

**Туляков В'ячеслав,**

*доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, суддя ad hoc Європейського суду з прав людини, проректор з міжнародних зв'язків Національного університету «Одеська юридична академія»*

## **СИНГУЛЯРНІСТЬ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА ДЕРЖАВНИЙ ПРИМУС**

**Анотація.** Досліджена проблема сингулярності при здійсненні кримінально-правового впливу, яка полягає в формуванні певного соціально-правового стану, за яким імперативний концепт публічно-правового захисту прав і свобод особи обмежується диспозитивною приватністю паралельного регулювання. З використанням практики Європейського суду з прав людини доводиться, що ефективність кримінально-правового впливу блокується приватноправовими засобами вирішення правових конфліктів.

*Ключові слова:* кримінально-правовий вплив, сингулярність, публічно-правове регулювання, диспозитивність, комунікативна функція кримінального права.

**Аннотация.** Исследована проблема сингулярности при осуществлении уголовно-правового воздействия, которая заключается в формировании определенного социально-правового состояния, при котором императивный концепт публично-правовой защиты прав и свобод лица ограничивается диспозитивной приватностью параллельного регулирования. С использованием практики Европейского суда по правам человека доказывается, что эффективность уголовно-правового воздействия блокируется частноправовыми средствами разрешения правовых конфликтов.

*Ключевые слова:* уголовно-правовое воздействие, сингулярность, публично-правовое регулирование, диспозитивность, коммуникативная функция уголовного права.

**Summary.** The problem of criminal law singularity social and legal conditions, when mandatory concept of public law is limited by dispositive privacy parallel regulation, is analyzed in this issue. Hence to form a particularly effective criminal impact we need to protect personal rights and freedoms. Considering European Court of Human Rights practice we prove that the effectiveness of positive criminal law is blocked by private means of resolving legal conflicts.

*Key words:* criminal law singularity, a public-law regulation, communicative function of criminal law.

### **Замість вступу**

Сингулярність – стан кримінального права в широкому сенсі, при якому антиправо як цінність (суб'єктивне право) поглинає (анігілює) право позитивне. Приклади: вбивство матір'ю новонародженої дитини як редукція права на аборт; самоправство, самосуд як рефлексія на несправедливість (уявну чи можливу) поліцейського примусу; зловживання батьківським правом на примусові заходи виховання як обставина, що обмежує протиправність діяння<sup>1</sup>, зловжи-

---

<sup>1</sup> Обставина, що обмежує протиправність діяння – вид маргінальної ситуації у праві, за якої соціальна оцінка певних антисуспільних дій змінюється залежно від масовості, допустимості, ціннісної підтримки чи схвалення цих дій державою чи/або суспільством, судовою практикою. Наприклад, фізичне насильство батьків відносно дітей у родині може бути розглянуто як засіб виховання, адміністративний вчинок, чи злочин проти здоров'я або фізичної недоторканості особи.

вання владою як джерело ефективності виховної функції або / або як базис зловживань (корупція як модель державного управління; паралельна (бандитська) юстиція як субститут судової влади).

Такий дуалізм режимів правового розвитку (подвійність систем управління у кримінально-правовому сенсі) веде до того, що ліміти кримінальної заборони, які, згідно теорії, визначаються векторами кримінальної політики держави, здебільшого виявляються, розвиваються, генеруються задля свідомого (маніпулювання) чи ентропійного використання механізмів комунікації для задоволення потреб населення у власній безпеці будь-якими можливими або підтримуваними (зараження, наслідування, конформізм) в мережевому спілкуванні способами.

У константі доповненої реальності (віртуальність формування нормосвідомості) на тлі блокування інтеріоризації норм позитивного права сингулярність виступає точкою неповернення. Правопорядок перетворюється в антипорядок, право гібридується: принцип доцільності поглинає законність та невідворотність відповідальності. Спроби пояснення неможливі. Немає точки відліку.

Домінування сингулярних процесів у кримінальній політиці веде до поширення застосування позакримінальних методів державного та недержавного примусу.

### **§ 1. До постановки проблеми**

Ми знаємо про чорні діри й існування темної енергії, будуємо тороїдальні моделі сингулярності. Але не можемо пояснити як і звідки вони беруться ні на рівні фізичних процесів, ні на рівні суспільства.

Особлива небезпека виходить з процесів гіперболізації диспозитивності та «віктимізації» кримінального права. Сьогодні, коли питання підсилення ролі та місця потерпілого у кримінальному праві та кримінології стає практично центральним трендом, здебільшого хочеться звернути увагу на певні моменти, які залишаються поза розглядом наукової громади. Одним з них є проблема сингулярності у кримінальному праві: існування стану, за яким імперативний концепт публічно-правового захисту прав та свобод фізичних та юридичних осіб, громади, держави може бути вщент порушеним за допомогою неконтрольованого розповсюдження диспозитивної приватності паралельного регулювання.

За умов глобалізації стан сингулярності, поширюючись у мережевих гібридних формах нормосвідомості стає все більш популярним. Концепт публічної заборони спрацьовує, коли ця заборона отримує суб'єктивну оцінку. У випадках коли паралельна реальність (доповнена реальність) формує нові можливості індивідуальної чи колективної поведінки – заборони не існують. Вони міняються на дозволи.

Так, за допомогою Темної мережі Інтернет у світі поширюється торгівля наркотиками, зброєю, іншими предметами з обмеженим обігом; свобода загального мережевого доступу робить дозволеним будь-який прояв критичних

оцінок діяльності органів управління держави, що каталізують як правовий нігілізм населення, так і відверту злочинну діяльність. Феномен мережевих революцій та панування принципу доцільності над законністю, електоральної незадоволеності, антиурядових повстань, що генерується постами у Фейсбуці чи іншій мережі стає елементом приватного нормопорядку. Юридична допомога, потреба у судовому розгляді справи замінюється безоплатними порадами на форумах, медіація та посередництво знаходять окремі форми заміни у електронному розгляді спорів. Більш того, сьогодні штучний інтелект, як повідомляє преса, надає з високою долею вірогідності рішення, які можуть бути винесеними ЄСПЛ по конкретним справам. Тобто потреба у юридизації соціальної активності на рівні держави стає все менш необхідною. А суд та покарання – архаїчним елементом системи.

З появою BREXIT та тенденцією до обмеження визнання окремими державами юрисдикційних повноважень Міжнародного кримінального суду ми зіштовхуємося із новітніми процесами: крахом систем генералізації сенсів у економіці, політиці, праві на глобальному рівні, та поширеністю процесів переводу фрагментації правових заборон з рівня окремих юрисдикцій на рівень соціальних спільнот, мереж та індивідів. Система гарантій колективної безпеки не спрацьовує на глобальному рівні. Не спрацьовує вона й на рівні окремих юрисдикцій.

Центральна проблема сучасного світоустрою полягає в тому, що *новації і креативність інформаційного суспільства створюють нове середовище, в якому час і простір не фрагментовані анклавами правових сімей і державними кордонами, а підкоряються новим, ще непізнаним «хвилям» енергетичного впливу руху коштів, образів, капіталів, людей, будучи пов'язаними (селективно, але загально) інформаційними мемами, що організують і направляють цей рух. Держави окремо, так і світ в цілому, виявилися безсилі перед розумінням неминучості примата культивованих інформаційними мережами індивідуальних оцінок добра і зла і відплати за вчинки.*

Відомо, що Лорд-Канцлер Великобританії Елізабет Трус наголосила цього року про намір повної реформи системи доступу до правосуддя. Планується витратити 1 мільярд фунтів на спрощення судової реформи, надання додаткових можливостей та захисту прав потерпілих від злочинів, формування нової юридичної мови, яка буде зрозумілою не тільки юристам, але й громадянам.

В наш час – як було сказано – з появою Інтернету і вибуху в нових технологіях є потреба забезпечення можливості для радикальної зміни. Традиційні методи роботи в даний час перевернули віру не тільки у ефективність справедливості, але мають бути переглянутими в усіх напрямках соціального розвитку. Для забезпечення безпеки громадян і підвищення глобальної репутації системи правосуддя ми повинні реагувати на ці зміни радикально і швидко, надаючи пропорційну і ефективну систему, яка відповідає потребам не тільки держави, але й пересічних громадян, конкуруючи не тільки з юрисдикціями, але й з **праворозумінням кожного споживача** (підкреслено нами – В.Т.), їхнім досві-

дом, досвідом їх родини, друзів, спілкуванням в Skype та соціальних мережах. Верховенство закону має основоположне значення для будь-якого цивілізованого суспільства. Перш за все, ці реформи допоможуть захистити його [1].

Стурбованість представників однієї з найміцніших юридичних систем світу має свою рацію. В теорії кримінального права існує поділ на позитивне право та динаміку його відтворення у житті, актуальні правила та норми, створені правозастосовною практикою, а також додаткові за змістом етнокультурні за походженням символи, звичаї, поганські обряди (крадіжка майна сусіда на Св. Андрія), субкультуру, що репрезентується у мові, у інтеріоризації (М. Орзіх) цієї норми у поведінці та свідомості конкретного індивіда.

*Кримінально-правова норма – це текст, елемент культурного осередку, який, будучи визнаний державою, має бути певним чином інтерпретованим та інтеріоризованим у свідомості фахівців та громадян, відтворюючи відповідне правило поведінки, підкріплене відповідною заборонаю.* Звідси комунікативна функція права полягає у дуалізмі існування правових моделей та регуляторів бажаної поведінки і з боку законодавця, і з боку відносно самостійних від писаного кримінального закону відповідних корелюючих правил поведінки індивіда (соціальної спільноти). До того ж, в теорії права, як вже зазначалось вище, існує поділ на позитивне право та динаміку його відтворення у житті, актуальні правила та норми, створені правозастосовною практикою. І далеко не факт, що ця кореляція не може бути зворотною, чи загалом мати тенденцію просування до стану сингулярності у праві. Стану, за яким встановлене правило поведінки перестає існувати на рівні правореалізації, бо регулятор не співпадає із аттрактором, та\або реакція на регулятор загалом не може бути передбаченою. Так, кримінально-правова заборона блокування діяльності підприємств, установ тощо нейтралізується поширеним розумінням використання права на свободу мирних зібрань та блокуванням транспортних комунікацій шляхом зловживання перевагами руху пішоходів на дорогах.

Кажучи про рефлексії різних рівнів кримінально-правового регулювання [2], та їх відповідне відображення у тексті кримінального закону, легко зрозуміти, що комунікативні зв'язки спрацьовують лише в формальних моделях, чи правосвідомості парламентаріїв, які за допомогою Кримінального кодексу вирішують будь-яке питання функціонування суспільства.

Бо Чехівському зловмиснику на вудку потрібне грузило... І суспільство у своїй нормосвідомості, що заснована на відчутті (розумінні) концепту верховенства права не як судової моделі захисту, а власної індивідуальної (віртуально-колективної) гедоністської моделі сприйняття Всесвіту, йде шляхом диспозитивної доцільності.

Потреба у забороні порноіндустрії відпала з появою сайтів віртуальних розваг. Принцип правової визначеності замінюється принципом доцільності та бажаності певної поведінки, її допустимості у відповідній культурі. Простіше знайти електронну заміну. Ми шукаємо ліки і поради, на любий випадок життя

у Мережі, слово «прогуглити» стало елементом повсякденності, побуту, електронні петиції – частиною політичного життя, експерти та шарлатани – субсидіарами фахівців. Агенція «одна баба казала» знайшла відповідну заміну у феномені мережевої спільноти, появи професій «блогерів», лідерів суспільної думки у Фейсбуці, відповідним маніпулюванням образів та сенсів з боку держави чи представників олігархічного капіталу.

Мі зіштовхуємося з гібридністю кримінальної відповідальності, яка існує як би взагалі, «мертвою» нормою, але на приватному рівні блокується іншими ціннісними настановами.

З цього боку вельми цікавим є процес, за яким у теорії кримінального права значна кількість матеріалів присвячена кримінально-правовим санкціям, альтернативним методам реагування, державному та недержавному впливу на злочин, проблематиці багатокільності... Але.

Але не проблематиці ефективності відповідних норм, бо сингулярність бере своє... Ефективність державного примусу блокується сингулярністю приватноправових засобів вирішення конфлікту.

## **§ 2. Можливості забезпечення ефективності кримінально-правового впливу**

*Вважаємо, що ефективність кримінально-правового впливу пов'язана з оцінкою комунікаційного ефекту кримінально-правового регулювання, кримінально-політичною обстановкою, особливостями правореалізації і праворозуміння на декількох рівнях соціальної взаємодії, кореспондуючи відчуттям індивідуальної чи мережевої безпеки суб'єктів кримінально-правових відносин.*

Сучасне кримінальне право розглядається як необхідний інструмент забезпечення суспільної і національної безпеки, гарант суспільного спокою, який специфічними засобами регулює антисоціальну активність суб'єктів злочину. При чому у більшості воно базується на сукупності деїдеологізованих ідей, втілених у відповідній культурним традиціям кодифікації.

Такі ідеї виходять із констатації відповідності кримінального права моральним уявленням про добро і зло, справедливості і рівність, спорідненої із презумпцією адекватного усвідомлення кримінально-правової заборони громадянами. При чому ця констатація не обмежується виключно рамками суто кримінального законодавства.

Відомо, що Європейський суд з прав людини в рішенні *Engel v Netherlands* [3] встановив, що особа буде вважатися звинуваченою в скоєнні кримінального правопорушення у випадку, коли процес визнання особи винною було здійснено відповідною державною установою із дотриманням правил встановлення винності та караності особи суворими заходами державного впливу (арешт, штраф тощо). Це зазначає, що згідно прецедентній практиці Європейського суду з прав людини, сукупність девіацій, окреслена рамками адміністративного та кримінального права, за скоєння яких застосовуються суворі заходи держав-

ного примусу, буде визнаватися кримінальними правопорушеннями незалежно від того, яким чином на це реагує національне законодавство.

Отже, певна сукупність кримінальних та адміністративних деліктів формує правове поле заборон поведінки, яка є неприпустимою з точки зору держави та суспільства, та протирічить характеристикам її розвитку. З цього боку кримінальне право розглядається як відносно відкрита складна система, що знаходиться у постійному динамічному розвитку, взаємодії із суспільством, відтворюючись в процесі правореалізації. Це можливо як шляхом використання старих кримінально-правових заборон до нових ситуацій (інтерпретація кримінально-правової норми), так і шляхом послідовних змін правової системи, інноваційного відтворення права (прийняття нової редакції, криміналізація діяння, пеналізація заборони). Причому уявлення про адекватність кримінально-правової заборони базуються на принципах субсидіарності, пропорційності, солідарності та поважання [4].

Справа у тому, що окрім покарання та інших кримінально-правових заходів, яким присвячено значну частину цієї монографії, існують деякі інші заходи впливу, які носять кримінальний характер. Проблематика покарання як встановленого виключно кримінальним законом заходу державного примусу чи інших кримінально-правових заходів не є предметом розгляду. Поруч з покаранням в діючому законодавстві де-факто існують 4 групи заходів: безпеки, соціального захисту, компенсації, кримінально-правового заохочення. Заходи безпеки (спеціальна конфіскація, знищення майна, примусове лікування обмежено осудних, примусові заходи виховного характеру, що застосовуються до неповнолітніх), заходи соціального захисту (примусові заходи медичного характеру, що застосовуються до неосудних осіб, примусові заходи виховного характеру, що застосовуються до малолітніх), заходи компенсації та реституції (потерпілим, в особливих випадках, – третім особам та державі), засоби кримінально-правового заохочення застосовуються як підстави та форми реалізації окремих видів звільнення від кримінальної відповідальності та покарання, та як підстави пом'якшення покарання. Проте особливості структури діючого Кримінального кодексу України, на жаль, ці питання залишають поки що тільки для тлумачення науковців. Окремим питанням є й правове розуміння характеристики заходів кримінального впливу, які застосовуються до юридичних осіб, пов'язаних із вчиненням корупційних та деяких інших злочинів.

Справа у даному випадку йде також про моральні ліміти введення, застосування та певної зміни кримінально-правової заборони шляхом застосування дисциплінарних практик, які, згідно традиції практики ЄСПЛ, розглядаються за умов відповідності певним критеріям як кримінально-правовий вплив в контексті ст. 6 Європейської конвенції захисту фундаментальних прав та основоположних свобод людини та громадянина.

Відомо, що дисциплінарні практики, які виступають паліативом кримінальної відповідальності загалом є розповсюдженими у більшості країн світу. Особ-

лівість дисциплінарного права саме складається у тому, що в цілому ініціатива по кодифікації виходить із професійних потреб замовників, перебуваючи в кращому положенні, щоб концептуалізувати правила власної деонтології і контролювати дотримання них, що призводить їх до кумуляції адміністративної, нормативної та юрисдикційної функції [5]. У галузі сингулярної площини кримінального права України ми зіштовхуємося з цим постійно. Не кажучи про сумнозвісні люстраційні закони, відзначимо: *застосування позасудової репресії, чи використання покарань sui generis (покарань за сутністю карального впливу, але не за ступенем відображення у кримінальному законі) має поширене розповсюдження у національному праві.*

Наприклад, при конфіскації рибальського судна при порушенні положень Закону України «Про виключну (морську) економічну зону України» від 16 травня 1995 р., інших видах спеціальної конфіскації, при безлічі фактів обмеження в правах (на керування автотранспортом, керівництво дисертаційними дослідженнями, чи бути обраним, права на приватність та інформацію), позбавленні прав, штрафів у адміністративному та адміністративно-фінансовому праві, позбавленні свободи пересування, навіть, позбавленні волі. Так, заважаючи на те, що в діючому законодавстві існують визначені виключно законом ліміти застосування позбавлення волі на певний термін, президент України має право замінити довічне позбавлення волі особі у порядку помилування на *строк не менше 25 років* (ст. 81 КК). А може й на більший строк. Обмежень та процесуальних гарантій/балансів у цій діяльності не існує. Це ж *заміна*, а не призначення покарання. Вказана ситуація однозначно протирічить практиці ЄСПЛ, згідно якій право на гідне поводження («право на надію») повинно мати відповідні гарантії стосовно усіх категорій осіб, яких було засуджено до відповідних покарань [6].

Більш того, дисциплінарні практики поширюються на норми діяльності суспільних організацій, які розповсюджують свою юрисдикцію на значні прошарки населення. Наприклад, ФІФА, із міркувань безпеки, може рекомендувати не пустити на стадіон групу болільників, чи відповідних конкретних осіб, а стюарди стадіону (!), чи органи правопорядку (компетентні органи відповідної країни при перетині кордону) із задоволенням виконують це.

Безліч акторів робить сумнівним якість такої правової комунікації. Особа починає орієнтуватися на власні оцінки необхідності відповідних заборон. Сингулярність стає ближче...

Звідси, у сучасних умовах генералізації сенсів на рівнях юриспруденції та приватного норморозуміння, думки і дії соціальних суб'єктів все більше орієнтуються на власні (групові) уявлення про благо і зло, про фундаментальні права і свободи, ніж на століттями виплекані норми-регулятори. Колективний егоїзм, гедонізм і аномія, що генеруються новими комунікативними зв'язками (Dark Internet), стають стандартом сучасного світопорядку. Концепт приватної індивідуальної безпеки стає важливішим безпеки соціальної, і сили самоорганізації на вимогу доцільності руйнують нормативність світоустрою.

## **Висновки**

Вважаємо, що саме такі комунікативні приватноправові характеристики динаміки кримінального права відображують перцепції нової ери комунікацій. І ми, юристи, на жаль, поки що програємо на цьому ентропійному шляху світу до сингулярності. Це вимагає зваженої зміни доктринальних та нормативних характеристик, які стосуються співвідношення кримінального примусу, дисциплінарних практик та диспозитивної активності, поширення справ приватного обвинувачення, фіксації категорії потерпілого в кримінальному праві, його місця та ролі в процесі призначення та звільнення від покарання, звільнення та не притягнення до кримінальної відповідальності, звільнення від відбування покарання, призначення заходів безпеки, кваліфікації злочину тощо. Суспільство повинне реагувати на зміну соціальних оцінок, і саме пошуки гармонічних взаємовідносин між особою та державою на тлі конкретизації ландшафту прав і свобод людини, безпеки та добробуту є шляхом вирішення проблем сингулярності кримінального права.

## **Список використаних джерел:**

1. The Lord Chancellor, the Lord Chief Justice and the Senior President of Tribunals. Transforming Our Justice System. – London, September 2016 – Joint statement – [electronic resource]. – Mode of access: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/553261/joint-vision-statement.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/553261/joint-vision-statement.pdf) – p. 18.
2. Туляков В. А. Уровни правового регулирования // Актуальные проблемы держави і права – Одеса, 2013. – Вип. 67. – С. 143.
3. Engel and ors v Netherlands, Judgment, Merits, App No 5100/71, App No 5101/71, App No 5102/71, App No 5354/72, App No 5370/72, [1976] ECHR 3, (1976) 1 EHRR 647, IHRL 13 (ECHR 1976), 8th June 1976, – European Court of Human Rights [ECtHR] – EHRR – 1 -- 1976 – 647.
4. Бойко А. И. Системная среда уголовного права. – Автореф. дис. ... д.ю.н. – Москва, 2008. – С. 17.
5. Mario Chiavario. Principles of criminal procedure and their application to disciplinary proceedings. General report // Revue internationale de droit pénal – 2003/3-4 (Vol. 74) – P. 707–746.
6. CASE OF VINTER AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM (Applications nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10) – mode of access: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122664>; CASE OF HUTCHINSON v. THE UNITED KINGDOM (Application no. 57592/08) – mode of access: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150778>; CASE OF TRABELSI v. BELGIUM (Application no. 140/10) – mode of access: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146372>.