

ОДЕСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ МОРСЬКИЙ УНІВЕРСИТЕТ

Г. Г. Мошак

**ВИКОРИСТАННЯ
ЗАСОБІВ ПРИВАТНОГО ПРАВА
У ЗАПОБІГАННІ ЗЛОЧИННОСТІ**

(за матеріалами ФРН)

Монографія

2-ге видання

Харків
«Право»
2020

УДК 341.9:343.853

М87

*Рекомендовано до видання вченою радою
Одеського національного морського університету
(протокол № 5, ухвала від 27 січня 2010 р.)*

Рецензенти:

В. І. Борисов, академік Національної академії правових наук України,
професор;

В. В. Голіна, член-кореспондент Національної академії правових наук
України, професор

Мошак Г. Г.

М87 Використання засобів приватного права у запобіганні злочиннос-
ті (за матеріалами ФРН) : монографія / Г. Г. Мошак. – 2-ге вид. – Хар-
ків : Право, 2020. – 196 с.

ISBN 978-966-937-942-9

У монографії викладено теоретичні та прикладні питання, пов'язані із за-
стосуванням засобів приватного права у запобіганні злочинності. Досліджен-
ня здійснено на сучасних приватноправових та публічно-правових матеріалах
ФРН, які раніше не перекладалися українською чи російською мовами.

Для науковців і практиків, викладачів і студентів юридичних закладів ви-
щої освіти, тих, хто цікавиться новітніми засобами запобігання злочинності
у німецькомовному просторі.

УДК 341.9:343.853

© Мошак Г. Г., 2020

© Оформлення. Видавництво
«Право», 2020

ISBN 978-966-937-942-9

ПЕРЕДМОВА

У монографії викладено методологічні, теоретичні та прикладні аспекти використання засобів приватного права у запобіганні злочинності на основі аналізу положень сучасного німецького приватного права та кримінології і окремих порівнянь з відповідними положеннями українського права (у випадку існування таких).

Показано елементи, які об'єднують приватне і кримінальне право, взаємодію галузей у вирішенні спільних задач і інші підстави використання засобів приватного права для запобігання злочинності. Спільне застосування засобів приватного права з засобами галузей кримінального циклу взаємно посилює їх запобіжні можливості. Викладені автором у попередніх публікаціях положення, що стосувалися правопорушень і злочинів у сфері сімейних відносин, отримали на матеріалах ФРН додаткові докази і розвиток. Висновки та міркування, які випливають з аналізованого матеріалу, обґрунтовують необхідність ширшого використання приватного права з запобіжною кримінологічною метою в Україні з урахуванням особливостей розвитку (сімейних, корупційних чи інших) суспільних відносин. Рекомендації як вберегтися від віктимізації, запобігти небезпечним ситуаціям, правопорушенням та злочинам обґрунтовуються до деякої міри умовністю формального поділу деліктів на правопорушення та злочини, а також схожістю і збігом запобігання необережних злочинів та нещасних випадків¹.

Об'єктивні обставини – міжгалузевий характер використаних матеріалів, національна німецька специфіка та суттєві змістовні відмінності німецького від українського права, оцінка та інтерпретація яких обумовлюються походженням джерел і складним контекстом, відсутність в Україні монографічних досліджень застосування приватного права у запобіжних кримінологічних цілях – вимушено ускладнили текст. Окремі відмінності монографії від кримінологічної літератури, створеної на традиційному вітчизняному матеріалі, пояснюються природою досліджуваного об'єкту – положеннями іноземного, здебільшого приватного права. Разом із тим, в роботі відображено новітні кримінологічні яви-

¹ Кримінологія. Підручник / За редакцією проф. В. В. Голіни. 2-ге видання. – Харків: «Право», 2009. – С. 157.

ща та процеси, що відбуваються у ФРН, їх зв'язок з більше ніж столітнім розвитком ринкового господарства і права, права ЄС, економічного й політичного лідерства ФРН на світовій арені, а також виконання провідних функцій у Євросоюзі.

Дослідження здійснювалося у постійному контакті з німецькими фахівцями. Репрезентативність і достовірність отриманих даних забезпечувалися спеціальними заходами. Використання у дослідженні більше 400 фахових німецькомовних джерел, що раніше не перекладалися українською чи російською мовами (у т.ч. монографії професора Франкфуртського університету П.-А. Альбрехта «Забута свобода: принципи кримінального права в європейській дискусії про безпеку», яку видано нами в Одесі¹), забезпечило необхідний обсяг порівняльного матеріалу. Створення за ініціативою і за участю автора монографії Інституту німецького права Одеського національного морського університету (ОНМУ) і його (до 200) німецькомовних сторінок на сайті ОНМУ² як інфраструктурних елементів дослідження надало організаційну можливість зібрати й використати бібліотеку сучасної фахової цивілістичної та кримінологічної німецькомовної літератури, залучити до співробітництва фахівців ФРН. Інформація і досвід, отримані завдяки участі у роботі двох німецьких товариств – порівняльного правознавства (Фрайбургський університет) і наукової міждисциплінарної кримінології (Гамбургський університет) – використані при викладі теми і верифікації висновків щодо німецьких кримінологічних теорій, запобіжної практики, наукової конкуренції кримінологічних шкіл і, зрештою, у курсі лекцій для студентів ОНМУ з порівняльної кримінології (на німецькій мові).

Результати дослідження викладено у термінах, вживаних у підручнику «Кримінологія» за ред. проф. В.В.Голіни (2-е видання) з метою нівелювання термінологічних розбіжностей. Переклад найбільш складних термінів узгоджувався з завідувачем кафедри германської філології Київського національного університету ім. Т.Г. Шевченко доцентом Сойко І. В. У монографії використано результати окремого спеціального дослідження джерел німецького права і контексту їх застосування в українських розвідках потерпілого від злочину (які опубліковано також у ФРН на німецькій

¹ Альбрехт П.-А. Забытая свобода. Принципы уголовного права в европейской дискуссии о безопасности. – Одесса: «Юридическая литература», 2005. – 160 с.

² Режим доступу: www.osmu.odessa.ua/inp/. - Назва з екрану.

мові¹). У всіх частинах монографії наводяться докази близькості німецького й українського права та існування співпадінь у розв'язанні окремих задач, чим обґрунтовується висновок про присутність розглянутих положень українського права в якості важливої складової європейської правової науки².

Матеріали конференцій, Днів науки, дискусій у Харкові, в яких брав участь автор, врахування зауважень, побажань провідних фахівців Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, включаючи рецензентів опублікованих статей автора, використані з метою надання монографії ознак харківської школи запобігання злочинності.

Апробація результатів дослідження здійснювалася як в Україні, так і у ФРН і Австрії у ході міжнародних наукових конференцій, симпозіумів, семінарів, круглих столів, виступів автора на наукових заходах у Франкфурті/М, Берліні, Мангеймі, Кельні, Відні, а також шляхом надання пропозицій щодо запобігання злочинності зацікавленим особам.

Викладені в монографії відомості про запобіжну діяльність у ФРН мають на меті допомогти читачу установити, що нині відбувається у ФРН, для того щоб створити прогноз розвитку злочинності та передбачити заходи її запобігання в Україні. Автор монографії не пропонує використовувати виключно німецький досвід. Як гідна альтернатива іншим зарубіжним моделям запобігання злочинності, німецькі напрацювання доповнюють вітчизняні уявлення про шляхи розв'язання специфічних питань в Україні.

Здійснений у монографії аналіз засобів приватного права і практики їх застосування у запобіганні злочинності є першим монографічним дослідженням теми як в Україні, так і у ФРН. Автор щиро вдячний рецензентам академіку Національної академії правових наук України Борисову В.І. та члену-кореспонденту Національної академії правових наук Голіні В.В., які сприяли підготовці монографії до друку.

¹ Mošak, Grigorij G. Gottschalkson S. – Opfer einer Straftat. – Odessa : Zentrum für Europäische Rechtspraxis. – 2010. – 22 s.

² Г. Мошак. Запобігання злочинності у ФРН з використанням приватноправових засобів // Право України. – Київ. – 2010. – № 7. – С. 157-163.

Розділ 1

ПІДҐРУНТЯ ВИКОРИСТАННЯ ЗАСОБІВ ПРИВАТНОГО ПРАВА У ЗАПОБІГАННІ ЗЛОЧИННОСТІ

1.1. Методологічні аспекти використання засобів приватного права у запобіганні злочинності

Розгляд методологічних питань використання засобів приватного права в запобіганні злочинності (включаючи застосування в окремії сфері – сімейних відносин) здійснено на основі аналізу обставин їх виникнення та розвитку, спільного і взаємодії приватного права з галузями кримінального циклу. Одержані результати дозволяють сформулювати окремі думки та висновки.

Розвиток національних систем права здійснюється на власній основі, проте залучення порівняльного матеріалу виправдано необхідністю творчого й обґрунтованого використання іноземного досвіду, а також розповсюдження за кордоном власних дослідницьких досягнень. В якості методологічної основи дослідження використано загальнонауковий (діалектичний) метод пізнання правової дійсності, який дозволив розглянути міжгалузеві зв'язки кримінального й цивільного права, а також зв'язки окремих правових явищ (злочинів, правопорушень) із суспільними явищами (сім'я, свобода) тощо. Використовувалися історико-правовий, формально-юридичний, порівняльний методи пізнання, а також лінгвістичний метод, методи комплексного аналізу, системного підходу, міжгалузевого регулювання.

В монографії розгляд окремих положень німецького й українського публічного права здійснено не для цілей їх вдосконалення, а з огляду на значимість взаємодії з засобами приватного права. У ФРН галузь публічного права розвивалася під впливом постгромадянського й індивідуалістського суспільств, які надали можливість будувати автономне життя. Цей індивідуалізм був чужим для соціально-правової філософії XVIII-XIX століть, коли свободу розуміли як цінність, призначену більше для суспільства, ніж для окремого індивіда. Свобода більше відносилася до права вибору релігії чи економічної діяльності, до захисту права власності, тоді як

у плюралістичних суспільствах зросло її значення для особистості та щодо права на частки у майнових правах. Запобіжне відновлення (у цивільному праві – попереднього стану; відшкодування шкоди потерплого від злочину у праві соціального забезпечення) пов'язане із станом кримінальної політики, з наукою кримінального права та практикою його застосування у ФРН.

Зростання цінності особистості відобразилося у німецькому кримінальному праві у вигляді великого числа легальних підстав для відстрочення чи заміни покарання у вигляді позбавлення волі та у зменшенні значення особистої вини за скоєне. Зменшення значення індивідуальної автономії супроводжується зростанням у кримінальному праві ролі соціальної обумовленості поведінки. Осудність продовжує відігравати важливу роль. Хоч дії людини обумовлюються індивідуальною біографією, генетичними, культурними й субкультурними чинниками, однак основою її прав продовжують залишатися нормативні підстави. Дві наведені моделі – детерміністично сконструйованого кримінального права кантіанського бачення ХІХ століття і кримінального права сучасного періоду, коли правам особистості плюралістичного суспільства ХХІ століття надається конституційне значення – не суперечать одна одній, вони відображають лише суспільні зміни.¹

Під впливом суспільних змін поряд з поняттям вини у німецькому кримінальному праві виник термін «небезпека». Він включає як відповідальність за злочини осудних осіб, так і заходи щодо неосудних (двох-ступенева система). З огляду на відносну зумовленість людської поведінки ні принцип вини, ні приватна автономія при сучасному стані кримінального права не мають підстав ставитися під сумнів. Проблеми створює не теорія чи практика реалізації принципу вини, а прогноз щодо небезпечності. Намагання якомога раніше розпізнати небезпечність окремих дій чи осіб спричинили не лише зміни до німецького законодавства (здійснена криміналізація деяких дій, пов'язаних з технікою, сексом та порнографією), а й необхідність зосередитися на моделі кримінально-правового контролю та упередженні розпливчато сформульованих небезпечних станів.

¹ Frommel M. Die Konsequenzen der Hirnforschung im Sanktionenrecht. – Режим доступу: <http://www.uni-kiel.de/isk/cgi-bin/files/text-maria-laach-mrz07>. – S. 1-2. – Назва з екрану.

Посилення запобіжних відтінків мислення пов'язано з намаганням якомога раніше запобігати скоєнню злочинів і є наслідком підвищення гостроти сприйняття дійсної чи потенційної жертви злочину. У параграфі 66 Кримінального кодексу ФРН використовується термін «схильність» і передбачається запобіжне ув'язнення осіб, «схильних» до суттєвих злочинів. Термін «схильність» включає імперативні запобіжні моменти, які не передбачають вини (характер, вподобання, зразки поведінки). Викладене вказує на те, що майбутнє кримінального права будуть виражати очікування безпеки та захист потерпілого. Однак принцип вини є і залишиться критерієм, спрямованим проти розпливчатих норм запобіжного кримінального права, і є у ФРН конституційно непорушним.

Криминологія у ФРН поділена на дві основні течії. Перша орієнтована на практику, її представники об'єднані у “Нове криминологічне товариство” (NKG). Інша частина сконцентрована у “Товаристві міждисциплінарної наукової криминології” (GIWK), це наукова критично орієнтована криминологія (належність до товариства також і автора цієї монографії він вважає честю для українського дослідника). Перша більше використовує кримінально-правову, психіатричну чи психологічну аргументацію. Тоді як інша підкреслює соціальні, політологічні та історичні аспекти проблеми¹. Теоретичні погляди українських криминологів, здається, переважно об'єднує належність до того чи іншого місця роботи і, відповідно, наукової школи. Обидві течії у Німеччині, та і більшість українських вчених, підкреслюють прихильність до міждисциплінарних досліджень та необхідність врахування впливу сучасних процесів у суспільствах. Сучасна ситуація запобігання злочинності у ФРН з деякою мірою умовності зводиться до наступного: запобігання злочинності часто здійснюється без врахування локальної необхідності в ній; запобігання концентрується переважно на злочинності молоді; запобігання злочинності зводиться переважно до запобігання порушень суспільного порядку, яке здійснюється із застосуванням поліції згідно поліцейського права; співвідношення між репресивним запобіганням (запобігання з точки зору безпеки, електронне спостереження) та соціально-інтегративним запобіган-

¹ Pilgram A., Pritwitz C. (Hrsg.): Kriminologie. Akteurin und Kritikerin gesellschaftlicher Entwicklung. Über das schwierige Verhältnis der Wissenschaft zu den Verwaltern der Sicherheit. Nomos Verlagsgesellschaft (Baden-Baden) 2005. – 310 s.

ням змінюється на користь першого; оцінка проектів запобігання злочинності у сенсі контролю їх успішності, але також і врахування побічних негативних ефектів на постійній основі – у ФРН не завжди здійснювалася¹.

Поява і подальший розвиток використання приватноправових засобів у запобіжних кримінологічних цілях є частиною суспільних процесів та соціально-політичних і правових змін. В кримінології почала відображатися тенденція часткового перекладання державами відповідальності за боротьбу зі злочинністю та за її запобігання на приватних осіб. Стан боротьби зі злочинністю все тісніше пов'язується державами із загальним станом проблем у конкретній країні, з дефіцитом матеріальних та фінансових ресурсів. Потерпілі від злочинів постають перед необхідністю вибору – між очікуванням реакції державних органів на злочинні прояви чи самозахистом, або зверненням для вирішення проблеми до громадських, приватних, тобто недержавних суб'єктів як альтернативних. Викладене демонструє справа Свена В. із м. Дрезден, в якого було викрадено автомобіль BMW X6, вартістю 85 000 євро. Він заявив німецькій поліції, що навігаційна електронна система вказує на гараж у Польщі, за 40 км від німецького кордону, де знаходиться викрадений автомобіль, і просив вжити негайних заходів для відвернення подальшого його транспортування, наприклад, у Росію. Оскільки відповіді не одержав, з такою ж заявою звернувся до польської поліції, однак і та не відреагувала. Тоді Свен В. самостійно розбив двері гаража під наглядом польської поліції і забрав автомобіль до ФРН².

Наслідками розвитку наведеної тенденції є заклики до самоконтролю та самозахисту, запровадження передбачуваного законодавством обов'язку здійснювати власний (особистий) контроль, зокрема у сферах «відмивання грошей», фінансування тероризму, у сфері охорони довкілля тощо. На приватних осіб покладаються функції контролю – приватними фінансовими установами за законністю грошових потоків, за додержанням законодавства щодо охорони природи приватними володільцями чи власниками. Приватноправові засади та засоби використовуються у

¹ Ostendorf H. Kritische Reflexionen zur Kriminalprävention. – Режим доступу: <http://www.dvjj.de/download.php?id=339>. – Назва з екрану.

² Nach der spektakulären Aktion eines Dresdners in Polen Herr... – Режим доступу: <http://www.bild.de/...polen/darf-ich-mein-auto-zurueckklauen-herr-innenminister.html>. – Назва з екрану.

Швейцарії для регулювання соціальної політики держави. Стаття ст.64 Конституції Швейцарської Конфедерації передбачає розподіл компетенції між федерацією та кантонами на видання нормативних актів не за предметом чи за сферою життєдіяльності, а за методом регулювання – приватноправовим чи публічно-правовим.¹

Приватне (цивільне) право та кримінологію у ФРН і в Україні відрізняють предмет, функції, задачі. Об'єднуючим їх елементом є належність обох до юридичних наук. Приналежність кримінології до соціальних наук у Великобританії віддаляє її від цивільного права, однак більш виправданим стає залучення соціологічного матеріалу. Провідні німецькі кримінологи вважають англійську кримінологію ефективнішою, оскільки вона більш насичена, має більше досліджень та публікацій, ніж німецька². Приватне право та кримінологію поєднує розробка та використання засобів, призначених для упередження порушень права, а також використання спільної правової термінології. Міжгалузєва взаємодія в Україні й у ФРН сприяє також «імплементатії» в адміністративне право (Валль Х.)³ та у кримінальне право, кримінологію цивільно-правової термінології. У поняттях складів злочинів, зокрема проти власності, використовуються терміни і поняття інституту права власності та інших речевих прав.

Приватне і публічне право, кримінологія є різними, але пов'язаними складовими одного цілого – права, що зумовлює необхідність координації й узгодження їх дій та виключає ізольоване існування. Ступінь взаємодії, взаємовпливу та поєднання зусиль імперативного кримінального права та диспозитивного приватного права у суспільних відносинах у різних сферах життя, в економіці чи політиці, у житті окремих підприємств чи сім'ї – суттєво відрізняється та має специфічні прояви. При цьому взаємодія чи спільна дія кримінального та цивільного права не призводять до втрати самостійності цих галузей, оскільки вони володіють особливим

¹ Jean-François Aubert, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Bd. I, Neubearbeiteter Nachtrag, Basel. – Frankfurt am Main 1991, Rz. 648; Peter Widmer, Normkonkurrenz und Kompetenzkonkurrenz im schweizerischen Bundesstaatsrecht, Winterthur 1966, S. 25 ff. und S. 61 f.; Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 7. Juni 1995. – Режим доступу: http://www.vpb.admin.ch/deutsch/cont/.../aut_1.1.3.5.html. – Назва з екрану.

² Куди йде кримінологія? Розмова з Ф.Саком // Kriminologisches Journal. – 2002. – № 34. – S.41-46.

³ Валль Х. Придатність до застосування приватноправових приписів в адміністративному праві – Wall, Heinrich de. – Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht. – 1999. – Law. – 584 s.