

В. О. Туляков, д. ю. н., професор,
член-кореспондент НАПрН України,
проректор з міжнародних зв'язків На-
ціонального університету «Одеська
юридична академія», суддя ad hoc
Європейського суду з прав людини

«ЧОРНІ ЛЕБЕДІ» КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА МЕТОДОЛОГІЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Відомо, що «Чорний лебідь» – це метафорична подія, яка є несподіваною для спостерігача, має відповідні наслідки та хибно оцінюється як закономірна¹. Це унеможливорює якісні прогнози майбутнього розвитку складної системи, але дає шанс створити нормативно усталену модель регулювання соціального інституту. Як писав автор теорії Чорних лебедів Н. Талеб: «Деякі речі покращуються від шоків: вони живуть і процвітають в умовах волатильності, випадковості, хаосу і стресорів, та люблять пригоди, ризик і невизначеність»².

Заважаючи на метафоричність текстів Нассима Талеба, відмітимо, що відносна непередбачуваність злочинності як соціального інституту, її реалізація на соціальному (як нормативне явище), наративному (як суспільно негативний образ), духовному (як елемент конфлікту культур) рівнях, дозволяє розглядати злочинність саме як такий, що реалізують у людських вчинках, соціальний та мовний конструкт (Я. Гілінський), який підкріплюється та розвивається в хаосі соціальних взаємодій.

Чи є злочинність Чорним лебедем? Певною мірою так, хоча на рівні системних зв'язків існує штучне регулювання статистики злочинів і соціальних реакцій на інституціональний характер останньої.

Водночас спорідненість цієї системи з хаосом та випадковістю конфліктує з упорядкованістю та усталеністю кримінального права.

Це змінює й роль держави у кримінально-правовому регулюванні. Вона покликана вибудовувати економіку, що дозволяє стимулювати економічну активність у вирішенні суспільних проблем і пригнічувати активність, яка створює такі проблеми, забезпечуючи таким чином довіру

¹ Талеб Н. Н. Чорний лебідь. Київ : Наш Формат, 2017. 392 с.

² Талеб Н. Н. Антихрупкість. Как извлечь выгоду из хаоса. Москва : КоЛибри, 2012. С. 20.

і кооперацію в суспільстві. Саме держава здатна і зобов'язана приборкати «табун диких коней», поки він не розтопав і без того слабкі паростки суспільної злагоди. Результатом стане більш фрагментований, «провінційний» тип капіталізму, цілком ймовірно менш ефективний, проте з більш широкою суспільною підтримкою¹.

Ідея суспільної підтримки державної протидії національній та транснаціональній злочинності посідає центральне місце у методології правового регулювання сьогодення.

Отже, взаємозв'язки між економічними, правовими та політичними процесами у державі мають знайти їх раціональне, свідоме, адекватне відображення у кримінально-правовій забороні, що підтримується громадянським суспільством, національною та державною свідомістю, праворозумінням осіб, потерпілих від злочину, та, відповідно, правопорушниками та правозастосувачами.

До речі, сучасне кримінально-правове правотворення здебільшого зорієнтоване не на суспільну думку та наративи окремих верств населення, а виконує певну політичну волю, чи зосереджено у наукових колективах, що відображують усталені традиції власної наукової школи.

Питання духовного відображення злочину і злочинного здебільшого не вивчається загалом, обмежуючись констатуванням, що злочин це природне зло.

Співвідношення між правопорушенням, зловживанням правом та правомірною поведінкою вивчається лише у системі «злочин-покарання».

Це призводить до непередбачуваності регулятивних функцій кримінального права в окремих субкультурах, обмежує соціальну підтримку відповідної норми чи системи норм взагалі.

З нашої точки зору, регулятивна функція кримінального права – не просто забезпечення безпеки об'єктів кримінально-правової охорони нормативно визначеними заходами державного примусу, а *досягнення гармонії у взаємовідносинах між державою та громадянами*, де відповідальності правопорушника кореспондує обов'язок держави щодо розшуку, покарання і реабілітації злочинця; компенсації і реституції особі, потерпілій від кримінального правопорушення; досягнення суспільного спокою та злагоди на національному, локальному та індивідуальному рівнях.

¹ Кондратьев В. Б. Новый этап глобализации: особенности и перспективы. *Миров. экономика и междунар. отношения*. 2018. Т. 62, № 6. С. 5–17.

Цікаво, що саме на пошуках гармонічних безпекових відносин між державою та громадянами побудовано схеми боротьби з корупцією у найбільш ефективних державах молодих демократій (Чилі, Естонія), у Східно-американській та Південно-східній державній думці.

Представники держав Індокитайського регіону взагалі вважають парадигму захисту прав особи колонізаторською ідеологією, оскільки правам суб'єкта мають кореспондувати його відповідні обов'язки, особа несе відповідальність за зловживання правом так само, як і держава за зловживання владою.

Порушення таких гармонійних зв'язків призводить до можливого виникнення Чорних лебедів. Чорні лебеді у кримінальному праві втілюються у численному зростанні кримінально-правових норм, які не можуть бути використаними, її незастосування прямо впливає на безпекові інтереси держави, суспільства та громадянина.

У сфері загальної регуляції кримінальної відповідальності це заміна кримінальної відповідальності дисциплінарними практиками з метою спрощення застосування державного примусу (ЄСПЛ, справа «Волков проти України», 2013), існування застарілого нормативного апарату регулювання активності громадянського суспільства у сфері суспільного порядку (ЄСПЛ, справа «Шмушкович проти України», 2013), заміна усталених видів відповідальності люстраційними процедурами (ЄСПЛ, справа «Матієк проти Польщі», 2007), самосудами (Врадівка, Криве Озеро); позанормативне застосування превентивного затримання у зоні операцій Об'єднаних сил, тощо.

У сфері концепції кримінального правопорушення це «розмивання» нормативної усталеності поняття кримінального правопорушення за рахунок корупційних чи кримінальних практик (пограничних ситуацій), що не можуть бути визнані правопорушенням; не підтримка чи громадська протидія населенням діяльності з охорони правопорядку; конфлікт соціальних норм, які дозволяють скоєння правопорушень за умов сприяння відповідній ідеології, релігійній ворожнечі (злочини ненависті) чи праворозумінню відповідної анклавної соціальної групи (норми звичаєвого права, що легітимізують злочини проти чужаків та не членів групи); повстання...

У сфері концепції вини – це вимушене невизнання існування «природних» злочинів з боку педофілів та сексуальних збоченців, що не піддаються виправленню та покаранню. Це існування «злочинів без вини» та квазікримінальної відповідальності юридичних осіб за корупційні правопорушення та (на рівні міжнародного права) за злочини проти миру та безпеки людства й міжнародного правопорядку (див., наприклад, справу каналу Аль Джадід у Спеціальному трибуналі для Лівану, де медіакорпорацію було вперше визнано винною за сприяння міжнародним злочинам).

Не торкаючись суб'єктних питань формування відповідальності штучного інтелекту, діянь, пов'язаних з ризиком у сфері науки, медицини та технологій, що є найбільш непередбачуваними явищами та подіями техногенного характеру, що впливають на ламкість та усталеність кримінально-правової норми, відмітимо, що найбільш стандартна нормативна заборона може стати Чорним лебедем за вельми короткий час. Наприклад, ураховуючи, що Росія у 2018 р. є найбільшим інвестором у страховий та фінансовий сектори економіки України¹, гіпотетично можлива ситуація замороження донорських чи інвестиційних внесків і притягнення за ст. 111 КК значної кількості фізичних осіб, чії підприємства фінансуються за рахунок фінансових установ із інвестованим російським капіталом в контексті «підривної» діяльності проти України у сфері забезпечення безпеки національної економіки. Аналогічні питання виникають також при оцінці можливостей однієї з останніх «новел» ст. 146¹ КК «Насильницьке зникнення», яка має відверто специфічну спрямованість, та не витримує критики з точки зору якості мови кримінального закону.

Таким чином, методологія формування регулятивної функції кримінального закону має бути спрямована на усунення «ламкості» кримінально-правових норм та інститутів, їх відповідність соціальним очікуванням, підтримку населенням та виконавцями. Це в сукупності із належною політичною волею надасть можливість забезпечити оптимізацію кримінально-правової протидії злочинності.

¹ URL: <http://www.infotop.lv/article/ru/vrazheskie-dengi-ne-pahnut-rossija-samii-bolshoi-investor-v-ukrainu>.