

УДК 343.01

В. О. Туляков,

доктор юридичних наук,

член-кореспондент Національної академії правових наук України

ТЕОРІЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ЗАКОНОТВОРЧОСТІ: ПЕРСПЕКТИВИ НОВІТНІХ ПІДХОДІВ

Стаття присвячена питанням методології створення кримінально-правових норм. Сучасна концепція національного кримінального права має формуватися на базі захисту природних прав та безпеки їх носіїв; диференціації нормативної усталеності розвитку кримінального права; з урахуванням сенсу кримінального права як права компромісів між державою, правопорушником та жертвою, а також практики ЄСПЛ.

Ключові слова: методологія створення кримінально-правових норм, концепція національного кримінального права.

Відомо, що у сфері теорії кримінальної законотворчості виникла унікальна ситуація. Догматизм і формальне відношення до сенсів права, керування принципом політичної доцільності при криміналізації, як і безліч факторів, що розглянемо нижче, призвели до певної неефективності пропозицій підвищення якості кримінального законодавства.

Йдеться про стандартний процес наукового пошуку у кримінально-правових дослідженнях, згідно з яким накопичення емпіричної інформації давало позитивний результат в обмежених юрисдикційних рамках простору та часу, а подальший догматичний аналіз узагальнень практики розкривав політично детермінований шлях до конструювання нової нормативної моделі, будь це доповнення чи зміни чинного законодавства чи інструктивний лист щодо узагальнення судової практики.

Причому, окрім методів формальної логіки та юридико-догматичного аналізу на тлі гегелівської діалектики не застосовується нічого. Більш того, з'являються твердження, що методологія кримінально-правового дослідження пов'язана виключно з аналізом позитивної форми його існування. Нормативізм у кубі є основою логіки існування кримінально-правової норми. Безумовно, кримінальне право як наука та як галузь по-

винно бути консервативним. Проте у такому сенсі питання динаміки права, правової ідеології та кримінально-правової політики практично перехреснюються. Характеристики ефективності та доцільності відповідних пропозицій зміни/доповнення норми практично не вивчаються. На засіданнях спеціалізованих вчених рад все частіше звучать фрази щодо існування чистої науки, за якою має право на існування кожна пропозиція, незалежно від того, який сенс та значення вона має та яку користь для практики несе. Відверто кажучи, дослідження досліджуються, дисертації захищаються, а злочинність зростає.

З методологічної точки зору виникає питання, яким чином наукові категорії, доктринальні положення перетворюються на відповідні норми права та імперативні максими, на динаміку судової практики, охоплюючись індивідуальною та груповою правосвідомістю, яка саме й є доктринальною, інституційною та нормативною передумовою формування концепції кримінального права, та яким чином ці концепти впливають на сучасне знання щодо протидії злочинності?

Відповідь на це, вважаємо, пов'язана із вирішенням деяких фундаментальних аспектів існування сучасної наукової теорії методології кримінального права.

Перше. Аналіз парадигмальних передумов попередження злочинності заснова-

ний на релятивізмі підходів та диверсифікації/ диференціації моделей.

У кримінальному праві не може існувати єдиної моделі розвитку вчення про злочин та покарання, проте повинна бути єдина основа, побудована на приматі природних прав людини. Звідси універсальність захисту природних прав є науковою парадигмою, яка розвивається в атмосфері ідеологічних оцінок кожної держави (мирової чи регіональної спільноти) на рівні політичної, професійної та загальної нормосвідомості у галузі того, чим є та навіщо існує кримінальне право. Отже, *формуванню сучасної концепції національного кримінального права передують ідея побудови загальної основи формування парадигм універсальності кримінального права (захист природних прав та безпека носіїв) у контексті права на безпеку та безпеки права.*

Друге. Руйнування методології нормативної усталеності кримінально-правових досліджень не є відповідною рисою постмодерністської філософії (якщо загалом така існує). Цьому передували комплекс еkleктичних досліджень соціальної форми. Деїфікація нормативістського підходу (віра в норму як в універсальний регулятор) обумовлювала суперечності між сутністю права на безпеку та безпековими очікуваннями можновладців. Так, більшість із 17 видів економічних реформ виконавчої влади на шляху до руйни національної економіки та добробуту України додатково обґрунтовувалися дослідженнями необхідності криміналізації окремих видів економічної поведінки, боротьби з економічною злочинністю, детінізацією економіки, протидії корупційним практикам тощо. Відчуження капіталу від товаровиробників, інфляція та псевдоприватизація у дев'яності роки призвели до теоретичного обґрунтування необхідності диверсифікації відповідальності за правопорушення у сфері економіки. У 2005 р. після запуску державної економічної програми «Назустріч людям» було прийнято рішення про гуманізацію відповідальності за вказані злочини, а

пізніше, через декілька років, — й декриміналізацію діянь (хоча, як відомо, каральні практики було замінено внесудовою дисциплінарною репресією).

Саме економічні злочини стали такими собі камікадзе від верховенства закону. Проте ще Генрі Стенлі Беккер, розглядаючи економіку злочину та покарання, вказував на раціональність ірраціонального вибору злочинної поведінки. *Звідси універсальність методу диверсифікації злочинного та караного обмежується економікою ринкових відносин та підтримується політикою економічних відносин. Тобто негативні аспекти криміналізації діяння повинні дорівнювати максимальним позитивним наслідкам від неї.* В іншому разі деїфікація кримінальної норми веде до розмиття злочинного, неприйняття останнього як регулятора суспільних відносин, а теорія (чи науковий концепт) перетворюється на науковий напрям, який лише частково відображує істину та не буде життєздатним.

Компенсація та реституція, кримінально-правове поводження та компроміс, рівні можливості дисциплінарних практик та покарання, диференціація засобів впливу залежно від стану можливостей кримінально-виконавчої системи, — усі ці підходи, поруч із іншими, зазначають лише тенденцію релятивізму кримінально-правового впливу та диференціації моделей (концептів) нормативної усталеності розвитку права.

Виникає просте запитання. Чому у сучасних кримінально-правових дослідженнях так багато аналізу питань криміналізації відповідних явищ і процесів та застосування новітніх (альтернативних) покарань та заходів впливу і так мало 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.*

Третє. В останні десятиріччя традиційний метод редукції у пізнанні соціальних явищ та процесів (переносу за-

кономірностей існування окремого на закономірності цілого загалом) було доповнено принципом елевачії (піднесення), який заснований не стільки на механістичній дуальній, скільки на холистичній об'єднуючій методології.

Використовуючи метод холізму у кримінальному праві, є сенс розглядати світ (суспільство, індивіда) як неравновісну систему особливого роду, сталість якої забезпечується штучним опосередкуванням зовнішніх (із природною середою) та внутрішніх відносин.

Культуру в такому контексті формує комплекс усіх пов'язаних із розвитком механізмів: засоби та інші матеріальні продукти, мови, міфології, мораль, право тощо. Базовий принцип нормативної усталеності кримінального права встановлюється на основі компромісу у взаємовідносинах суспільства, природи та індивідів. Іншими словами, норма повинна бути зрозумілою та прийнятою суспільством та окремими громадянами, а не тільки її розробниками та науковими радами.

Звідси кримінальне право сучасності не є правом антагонізму, але є правом компромісів між державою, правопорушником та жертвою, громадянським суспільством.

Це зазначає, що протягом XX ст., з одного боку, надзвичайно розширилися обсяг і зміст поняття «людство», а з іншого — небувало зросла ціна окремого людського життя. Вперше вже не теоретично, а на рівні буденної свідомості суспільство почало відчувати відповідальність за долю індивіда, незалежно від його віку, тендерної, класової, расової чи географічної приналежності. Звідси ми маємо певні перспективи щодо декриміналізації усіх насильницьких злочинів зі спеціальними потерпілими (оскільки навмисне вбивство повинне залишатися вбивством людини, а не функції). Можлива також постановка питання про декриміналізацію розбою та введення у відповідні норми щодо відповідальності за злочини проти здоров'я кваліфікуючої ознаки скоєння останніх за корисливим мотивом; ліквідацію усіх кваліфікованих складів, у

яких насильство є способом злочинної дії, а особа та особиста недоторканність — додатковим об'єктом посягання.

У суспільстві, де права особи, її безпека та недоторканність є основою формування моделі кримінально-правового впливу, це питання (примату захисту прав особи та її прав) носить методологічний характер.

Існують деякі інші сенси методологічної спрямованості наукових досліджень кримінального права (суперечності між індетермінізмом ставлення до вини та детермінацією людської поведінки, фрагментарністю та універсальністю при конструюванні складів злочинів, між сенсами мовних конструктів у різних реципієнтів норми). Але це — питання іншого роду.

Четверте. Кримінально-правові сенси загалом засновані на приматі природних прав на щастя та на 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. Розвиток інєгративної моделі криміналізації може бути розглянутим у контексті ідеології права на злочин та права бути покараним. Сучасна методологія мета-модерну передбачає синергію окремих складових певного явища, взаємодію та перехід властивостей одне одного. Звідси переваги кримінально-правового регулювання у балансі легітимації заборони змінюються поширенням дисциплінарних практик та зловживань владою, чому кореспондує доцільність правопорушуючої поведінки. Дисциплінарні практики розчинюють у собі кримінальні правопорушення та покарання, право на самосуд кореспондує праву бути легітимно покараним. Так, наприклад, відомо, що право на розвиток може бути похідним від права на осягнення щастя (Декларація Незалежності США від 4 липня 1776 р.).

Втім когнітивне розуміння права на отримання щастя передбачає можливість легітимації громадянським суспільством та індивідами протидії незаконним законам. Саме суспільний роз-

виток може носити 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). *Моральна адекватність кримінально-правової заборони кореспондує когнітивному, комунікаційному та мережевому розумінню норми та ступеня ефективності примусу в кримінальному праві.* Право на надію обумовлює право на справедливе та адекватне покарання. Переваги та недоліки порушення права співвідносяться з перевагами та недоліками покарання, громадського осуду чи підтримки небезпечної поведінки.

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

Інфляція моделі прав людини у світі пост-правди, яка пов'язана із розвитком та інфляцією змістовної характеристики основних прав (поширене тлумачення статей 2—7 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, обмеження використання статей 8—10) та неможливістю існування системи їхнього 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 тільки на справедливість та легітимність, але на реабілітаційну зафарбованість кримінально-правового примусу особли-

во помітні. Європейський суд наголошує на праві на щастя та праві на надію як ландшафті каральних та дисциплінарних практик держави. Але це не завжди враховується громадянським суспільством, хоча активно (до зловживань і порушень) експлуатується.

П'яте. Кримінальне право у когнітивному розумінні та тлумаченні з точки зору пересічної людини є релігією. Держава надає перелік заборон, але наскільки цей перелік відповідає правосвідомості громадян — залежить від розуміння та ефективності соціальних комунікацій у процесі соціалізації. Комунікаційне суспільство сьогодення засноване на концепті *Societas Librum*, що, підтверджуючи ідеї Гуго Гроція, ставить необмежену свободу розвитку та комунікації поруч із прагненням щастя на перші місця.

Свобода комунікації є свобода поведінки; свобода поведінки викликає до життя свободу власної легітимації правопорушення. 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.

Окремим пунктом вивчення є модель кримінального права у нормосвідомості пересічних громадян. Враховуючи особливості соціальних комунікацій, мусимо висловити гіпотезу, що саме визначення злочинного та реакції на останнє у соціальних мережах не тільки формує образ ворога, а й каталізує агресію, розповсюджує патерни вседозволеності, формує заміщення моделі законності доцільністю анархії та аномії у Європі та Україні сьогодення. Концепт суспільства пост-правди заснований на моделі, за якою реципієнти приймають рішення, засновані не на генеральному сенсі чи знаннях, а на емоціях та суб'єктивних оцінках.

Останнім часом ми все частіше звертаємося до необхідності визначення цього епістемологічного конфлікту у криміналь-

но-правовому регулюванні також. Інтегративна соціальна функція кримінального права, що спрямована на протидію злочинності, не кореспондує охоронній та регулятивній: вона спрямовується на боротьбу з образами ворогів, яких обирають чи владні структури, чи медійні керівники (тобто влада у цілому).

Поруч із цим, інфляція моделі прав людини у світі постправди, яка пов'язана із подальшою диверсифікацією концептів прав та неможливістю існування системи їхнього надійного правового захисту, стає все більш вираженою. Відповідно, концепт кримінального правопорушення — все більш неконкретним. Саме цим, можливо, викликаються парадокси кримінально-правового регулювання у світі.

Відповідно, примат дисциплінарної влади є виконавчою ідеологемою, як і, наприклад, принцип невідворотності селективного покарання. Принцип рівності кримінально-правового впливу замінюється виправлювальною дискримінацією, яка заснована на необхідності кримінального вливу на окремі верстви населення та політичній доцільності застосування кримінального закону.

Звідси зростання числа заборон у процесі дисбалансів сталого розвитку держави обумовлює зниження їхньої значущості та отримання негативних сенсів закону з боку населення та громадянського суспільства. 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 взагалі властиво діяти девіантно, тим більше, коли ця дія підтримується/каталізується референтною групою.

Розмивання кримінально-правових сенсів у державних (квазікримінальна відповідальність) та державно-суспільних дисциплінарних практиках (люстрація, самосуди), кореспондує аномії, правовому нігілізму пересічного населен-

ня 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 медіаційних процедур, а шляхом формування особистісних правил реагування на кримінально-правові заборони. За умов мережевої глобалізації стан сингулярності, поширюючись у мережевих гібридних формах нормосвідомості, стає все більш популярним, емоційно близьким, несуперечливим 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.*

Отже, кримінально-правова заборона стає ідеологічною фікцією, кримінально-правове реагування на посягання на особисту, соціальну, суспільну чи державну безпеку, встановлені кримінальним законом, — явищем. Проблема 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.

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 де що інше, оскільки як

ідеологія заборони, так і характеристики методології криміналізації суттєво змінилися задля ентропійного розмивання сенсів кримінального права та кримінально-правових відносин у комунікаційному суспільстві.

Йдеться 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 когнітивній оцінці сприйняття та відчуття необхідності існування кримінально-правової норми. Зрозуміло, що така оцінка вельми суб'єктивна.

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 і 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, а й у 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 на основі матриці оцінок учасників кримінальних правовідносин.

Диверсифікація учасників кримінальних правовідносин надає можливість висловити ще одну ідею. Кримінальна відповідальність має бути визнаною як сукупність правовідносин між державою, правопорушником, потерпілою особою та третіми особами (громадянське суспільство) у зв'язку і з приводу скоєння злочину. *Держава відповідальна за безпеку та порушення прав та майнового стану потерпілих (кримінально-правова реституція) водночас із пошуком, осудом, покаранням і ресоціалізацією кримінальних правопорушників; правопорушник підлягає індивідуальним заходам кримінально-правового впливу відповідно до вироку суду та зобов'язаний компенсувати шкоду потерпілому, державі та третім особам, пов'язану зі скоєнням злочину; потерпілі зобов'язані взяти активну участь у забезпеченні діалогу (компромісу) та індивідуалізації покарання правопорушнику, треті особи забезпечують соціальний контроль за діяльністю держави та ресоціалізацією правопорушника.* Саме ця сукупність прав і обов'язків учасників кримінальної відповідальності є сенсом останньої. Каральна сутність покарання кореспондує безпековій практиці з боку держави, оскільки саме незабезпечення безпеки є центральним сенсом зловживання правом на сучасному етапі. Захист прав потерпілої особи та права на справедливий суд кримінального правопорушника є обов'язком та контрольною функцією громадянського суспільства.

Вказані положення, вважаємо, повинні знайти відображення у подальшій розробці теорії криміналізації та кримінальної відповідальності.

Туляков В. А. Теория уголовного законодательства: перспективы новых подходов.

Статья посвящена вопросам методологии создания уголовно-правовых норм. Современная концепция национального уголовного права должна формироваться на базе защиты естественных прав и безопасности их носителей; дифференциации нормативной устойчивости развития уголовного права; с учетом смысла уголовного права как права компромиссов между государством, правонарушителем и жертвой, а также практики ЕСПЧ.

Ключевые слова: методология создания уголовно-правовых норм, концепция национального уголовного права.

Tulyakov V. A. The theory of criminal lawmaking: prospects for new approaches.

The article is devoted to the issues of methodology for the creation of criminal law. The modern concept of national criminal law should be formed on the basis of the protection of natural rights and the security of their holders; differentiation of the regulatory sustainability of the development of criminal law; taking into account the meaning of criminal law as a right of compromise between the state, the offender and the victim, as well as the practice of the ECHR.

Key words: methodology for the creation of criminal law, the concept of national criminal law.