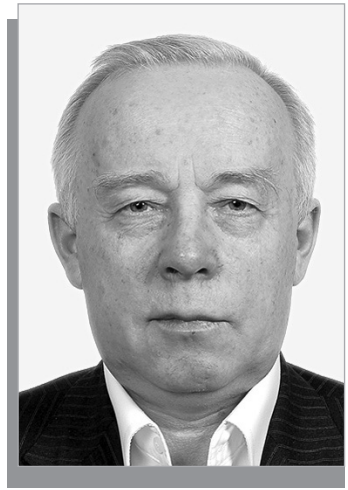

Г. МОШАК

старший науковий співробітник
сектора дослідження проблем міжнародного
співробітництва у галузі боротьби
зі злочинністю Науково-дослідного
інституту вивчення проблем злочинності
імені академіка В. В. Сташиса НАПрН
України, доктор юридичних наук, професор



УДК 340.114:355.211.3(477)

Елементи приватного права у кримінальному процесі ФРН

У статті розглянуто зміни у праві, які пов'язані із запровадженням у кримінальний процес елементів приватного права.

Ключові слова: елементи приватизації, публіцизації, кримінальний процес, запобігання злочинності.

Спеціальні дослідження елементів приватного права у публічному праві – включно у кримінальному процесі – за матеріалами ФРН в Україні не здійснювалися, відповідна література відсутня. Їх актуалізує необхідність більшого розуміння особливостей прояву, наслідків та можливостей використання у запобіжній діяльності. У ФРН названі зміни публічного права є відносно дослідженою темою, що утворює передумови запозичення досвіду. Аналіз теоретичних положень, законодавства і судової практики ФРН і України визначив *завдання статті* – розглянути угоди і приватне обвинувачення у кримінальному процесі, а також інші елементи

приватизації публічного права – не ізолювано, у рамках однієї галузі, а в контексті взаємопов'язаних змін у праві з метою здійснення попередніх оцінок, прогнозів та окремих рекомендацій.

Із питання приватизації публічного права у німецькій науковій літературі відсутня єдність як у середовищі цивілістів, так і криміналістів. Одні визнають, що приватне право містить каральні елементи [1]. Інші закликають до очищення від елементів приватного права, під впливом яких знищується кримінальне право в Німеччині, Італії, Франції та Великій Британії [2, с. 113–118]. Аргументуючи необхідність дотримання «чистоти галузей», представ-

ники наук публічного і приватного права здебільшого проти привнесення «чужих», не властивих їм елементів. Хоча приватизація та її протилежність – публіцизація [3] – стосуються різних сторін одного й того ж явища – розвитку права, проте німці мало звертали увагу на зв'язок цих процесів, не здійснювали узагальнюючих оцінок та наслідків взаємопроникнення. Аналіз проблеми «публіцизації» німецького приватного права автором цієї статті здійснювався на сторінках журналу «Вісник академії правових наук» у номерах 2/2007, 2/2009, 1/2010. Використання приватизації публічного права та публіцизації приватного права посилює запобіжний вплив на негативні відхилення поведінки від норми, оскільки дозволяє одночасно застосовувати норми різних галузей. Правовий контроль за поведінкою набуває двох підґрунть, що містять публічне і приватне право.

У німецькомовній літературі можна умовно виділити дві частини досліджень співвідношення публічного та приватного, а також прояви спротиву процесу приватизації публічного права. На етапі досліджень до 2009 р., тобто до появи публікацій на офіційному сайті кримінальної поліції ФРН про роль елементів приватного права у запобіганні злочинності, увага концентрувалася переважно на негативних наслідках передачі публічних правоохоронних функцій, властивих органам державної влади різноманітним приватним структурам у сфері безпеки; на різних загрозах введення у нормативні акти публічного права норм приватного права; на протиправності розширення повноважень приватних осіб у сфері публічних

відносин, зокрема прав потерпілого у кримінальному процесі. У цей період керівництво кримінальної поліції ФРН не погоджувалося здійснювати заходи з приватизації поліцейських завдань. Згодом оприлюднило на офіційному сайті результати масштабних досліджень різних її сторін. Це були матеріали Р. Вай та М. Плате, які на майстеркласі у Федеральному управлінні кримінальної поліції розкрили можливості приватизації сфер її діяльності [4]. І. Обергфель-Фукс у емпірично-кримінологічному аналізі виклав результати дослідження впливів на сприйняття безпеки населенням [5]. У той же час у таких роботах, як «Від “суверенних повноважень” до координуючого приватного права» [6]; «Приватизація безпеки» [7]; «Приватизація юстиції з правового та економічного погляду» [8]; «Приватизація суспільних завдань – можливості формування, обмеження, необхідність у регулюванні» [9], узагальнено хід, наслідки, висловлено думки щодо меж здійснення приватизації. Помітним явищем у розробці зазначеної проблеми стало дослідження «Приватизація в галузі кримінального правосуддя», виконане іншою самостійною структурою – Центральною кримінологічною установою [10]. Після 2009 р. результати досліджень були систематизовані, що дозволило професору Фрайбурзького університету Ф. Шоху аргументувати існування чотирьох типів приватизації: майна (автор її називає, однак не розглядає); організаційної; завдань; функціональної. На його думку, *організаційна приватизація* передбачає зміну організаційно-правових форм виконавців державних завдань, що залишаються

в державному секторі. Для їх виконання держава використовує приватні форми – акціонерні товариства чи товариства з обмеженою відповідальністю, дозволяючи здійснення суверенних завдань приватним суб'єктам під її контролем. *Приватизація завдань* передбачає передачу їх виконання у приватний сектор для здійснення у конкурентному середовищі. Вона є матеріальною, держава ніби «розвантажується». *Функціональна приватизація* передбачає збереження відповідальності носіїв суверенного права, а за приватними суб'єктами залишається виконавча функція. Приватні структури виступають тільки як помічники при здійсненні суверенних повноважень [11]. На мій погляд, через недостатню чіткість критеріїв розмежування Ф. Шох не зміг уникнути повторів та збігів ознак різних типів приватизації.

Зібрана мною інформація дає підставу для висновку, що поява угод та інших елементів приватного права у кримінально-процесуальних кодексах відображає коливання у балансі приватних та публічних складових права, котрі відбуваються не ізольовано, а поряд із публіцизацією приватного права. Публіцизація є наслідком втручання держави у приватні відносини шляхом надання їм ознак публічності, наприклад, приватноправовому договору фізичних осіб із приводу купівлі-продажу квартири. Зобов'язуючи покупця здійснити державну реєстрацію права власності на нерухому річ, держава ініціює виникнення відносин, що належать до предмета публічного права. Розширення елементів публічності веде до звуження приватного права, його обсягу та

ролі, до виникнення на його основі нових галузей – господарського, сімейного права, публічної частини трудового права. У новостворених відносинах спостерігається конфліктогенне обмеження свободи дій учасників. До складових публіцизації належить деприватизація – позбавлення приватних структур повноважень здійснювати публічні функції. В Україні це обмеження, що стосуються, зокрема, добровольчих приватних структур, що пов'язані з АТО. У Швейцарії заборонено з 1 вересня 2015 р. існування фірм найманців та посилено контроль за діяльністю приватних фірм, що надають послуги з безпеки за кордоном [12], котрі зазвичай використовують швейцарські ресурси та інфраструктуру. Проти ерозії приватного права внаслідок посилення законотворчої активності Євросоюзу виступали як окремі вчені (Г. Хонсел) [13], так і знані авторські колективи, зокрема автори коментаря до Німецького цивільного уложення. Вони звернули увагу на те, що нормативні акти ЄС не завжди відповідають вимогам щодо їх правомірності, видаються з перевищенням компетенції, виходять за межі повноважень, субсидіарності та співмірності (пропорційності) [14]. На мою думку, зазначені вище два різноспрямовані рухи у праві об'єктивно відображають потребу в забезпеченні прав людини і громадянина на відповідному етапі розвитку кримінально-процесуальних відносин.

У той же час у кримінально-процесуальному праві відбуваються зміни, які можуть сприйматися як втілення елементів приватного права. Результати зіставлення Цивільного кодексу Украї-

ни (далі – ЦК України) і Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) засвідчують появу в останньому низки положень, які вже існували у приватному праві. Збіги знаходимо у нормах ст. 7 КПК України та Книги другої ЦК України. Чи дійсно є приватизацією запровадження у КПК України норм, схожих із приватноправовими, котрі понад десять років вже існували у ЦК України? Відповіді на питання сприяє з'ясування змісту та походження кожного з положень. Пункт 4 ч. 1 ст. 7 КПК України передбачає повагу до людської гідності. У ЦК України до появи КПК України вже існувала ст. 297, що передбачала право на повагу до гідності та честі, а ст. 298 – повагу до людини, що померла. Збігаються також положення щодо свободи пересування, особистої недоторканності та інших видів свободи – це статті 313, 289, 288 ЦК України та п. 5 ч. 1 ст. 7 КПК України. Недоторканність житла чи іншого володіння врегульовано статтями 311 ЦК України та п. 6 ч. 1 ст. 7 КПК України. Право на особисте життя та його таємницю, таємницю кореспонденції передбачено статтями 301 і 306 ЦК України та п. 7 ч. 1 ст. 7 КПК України. Неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини, особисте життя та його таємницю – містять ст. 3¹ та ст. 301 ЦК і п. 8 ч. 1 ст. 7 КПК України. Статті 3² та 321 ЦК України і п. 9 ч. 1 ст. 7 КПК України закріплюють різні аспекти недоторканності права власності. Принципу диспозитивності цивільного права співзвучна норма п. 19 ч. 1 ст. 7 КПК України, обґрунтованість появи якої здійснила В. В. Навроцькі [15]. Наведе-

ні збіги у нормах кримінального процесуального та цивільного права не свідчать про запозичення останнього, тобто приватизацію кримінального процесу. Більш рання поява названих положень у ЦК України не доказує їх перенесення у КПК України. Думка про те, що основні права людини, передбачені статтями 21–68 Конституції України, знайшли розвиток спочатку у цивільному, а потім і в кримінальному процесуальному праві, звучить переконливіше.

До елементів приватного права у кримінальному процесі належать норми про приватне обвинувачення і узаконені договірні відносини між слідством та обвинувачуваною особою, а також між обвинувачуваним та потерпілим від злочину. Договірні відносини ще називають угодами у кримінальному процесі. Вони передбачені у кримінально-процесуальних кодексах ФРН і України – відповідно у параграфі 257с та у ст. 468. Практика її застосування у ФРН має низку недоліків [16], пов'язується з торгівлею правами, базаром, і як наслідок – зі зникненням кримінально-процесуального права та правової держави [17]. Однак законодавець планує розширення поля застосування приватноправових елементів у кримінальному процесі [18]. В Україні також планувалося запровадити у кримінально-процесуальне законодавство інститут громадського обвинувачення в сфері службових злочинів з ознаками корупційних діянь [19]. Намагання розширити застосування приватних елементів у кримінальному процесі бачимо в Румунії та інших країнах Європи. Однак приватне право не має монополії на термін «угода», котрий вико-

ристовується також і публічним правом. У міждержавних та відомчих угодах, у кримінально-процесуальному праві цей термін набуває публічного змісту. У кримінально-процесуальному праві термін «угода» втрачає приватноправову природу, регулюючи відносини на засадах публічного права, в якому відсутня рівноправність суб'єктів, а волевиявлення учасників не є вільним.

Іншим елементом приватного права у німецькому кримінальному процесі називають приватне обвинувачення. Цей термін часто вживається у німецькомовній літературі – більше 20-ти разів у різних контекстах – у цивільно-процесуальному праві, у законодавстві про судові витрати, у кримінальному праві та Кримінально-процесуальному кодексі ФРН, у законах про молодь, про дорожній рух, у законі про суддів та юридичні професії і в інших актах. На цій підставі можна припустити, що приватне обвинувачення належить до комплексного інституту права, утвореного нормами з ознаками декількох галузей.

Потерпілий від злочину та його поведінка мають важливе кримінально-правове значення, оскільки враховуються при кваліфікації злочину і призначенні покарання. Німецьке кримінально-процесуальне право у міжнародному порівнянні вважається – з точки зору врахування інтересів потерпілого від злочину – далеко просунутим і користується великою міжнародною повагою. Це результат послідовних зусиль законодавця покращувати становище потерпілого. Федеральне міністерство юстиції і захисту прав споживачів (BMJV) надало проект

3-го закону реформи права потерпілого від злочину, оскільки попередні численні законодавчі ініціативи призвели до подрібнення і розпорошення прав потерпілого у безлічі норм і законів. Законопроект передбачає фокусування, систематизацію та узгодження прав потерпілого від злочину.

До запланованих заходів, що мають збільшити кількість приватноправових складових у кримінальному процесі, належить розширення прав потерпілого від злочину, зокрема у Швейцарії. Він набуває права на інформацію стосовно виконання покарання злочинця. Нинішнє законодавство регулює тільки обов'язок інформувати щодо рішення про утримання під вартою, а також про початок чи про припинення розслідування. Із набранням чинності новими положеннями з 1 січня 2016 р. потерпілий отримає право на інформацію про значущі рішення та заходи щодо виконання покарання злочинця. Право на інформацію матимуть не тільки потерпілий від злочину, а також їхні родичі та треті особи, коли їх інтерес є законним. Інформація пенітенціарної системи про злочинця надаватиметься за письмовим запитом через орган виконавчої влади. Якщо надання відповіді буде схвалене, потерпілий отримає інформацію про виконання покарання, його деталі чи про його завершення, звільнення або втечу злочинця. Правоохоронні органи можуть відмовити у запиті, якщо переважатимуть законні інтереси засудженого [20].

Зібрана мною інформація розглянута на трьох рівнях. Підсумки розгляду дозволяють стверджувати, що сутність приватизації чи публіцизації може зво-

дитися до визначення галузевої належності тих чи інших засобів контролю поведінки. Рівень окремих норм – це ніби перший ступінь приватизації – передбачає застосування норм приватного права у публічному праві. Однак процес не проходить ізольовано, він супроводжується публіцизацією приватного права. На цій підставі приватизацію некоректно пов'язувати лише з витісненням чи звуженням публічного права. Розгляд проблеми на рівні окремих галузей виявляє, що співвідношення засобів приватного і публічного права є ситуативним, відображає періодичні коливання балансу в той чи інший бік. На цьому рівні спостерігаємо як звуження приватного права, виникнення із його надр галузей публічного права, так і запровадження у кримінальний процес інститутів приватного обвинувачення та угод, передачу суверенних функцій держави приватним структурам. Розгляд проблеми на глобальному – загальноправовому рівні – дозволяє констатувати, що розвиток права відбувається із залученням різних обсягів елементів приватного чи публічного права та у різних їх комбінаціях. Багаторівневе бачення терміна «приватизація» нівелює загрозу витіснення публічного права. Приватне право вже не може розглядатися як галузь-експансіоніст, тому що його межі також звужуються. Приватизація відбувається не ізольовано, а в контексті урівноважуючої її публіцизації. Основною метою обох протилежно направлених процесів є реалізація актуальних прав людини на конкретному етапі, якими визначається необхідне співвідношення публічного і приватного. На цей час важко перед-

бачити, яким буде згідно з потребами людини співвідношення засобів приватного та публічного права, приміром, через 100 років. Відкрита новітніми дослідженнями тенденція зростання супротиву демократії у всьому світі [21], ймовірно, стимулюватиме збереження чи розвиток імперативних засобів публічного права.

У той же час юридична практика вимагає знання меж галузей для правильного та ефективного застосування їх норм. Визначаючи ситуативні межі приватизації кримінального процесуального права, слід виходити із діючих норм. Нині вони передбачають, що утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ст. 3 Конституції України). Тому його виконання приватними структурами має отримати належне правове забезпечення, якого нині не існує. Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами (ст. 19 Основного Закону), тобто не перекладати власні обов'язки на приватних фізичних чи юридичних осіб.

Висновки. Наслідками запровадження елементів приватного права у кримінальний процес, а також проникнення елементів публічного права у приватне право є ерозія, втрата галузями «чистоти», специфіки та монолітності, звуження сфери самостійного функціонування. Однак названий процес не має вираженого витіснення публічного права. Відбувається кількісне збільшення елементів запобіжного впливу на поведінку, посилення право-

вого контролю шляхом поєднання запобіжної дії норм публічного і приватного права. У громадян з'являються додаткові можливості закріплення й захисту прав завдяки комбінації та поєднанню приватних і публічних засобів.

У перспективі продовження та поглиблення започаткованого дослідження має надати науковцям, практикам,

законодавцям відомості щодо усунення перепон із питань спільного використання запобіжної сили норм кримінально-процесуального і приватного права. Продовження вивчення кількісних та якісних показників приватизації і публіцизації у майбутньому має конкретизувати відповідь на питання про межі дії приватного і публічного.

Список використаних джерел

1. Ebert I. Ponale Elemente Im Deutschen Privatrecht: Von Der Renaissance Der Privatstrafe Im Deutschen Recht (Jus Privatum) / I. Ebert (German Edition) (German). – Tübingen : Mohr Siebeck, 2004. – 663 s.
2. Альбрехт П. А. Забытая свобода: принципы уголовного права в европейской дискуссии о безопасности / П. А. Альбрехт. – Харьков : Право, 2012.
3. Мошак Г. Г. Використання засобів приватного права у запобіганні злочинності / Г. Г. Мошак. – Х. : Кроссрод, 2010. – 195 с.
4. Rudiger W. Privatisierung von polizeilichen Aufgaben / W. Rudiger, P. (Hg.) Monika. – Bundeskriminalamt Wiesbaden, 1996. – 139 s.
5. Obergfell-Fuchs J. Privatisierung von Aufgabenfeldern der Polizei / J. Obergfell-Fuchs. – Bundeskriminalamt Wiesbaden, 2000. – 419 s.
6. Leisner W. Privatisierung des Öffentlichen Rechts. Von der «Hoheitsgewalt» zum gleichordnenden Privatrecht / W. Leisner. – Berlin : Duncker & Humblot, 2007. – 170 s.
7. Kreissl R. Privatisierung von Sicherheit, in Kriminologisches / R. Kreissl // Journal. – Heft 1. – 2009.
8. Eisenmenger S. Privatisierung der Justiz aus rechtlicher und ökonomischer Sicht / von Sven Eisenmenger. – 2012. – München, Univ., Habil. – Schr. – 233 s.
9. Burgi M. Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf Gutachten für den 67. Deutschen Juristentag [Електронний ресурс] / M. Burgi. – Режим доступу: <http://www.djt.de/die-tagungen/67-deutscher-juristentag/>.
10. Privatisierung in der Strafrechtspflege. – Axel Dessecker (Herausgeber). – 212 Seiten. – 2008/1., Aufl. Kriminologische Zentralstelle (Verlag).
11. Schoch F. Die staatliche Einbeziehung Privater in die Wahrnehmung von Sicherheitsaufgaben [Електронний ресурс] / F. Schoch. – Режим доступу: http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2009_1_14.pdf.
12. <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-57811.html>.
13. Honsell H. Die Erosion des Privatrechts durch das Europarecht / H. Honsell // ZIP Archiv > ZIP. – 14/2008. – S. 621.
14. Westermann H. P. BGB-Schuldrecht Allgemeiner Teil (Schwerpunkte Pflichtfach) Taschenbuch [Електронний ресурс] / H. P. Westermann, 3. Bydlinski, R. Weber. – 30. September 2013. – Режим доступу: http://books.google.com.ua/books?id=8h8rAgAAQBAJ&pg=PA23&lpg=PA23&dq=Honsell+Erosion+des+Privatrechts+durch+das+Europarecht&source=bl&ots=dDOKyxVXW7&sig=R D76pfrH0HCJfk8SoCTHoc_XlO0&hl=de&sa=X&ei=Y2xZVeXXL8n7UPuogbgJ&ved=0CBwQ6AEwAA#v=onepage&q=Honsell%20Erosion%20des%20Privatrechts%20durch%20das%20Europarecht&f=false.
15. Навроцька В. В. Засада диспозитивності та її реалізація в кримінальному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / В. В. Навроцька ; ЛНУ ім. Івана Франка. – Л., 2007. – 255 с.

16. Studie zum Deal im Strafprozess. NRW-Richter umgehen das Gesetz [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.lto.de/recht/nachrichten/n/studie-zum-deal-im-strafverfahren-richter-umgehen-gesetz/>.
17. Schönemann B. Die Zukunft des Strafverfahrens – Abschied vom Rechtsstaat [Електронний ресурс] / В. Schönemann. – Режим доступу: <http://www.degruyter.com/view/j/zstw.2008.119.issue-4/zstw.119.4.927/zstw.119.4.927.xml>.
18. Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Opferrechte im Strafverfahren (3. Opferrechtsreformgesetz) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetze/GE_OpferrechteStrafverfahren.pdf?__blob=publicationFile.
19. Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо посилення ролі громадянського суспільства у боротьбі з корупційними злочинами [Електронний ресурс] : Закон України від 02.12.2014 № 1165. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JH0WD00I.html.
20. Opfer werden künftig über den Straf und Massnahmenvollzug informiert [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=57333>.
21. Zivilgesellschaft unter Druck: Globaler Widerstand gegen Demokratie wächst [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.praeventionstag.de/nano.cms/news/details/1614>.

Стаття надійшла до редакції 27.07.2015.

Мошак Г. Элементы частного права в уголовном процессе в ФРГ

В статье рассмотрены изменения в праве, связанные с введением в уголовный процесс элементов частного права.

Ключевые слова: приватизация, публицизация, уголовный процесс, предупреждение преступности.

Moshak G. Privatization of Criminal Procedure in the Federal Republic of Germany

Special studies of privatization in sciences of criminal cycle, i.e. an integration of private law elements into public law, including the branch of criminal procedural law, with reference to the materials of the Federal Republic of Germany have been not carried out yet. They are currently important due to the necessity for better understanding of the peculiarities of manifestation, consequences and possibilities of usage of the above mentioned process. The privatization of public law in the Federal Republic of Germany is a relatively investigated matter, which forms the conditions for borrowing the experience. The analysis of theoretical provisions, legislation and judicial practice of the Federal Republic of Germany and Ukraine determined the objectives of the article – to consider the agreements and private prosecution in criminal procedure, as well as other elements of public law privatization not isolated within one branch, but in the context of interrelated changes in law with the purpose of preliminary estimates, forecasts and specific recommendations. The information collected by me is reviewed at three levels. The results of the review allow me to state that the essence of privatization or publicization can resolve itself into determination of the industry sector of certain means of behavior control. The level of certain norms allows for the application of private law norms in the public law. However, the process runs not independently, it is accompanied by publicization of private law. That is why it is not correct to associate privatization only with the displacement or narrowing of public law. The consideration of the problem at the level of various industries reveals that the ratio of means of private and public law is situational, reflecting the periodic fluctuations of the balance in one or another direction. There is both a narrowing of private law, the emergence of public law fields out of its depths and the integration of institutes of private prosecution and agreements etc. into criminal procedure. The investigation of the problem at a global, i.e. general legal level, allows

me to claim that the development is carried out with the involvement of different volumes of means of private or public law and in their various combinations.

Conclusions. On the one hand, among the consequences of privatization of criminal procedure or publicization of private law there is erosion, loss of their 'purity', specific character and solidity, narrowing of the scope of their independent function; privatization has no expressed exclusion of public law. On the other hand, there is a quantitative increase of means of preventive influence on the behavior, a strengthening of legal control due to the combination of preventive action of norms of public and private law. The citizens get additional opportunities of consolidation and protection of rights due to the combination and joining of private and public means.

The continuation and extension of the initiated study should provide researchers, practitioners, legislators with the information concerning the removal of obstacles, in particular on sharing.

Keywords: criminal procedure, privatization, publicization.