встановлюються відповідні кримінально-правові заборони, є неможливим [3, с. 62]. Цю позицію поділяє і Пленум ВССУ, який у згаданій постанові від 19 грудня 2014 р. зазначає, що норми міжнародних договорів, які визначають ознаки складу кримінально-караного діяння не можуть застосовуватися судами України безпосередньо, оскільки злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки КК України. Міжнародно-правові норми, що передбачають ознаки складу злочину, мають застосовуватися судами України лише у тих випадках, коли норми КК прямо встановлюють необхідність застосування міжнародного договору України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, наприклад ст.ст. 438-440 КК (п. 16). Разом з тим, звертається увага на ту обставину, що кримінальне право — це не тільки норми Особливої частини, а й норми Загальної частини. Універсальний характер норм міжнародних договорів, які стосуються Загальної частини кримінального права дозволяє їм органічно вписуватися у кримінально-правову матерію національного права і у випадку колізій з останнім вони можуть бути безпосередньо застосовані на території відповідної держави [3, с. 62]. Так, наприклад, згідно з ч. 3 ст. 2 КК України ніхто не може бути притягнутий до кримінальної відповідальності за той самий злочин більше одного разу. Громадяни України та особи без громадянства, що постійно проживають в Україні, які вчинили злочини за її межами і за вчинені злочини зазнали кримінального покарання за межами України, не можуть бути притягнені в Україні до кримінальної відповідальності за ці злочини (ч. 2 ст. 7 КК України). У той же час, відповідно до ч. 7 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 р. ніхто не повинен бути двічі засудженим чи покараним за злочин, за який він вже був остаточно засуджений чи виправданий згідно закону і кримінально-процесуальному праву кожної країни. Таким чином, за міжнародним правом, на відміну від українського, і виправдання (а не тільки засудження) виключає можливість повторного притягнення до кримінальної відповідальності. Ще більш звужує застосування принципу non bis in idem ч. 2 ст. 7 КК, яка пов'язує можливість непритягнення до кримінальної відповідальності зазначених тут осіб тільки з призначенням їм кримінального покарання. Будь-яке інше рішення суду іноземної держави такої можливості не виключає. У цьому випадку, коли деякі положення КК суперечать відповідним кримінально-правовим положенням обов'язкового для України міжнародного договору, застосуванню підлягають положення договору (ч. 2 ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України»), хоча логічніше за все було б внести

зміни до ч. 2 ст. 7 і замість формули « які зазнали кримінального покарання» передбачати іншу — « стосовно яких за вчинений злочин немає рішення суду іноземної держави». Проте, навіть підтримка позиції, згідно з якою Конституція України, міжнародно-правові договори та рішення Конституційного Суду України є формальними джерелами Загальної частини кримінального права України, а що стосується останніх, то і формальним джерелом Особливої частини при прийнятті КСУ рішення про визнання неконституційними її окремих положень, не міняє суті основного питання — з точки зору встановлення злочинності та караності діянь воно все рівно залишається «позитивізьким».

У сучасній кримінально-правовій літературі обгрунтовується позиція, згідно з якою норми кримінального права, на відміну від кримінального закону, не мають поділу на норми Загальної та Особливої частин. «Норми кримінального права є цілісним, внутрішньо єдиним правилом поведінки, яке регулює повноваження держави в кримінальному правовідношенні, — зазначають Ю. Баулін і О. Наден. При цьому в такій нормі описуються ознаки як самого злочину, так і кримінальної відповідальності за нього. Цілком зрозуміло, що в більшості злочинів окремі з названих ознак повторюються. І саме тому, щоб уникнути зайвих повторень, зробити зміст закону доступним, а користування ним — зручним, законодавець і вживає таке правило законодавчої техніки, як виділення в законі статей Загальної частини (в яких відображаються ті спільні ознаки злочинів та кримінальної відповідальності за них, що повторюються в усіх чи в більшості норм кримінального права) та Особливої частини (в яких відображаються ті складові норми кримінального права, які є в них унікальними, неповторними, такими, що відрізняють одну норму від іншої) [14, с. 268]. З нашої точки зору, ототожнення норм Загальної і Особливої частин кримінального права є вкрай небажаним, оскільки це призводить до: 1) ототожнення матеріальних і формальних джерел кримінального права, про що йшлося вище; 2) зведення предмету кримінально-правового регулювання до відносин «держава злочинець», хоча цими відносинами він явно не обмежується (щоправда, зазначені автори наполягають на зворотньому[14, с. 261]; 3) ототожнення сфер «впливу» Загальної і Особливої частин, коли в останній починають вирішуватися питання не прикладного, а методологічного характеру. В Особливій частині КК з'являються невідомі Загальній частині види покарань, наприклад, обмеження права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю (ч.4 ст. 220^1), тоді коли у ст. 55 КК йде мова про позбавлення права, встановлюються невідомі Загальній частині строки основних (ч. 1 ст. 213 передбачає покарання у виді обмеження волі на строк до одного року, тоді коли відповідно до ст. 61 КК мінімум встановлений у один рік) або додаткових (згідно ч. 4 ст. 220^1, ст. 220^2 і ст. 220^2 і ч. 1 ст. 365^2 встановлено додаткове покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до десяти років, хоча відповідно до ст. 55 КК він не може перевищувати трьох років) покарань. Встановлюючи такі строки покарань, законодавець, ймовірно, орієнтувався не на Загальну частину КК, а на інші законодавчі акти (наприклад, Закон України про очищення влади, де фігурує десятирічний

термін). Але якщо статуси Загальної і Особливої частин визнати рівними, то і такий крок виглядає цілком обгрунтованим. У той же час, цілком очевидно, що Загальна частина володіє особливим статусом, завдяки чому її слушно називають філософською та методологічною базою кримінального права [15, с. 454].

Окремої уваги заслуговує судова практика, оскільки саме за цим джерелом сучасна теорія вбачає майбутнє як правової системи взагалі, так і кримінально-правової системи зокрема. Так, Ю.М. Оборотов, у якості одного з шляхів розвитку правової системи називає необхідність подолання традиційної недовіри з боку влади до професійного юридичного середовища, невизнання за юристами права на використання своєї професійної правової культури, системи правових цінностей при вирішенні питань правового регулювання [6, с. 277]. На думку Р. Майданика, позитивізька модель забезпечення дії закону і правозастосування неефективна, призводить до деструкції у правовому регулюванні та підриву авторитету права. На відміну від «застиглого» закону, право — явище динамічне, яке повинно змінюватися відповідно до перетворень, які відбуваються в реальному житті. Вирішальна роль у забезпеченні такої відповідності належить суду, який спирається у таких випадках не так на конкретні положення закону, як на принципи права як вищий рівень абстракцій. Їхня вища «еластичність» забезпечує їхній динамізм, дає їм можливість краще правових норм реагувати на зміни в суспільному житті. Силу і життя принципам права дає суддя [16, с. 8-9]. З точки зору вченого, переважати повинні аргументи, які базуються на прецеденті, що дасть змогу враховувати можливі наслідки судового рішення для подальшого розвитку права. «Чим більше судова система певної країни має способів офіційного тлумачення правових норм, інших механізмів формування єдності судової практики, тим менша необхідність у внесенні змін та прийнятті нових норм права», — констатує Р. Майданик [16, с. 9]. Певна зміна ставлення до статусу судових рішень спостерігається і у діючому законодавстві, де вони набувають нормативно обов'язкового характеру. Так, згідно з ч. 4 ст. 263 ЦПК України при виборі і застосуванні норми права до спірних правовідносин суд враховує висновки щодо застосування відповідних норм права, викладені в постановах Верховного Суду. Ч. 1 ст. 458 КПК встановлює обов'язковість судових рішень Верховного Суду України, висновки якого є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності відповідну норму права та для всіх судів загальної юрисдикції, які зобов'язані привести свою судову практику у відповідність із судовими рішеннями Верховного Суду України. Хоча суд має право відступити від правової позиції, викладеної у висновках Верховного Суду України, з одночасним наведенням відповідних мотивів. Невідповідність судового рішення суду касаційної інстанції висновку щодо застосування норм права, викладеному в постанові Верховного Суду України є підставою для перегляду судових рішень Верховним Судом України (п. 3 ч. 1 ст. 445 КПК). Ще більш жорстка формула щодо обов'язковості врахування висновків Верховного Суду іншими судами міститься в ч. 6 ст. 13 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» від 2 червня 2016 р. в редакції Закону України від 3 жовтня 2017 р.: «Висновки щодо

застосування норми права, викладені у постановах Верховного Суду, враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права». Однак, як і раніше, в українській правовій системі судові прецеденти не вважаються джерелом права. Зазначені вище законодавчі кроки пов'язані, як уявляється, на стільки зі створенням умов для подальшого конституціонування судового прецеденту у якості повноцінного джерела права, скільки з підвищенням ролі судового тлумачення з боку Верховного Суду і необхідністю уніфікації судової практики. Хоча саме обов'язковий характер таких тлумачень і розглядається подекуди як підстава для визнання їх у якості судового прецеденту [3, с. 65], що з нашої точки зору є абсолютно необгрунтованим. У зв'язку з цим виникає питання про те, чи обмежується Верховний Суд тлумаченням правових норм? Аналіз деяких постанов у сфері кримінального права дозволяє негативно відповісти на це запитання, оскільки керівні роз'яснення доволі часто містять у собі певні правоположення нормативного характеру.

Так, наприклад, діюче кримінальне законодавство України не вирішує питання щодо кваліфікації умисного вбивства, яке вчиняється з метою задовольнити статеву пристрасть із трупом.

Згідно позиції Пленуму Верховного Суду України, яка знайшла відображення у п.14 постанови від 07.02.2003 року « Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи», таке вбивство повинно кваліфікуватися за п. 10 ч. 2 ст. 115 КК як поєднане із згвалтуванням або насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом. Така рекомендація викликає певні заперечення. По-перше, тут Пленум наполягає на кваліфікації вчиненого за аналогією, що прямо заборонено діючим КК України (ч. 4 ст. 3); по-друге, на відміну від умисного вбивства, поєднаного із згвалтуванням чи насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом, яке має місце в процесі вчинення зазначених злочинів чи одразу ж після них, умисне вбивство з метою задовольнити статеву пристрасть із трупом не посягає на статеву свободу або статеву недоторканість, оскільки їх об'єктивно не може бути у трупа. Згідно ч. 4 ст. 25 ЦК України цивільна правоздатність фізичної особи припиняється у момент її смерті; по-третє, у даному випадку Пленум виходить за межу своєї компетенції і встановлює по суті підстави кримінальної відповідальності, що є виключним правом законодавця. Відповідно до п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України діяння, які є злочинами, визначаються виключно законами України, а державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову (ст. 6 Конституції). Як слушно зазначає О.І. Рарог, проблема правотворчої діяльності Пленуму Верховного Суду у зв'язку з його правом надавати судам роз'яснення з питань судової практики — це лише частина більш загального питання про те, чи може правозастосовувач бути одночасно і творцем права, питання теоретичного значення, яке потребує фундаментальних досліджень, як загальною теорією права, так і галузевими юридичними науками [17, с. 51]. Додамо, що окрім таких досліджень, знадобляться й кроки, пов'язані зі зміною відповідних конституційних положень. На даному ж етапі слід констатувати, що судова практика (як рішення за конкретними кримінальними провад-

женнями, так і роз'яснення Пленуму Верховного Суду України з питань судової практики) повинна розглядатися у якості матеріального джерела кримінального права.

Висновки. Підсумовуючи вищевикладене зазначимо наступне. Питання щодо джерел сучасного кримінального права України повинно вирішуватися виключно на підставі їх поділу на матеріальні та формальні. У якості витоків кримінально-правових норм цілком можуть розглядатися Конституція України, міжнародно-правові договори, рішення Конституційного Суду України, судова практика. Проте, ні за яких обставин, матеріальні джерела не в змозі «оголосити» діяння злочином. Це виключна прерогатива законодавця (Верховної Ради України або народу України) і в цьому сенсі вітчизняне кримінальне право залишається суто «позитивізьким». Ігнорування необхідності диференціації кримінально-правових джерел, особливо на фоні неймовірної популярності «непозитивізького» праворозуміння, неминуче буде провокувати спроби встановити злочинність та караність діяння поза законом про кримінальну відповідальність, що суперечить як діючому КК (ч. 3 ст. 3), так і Конституції України (п. 22 ч. 1 ст. 92). Разом з тим слід мати на увазі, що кримінальне право — це не тільки норми Особливої а й норми Загальної частини, яка є методологічною базою цієї галузі і на відміну від Особливої частини є не закритою, а відкритою підсистемою, що дозволяє розглядати у якості її формальних джерел норми прямої дії Конституції України, міжнародно-правові договори, що не суперечать Конституції України та рішення Конституційного Суду України. Останні можуть розглядатися і у якості формальних джерел Особливої частини у разі визнання КСУ окремих її положень неконституційними. Що ж стосується судової практики, то вона як у площині Загальної, так і у площині Особливої частини кримінального права може розглядатися, принаймні на сучасному етапі розвитку кримінально-правової системи, лише у якості матеріального джерела цієї галузі, оскільки суди не створюють позитивного права, а лише тлумачать його приписи з метою уніфікації правозастосовчої практики.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Ніколаєнко В., Ніколаєнко Л. Метод і методейя: методологічні ілюзії в сучасній соціології / Ніколаєнко В., Ніколаєнко Л. Система сучасних методологій. — Тернопіль: ТНЕУ, 2015. — Т.3. — С. 53-60 (400 с.).
2. Українське кримінальне право. Загальна частина: підручник/ за ред. В.О. Навроцького. — К.: Юрінком Інтер, 2013. — 712 с.
3. Энциклопедия уголовного права. — Т. 2. Уголовный закон. — СПБ.: Издание профессора Малинина, 2005. — 847 с.
4. Кримінальне право України: Загальна частина : підручник / В.І. Борисов, В.Я. Тацій, В.І. Тютюгін та ін.; за ред. В.Я. Тація, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. — 5-те вид., переробл. і допов. — Х. : Право, 2015. — 528 с.
5. Вереша Р.В. Кримінальне право України. Загальна частина. Навч. посіб.- 4-те вид. переробл. та допов. — К.: Алерта, 2016. — 364 с.
6. Общетеоретическая юриспруденция: учебный курс : учебник /под ред. Ю.Н. Оборотова, — О. : Фенікс, 2011. — 436 с.
7. Энциклопедия уголовного права. — Т. 1. Понятие уголовного права. — СПБ.: Издание профессора Малинина, 2005. — 698 с.

8. Скурко Е.В. Принципы права: монография / Е.В. Скурко. — М.: Ось-89, 2008. — 287 с.
9. Скакун О.Ф. Теорія права і держави: Підручник. — 2-ге видання / О.Ф. Скакун. — К.: Алерта, 2011. — 520 с.
10. Уголовное право. Общая часть: Учебник для вузов / Отв. ред. Козаченко И.Я., Незнамова З.А. — М.: ИНФРА-М-НОРМА, 1998. — 516 с.
11. Уголовное право. Общая часть: Учебник / Под ред. Л.В. Иногамовой-Хегай, А.И. Рарога, А.И. Чучаева. — М: ИНФРА-М, 2005. — 553 с.
12. Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол.: В.Я. Тацій, О.В. Петришин, Ю.Г. Барабаш та ін.; Нац. акад. прав. наук України. — 2-ге вид., переробл. ідоповн. — Х.: Право, 2012. — 1128 с.
13. Шаргородский М.Д. Уголовный закон // Избранные работы по уголовному праву. СПб., 2003. — 587 с.
14. Сучасна кримінально-правова система в Україні: реалії та перспективи / Ю.В. Баулін [та ін.]. — Київ : ВАІТЕ,2015. — 688 с.
15. Панов М., Зінченко І. Основні напрямки розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність / М. Панов, І. Зінченко // Право України — 2012. — № 11-12. С. 451-462.
16. Майданик Р. Основи юридичної аргументації: особливості судової аргументації у процесі судової правотворчості / Р. Майданик // Вісник Верховного Суду України. — 2017. №1 (197). — С. 7-13.
17. Рарог А.И. Правовое значение разьяснений Пленума Верховного Суда / А.И. Рарог // Государство и право. — 2001. — № 2. — С. 51-57.

Чугуников И.И.

Источники современного уголовного права Украины в свете позитивистского правопонимания.

Аннотация. В статье анализируются источники современного уголовного права Украины сквозь призму позитивистского правопонимания. Отмечается, что этот вопрос должен решаться исключительно на основе их деления на материальные и формальные, а также на источники Общей и Особенной частей. Обосновывается тезис о том, что несмотря на разнообразие истоков, отечественное уголовное право остается сугубо «позитивистским».

Ключевые слова: источники уголовного права, формальные и материальные источники, источники Общей и Особенной частей, Конституция Украины, международно-правовые договоры, решения Конституционного Суда Украины, принципы уголовного права, судебная практика.

I. Chuhunikov

The Sources of Modern Criminal Law of Ukraine in the Light of "Positivist" Legal Understanding.

Summary. The the sources of modern criminal law of Ukraine have been analyzed in the article through the prism of positivist legal understanding. It is noted that this issue has to be solved solely on the basis of its division into material and formal, as well as the sources of the General and Special Parts. The thesis is substantiated that, despite the diversity of sources, the domestic criminal law remains purely "positivistic".

Keywords: sources of criminal law, formal and material sources, sources of the General and Special Parts, the Constitution of Ukraine, international legal agreements, decisions of the Constitutional Court of Ukraine, principles of criminal law, judicial practice.