

В. О. Туляков, д.ю.н., професор, член-кореспондент НАПрН України, проректор НУ «Одеська юридична академія», суддя ad hoc ЄСПЛ

ПРАВО НА ЗЛОЧИН ТА ПРАВО БУТИ ПОКАРАНИМ У КОНТЕКСТІ РОЗВИТКУ ПРАВ ЛЮДИНИ

Право на злочин та право бути покараним – оксиморони¹ сучасної посткласичної гегелівської діалектики або дещо інше? Чи можливо контекстуально сягати на основі характеристик ролі та значення вчення про кримінальну відповідальність у механізмі сталого розвитку держави? Не торкаючись триваючої дискусії, лише відмітимо:

1. Руйнування нормативної усталеності кримінально-правових інститутів не є відповідною рисою постмодерністської філософії. Цьому передували розвиток (на жаль, сталий) зловживань владою та корупційних практик, дисфункції інститутів влади, зловживання каральними практиками, суспільне (глобальне) нехтування легітимністю у значній частині країн світу. Отже, безпековий концепт цілей розвитку ООН не повною мірою спрацьовує у транзитивних суспільствах Європи чи побудованих на іншій філософії суспільствах Африки та Латинської Америки.

2. Деїфікація нормативистського підходу (віра в норму як в універсальний регулятор) зумовлювала протиріччя між сутністю громадського права на безпеку та безпековими очікуваннями можновладців. Сучасна методологія метамодерну² передбачає синергію окремих складових певного явища, взаємодію та перехід властивостей одна до одної. Звідси переваги кримінально-правового регулювання у балансі легітиматії заборони змінюються поширенням дисциплінарних практик та зловживань владою, чому кореспондує доцільність протиправної поведінки. Дисциплінарні практики розчиняють у собі кримінальні правопорушення та покарання, право на самосуд кореспондує праву бути легітимно покараним.

3. Право на розвиток є похідним від права на досягнення щастя (Декларація Незалежності США від 4 липня 1776 р.). Утім, когнітивне розуміння права на отримання щастя передбачає можливість легітиматії грома-

¹ Hailey G. The Right to be punished: modern doctrinal sentencing. – Springer, 2012 – Preface.

² Метамодерн – новый способ смотреть на мир [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <https://newtonew.com/culture/wow-metamodern>. – Загл. с экрана.

дянським суспільством та індивідами протидії незаконним законам. Саме суспільний розвиток може мати як криміногенний, так і антикриміногенний характер залежно від кількості можливостей індивідуальної легітимації протиправної поведінки. Звідси 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 неправим законам).

4. Моральна адекватність кримінально-правової заборони кореспондує когнітивному, комунікаційному та мережевому розумінню норми та ступеню ефективності примусу у кримінальному праві. Право на надію зумовлює право на справедливе та адекватне покарання. Переваги та недоліки порушення права співвідносяться з перевагами та недоліками покарання, громадського осуду чи підтримки небезпечної поведінки. У транзитивних суспільствах зловживання правом на досягнення щастя громадянським суспільством веде до правового нігілізму, масової аномії, колапсу системи офіційної юстиції, поширенню вненормативних практик розв'язання конфліктів (сміттєва люстрація, самосуди). Вненормативні практики зумовлюють значущість права на покарання.

5. У контексті ідеології сталого розвитку та досягнення щастя, що має глобальний характер, не може існувати єдиної моделі розвитку вчення про злочин та покарання, проте у кримінально-правових розвідках повинна бути єдина методологічна основа, побудована на приматі природних прав людини. «Проблема культурного релятивізму, – писав Ф. Фукуяма, – змушує нас знову подумати, чи не поквапилися ми, відкидаючи думку, що права людини засновані на природі людини: існування єдиної природи людини, спільної для всіх народів світу, дає – хоча б теоретично – загальну основу для побудови універсальних прав людини. Однак віра в натуралістичну оману так глибоко вкоренилася в сучасній західній думці, що відродження заявки про природні права стає серйозним завданням»¹. Звідси універсальність захисту природних прав є науковою парадигмою, що розвивається в атмосфері ідеологічних оцінок кожної держави (мирової чи регіональної спільноти) на рівні політичної, професійної та загальної нормосвідомості.

Формуванню сучасної концепції національного кримінального права передують ідея побудови загальної основи формування парадигм універсаль-

¹ Фукуяма Ф. Наше постчеловеческое будущее [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.e-reading.club/chapter.php/143497/25/Fukuyama_Nashe_postchelovechesкое_budushchee.html. – Загл. с экрана.

ності кримінального права (захист природних прав та безпека носіїв) у контексті права на безпеку та безпеки права. *Відповідно в системі кримінально-правового впливу сучасності право держави на покарання винної особи кореспондує праву порушника бути покараним, а заборона небажаної поведінки – праву на вчинення кримінального правопорушення як форми протидії незаконній у сенсі природних прав людини криміналізації.*

Виникає просте запитання: чому у сучасних кримінально-правових дослідженнях так багато уваги приділяється аналізу питань криміналізації відповідних явищ і процесів, застосуванню новітніх (альтернативних) покарань і заходів впливу і так мало уваги приділяється аналізу ефективності відповідних покарань чи прогнозу ефективності норми? Можливо тому, що *еклектика кримінального права виконує позитивну функцію формування державного образу регулювання чогось sui generis, але не формування сенсу кримінального права?*

Кримінально-правові сенси загалом засновані на приматі природних прав на щастя та надію – на щастя жити у безпеці та протест проти правових дисфункцій/зловживань та на надію справедливої і легітимної кари, реституцію та ресоціалізацію у разі порушення закону.

Гуманістична спрямованість правових позицій Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) надає цьому процесу динамічного характеру. Але не завжди цей процес виконує позитивні функції. Наприклад, нормативна усталеність класичного кримінального права згідно з позиціями диверсифікації образів кримінального у практиці ЄСПЛ (також й у національній практиці кримінально-правового регулювання та судового тлумачення кримінального закону) стає юридичною фікцією.

Інфляція моделі прав людини у світі постправди, що пов'язана із розвитком та інфляцією змістовної характеристики основних прав (поширене тлумачення статей 2–7 Європейської конвенції із захисту прав людини і основоположних свобод, обмеження використання статей 8–10) та неможливістю існування системи їх надійного правового захисту, стає все більш вираженою. У справах *Vinter v. United Kingdom*, *Damjanovi and Maktouf v. Bosnia and Herzegovina*, *M. v. Germany*, *Del Rio Prada v. Spain* та *Ocalan v. Turkey* ця спрямованість судової практики не лише на справедливість та легітимність, а й на реабілітаційну зафарбованість кримінально-правового примусу особливо помітні. Європейський суд наголошує на праві на щастя та праві на надію як ландшафті каральних і дисциплінарних практик держави. Але це не завжди враховується громадянським суспільством, хоча активно (до зловживань і порушень) експлуатується.

Комунікаційне суспільство сьогодення засноване на концепті *Societas Librum*, що за ідеями Г. Гроція ставить необмежену свободу розвитку та комунікації поруч із прагненням щастя на перші місця.

Свобода комунікації є свободою поведінки; свобода поведінки викликає 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, що 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'єктивних оцінок влади та поширення 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 написаний для правохоронців, не спрацьовує

Ще одним важливим аспектом є образ кримінального права у нормосвідомості пересічних громадян. Ураховуючи особливості соціальних комунікацій, мусимо висловити гіпотезу, що саме визначення злочинного та реакції на останнє у соціальних мережах не лише формує образ ворога, а й каталізує агресію, поширює патерни всездозволеності, формує заміщення моделі законності доцільністю анархії та аномії у Європі та Україні сьогодення.

Когнітивні очікування пересічних громадян також не відповідають принципам теорії криміналізації. Аналіз петицій на сайті Президента України підтверджує вкрай низьку правосвідомість населення та деіфікацію суспільної кримінальної правотворчості (серед пропозицій можна побачити вимоги запровадити адміністративну та кримінальну відповідальність за злісний саботаж декомунізації; ввести кримінальну відповідальність за знущання над ЛГБТ-спільнотою; запровадити кримінальну відповідальність за пропаганду безбожництва та сексуальних збочень; прийняти Закон про кримінальну відповідальність депутатів тощо)¹. У ре-

¹ Див., наприклад, петиції № 22/038302-еп, № 22/036966-еп, № 22/032215-еп, № 22/010895-еп [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://petition.president.gov.ua>. – Заголовок з екрана.

зультаті сенси права на щастя та права на надію підмінюються приватними інтересами. Стагнація суспільного розвитку забезпечує стабільність девіацій у суспільстві. Динаміка при відсутності легітимації зумовлює зростання злочинності.

Таким чином, можна дійти таких висновків:

1. Зростання кількості заборон у процесі дисбалансів сталого розвитку держави зумовлює зниження їх значущості та отримання негативних сенсів закону з боку населення та громадянського суспільства.

2. Мозаїчність інформації нівелює принцип законності та знання закону.

3. Право на щастя та вільний розвиток гарантується не державою, а індивідуальним розумінням злочинного чи незлочинного (правом на вчинення злочину).

4. Право бути покараним за порушення права та право мати право на ресоціалізацію й реінтеграцію в суспільство є формою реалізації права на надію як гарантії проти позасудових репресій та зловживання владою.

Вказані положення мають знайти відбиття у подальшій розробці теорії криміналізації та кримінальної відповідальності.

УДК 343:316.32
ББК 67.308.я431
К 82

Редакційна колегія:

В. Я. Тацій (головний редактор),
В. І. Борисов (заступник головного редактора),
А. П. Гетьман, М. І. Панов, В. І. Тютюгін, В. С. Батиргарєєва,
Л. М. Демидова, І. О. Зінченко, Д. П. Євтєєва

Кримінально-правове забезпечення сталого розвитку України
К 82 в умовах глобалізації : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 12–13 жовт.
2017 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов.
ред.) та ін. – Харків : Право, 2017. – 560 с.

ISBN 978-966-937-263-5

УДК 343:316.32
ББК 67.308.я431

ISBN 978-966-937-263-5

- © Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, 2017
- © Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса Національної академії правових наук України, 2017
- © Національна академія прокуратури України, 2017
- © Громадська організація «Всеукраїнська асоціація кримінального права», 2017
- © Оформлення. Видавництво «Право», 2017