

адміністративного суду України стану законодавчої бази про вибори Президента України: напрямки та шляхи удосконалення згідно з рекомендаціями місії ОБСЄ/БДПЛ зі спостереження за виборами та Європейської комісії «За демократію чи право» Венеціанської комісії).

Стосовно відповідальності за злочини проти виборчих та референдних прав законодавець став на шлях введення цілої низки спеціальних норм. Нажаль, деякі з них сконструйовані з порушенням правил законодавчої техніки і є казуїстичними.

Перехід від занадто абстрактних кримінально – правових норм до конкретних більш ефективно забезпечує захист прав і свобод людини і громадянина. В той же час казуїстичність правових норм веде до обмеження в правозастосовній практиці кримінально – правового захисту прав і свобод людини і громадянина.

Туляков В.О.

*д.ю.н., професор, член-кореспондент НАПрНУ
проректор НУ «Одеська юридична академія»,
суддя adhoc ЄСПЛ*

The Matrix has you. Follow the white rabbit.

(The Matrix, 1999)

Матриця неокриміналізації. Протягом останніх 10 років у своїх працях та виступах, у працях учнів та друзів робилися спроби надати певне бачення проблеми, що пов'язана із необхідністю проведення структурних змін у сучасній кримінальній політиці, у формуванні нової матриці. Як у відомому фільмі, коли головного героя Нео питають, чи був він впевнений, що все те, що він бачив раніше є істиною, у практиці формування нової кримінально-правової доктрини існують питання, розробка яких вимагає необхідність перегляду чи уточнення деяких положень теорії криміналізації, впевненість у необхідності яких стає вкрай обмеженою.

Саме про них поїде мова нижче.

По-перше, фактичне руйнування нормативної усталеності кримінально-правових інститутів не є відповідним наслідком впливу постмодерністської філософії XXI століття. Це було лише каталізатором. Принцип додатковості у державно-правовому регулюванні, віртуальність ієрархій та необмеженість можливостей позакримінального реагування на девіації, призвели до суттєвого звуження дії кримінального права. Злочинність стає все більш латентною, протидія ній вкрай ідеологізованою. У суспільстві пост-правди виникають нові обличчя та феномени. Так, з 2014 року певні види злочинності (зокрема насильницька, злочинність неповнолітніх), згідно статистики, у нас в Україні послідовно знижуються, а страх населення перед злочинністю навпаки зростає. Суттєва різниця між віктимізацією та державною реакцією (відсутністю останньої) на злочинність компенсується розхожими профілактичними заходами (більше вуличних грабежів – менше виходимо на вулиці). Суто превентивна функція нових правоохоронних органів замінюється церемоніальними функціями суспільства пост-правди (селфі-поліціанти). Звідси певною фікцією є попереджувальні, заохочувальні, виховні та компенсаційні функції кримінального права, оскільки у контексті руйнування нормативної усталеності вони поглинаються охоронною та регулятивною функцією та підтримуються інтегративною функцією, яка додатково компенсує сенсуальні недоліки формування, розуміння та застосування кримінально-правової норми.

По-друге, у ситуації розвитку суспільства пост-правди існує й певний позитив, оскільки воно дає у спротив розвиватися здоровим силам громадянського суспільства. Правда, на цьому шляху ми (увесь світ) зіштовхнулися з іншою проблемою. Мережеве спілкування та інші види комунікацій призвели до інформаційного вибуху та нехтування, фільтрування інформації. Реципієнт зосереджується на своїй окремій платформі, яка має своє право і свої санкції, свої цінності та пріоритети, які не завжди (інколи) не співпадають із загальнодержавними. Людям взагалом досить типове діяти девіантно, тем більше коли ця дія підтримується/каталізується референтною групою. Ситуація практично

не змінилася у порівнянні із 1983 роком, коли проф.В.М.Дрьомін писав про механізми впливу раніше судимих на неповнолітніх. Механізми залишилися такі ж самі, але суспільна взаємодія змінилася на мережеве спілкування та комунікації.

Поруч з цим сучасна методологія метамодерну передбачає синергію окремих складових певного явища, взаємодію та перехід властивостей одне одного. У часи транзитивності ідеологій кримінально-правового впливу у країнах загального та континентального права, коли конвергенція сенсів стає центральною складовою, ми бачимо появу прецеденту у Європі та статутного права в Америці. Світ стає все більш уніфікованим на поверхні та й більш фрагментованим у реальній суверенній політиці. Звідси *переваги кримінально-правового регулювання у балансі державної легітимації заборони минулого змінюються поширенням дисциплінарних практик та зловживань владою*. Що це означає? Перш за все, дисциплінарні практики розчинюють у собі кримінальні правопорушення та покарання. Стало модним казати про трудо-правову відповідальність, де штрафи у рази перевищують аналогічні у кримінальних справах; а є й ще адміністративна, адміністративно-фінансова, кримінально-процесуальна, суто дисциплінарна, державно-суспільна, суспільно-державна, міжнародна відповідальність, що по усім критеріям відповідають принципам визначення кримінальної відповідальності, що встановлено практикою ЄСПЛ у відповідності із положеннями п.2 ст.6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Зараз з'явилися спроби обґрунтувати існування окремої від дисциплінарної статутної відповідальності носіїв суддівської влади, тощо. Тобто кримінальне право стає все менш нормативно усталеним і диверсифікація його джерел, розмивання характеристик кримінальної відповідальності серед дисциплінарних практик – повсякденним явищем. Зрозуміло, що кримінально-правовий захист основоположних прав і свобод відкриває менші перспективи для зловживання владою (відсутність права на оскарження, права на юридичну допомогу у більшості дисциплінарних проваджень, широкі можливості для зловживання правом, тощо).

Розмивання кримінально-правових сенсів у державних (квазі-кримінальна відповідальність) та державно-суспільних дисциплінарних практиках (люстрація,

самосуди), кореспондує аномії, правовому нігілізму пересічного населення у мережевому спілкуванні та комунікаціях. У сучасних умовах розвитку суспільства як актуальну визначено проблему сингулярності у кримінальному праві, тобто існування стану за яким імперативний концепт публічно-правового захисту прав та свобод фізичних та юридичних осіб, громади, держави може бути вщент порушеним (нейтралізованим) за допомогою розповсюдження диспозитивної приватності паралельного регулювання кримінально-правових конфліктів не шляхом медиаційних процедур, а шляхом формування особистісних правил реагування на кримінально-правові заборони. Вважається (Т.Мельнічук), що при стані сингулярності влаштовується перехід від структурної впорядкованості кримінально-правових відносин до фрагментарності та різноманіття цінностей, стандартів, які не вписуються у нормативні межі національного законодавства. *Кримінально-правові сенси як і межі між нормою та девіацією розмиваються, становляться віртуальними.* За умов мережевої глобалізації стан сингулярності, поширюючись у мережевих гібридних формах нормосвідомості, стає все більш популярним, емоційно близьким, не суперечливим та економічно необхідним. *Кримінальне право як природне право злочину та покарання розмивається у ентропії сенсів як з боку держави так і з боку громадян та суспільства.*

По-третє, характеристика сучасних сенсів кримінального права все менш відповідає усталеній ідеології кримінально-правової заборони минулого. Це недобре, але це існує. Та позитивне сприйняття позитивного кримінального права як права карати не завжди відповідає його внутрішнім сенсам. Сенси явища залежать від особливостей його розуміння. Але насправді чи розуміємо ми те, про що кажемо? Чи можемо ми, наприклад, з впевненістю застосовувати формули, нормативний сенс яких не відображує сутності явища? Усе життя ми навчалися та навчали тому, що існування антисупільних діянь формує відповідне коло заборон, передбачених у кримінальному законі. Але чи відповідає це внутрішньому сенсу карного права? Що таке кримінальна заборона? Чи існує вона загалом? Кодекс лише встановлює (описує) моделі небажаної поведінки та види соціальної реакції на останню. Проте чи можливо казати про правопорушення у кримінально-правовому сенсі? Взагалом

чи існує категорія кримінального правопорушення? Вбивство – карається, крадіжка – карається, зґвалтування – карається... Але чи можемо на нормативному рівні ми казати про заборону вбивства? Тексти кримінального закону кажуть про дещо інше. Закон закріплює правила кари за передбачені у ньому діяння. Отже логика конструювання кримінального законодавства України викриває досить інші перспективи. Держава не може існувати без кримінально-правового впливу, оскільки відтворення злочинності як соціальний процес та кримінальність особистості як індивідуальна якість, потребують існування примусових методів реакції на антисоціальну поведінку на різних рівнях правореалізації. Кримінальне право охороняє права та свободи особи, суспільства, держави шляхом встановлення відповідальності за діяння, встановлені кримінальним законом. Частина 1 статті 11 Кримінального кодексу України визначає злочин як передбачене (але не заборонене) цим Кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дію або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину. *Отже кримінально-правова заборона становиться ідеологічною фікцією, кримінально-правове реагування на посягання на особисту, соціальну, суспільну, чи державну безпеку, встановлені кримінальним законом, - явищем.* Проблематика системи кримінально-правових «заборон» є насправді системою дозволів для застосування правоохоронними органами відповідних заходів державного примусу за діяння, передбачені кримінальним законом. Тобто насамперед *Кримінальний кодекс є системою дозволів та умов застосування публічної кари за поведінку, передбачену у ньому. Зміст кримінального права частково може бути вираженням у сукупності прав та обов'язків представників держави карати суб'єктів злочину за скоєння діянь, передбачених у законі.*

Традиційна орієнтація на зовнішню, суто догматичну сторону кримінально-правового реагування не надає можливості розуміння сутності явищ, які криміналізуються. Запорукою цьому служить безліч прогалин на шляху просування ідей про «вічні» злочини, колапс діючої системи правових норм у галузі протидії злочинності загалом. Можливо, у процесі кримінальної законотворчості, чи наукового забезпечення кримінальної юриспруденції ми робимо щось не те? Чому,

усталене кримінальне законодавство не було взмозі відреагувати на зростання злочинності у 2015 – 2016 рр? Можливо це пов'язане саме з тим, що у процесі легітимації кримінально-правової норми ми не завжди використовуємо ідеї щодо її внутрішньої сутності? Тай насправді “Не все те золото, що блищить», та не все те, що ми називаємо злочином, є злочином, виходячи з сутнісного розуміння питання. Все частіше ми зіштовхуємося з ситуаціями за яких концепт публічної заборони спрацьовує лише тоді коли ця заборона отримує суб'єктивну оцінку, інтеріоризується індивідами, чи соціальними спільнотами, тобто *отримує сенси*. Проте нам вже довелося констатувати, що, у випадках *коли паралельна реальність (доповнена реальність) комунікативних образів та сенсів постправди формує нові можливості індивідуальної чи колективної поведінки – традиційні заборони не діють*. Вони міняються на дозволи, чи, навпаки, провокуються державою або іншими акторами у інших, гібридних формах. Заборона кримінального змінюється на відносну його допустимість.

По-четверте. комунікативна функція кримінального 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 правил поведінки індивіда (соціальної спільноти). Забороняється те, що розуміється, сприймається та інтеріоризується як заборонене. В іншому разі це небажана, але у певних випадках допустима поведінка (право на злочин). Загалом право на правопорушення є формою реалізації природних прав людини щодо досягнення добробуту та щастя проти незаконної легітимації суспільних відносин (право на повстання, право на протидію неправовим законам, право на протидію тиранії). Дуалізм режимів правової комунікації та розвитку (подвійність систем управління та взаємодії системи «право/неправо» 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.

П'яте, - 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. Моральна адекватність кримінально-правової заборони відповідає когнітивному, комунікаційному та мережевому розумінню норми та ступеню ефективності примусу у кримінальному праві.. Переваги та недоліки порушення права співвідносяться з перевагами та недоліками покарання, громадського осуду чи підтримки небезпечної поведінки. Формується інша модель регулювання.

Ця модель у сучасних умовах підкріплюється гіперболізацією застосування принципу доцільності, використання якого у кримінальній політиці веде до масових порушень прав людини, надмірної криміналізації, нехтування сенсами кримінального права та неефективності системи кримінальної юстиції (підтвердженням чому служить велика кількість справ, поданих на розгляд ЄСПЛ проти України).

Таким чином, висловлені вище міркування призводять до висновку, що усталена роками система правил криміналізації відома за В.М.Кудрявцевим, С.Я.Келіною та ін. як «механізм кримінально-правової заборони» повинна бути певним чином змінена на дещо інше, оскільки як ідеологія заборони, так і характеристики методології криміналізації суттєво змінилися задля ентронійному розмиванню сенсів кримінального права та кримінально-правових відносин у комунікаційному суспільстві.

Ми почали карати виробників біткойнів, залишаючи безкараними садистів та вбивць.

Мова йде про те, що історичні, соціальні, соціально-психологічні, соціально-правові, міжнародно-правові підстави визначення необхідності та доцільності

встановлення кримінально-правової заборони за класичною схемою поглинаються іншою матрицею. Матрицею визначення необхідності та доцільності реагування на поведінку, що відхиляється. Матрицею, що побудована не на експертних оцінках суспільної небезпечності, поширеності, розповсюдженості, процесуальної допустимості та доцільності, а на когнитивній оцінці сприйняття та відчуття необхідності існування кримінально-правової норми. Зрозуміло, що така оцінка вельми суб'єктивна, але.. Кримінально-правова норма – це текст, елемент культурного осередку, який, будучи визнаний державою, має бути певним чином інтерпретованим та інтеріорізованим у свідомості фахівців та громадян, відтворюючи відповідне правило поведінки, підкріплене відповідною санкцією.

З цього боку змінюється погляд на характеристики учасників кримінальних правовідносин. Держава в особі її органів, що повинні захистити безпеку громадян, та у разі неможливості, - знайти та покарати злочинця, та повністю або частково компенсувати шкоду потерпілим; злочинець, потерпілий від злочину, треті особи та їх роль у механізмі кримінально-правового регулювання, - усі ці особи, їх правовий стан та кримінально-правові обов'язки повинні знайти своє відображення у новій Загальній частині КК. Слід також не тільки в доктрині, але й в діючому законодавстві чітко визначити: порядок і межі, загальні засади притягнення до кримінальної відповідальності; непритягнення до кримінальної відповідальності; звільнення від кримінальної відповідальності; звільнення від покарання та його застосування; виключення кримінальної відповідальності та інших кримінально-правових заходів; призначення покарання; призначення інших заходів; інші (похідні) форми реалізації кримінальної відповідальності (судимість, адміністративний нагляд); державно-суспільні форми реалізації (люстрація, інші правообмеження); адміністративні, дисциплінарні та міжнародні практики.

До того ж комунікаційне суспільство сьогодення засноване на концепті *Societas Librum*, що впродовж ідей Гуго Гроція, ставить необмежену свободу розвитку та комунікації, поруч із прагненням щастя, на перші місця. *Свобода комунікації є свобода поведінки; свобода поведінки визиває до життя свободу*

власної легітимації правопорушення. Звідси і концепт кримінального правопорушення стає все більш неконкретним, примат дисциплінарної влади стає виконавчою ідеологемою, як, і, наприклад, принцип невідворотності селективного покарання. Принцип рівності кримінально-правового впливу замінюється виправлювальною дискримінацією, яка заснована на гуманізації кримінального впливу на окремі верстви населення та політичній доцільності застосування жорсткості кримінального закону щодо інших. До того ж глобалізація сенсів та моделей протидії злочинності все більш залежить від суб'єктних оцінок влади та розповсюдження постправди у соціальних мережах чи інших комунікаційних ресурсах.

Відповідно у сучасній правовій атмосфері панування доцільного над законним, матеріальне кримінальне право стає інформаційним конструктом із вкрапленнями нормативного сенсу легітимності та справедливості кримінально-правового регулювання. Закон, що написано для правоохоронців, не спрацьовує

Друге – це образ кримінального права у нормосвідомості пересічних громадян. Враховуючи особливості соціальних комунікацій, мусимо виказати гіпотезу, що саме визначення злочинного та реакції на останнє у соціальних мережах не тільки формує образ ворога, але й каталізує агресію, розповсюджує патерни всездозволеності, формує заміщення моделі законності доцільністю анархії та аномії у Європі та Україні сьогодення.

Отже когнітивні очікування пересічних громадян також не відповідають принципам теорії криміналізації. Сенси кримінального права підмінюються приватними інтересами. Право на повстання проти тиранії – відвертою маніпуляцією... Та Білий кролик продовжує вести Алісу лабіринтами влади доки картковий домок не рушиться...

Вважаємо необхідним продовжити наукові розвідки підстав кримінально-правового реагування у наступному напрямку.

Кримінально-правова норма повинна сформулюватися на базі Матриці оцінок.

Вона включає:

1. Доцільність та необхідність норми з боку Держави (експертне опитування носіїв кримінальної доктрини; опитування представників системи кримінальної юстиції; адвокатів; опитування представників Парламенту).
2. Справедливість заборони та право на надію (опитування правопорушників та членів їхніх родин).
3. Справедливість заборони та право на розвиток (опитування потерпілих від кримінального правопорушення).
4. Доцільність та суспільна значущість заборони (опитування представників громадянського суспільства; соціальних мереж; власників будівель).

В результаті ми отримуємо математичну модель правопорушення та ефективних санкцій з точки зору усіх акторів. Модель, яка відповідає правилам репрезентативності та теоретичної валідності соціального інструментарію. Вважається що це можливо побудувати, скажимо, на платформі IBMWatson для вирішення завдань визначення кримінальних проступків, а потім вже для розповсюдження програми на все поле криміналу та дисциплінарних практик.

Це велика та складна праця. Але на заміну захоплення кримінально-правовою новелізацією та догматичним аналізом того, чого немає, цей, метамодерністський підхід до матриці криміналізації надає перспективу створення теоретичної моделі нового кримінального закону. Закону маленького, та ефективного, оскільки відповідає сенсам того, що повинно бути покараним у соціальній та правовій державі, підтримується громадянами та здобрено суспільством.