

ПРОБЛЕМИ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВознавства

Г. Мошак, професор Одеського національного морського університету

Каральні елементи у приватному праві ФРН

Актуальність вивчення проблеми використання приватноправових засобів, здатних підвищити ефективність запобігання злочинності, зумовлена дефіцитом її досліджень в Україні. Інформація про дебати з цього приводу в Німеччині може сприяти вдосконаленню українського права, його розвитку на власній основі й роботі правоохоронних органів, попередженню помилок. Метою статті є аналіз функції законодавства та практики його застосування на матеріалах ФРН і України щодо відшкодування шкоди (з виділенням специфіки в окремо взятій сфері — сімейних відносин).

Дискусія в німецькомовній юридичній літературі стосується пенальних (від французького — покарання, кара) складових приватного права. І. Еберт у монографії «Пенальні елементи в німецькому приватному праві»¹, а також П. Мюллер, Д. Брокмайер, Й. Розенгартен, Ю. Морсдорф-Шульте та більше десятка інших авторів указують на каральну функцію як легітимну, одну з головних функцій приватного права, на превентивну функцію «каральних збитків» («punitive damages»)². Автори вважають, що відшкодування, яке часом більше у декілька разів від шкоди, запобігає неправомірним діям винного та інших. До переваг приватноправового покарання автори відносять його здатність до більш вичерпного відшкодування та нібито меншу кіль-

¹ Ebert, Ina. *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht. Von der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht (= Jus Privatum 86)*. Mohr (Siebeck), Tübingen 2004. XX, 664 S.

² Müller, P. *Punitive damages und deutsches Schadenersatzrecht* (2000); Brockmeier, D. *Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public* (1999) 229s.; Rosengarten J. *Punitive damages und ihre Anerkennung und Vollstreckung im Bürgerlichen Recht* (1994); ders., *Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht*, NJW 1996, 1935; Mörsdorf-Schulte, J. «Sympathie für Punitive Damages»/(NJW 2006, 1184).

кість вимог до доказів у цивільно-процесуальному, ніж у кримінально-процесуальному праві. Вони вважають, що не існує суворих вимог щодо пропорційності вини та покарання, якій повинні відповідати кримінально-правові засоби.

Професор Цюріхського університету Г. Хонсель (Heinrich Honsell) є найбільш відомим і непримиренним у німецькомовному просторі противником пенальних елементів, наводить аргументи¹ щодо нелегітимності їх у приватному праві, які заслуговують уваги і розгляду з різних, у т. ч. з кримінологічних позицій. Не заперечуючи присутності у відшкодуванні шкоди окремих каральних ознак, професор Г. Хонсель та його однодумці вважають, що для цивільного права профілактика є легітимним завданням і однією з головних функцій. Пенальні міркування не властиві і ворожі цивільному праву, вони не враховують функціонального розподілу між кримінальним і цивільним правом та ведуть до неправомірного збагачення потерпілих². П. Вілінг доказує, що у роботі І. Еберт назва монографії не відповідає змісту, пенальних елементів у приватному праві не існує, усталену цивілістичну термінологію вона помилково підмінила, факти інтерпретувала тенденційно. Використавши існування приватних покарань до розділу права на галузі, автор штучно та безпідставно «перенесла» їх на сучасність³. Х.-Й. Гірш, досліджуючи межі між кримінальним та цивільним правом, називає пенальні думки в цивілістиці юридичним та культурним атавізмом. Один з найавторитетніших у ФРН та ЄС коментарів до Німець-

¹ Honsell H. Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus // <http://www.honsell.at/Publikationen/FSWestermann.pdf> (Кримінальна думка в цивільному праві – юридичний атавізм).

² Honsell, H. Die Funktion des Schmerzensgeldes, VersR 1974, 205; ders., Die Abwicklung sittenwidriger Darlehensverträge in rechtsvergleichender Sicht, FS Giger (1989) 287; ders. Schweizerisches Haftpflichtrecht (4. Aufl. 2005) § 1 Rz. 67 ff., 87 ff.; Barthon, AfP 1995, 452, 456; Bydlinski, F. Die Suche nach der Mitte, AcP 204 (2004) 1 ff., 309 ff., 343 ff.; Bungert, ZIP 1992, 1707, 1719; Hermann, ZfA 1996, 19, 36; Höchst, VersR 1983, 13; Larenz, Schuldrecht I, § 28 III, S. 438; Lange/Schiemann, Schadensersatz (3. Aufl. 2003) 12; E. Kaufmann, AcP 162 (1963) 421, 437; MünchKomm/Mertens, Vorbem. zu §§ 823 ff. Rz. 41; MünchKomm/Schwerdtner, 2. Aufl., Anh. § 12, Rz. 290; A. Stadler, Die kommerzielle Sicherung des Persönlichkeitsrechts (1999) 18 ff.; Seitz, NJW 1996, 2848; Horter, Der Strafgedanke im Bürgerlichen Rech (2003); Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts (2003); Klumpp, Die Privatstrafe (2001); krit. auch J. Schmidt, Schadensersatz und Strafe (1973); ders., Prävention als Zielbestimmung im Zivilrecht, KritV 1986, 83.

³ Wieling, P. Ebert, Ina, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht. Von der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht (= Jus Privatum 86). Mohr (Siebeck), Tübingen 2004. XX, 664 S. // www.koeblergerhard.de/ZRG122Internetrezensionen/EbertIna-PoenaleElemente.htm

кого цивільного уложення (Штаудінгера, понад 58 000 сторінок) не визнає в Уложенні пенальних елементів, штрафних покарань, але не виключає деякого пенального ефекту¹.

Серед представників кримінальних галузей права також є «за» і «проти» використання засобів приватного права з превентивною метою. Ще з 30-х років минулого століття до «звільнення кримінального права від цивілістичного мислення» закликав Х.-Й. Брунс². Критик «нового профілактичного руху» — тобто «приватизації» запобігання злочинності — професор Кельнського університету М. Вальтер виступає проти розширення «ландшафту діяльності приватних служб» за рахунок приватизації дедалі більшої кількості поліцейських функцій³. Проти проекту Закону про цивільно-правовий захист від насильства⁴, який набрав чинності у ФРН з 2001 р. та став моделлю для ряду країн, виступав професор М. Бок, обґрунтувавши експертний висновок про недоцільність, шкідливість та небезпечність його прийняття⁵.

Директор Інституту права санкцій і криминології Кільського університету професор М. Фроммель є одним із прихильників застосування цивільно-правових інструментів із криминологічною метою. Вони необхідні як альтернатива кримінальному переслідуванню за домашнє насильство, яка дає шанс для збереження сім'ї. Кримінально-правовий вплив як сильнодіючий засіб слід застосовувати тільки після провалу цивільно-правового реагування⁶. Професор Г.-Й. Альбрехт, директор Інституту іноземного та міжнародного кримінального права І. М. Планка, один із представників «офіційного» німецького крими-

¹ Staudinger, J., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2005) B.8, .S.369, 821 // <http://books.google.com/books?id=P-AibUp5DgEC&pg=PA95&lpg=PA95&dq=>

² Bruns, H.-J. Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken. – Berlin, 1938.

³ Walter, M. Neue Präventionsbewegung und Probleme der Privatisierung http://www.journascience.org/de/praevention/spezial/walter_neue_praeventionsbewegung.pdf

⁴ Gesetz zur Verbesserung des zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehemwohnung bei Trennung vom 11. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3513). GewSchG – назва закону першими буквами; «Gewalt-schutzgesetz» – скорочена назва, перекладається як Закон про захист від насильства.

⁵ Bock, M. Gutachten vom Freitag, 15. Juni 2001 Angfertigt anlässlich der öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages am Mittwoch, dem 20. Juni 2001 // <http://www.constantin-conrad.de/coco/inhalt/gender-mainstream-gutachten.html>

⁶ Frommel, M. Gewalt ist kein Schicksal – unter welchen Bedingungen funktioniert ein zivilrechtlicher Rechtsschutz gegen häusliche Gewalt? («Насильство – це не доля, або при яких умовах функціонує цивільно-правовий захист від домашнього насильства?») // www.kik-sh.uni-kiel.de

нального права та кримінології, визнає превентивні властивості приватного права та їх зростаючу роль у запобіганні злочинності як частину контролю поряд із кримінально-правовим контролем.

В англосаксонській системі права «каральні збитки» («punitive damages» exemplary damages в англійському праві) обчислюються, виходячи не з обсягу завданої шкоди, а саме з необхідності покарати за порушення договору у випадках, коли поведінка боржника містить обман або злий умисел, або якщо порушення договору становить самостійний делікт. До цілей «каральних збитків», крім покарання за протиправну поведінку, відносять утримання від нового прояву протиправної поведінки (спеціальна превенція); утримання інших від подібної поведінки (загальна превенція)¹. У ФРН зіставні норми містить антидискримінаційний закон. Норми, що передбачають «штрафні збитки», присутні у законодавстві США, Франції, Швейцарії та інших країн. У США каральне (непропорційне, наприклад, 145:1) відшкодування обґрунтовується необхідністю залякування та розплати.

Французьке цивільне і цивільно-процесуальне право до превентивних інструментів відносить «astreinte», під яким розуміє загрозу накладення грошового штрафу в разі порушення рішення суду, яким забороняється певна поведінка². Це відомий спеціалістам інститут примушення до виконання зобов'язання, який передбачає обов'язок сплатити на користь кредитора певну грошову суму — штраф за кожен день прострочення виконання. Розмір штрафу може зростати довільно та не залежить від розмірів завданих збитків і не обмежується.

Тим часом тривала наукова дискусія про обґрунтованість присутності у приватному праві пенальних елементів появу нових з них не зупинила. У Конвенції про корупцію в контексті цивільного права від 4 листопада 1999 р. та інших актах виникли сукупності, системи пенальних приватноправових елементів на вимоги боротьби з окремими видами злочинів. Тенденція до зростання кількості таких актів засвідчує їх ефективність і необхідність. Невизнання присутності у приватному праві пенальних елементів чи доказування їх нелегітимності не знижує ефективності профілактичних властивостей останніх і не впливає на процес збільшення їх чисельності.

¹ Punitive damages //www.wikipedia.de

² Dreier, T. *Kompensation und Prävention*. – Tübingen, 2002. – S. 193 (Компенсація и превенція: наслідки недозволених дій у цивільному праві, в особистому немайновому праві і праві щодо недобросовісної конкуренції»).

Згідно з існуючим у ФРН визнаним поняттям покарання, ним є реакція держави (за іншою версією — зло (чи) тягота, яку накладає держава) за передбачене кримінальним кодексом протиправне та карне діяння. Кримінальний кодекс ФРН не дає визначення поняття покарання. В Україні у кримінально-правовому формальному розумінні покарання є заходом примусу, що застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні злочину (ст. 50 КК України). Поняття кримінально-правового покарання у ФРН і Україні виключають існування приватноправових каральних елементів і не розкривають його зміст в обсязі, який дозволив би чітко розмежувати порушення в цивільному і кримінальному праві. Тим часом шляхом цивільно-правового впливу на майновий стан особи можна досягти значного обмеження її прав, свободи дій. І навпаки, кримінально-правове обмеження свободи не завжди (або не повною мірою) призводить до позбавлення майнових прав.

Й. Каспар між цивільним і кримінальним правом у відшкодуванні шкоди не бачить якісних відмінностей. Часом існуючі між кримінальним та цивільним правом взаємозв'язані елементи заважають проведенню між галузями чіткої межі¹. Вказівка ст. 28 КПК України на те, що відшкодування матеріальної шкоди від злочину здійснюється відповідно до ст. 22 ЦК України, є свідченням певного ступеня взаємозв'язку та взаємодії галузей, хоч вони перебувають на різних полюсах, полярно віддалено, і між цими галузями знаходиться як мінімум адміністративне право. Різними є предмет, метод і більшість функцій. Кримінальне право містить найбільше публічності в порівнянні з іншими галузями, тоді як цивільне — найбільше приватності. Однак спільні цілі і діяльність, спрямовані на попередження порушень права, міжгалузева взаємодія з використанням спільної термінології, координації та поєднання зусиль часом можуть зводити міжгалузеве розмежування до другорядного питання, особливо коли з допомогою інструментів різних галузей створюється спільний правовий контроль, унаслідок чого ефективність права зростає. Одним із прикладів є узгоджена та спланована взаємодія поліції та приватних служб безпеки в питаннях забезпечення правопорядку при проведенні чемпіонату Європи з футболу в Австрії та Швейцарії у 2008 р.

Приватноправове покарання (наприклад, у вигляді штрафу) на підставі договору, складеного на випадок, коли зобов'язання не буде ви-

¹ Kaspar, O. Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht. – München, 2004. – S. 34–37, 41.

конуватися, не є публічним покаранням, оскільки ґрунтується на вільному волевиявленні, стосується тільки сторін і конкретного випадку. Це виконання боржником його обіцянки, що входить до договірного зобов'язання. Покладення на особу обов'язку не договором, а законом заплатити більше, ніж обсяг шкоди, є покаранням, метою якого є відшкодування і примус. Публічні цілі і примус, не вигідні майнові наслідки, які виходять за межі договірної відповідальності, суб'єктивне сприйняття їх винними особами як покарання і під цим впливом корекція поведінки дають підстави вважати окремі властивості норм приватного права каральними та запобіжними.

Зростаюча кількість каральних елементів у цивільному **законодавстві** ФРН, Англії, Франції, США використовується на службі запобігання злочинності. Норми Закону про захист від насильства увійшли до параграфів 1361 «б», 1666, 1631 Німецького цивільного уложення. Положення про «каральні збитки» знайшли втілення в Директивах ЄС 2000/43, 2000/78б, 2000/78/EG та Директиві 2002/73. Згідно з позицією ЄС, норми про відшкодування мають бути дієвими та залякуючими. Європейський верховний суд (EuGH) вимагає запроваджувати цивільні санкції, які залякували б роботодавців. Директива ЄС 29.06.2000/35/ EG за затримку платежу згідно з угодою, в якій не беруть участі споживачі, передбачає санкцію в 8 %. Затримка платежу вважається порушенням договору, яке приносить вигоду (переваги) над тим, хто платить. Залякування покаранням необхідне і з превентивних підстав. У ході розрахунків проценти за прострочення платежу доходять до 50 % і дуже обтяжують боржника, однак попереджають правопорушення.

Вибіркове порівняння кількох норм цивільних кодексів України і Німеччини наводить на думку про присутність і в українському цивільному законодавстві положень, подібних чи зіставних із каральними елементами. Статті 230, 231 ЦК України передбачають не одинарне, а подвійне відшкодування за обман чи насильство при здійсненні правочину, ст. 571 ЦК України вказує на повернення як задатку, так і ще однієї такої ж суми (у подвійному розмірі). У деяких випадках допускається конфіскаційне вилучення тиражу газети, книги тощо з метою його знищення, якщо порушено особисте немайнове право фізичної особи (ст. 278 ЦК України). Подібними покаранням за неправильну поведінку можна вважати неповернення витрат за здійснений догляд (ст. 576 ЦК України), виключення із складу товариств відповідно до статей 100, 128 ЦК України. На відміну від ЦК України особі,

яку змусили обманом чи насильством до правочину, Німецьке цивільне уложення надає право оспорити своє волевиявлення, параграф 123 не передбачає майнової кари у вигляді подвійного відшкодування. Повернення «подвійного» задатку в разі неможливості виконання одержувачем (параграфи 237–238 Уложення) також не передбачається.

Стосовно відшкодування моральної шкоди Г. Хонсель вважає, що думки про вдоволення поранених почуттів грошами по суті є фінансовою помстою, вони не змінюють природи помсти як архаїчного засобу. Цивільно-правове (пенальне в цивільному праві) покарання не повинно приводити до збагачення потерпілого, а має йти в дохід держави. Однак, чи не виникне тоді спокуса до захоочення судів поповнювати бюджети?

Судова практика ФРН виходить з того, що для пом'якшення та задоволення поранених і ображених правових почуттів потерпілого мають використовуватися гроші винного. Верховний суд ФРН вважає, що потерпілий має одержати задоволення за те, що йому спричинив винний, при цьому слід враховувати також і ступіть провини та майнові відносини сторін при визначенні розміру грошової компенсації. Ці вказівки стосуються відшкодування тілесної шкоди особі потерпілого. Страждання, біль — не мають грошової вартості, тому не можуть вимірюватися грошима, що робить відновлення попереднього стану потерпілого неможливим. Функція відшкодування грошима — це компенсація в тому значенні, що потерпілий може сам відшкодувати собі переживання та створити собі задоволення¹.

Ясність відносно присутності профілактичної (каральної) складової у відшкодуванні моральної шкоди внесло рішення Верховного суду ФРН у справі Кароліни фон Монако, якій було присуджено 180 000 ДМ, за поширення щодо неї відомостей, які не відповідали дійсності. При цьому застосовано каральний підхід, а не відшкодування шкоди, хоча рішення в цій справі суперечило позиції Цивільного уложення ФРН та попереднім рішенням Верховного суду ФРН, згідно з якими моральне відшкодування можливе тільки у випадках, передбачених законом. Іншим проявом каральної судової практики ФРН є притягнення до відповідальності за затримання платежів, які повинен сплатити страховик застрахованому. Застосування в судовій практиці США «каральних збитків» ілюструє цивільна справа С. Лібек, яка 27.02.1992 р.

¹ Honsell, H. Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus // <http://www.honsell.at/Publikationen/FSWestermann.pdf>

в автомобілі онука від розливої кави отримала опіки 3-го ступеня (6 % поверхні тіла) та лікувалася 8 днів у лікарні. Ресторан «МакДональдс» відмовився добровільно сплатити 20 000 дол. США збитків та пов'язаних із випадком різних витрат. Згідно з рішенням суду з «МакДональдс» стягнуто на користь С. Лібек 160 000 дол. США моральної шкоди та 480 000 дол. США відшкодування збитків¹. В іншій справі потерпілі Кемпбелл одержали за збитки згідно з рішенням суду 10 млн доларів.

В Україні відсутні нормативні підстави для стягнення «каральних збитків». ЗМІ часом повідомляють про повну відсутність правової відповідальності і зневажливе ставлення до прав людини. Доктрина, законодавство та судова практика України хоч і визнають спокуту грошима, однак не заохочують непропорційне відшкодування моральної шкоди. Невиправдано великим відшкодуванням перешкоджають вимоги Цивільного кодексу України (статті 3, 23), які конкретизує пункт 9 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 4 від 31.03.1995 р. і пункт 27 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 1 від 27.02.2009 р. про необхідність при визначенні розміру відшкодування за моральну шкоду додержуватися справедливості, добросовісності та розумності.

Ряд ознак (труднощі визначення поняття сімейного насильства попри наявність дефініції, яку сформулював Європарламент, складність розмежування цивільного і кримінального права в питанні відшкодування шкоди та ін.) вказує на те, що в окремих сферах не вдається якісно розмежувати правопорушення та злочин. Заохочення до взаємодії цивільно-правових і кримінально-правових інструментів і їх спільна дія можуть пом'якшувати на деякий час, до виникнення нових теорій, гостроту проблеми. У запобіганні правопорушенням та злочинам, особливо в окремих сферах (наприклад, сімейних відносин) важливе місце займає не стільки вибір кримінально-правового чи цивільно-правового інструменту впливу, скільки обачна повсякденна поведінка і добросовісне виконання зобов'язань. Специфіці сімейних відносин, зумовленій приватністю сімейного життя, із стародавніх часів відповідає приватна природа покарань у сім'ї, які мають бути переважними (хоч і не єдиними). Вони суб'єктивні, проте впливають на повсякденну поведінку, найбільш цінні і перспективні, але лише до розпаду відносин. Після цього можлива реалізація цивільних позовів

¹ www.wikipedia.de

чи кримінальних звинувачень, котрі не обтяжуються завданням зберегти сім'ю. Та обставина, що поняття кари в сім'ї може не збігатися із нормативним кримінально-правовим або доктринальним визначенням, не змінює його суті як засобу, що запобігає правопорушенням та злочинам у цій сфері.

Отже, різні позиції представників приватного і публічного права на профілактичні потенції приватноправових засобів, висновки із наведеної дискусії показують, що реально існуючі превентивні приватноправові міркування, залякуюче законодавство та каральна судова практика демонструють можливість виконувати окремими приватноправовими нормами функцію запобігання правопорушенням і злочинам. Наведене показує, що в науковій дискусії переважають намагання «очистити» галузь від сторонніх елементів. Зосереджуючись на крайнощах та відмовляючись враховувати правові зміни, автори не перешкоджають збільшенню кількості нормативних актів із каральними елементами.

В Україні використання приватноправових засобів для кримінологічних цілей може мати перспективу. Здійснений аналіз, опубліковані мною пропозиції¹, новітні тенденції у правових галузях переконують у необхідності вивчення та обережного (обов'язково враховуючи український контекст) запозичення деякого досвіду ФРН та ЄС у питаннях використання запобіжних властивостей приватного права. Приватноправовий контроль як засіб обмеження фінансової свободи, вільного розпорядження майном є ще одним вираженням превентивної функції, яку важливо досліджувати, не зосереджуючись лише на каральній дії окремих елементів. Вивчення взаємодії приватноправових та кримінально-правових засобів, створення теорії міждисциплінарного правового поля, виявлення факторів взаємодії та протидії засобам приватного права у різних сферах чи видах відносин допоможе сформулювати взаємопов'язані міжгалузеві завдання.

¹ Мошак Г. Г. Цивільно-правові аспекти профілактики домашнього насильства у ФРН / Г. Г. Мошак // Вісн. Акад. прав. наук України. – Х., 2007. – № 2. – С. 157–167; Він же. Приватно-правовий контекст кримінально-правової концепції свободи / Г. Г. Мошак // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2009. – № 2. – С. 134–143.