

Вячеслав Туляков
Національний університет «Одеська юридична академія»,
професор кафедри кримінального права,
доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
заслужений діяч науки і техніки України

<https://orcid.org/0000-0002-2716-7244>

ІНТУІТИВНЕ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА ULTIMA RATIO.

INTUITIVE CRIMINAL LAW AND *ULTIMA RATIO*. Material (substantial) criminal law often incorporates aspects of intuitive criminal law to ensure societal acceptance and proportionality of punishments. However, conflicts arise when *ultima ratio* legal norms deviate from moral intuitions, such as overly lenient punishments for heinous crimes or excessively harsh policies for *mala prohibita*. Subjective criminal law mediates between state-imposed laws and individual morality, balancing societal harm (material law) and personal ethics (intuitive law). For example, in cases of euthanasia, it balances legal punishment and moral justification. Harmonization in Criminal Policy: Laws perceived as unjust (e.g., excessively harsh drug penalties) can provoke public backlash, driven by intuitive criminal law. Gross injustice (*prima ratio*) legitimizes rebellion and anomie. Balancing proportionality in material law with societal and victim interests in subjective law requires nuanced legal systems and approaches. Intuitive criminal law, as a moral foundation for criminal policy, can conflict with the novelizations of *prima ratio*. Customary conflicts often arise from practices rooted in traditions or religious beliefs that contradict modern principles of criminal law. These conflicts illustrate how intuitive criminal law—humanity's innate sense of justice—interacts with cultural relativism and statutory law (*natural law aberrations*). Principles for Harmonization. Codification of Ethical Standards: Integrate ethics into substantial law, reflecting societal values. Flexibility and Adaptability: Allow subjective criminal law to address individual circumstances. Proportionality: Balance deterrence with fairness in punishment. Education and Awareness: Align intuitive moral standards with legal realities to prevent misconceptions. Global Cooperation: Promote international agreements harmonizing *mala in se* crimes while respecting cultural differences.

Запобігання злочинності та кримінальне правосуддя є життєво важливими для мирних, справедливих та інклюзивних суспільств. Ефективні стратегії запобігання злочинності та добре функціонуючі інститути кримінального правосуддя лежать в основі просування верховенства права та прав людини і слугують передумовою ефективної та сталої боротьби зі злочинністю, в тому числі з організованою злочинністю, корупцією та тероризмом. Однак, як зазначив Генеральний секретар ООН у своєму «Новому баченні верховенства права», світ «переживає глобальне зниження поваги до верховенства права, що посилюється ескалацією конфліктів і послабленням національних інститутів».

Соціальна та економічна вразливість, а також слабе верховенство права продовжують створювати можливості для злочинної діяльності. У цьому контексті посилення заходів у сфері запобігання злочинності можливе лише за допомогою комплексного підходу, який враховує численні фактори, що сприяють злочинності, і ґрунтується на розумінні того, що запобігання злочинності є невід'ємним елементом ширшого соціально-економічного порядку денного (П'ятнадцятий Конгрес із запобігання злочинності та кримінального правосуддя «Прискорення запобігання злочинності, кримінального правосуддя та верховенства права: захист людей і планети та досягнення Порядку денного у сфері сталого розвитку на період до 2030 року в цифрову епоху». Керівництво до дискусії)

https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/CCPCJ_Sessions/CCPCJ_33/ECN152024_CRP1_e.pdf

Повертаючись до дискусії щодо впливу кримінальної ментальності етносу

(В.І.Борисов) суб'єктивного (В.К.Грищук) та інтуїтивного (В.Туляков) кримінального права у порівнянні із ULTIMA RATIO, зазначу деякі тези:

1. Матеріальне кримінальне право часто включає аспекти інтуїтивного кримінального права, щоб забезпечити суспільне визнання та пропорційність покарання.

2. Однак конфлікти виникають, коли правові норми ULTIMA RATIO відхиляються від моральних інтуїцій, наприклад, надто м'які покарання за жахливі злочини. чи навпаки жорстка кримінальна політика щодо *Mala Prohibita*.

3. Суб'єктивне кримінальне право виступає посередником між законами, встановленими державою, та індивідуальними моральними настановами, враховуючи як суспільну шкоду (матеріальне право), так і особисту мораль (інтуїтивне право), втілені у сукупності прав і обов'язків учасників кримінальних правовідносин (вбивство з милосердя, балансує між законним покаранням і моральним виправданням).

4. Кримінальна політика: проблематика гармонізації.

Баланс у концепті тринітризму. Закони, які сприймаються як несправедливі (наприклад, надто суворі покарання за вживання наркотиків), можуть зіткнутися з громадською реакцією, зумовленою інтуїтивним кримінальним правом. Кричуща несправедливість *Prima Ratio* легалізує право на повстання та аномію.

5. Баланс між пропорційністю в матеріальному праві та інтересами

суспільства і потерпілих у суб'єктивному праві вимагає нюансів у правових системах та поводженні.

6. Інтуїтивне кримінальне право, будучи моральною підвалиною кримінальної політики, може конфліктувати із новелізацією *Prima Ratio*. Звичасві конфлікти в різних регіонах часто виникають через практики, вкорінені в традиціях або релігійних віруваннях, які суперечать сучасним принципам кримінального права. Ці конфлікти є підвалиною, через яку концепція інтуїтивного кримінального права - вродженого почуття справедливості, притаманного більшості людей, - взаємодіє з культурним релятивізмом і статутним правом (природно-правові аберації).

7. Звичасві традиції в деяких європейських країнах іноді вступають у протиріччя з матеріальним кримінальним правом, оскільки вони можуть включати практики, які вважаються соціально прийнятними в певних громадах, але є кримінально караними відповідно до національних кримінальних кодексів. Наприклад,

7.1. Корида в Іспанії
Корида чітко захищена в Іспанії як культурна спадщина відповідно до Закону 18/2013 про регулювання кориди як культурної спадщини, що не дозволяє місцевим органам влади повністю заборонити її. Але корида порушує закони про жорстоке поводження з тваринами, викладені в Кримінальному кодексі Іспанії (стаття 337), який криміналізує знущання, жорстоке поводження або невиправдане вбивство тварин. Поруч з цим стаття 337 містить виняток для «культурних практик», таким чином виводячи кориду з-під кримінального переслідування.

7.2. Ранні шлюби в ромських громадах

Опис традиції: Ранні шлюби поширені в деяких ромських (ромських) громадах, де підлітки, часто до 16 років, одружуються за традиційними обрядами без юридичної реєстрації. Згідно зі статтею 183 Кримінального кодексу Іспанії, сексуальні стосунки з неповнолітньою особою до 16 років є зґвалтуванням, незалежно від культурних традицій. Аналогічно, стаття 176 Кримінального кодексу Німеччини (Strafgesetzbuch, StGB) забороняє сексуальні дії за участю осіб молодше 14 років і передбачає суворе покарання.

7.3. Насильство на ґрунті честі в деяких громадах мігрантів
Опис традиції: У деяких мігрантських громадах практики, пов'язані з захистом честі, включають насильство, погрози або примус для захисту честі сім'ї або громади. Розділи 174 і 175 Кримінального кодексу Німеччини стосуються примусових шлюбів і примусу. Вбивства, пов'язані з захистом честі, наприклад, порушують закони про вбивства (наприклад, стаття 138 Кримінального кодексу Франції), але іноді захищаються злочинцями як культурно виправдані (справа Хатун Сюрючю в Німеччині стосувалася вбивства молодої турецької жінки її братом за відмову від традиційних сімейних очікувань).

7.4. Ритуальний забій без оглушення. Релігійні громади (наприклад, єврейські або мусульманські) традиційно практикують ритуальний забій (шехіта або халяль) без оглушення тварини. Деякі країни, такі як Бельгія і Данія, запровадили суворіші закони про захист тварин, що забороняють забій без оглушення, фактично криміналізуючи традиційні релігійні практики. У Бельгії заборона на забій без оглушення призвела до юридичного оскарження в Європейському суді, який підтримав заборону з міркувань добробуту тварин, що викликало напруженість у відносинах з релігійними громадами.

7.5. Контрабанда культурних артефактів на півдні Італії

У деяких сільських районах на півдні Італії поширеною є торгівля награваними археологічними артефактами, що розглядається деякими місцевими жителями як законний бізнес. Кримінальний кодекс Італії (стаття 175) криміналізує несанкціоновані розкопки і торгівлю культурними артефактами. Конфлікт між культурними традиціями та кримінальним правом часто ставить питання про баланс між захистом культурної спадщини та дотриманням універсальних прав людини й етичних стандартів. Європейські суди та уряди часто стикаються з проблемою узгодження цих конкуруючих інтересів, часто за допомогою законодавства або винятків у законі.

7.6. Практики приданого - калім (Індія та Південна Азія, Центральна Азія)

Звичаєва практика: Придане передбачає надання сім'єю нареченої грошей або подарунків родині нареченого під час одруження. У деяких випадках несплата призводить до переслідувань або насильства над нареченими.

Закон Індії про заборону приданого (1961) криміналізує надання та отримання приданого. Насильство, пов'язане з приданим, підпадає під дію статті 304В Кримінального кодексу Індії (смерть через придане) та статті 498А (жорстоке поводження з боку чоловіка або родичів).

7.7. Перевага сина та гендерно зумовлені аборти (Китай та Індія)

Звичаєва практика: Сильна перевага дітей чоловічої статі призводить до селективних абортів за статевою ознакою або дітовбивств.

Заборонені Законом Індії про методи преконцепційної та пренатальної діагностики (1994) та Законом Китаю про народонаселення та планування сім'ї.

7.8. Каліцтво жіночих статевих органів (КЖО) У деяких частинах арабського світу, таких як Єгипет і Судан, КЖО проводять як обряд посвячення для молодих дівчат. Кримінально карається Кримінальним кодексом Єгипту (стаття 242-біс), проте залишається широко розповсюдженим. Інтуїтивне кримінальне право засуджує заподіяння шкоди без згоди або необхідності, проте, в культурному відношенні, КЖО є нормальним заходом захисту сімейної честі або релігійної прихильності.

!!!! А ще є похищення нареченої, крадіжка брами, полігамія, інцест, таліон, відьмацтво, самосуд...

8. У певних випадках ЄСПЛ European Court Of Human Rights (ECHR) в рамках визнання культурної автономії декриміналізує Ultima Ratio на кшталт інтуїтивного права AFFAIRE LACATUS c. SUISSE Judgment (Merits and Just Satisfaction) | Court (Third Section) | 19/01/2021 <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-207377>

9. У нову інформаційну епоху та з розвитком передових технологій досягнення належного балансу між інтуїтивним кримінальним правом, суб'єктивним кримінальним правом і матеріальним (державним) кримінальним правом стає дедалі складнішим. Інтеграція цих систем у регулюванні нових питань, таких як кіберзлочинність, етика штучного інтелекту та порушення права на приватність, вимагає адаптивності, чіткості та справедливості. Наприклад:

9.1. Глобалізація та юрисдикційні конфлікти:

Технології виходять за межі національних кордонів, ускладнюючи застосування суттєвих кримінальних законів (наприклад, переслідування хакерів в іншій юрисдикції).

Інтуїтивне кримінальне право варіюється залежно від культури, що спричиняє розбіжності в суспільних очікуваннях щодо покарання або толерантності до злочинів, пов'язаних з технологіями.

9.2. Prima ratio vs. ultima ratio:

Прагнення регулювати нові технології часто призводить до надмірної криміналізації. Дотримання принципу «ultima ratio» вимагає зосередження уваги на дійсно шкідливих діях (наприклад, на шкоді, спричиненій ШІ), покладаючись при цьому на цивільні або адміністративні рішення для менш серйозних правопорушень.

9.3. Моральний дисонанс у сфері ШІ та автоматизації:

Інтуїтивне кримінальне право часто стикається з проблемою покладання моральної провини на нелюдських агентів, таких як ШІ, тоді як суб'єктивне кримінальне право має вирішувати питання відповідальності та наміру.

Матеріальне кримінальне право повинно надавати чіткі вказівки щодо відповідальності (наприклад, притягнення розробників до відповідальності за передбачувану шкоду від ШІ).

10. Щоб гармонізувати ці рамки, сучасне кримінальне право повинно керуватися наступними принципами:

10.1. Кодифікація етичних стандартів: Матеріальне право має інтегрувати етичні міркування, що впливають з інтуїтивного кримінального права, та автономного розуміння ЄСПЛ, гарантуючи, що норми відображають суспільні цінності (наприклад, криміналізація упереджених систем штучного інтелекту, які завдають шкоди людям, відповідальність операторів автономних систем, відповідальність командирів).

10.2. Гнучкість і адаптивність. Суб'єктивне кримінальне право має бути достатньо гнучким, щоб адаптуватися до індивідуальних обставин у справах, пов'язаних з технологіями, наприклад, розрізняти навмисну та випадкову шкоду.

10.3. Пропорційність: Закони повинні балансувати між стримуванням і пропорційністю, щоб уникнути надмірної криміналізації, забезпечуючи відповідність покарання заподіяній шкоді (наприклад, розрізняти хакерство з метою отримання фінансової вигоди та етичне хакерство).

10.4. Освіта та обізнаність: узгодження та баланс інтуїтивних моральних стандартів з правовими реаліями, щоб запобігти хибним уявленням та позаправовим діям.

10.5. Глобальна співпраця: сприяння укладанню міжнародних угод, які гармонізують *malum in se* у транснаціональному контексті (заборона смертної кари як *jus cogens*), поважаючи при цьому культурні відмінності в суб'єктивних та інтуїтивних основах кримінального права.