

УДК 340.114:355.211.3 (477)

Г. Г. МОШАК

Григорій Григорович Мошак, доктор юридичних наук, професор, старший науковий співробітник НДІ вивчення проблем злочинності ім. В.В. Сталіна

ПРИВАТИЗАЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ У ФРН

Спеціальні дослідження приватизації у науках кримінального циклу, тобто внесення в публічне право елементів приватного права, включно у галузь кримінально-процесуального права, за матеріалами ФРН не здійснювалися. Їх актуалізує необхідність більшого розуміння особливостей прояву, наслідків та можливостей використання зазначеного процесу. У ФРН приватизація публічного права є відносно дослідженою темою, що утворює передумови для запозичення досвіду. Аналіз теоретичних положень, законодавства і судової практики ФРН і України визначили завдання статті – угоди і приватне обвинувачення у кримінальному процесі, а також інші елементи приватизації публічного права – розглянути не ізольовано, у рамках однієї галузі, а у контексті взаємопов'язаних змін у праві з метою здійснення попередніх оцінок, прогнозів та окремих рекомендацій.

З питання приватизації публічного права у німецькій науковій літературі відсутня єдність як у середовищі цивілістів, так і криміналістів. Одні визнають, що приватне право містить каральні елементи¹. Інші закликають до очищення від елементів приватного права, під впливом яких знищується кримінальне право у Німеччині, Італії, Франції та Великій Британії². Аргументуючи необхідність дотримання «чистоти галузей», представники наук публічного і приватного права здебільшого проти привнесення «чужих», не властивих їм елементів. Хоч приватизація та її протилежність, публіцизація, 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. В Україні 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, вірогідно, може посилити запобіжний вплив на негативні відхилення поведінки від норми, оскільки дозволяє одночасно застосовувати норми різних галузей³. Правовий контроль за поведінкою набуває два підґрунтя – що мають публічне і приватне право.

У сучасній літературі ФРН на початкових етапах досліджень 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.

Керівництво кримінальної поліції ФРН не одразу погодилось на приватизацію поліцейських завдань. Та згодом здійснило на своєму офіційному сайті публікації результатів масштабних досліджень різних її сторін. Р. Вай та М. Плате на майстер-класі у Федеральному управлінні кримінальної поліції розкрили можливості приватизації сфер діяльності⁴.

І. Обергфель-Фукс у емпірично-кримінологічному аналізі виклав результати дослідження впливів на сприйняття безпеки населенням⁵. У наступних роботах: «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 її здійснення. Помітним явищем у розробці зазначеної проблеми стало дослідження «Приватизація в галузі кримінального правосуддя», виконане іншою самостійною структурою – Центральною кримінологічною установою¹⁰.

На наступному етапі систематизовано результати досліджень, що дало змогу професору Фрайбурзького університету Ф. Шоу 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 у державному сек-

торі. Для їх реалізації держава використовує приватні форми – акціонерні товариства чи товариства з обмеженою відповідальністю, дозволяючи розв'язання 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 нібито «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 повноважень¹¹. На наш погляд, через недостатню чіткість критеріїв розмежування Ф. Шох не зміг уникнути повторень та збігів ознак різних типів приватизації.

Поява угод та інших елементів приватного права у кримінально-процесуальних кодексах відображає коливання у балансі приватних та публічних складових права, що відбуваються не ізольовано, а поряд з публіцизацією приватного права. Публіцизація є наслідком втручання держави у приватні відносини шляхом надання їм ознак публічності, наприклад, приватноправовому договору фізичних осіб з приводу купівлі – продажу квартири. Зобов'язуючи покупця здійснити державну реєстрацію права власності на нерухомі речі, держава ініціює виникнення відносин, що належать до предмета публічного права. Втручання у господарські відносини шляхом надання їм публічності призводить до зуження 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, яке стосуються, зокрема, добровольчих приватних структур, що пов'язані з АТО. У Швейцарії забороняється з 1 вересня 2015 р. існування фірм найманців та посилюється контроль за діяльністю приватних фірм, що надають послуги з безпеки за кордоном¹², 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 (пропорціональності)¹⁴. На нашу думку, зазначені вище два різнонаправлені рухи у праві об'єктивно відображають потребу у забезпеченні прав людини і громадянина на відповідному етапі розвитку кримінально-процесуальних відносин.

Разом із тим у кримінально-процесуальному праві відбуваються зміни, які можуть сприйматися як втілення елементів приватного права. Результати зіставлення Цивільного (далі – ЦК) і Кримінально-процесуального кодексів України (далі – КПК) 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 з приватноправовими, котрі більше десяти років вже існували у Цивільному кодексі України? Відповіді на питання сприяє з'ясування змісту та походження кожного з положень. Пункт 4 ст. 7 КПК України передбачає повагу до людської гідності. У Цивільному кодексі до появи КПК вже існувала ст. 297, що передбачала право на повагу до гідності та честі, а ст. 298 – повагу до людини, яка померла. Збігаються також положення щодо свободи пересування, особистої недоторканності та інших видів свободи – це ст. ст. 313, 289, 288 ЦК та п. 5 ст. 7 КПК. Недоторканність житла чи іншого володіння врегульовано ст. 311 ЦК та п. 6 ст. 7 КПК. Право на особисте життя та його таємницю, таємницю кореспонденції передбачено ст. ст. 301 і 306 ЦК та п. 7 ст. 7 КПК. Неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини, особисте життя та його таємницю – містять ст. ст. 3-1 та 301 ЦК і п. 8 ст. 7 КПК. Статті 3-2 та 321 ЦК і п. 9 ст. 7 КПК закріплюють різні аспекти недоторканності права власності. Принципу диспозитивності цивільного права співзвучна норма п. 19 ст. 7 КПК, обґрунтованість появи якої здійснила В.В. Навроцька¹⁵. Наведені певні збіги у нормах кримінально-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 ст. ст. 21–68 Конституції України, знайшли розвиток спочатку у цивільному, а потім і в кримінально-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 недоліків¹⁶, пов'язується з торгівлею правами, і як наслідок – зі зникненням кримінально-процесуального права та правової держави¹⁷. Однак законодавець планує розширення поля застосування приватноправових елементів у кримінальному процесі¹⁸. В Україні також планувалося запровадити у кримінально-процесуальне законодавство інститут громадського обвинувачення в сфері службових злочинів з ознаками корупційних діянь¹⁹. Намагання розширити застосування приватних елементів у кримінальному процесі бачимо у Румунії та інших країнах Європи. Однак приватне право не має монополії на термін «угода», котрий використовується 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 саму суть приватноправової природи, регулюючи відносини на засадах публічного права, у 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 – понад 20 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 (далі – BMJV) надало проект третього закону реформи права потерпілого від злочину, оскільки попередні численні законодавчі ініціативи призвели до подрібнення й розпорошення прав потерпілого у безлічі норм і законів. Законопроект передбачає фокусування, систематизацію та узгодження прав потерпілого від злочину.

До запланованих заходів, що збільшать кількість приватноправових складових у кримінальному процесі, належить розширення прав потерпілого від злочину, зокрема, у Швейцарії. Він отримає право 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. З набранням чинності нових положень з 1 січня 2016 р. потерпілий отримає право на інформацію про значимі 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 схвалено, 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 засудженого²⁰.

Зібрану нами інформацію розглянуто на трьох рівнях. Підсумки розгляду дають змогу стверджувати, що сутність приватизації чи публіцизації може зводитися до визначення галузевої належності тих чи інших засобів контролю поведінки. Рівень окремих норм – це ніби перша ступінь приватизації – передбачає застосування норм приватного права у публічному праві. Однак процес не протікає ізольовано, він супроводжується публіцизацією приватного права. На цій підставі приватизацію не коректно 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 – допомагає констатувати, що розвиток здійснюється із залученням різних обсягів засобів приватного чи публічного права та у різних їх комбінаціях. Багаторівневе бачення терміна «приватизація» нівелює загрозу витіснення публічного права. Приватне право уже не може розглядатися у якості галузі-експансiонiста, межі якого 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 даний час важко передбачити, яким буде згідно з потребами людини співвідношення засобів приватного та публічного права приміром через 100 років. Відкрита новітніми дослідження тенденція зростання супротиву демократії у всьому світі²¹, ймовірно, стимулюватиме збереження чи розвиток імперативних засобів публічного права.

Водночас юридична практика вимагає знання меж галузей для правильного та ефективного застосування їх норм. Визначаючи ситуативні межі приватизації кримінально-процесуального права, слід виходити із чинних норм. Нині вони передбачають, що утвердження й 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 Конституції України), тобто не перекладати власні обов'язки на приватних фізичних чи юридичних осіб.

З одного боку, наслідками приватизації кримінального процесу чи публіцизації приватного права є ерозія, втрата ними «чистоти», специфіки та монолітності, звуження сфери самостійного функціонування; приватизація не має вираженого витіснення публічного права. З іншого боку, – відбувається кількісне збільшення арсеналу (набору) елементів запобіжного впливу на поведінку, посилення правового контролю шляхом поєднання запобіжної дії норм публічного і приватного права. У громадян з'являються додаткові можливості закріплення і захисту прав завдяки комбінації та поєднанню приватних і публічних засобів.

Продовження та поглиблення започаткованого дослідження має надати відомості науковцям, практикам, законодавцям щодо усунення перепон, зокрема з питань спільного використання запобіжної сили норм кримінально-процесуального і приватного права. Вивчення кількісних та якісних показників приватизації і публіцизації може наблизити до відповіді на питання про межі дії приватного і публічного.

- ¹ Ebert I. Ponale Elemente Im Deutschen Privatrecht: Von Der Renaissance Der Privatstrafe Im Deutschen Recht (Jus Privatum) (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. – Х. : Право, 2012. – С. 113–118.
- ³ Мошак Г. Г. Використання засобів приватного права у запобіганні злочинності / Г. Г. Мошак. – Х. : Кроссруд, 2010. – 195 с.
- ⁴ Rudiger Wei, Monika Plate (Hg.). Privatisierung von polizeilichen Aufgaben. – Bundeskriminalamt Wiesbaden, 1996. – 139 s.
- ⁵ Joachim Obergfell-Fuchs. Privatisierung von Aufgabenfeldern der Polizei. – 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 / R. Kreissl, in Kriminologisches Journal, Heft 1, 2009.
- ⁸ Eisenmenger S. Privatisierung der Justiz aus rechtlicher und ökonomischer Sicht / S. Eisenmenger / 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]. – 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]. – Режим доступу : http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2009_1_14.pdf
- ¹² [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-57811.html>
- ¹³ Honsell H. Die Erosion des Privatrechts durch das Europarecht. ZIP Archiv» ZIP 14/2008. – S. 621.
- ¹⁴ Westermann H. P., Bydlinksi Z., Weber R. BGB-Schuldrecht Allgemeiner Teil (Schwerpunkte Pflichtfach) Taschenbuch – 30. September 2013 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://books.google.com.ua/books?id=8h8rAgAAQBAJ&pg=PA23&lpg=PA23&dq=Honsel+Erosion+des+Privatrechts+durch+das+Europarecht&source=bl&ots=dDOKyxVXW7&sig=RD76pfrH0HCJfk8SoCTHoc_XIO0&hl=de&sa=X&ei=Y2xZVeXXL8n7UPuogbgJ&ved=0CBwQ6AEwAA#v=onepage&q=Honsel%20Erosion%20des%20Privatrechts%20durch%20das%20Europarecht&f=false – Назва з екрана
- ¹⁵ Навроцька В. В. Засада диспозитивності та її реалізація в кримінальному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / В. В. Навроцька ; Львівський національний ун-т 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 Schünemann B. Die Zukunft des Strafverfahrens – Abschied vom Rechtsstaat : [Електронний ресурс]. – 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 – Назва з екрана.
- ¹⁹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо посилення ролі громадянського суспільства у боротьбі з корупційними злочинами : Закон України від 22 травня 2015 р. № 1165.
- 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>

Резюме

Мошак Г. Г. Приватизація кримінального процесу у ФРН.

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

Ключові слова: кримінальний процес, приватизація, публіцизація.

Резюме

Мошак Г. Г. Приватизация уголовного процесса в ФРГ.

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

Ключевые слова: уголовный процесс, приватизация, публицизация.

Summary

Moshak G. Privatization of criminal procedure in the Federal Republic of Germany.

The article considers the changes in law connected with the integration of private law elements into criminal procedure.

Key words: criminal procedure, privatization, publicization.