

**Григорій Мошак**

доктор юридичних наук, професор,  
завідувач кафедри цивільного та трудового права  
Одеського національного морського університету,  
представник Німецького конгресу профілактики в Україні  
(Одеса, Україна)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4234-9943>  
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/U-7931-2018>  
g.moschak@gmail.com

УДК 340.5

**ЗАСОБИ ПРИВАТНОГО ПРАВА, ЩО ЗАПОБІГАЮТЬ ПРАВОПОРУШЕННЯМ, У НІМЕЧЧИНІ ТА В УКРАЇНІ**

АНОТАЦІЯ. Однією із правових проблем є те, що природа, структура і розвиток застосування засобів приватного права, які запобігають правопорушенням, за матеріалами Німеччини й України вітчизняною наукою не досліджувалися. Наукова невизначеність стримує використання зазначених засобів для регулювання цивільного обороту, захисту прав громадян і зміцнення правопорядку.

Метою статті є порівняльне дослідження засобів приватного права, які запобігають правопорушенням, за матеріалами Німеччини та України для доведення правомірності розширення їх застосування в українських умовах.

Результати дослідження показують, що у Німеччині та у США розширюється використання засобів приватного права для запобігання правопорушенням. В Україні доктрина, законодавство та судова практика йому не сприяють. Запобіжному відшкодуванню шкоди перешкоджає відсутність такої практики, яка існує у Німеччині.

Структуру засобів приватного права умовно визначають два основних напрями їх використання у запобіганні правопорушенням. Це залучення до участі у запобіжній діяльності все більшої кількості фізичних та юридичних осіб на приватно-правових засадах із наданням їм окремих публічних функцій та використання у запобіжній діяльності приватноправових за своєю природою норм (включно у складі публічно-правових актів).

Засоби приватного права – відшкодування шкоди, запровадження різних видів приватноправового контролю, залучення приватних служб і приватного сектору загалом до реалізації окремих публічних функцій – відповідають природі приватного права та застосовуються згідно з його принципами. Взаємопроникнення засобів посилює запобіжний вплив і не змінює існуючого міжгалузевого балансу.

Ключові слова: приватне право; використання засобів; запобігання правопорушенням; взаємодія.

Природа, структура і розвиток застосування засобів приватного права, що запобігають правопорушенням, за матеріалами Федеративної Республіки Німеччина (далі – ФРН) й України у вітчизняній літературі не досліджувалися. Дотепер не з'ясувалися наслідки взаємодії та впливу засобів приватного права на публічне право. У зв'язку з рекодифікацією Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)<sup>1</sup> теоретичні та нормативні компоненти цих засобів мають бути приведені у відповідність до вимог, що випливають із євроінтеграційної спрямованості права України.

Метою дослідження є з'ясування правомірності запобіжного використання засобів приватного права, яка має як теоретичне, так і практичне значення, оскільки посилює профілактичний потенціал засобів приватного і публічного права.

Звернення до німецького приватного права пов'язане не тільки з його значним впливом на правові системи світу, який ґрунтується на понятійно чистій та змістовно подільній систематиці цивільного права завдяки німецькій пандектистиці ХІХ ст. Напрацювання із ФРН цікаві також тим, що вони часто враховують результати досліджень у США та в інших країнах і в змозі відобразити бачення проблеми у широкому контексті. Здійснене дослідження природи, структури та резервів засобів приватного права у законодавстві, науковій літературі та судовій практиці за публічно-правовими та приватноправовими матеріалами, включно у сфері приватного права внутрішнього судноплавства ФРН та України, дало змогу просунутися у розумінні їхньої суті та перспективі використання.

Поняття “правовий засіб” у юридичній науці хоч і має різні визначення, проте більшість науковців вважають правовий засіб інструментом<sup>2</sup>. У поняття “засоби” обґрунтовано включаються норми права, суб'єктивні права і юридичні обов'язки, рішення судів, об'єктивовані у правових актах<sup>3</sup>. М. Сібільов доречно зауважує, що правові засоби є складними явищами, оскільки, з одного боку, з урахуванням їхніх субстанціональних характеристик вони виступають як відповідні інструменти, а з другого – одночасно охоплюють і певні діяння суб'єктів, спрямовані на активне використання ними зазначених інструментів з метою досягнення відповідних цілей<sup>4</sup>. Зростаюча розповсюдженість засобів приватного права у сфері публічних відносин стимулюється їхньою доступністю та ефективністю. Вони присутні у діяльності приватних служб безпеки

<sup>1</sup> Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (дата звернення: 12.05.2021).

<sup>2</sup> О Мельничук, ‘Правові засоби та способи захисту суб'єктивного права на освіту’ (2011) 4 Адвокат 23–27.

<sup>3</sup> Р Шишка, ‘Механізм правового регулювання правовідносин у сфері інтелектуальної власності’ в *IT-право: проблеми та перспективи: збірник матер. наук.-практ. конф.* (НУ “Львівська політехніка” 2016) 297–305.

<sup>4</sup> М Сібільов, ‘До питання про правові засоби сфери приватного права’ [2001] 3 (26) Вісник Академії правових наук України 140.

та у запобіганні віктимізації потерпілого від злочину чи домашнього насильства. Трансплантація засобів приватного права із запобіжною ціллю у відносини публічного права спонукає міжгалузеву взаємодію.

Противники використання засобів приватного права у запобіжних цілях як із кола цивілістів, так і представників наук кримінального циклу вбачають *протиприродність* у використанні засобів однієї сфери права для розв'язання проблем іншої. Свою позицію вони аргументують необхідністю збереження чистоти галузей. Професор швейцарського приватного права із Цюрихського університету (Швейцарія) та почесний професор комерційного і господарського права в університеті Зальцбурга (Австрія) Х. Гонселл, а також його однодумці вважають пенальні (від французького “покарання”, “кара”) елементи у приватному праві пережитком<sup>5</sup> і нелегітимними<sup>6</sup>. На противагу Х. Гонселлу низка американських та європейських науковців піднімають значення запобіжного ефекту цивільно-правового відшкодування шкоди до рівня кримінально-правового (державного) покарання<sup>7</sup>.

Дослідження показує, що у ФРН та у США пенальні складові приватного права не тільки існують, а й розвивається їх застосування. І. Еберт<sup>8</sup>, а також П. Мюллер, Д. Брокмайер, Й. Розенгартен, Ю. Морсдорф-Шульте та більше десятка інших авторів переконливо доказали існування каральної функції як легітимної, однієї із важливих функцій приватного права. Це стосується також “каральних збитків” (“*punitive damages*”)<sup>9</sup>, які застосовуються у США у 5 % рішень судів, зокрема у сферах контрактного і деліктного права. Вони присуджуються як додаток до реального збитку<sup>10</sup> при обставинах, коли поведінка відповідача є особливо шкідливою<sup>11</sup>. Відшкодування, яке часом більше у декілька разів від шкоди – залякує і запобігає неправомірним діям. Застосування приватноправових засобів до ситуацій, де зазвичай раніше використовувалося кримінальне

<sup>5</sup> H Honsell, ‘Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus’ *Festschrift für Harm Peter Westermann: Zum 70. Geburtstag* (Aderhold L, Grunewald B, Klingberg D, Paefgen W G ed, Verlag Dr. Otto Schmidt 2008) 315–36.

<sup>6</sup> H Honsell, ‘Die Funktion des Schmerzensgeldes’ (1974) *VersR* 205; H Honsell, ‘Die Abwicklung sittenwidriger Darlehensverträge in rechtsvergleichender Sicht’ (1989) *FS Giger* 287; H Honsell, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (2005) § 1 Rz. 67 ff., 87 ff.; Bartho, ‘Pressefreiheit und Persönlichkeitsschutz’ (1995) *AfP* 452, 456; F Bydliński, ‘Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft’ (2004) *204 AcP* 1 ff., 309 ff., 343 ff.; Bungert, ‘Vollstreckbarkeit US-amerikanischer Schadenersatzurteile in exorbitanter Höhe’ (1992) *ZIP* 1707, 1719 etc.

<sup>7</sup> Див. детальніше: Г Мошак, ‘Каральні елементи у приватному праві ФРН’ (2010) 1 *Вісник Академії правових наук України* 226–34.

<sup>8</sup> I Ebert, *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht Von der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht* (2004).

<sup>9</sup> P Müller, *Punitive damages und deutsches Schadenersatzrecht* (2000); D Brockmeier, *Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public* (1999); J Rosengarten, *Punitive damages und ihre Anerkennung und Vollstreckung im Bürgerlichen Recht* (1994); J Rosengarten, *Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht* (NJW 1996); J Mörsdorf-Schulte, *Sympathie für Punitive Damages* (NJW 2006) 1184.

<sup>10</sup> A B Klass, ‘Punitive Damages and Valuing Harm’ (2007) *92 Minnesota Law Review* 83.

<sup>11</sup> ‘Punitive damages’ (*Legal Information Institute*) <[https://www.law.cornell.edu/wex/punitive\\_damages](https://www.law.cornell.edu/wex/punitive_damages)> (accessed: 14.06.2021).

право, не є заміщенням останнього, воно застосовується, коли ситуація вимагає сильнодіючого засобу. Після вибору цивільно-правового варіанту можливість застосування кримінально-правового впливу продовжує зберігатися аж до повного вирішення проблеми чи провалу застосування приватноправових засобів.

Прихильники приватноправового покарання не без підстав відносять до його переваг здатність до більш вичерпного відшкодування та меншу кількість вимог до доказів у цивільно-процесуальному, ніж у кримінально-процесуальному праві. Вони вважають, що у приватному праві не існує тих суворих вимог щодо пропорційності вини та покарання, яким мають відповідати кримінально-правові засоби. Цивільно-правовим впливом на майновий стан особи можна досягти значного обмеження її суб'єктивних прав та свободи дій. І навпаки, кримінально-правове обмеження свободи не завжди (або не повною мірою) приводить до позбавлення майнових прав.

Приватноправове покарання (наприклад, у вигляді штрафу) на підставі договору, складеного на випадок, коли зобов'язання не буде виконуватися, за природою не є публічним, оскільки ґрунтується на вільному волевиявленні, стосується лише сторін і конкретного випадку. Це виконання боржником обіцянки, яка є частиною договірної зобов'язання. Проте цивільним законом покладений на особу обов'язок заплатити більше, ніж обсяг шкоди, є публічним покаранням. Його мета – відшкодування і запобігання правопорушенням. Публічні цілі та не вигідні майнові наслідки, які виходять за межі договірної відповідальності, суб'єктивне сприйняття їх винними особами як покарання, здійснювана під цим впливом корекція поведінки – дають підстави вважати окремі властивості засобів приватного права каральними і запобіжними. Залякування приватноправовим покаранням необхідне із запобіжних підстав. У процесі розрахунків відсотки за прострочення платежу часом досягають 50 % і значно обтяжують боржника, однак запобігають правопорушенням.

Доктрина, законодавство та судова практика України хоч і визнають спокуту грішми, однак не заохочують непропорційне відшкодування шкоди. Невиправдано великим відшкодуванням перешкоджають вимоги ЦК України (статті 3, 23), який при визначенні його розміру вимагає додержуватися справедливості, добросовісності та розумності. Зазначеним вимогам відповідає судова практика<sup>12</sup>. Водночас норми статей 100, 128, 228, 230, 231, 571 ЦК України містять складові, які запобігають пра-

<sup>12</sup> Застосування статей 3, 23 ЦК України конкретизується у п. 9 Постанови Пленуму Верховного суду України від 31 березня 1995 р. № 4 та у п. 27 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 27 лютого 2009 р. № 1.

вопорушенням. Із певною мірою умовності їх можна віднести до каральних елементів українського приватного права.

Деякі німецькі автори розцінюють “приватизацію” кримінального права, “приватизацію суверенних засобів влади” як недотримання принципів сучасного кримінального права правової держави<sup>13</sup>. Під “приватизацією” кримінального права та кримінального процесу вони вбачають передачу приватним службам безпеки публічних функцій держави за дотриманням правопорядку (у громадських місцях, у місцях паркування), викриття безбілетних пасажирів; передачу приватним службам безпеки функцій розслідування, а поліції – прав призначати зі згоди Федеральної судової палати приватну особу для проведення розслідування. Заперечується набуття приватними особами самостійності у кримінальному процесі<sup>14</sup> та розширення прав потерпілих у питаннях припинення кримінального переслідування через досягнення угод зі звинувачуваними, оскільки це дестабілізує кримінальний процес. Спростовується укладення угоди між слідством і звинувачуваним (що прискорює завершення слідства та надає певні пільги звинувачуваному) та передача окремих функцій виконання покарання у приватні руки, будівництво приватними компаніями місць позбавлення волі. Яскравий заклик “Геть від приватного судочинства”<sup>15</sup> та теоретична основа кримінально-правової концепції свободи аргументуються положеннями “Метафізики моральності” І. Канта<sup>16</sup>. При цьому використовується визначення свободи як “незалежності від примушуючого свавілля іншого”<sup>17</sup>.

Однак у цитованому абзаці І. Кант разом із терміном “свобода” вживає терміни “рівність” і “незалежність”, вказуючи, що природжена рівність, тобто незалежність, полягає у тому, що інші не можуть зобов’язати когонебудь до більшого, ніж те, до чого він зі свого боку може їх зобов’язати<sup>18</sup>. І. Кант вказує не лише на кримінально-правові, а також і на приватноправові складові свободи. У характеристиці права користування він підкреслював, що воно виключає всі інші домагання, воно здійснюється згідно з законом зовнішньої свободи<sup>19</sup>. Філософ визначав, що набуття права “на моє” здійснюється, коли річ перебуває у моєму володінні згідно з законом зовнішньої свободи; річ, яку я маю у своїй владі, є моєю, тому що моя воля не суперечить закону *зовнішньої свободи*<sup>20</sup>.

<sup>13</sup> P-A Albrecht, *Die vergessene Freiheit – Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte* (2003) 111.

<sup>14</sup> Ibid 108–10.

<sup>15</sup> Ibid 108.

<sup>16</sup> ‘Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken Bande und Verknüpfungen zu den Inhaltsverzeichnissen’ <<https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/verzeichnisse-gesamt.html>> (accessed: 14.06.2021).

<sup>17</sup> Albrecht (n 13) 20.

<sup>18</sup> I Kant, *Die Metaphysik der Sitten* 256–258 <<http://www.zeno.org/Philosophie/M/Kant,+Immanuel/Die+Metaphysik+der+Sitten>> (accessed: 14.06.2021).

<sup>19</sup> Ibid 256–8.

<sup>20</sup> Ibid 253–4.

Слід зауважити, що І. Кант надавав першорядне значення саме приватноправовим компонентам свободи при розгляді окремих інститутів приватного права<sup>21</sup>. Вступом у володіння він називає заяву про тримання тілесної речі, що має узгоджуватися із законом зовнішньої свободи кожного<sup>22</sup>. І. Кант визначає місце та формулює положення публічного права<sup>23</sup> лише після розгляду загальних положень про право та після аналізу основних проблем приватного права і його окремих складових – речового права<sup>24</sup>, особистого права<sup>25</sup>, договорів дарування<sup>26</sup>, позики<sup>27</sup> тощо. Відповідність засобів приватного права його природі, що запобігають правопорушенням, впливає з органічності їх вміщення у цивільному і цивільно-процесуальному кодексах та у підпорядкованому їм законодавстві. Застосування засобів приватного права як регуляторів суспільних відносин відповідає принципам приватного права.

Структуру засобів приватного права умовно визначають основні напрями їх використання у запобіганні правопорушенням. У ФРН і США вони використовуються у всіх сферах життєдіяльності за двома основними напрямками: 1) залучення до участі у запобіжній діяльності все більшої кількості фізичних та юридичних осіб на приватноправових засадах із наданням їм окремих публічних функцій; 2) використання у запобіжній діяльності приватноправових за своєю природою норм (включно у складі публічно-правових актів).

Перший напрям спостерігаємо, наприклад, при розгляді тем щорічних засідань Німецького конгресу профілактики (Ганновер), увага на яких зосереджувалася на певних групах приватних осіб, які залучалися до участі у запобіжній діяльності. На 11-му Конгресі це були ті, хто займається спортом, 12-й зосереджувався на сильній молоді, а 13-й присвячувався особам, що демонстрували активну життєву позицію. На 4-му, 5-му, 6-му і 7-му засіданнях Конгресу обговорювалися шляхи вдосконалення запобіжного потенціалу суспільства загалом. Провідною темою 21-го Конгресу була свобода волевиявлення<sup>28</sup>, яка у цивільному праві є однією із його важливих засад.

Другий напрям знайшов втілення у Законі ФРН “Про цивільно-правовий захист від актів насильства та переслідувань”<sup>29</sup>, а також

<sup>21</sup> Kant (n 18) 253–4.

<sup>22</sup> Ibid 263–5.

<sup>23</sup> Ibid 309–72.

<sup>24</sup> Ibid 260.

<sup>25</sup> Ibid 271, 276.

<sup>26</sup> Ibid 297.

<sup>27</sup> Ibid 298.

<sup>28</sup> Kongressarchiv. Dokumentation <<https://www.praeventionstag.de>> (accessed: 14.06.2021).

<sup>29</sup> Закон містить чотири параграфи: § 1 “Судові заходи щодо захисту від насильства та переслідування”; § 2 “Залишення спільного житла”; § 3 “Сфера застосування; конкуренція”; § 4 “Кримінально-правові норми”: GewSchG – nichtamtlichesInhaltsverzeichnis <<https://www.gesetze-im-internet.de/gewschg/BjNR351310001.html>> (accessed: 14.06.2021).



в інших нормативних актах. У них поряд із приватноправовими існують норми різноманітної галузевої належності. Розмежування засобів приватного і публічного права в окремих актах та у сфері законодавства є одним зі шляхів кращого розуміння їхньої суті та призначення.

У праві внутрішнього судноплавства ФРН, України чи інших країн засоби приватного та публічного права можуть бути розмежовані таким чином. Засоби міжнародного річкового права, яке є частиною права внутрішнього судноплавства, спрямовані на запобігання конфліктів у відносинах владного характеру, а саме врегулювання спірних питань щодо використання міжнародних річкових водотоків і водойм через запровадження імперативних правових режимів їх використання. Відповідно до такого підходу публічно-правові засоби річкового права містить Белградська конвенція про режим судноплавства на р. Дунай від 18 серпня 1948 р., Гельсінська конвенція про охорону та використання транскордонних водотоків та міжнародних озер від 17 березня 1992 р. та інші нормативно-правові акти. Ці засоби публічного права характеризує безальтернативність у питаннях вибору варіантів поведінки. Аналогічні за природою засоби публічного права містить Закон України «Про внутрішній водний транспорт»<sup>30</sup>, який запобігає правопорушенням імперативними приписами щодо здійснення судноплавства. Засоби приватного річкового права, що є підгалуззю приватного права, надають можливість вибору варіантів поведінки шляхом регулювання приватних відносин, тобто відносин невідладного характеру, за допомогою методу диспозитивності й ініціативи його суб'єктів, пов'язаних із міжнародними та національними річковими перевезеннями вантажів, пасажирів і багажу, які здійснюються внутрішніми водними шляхами.

Засоби міжнародного приватного права внутрішнього судноплавства містять Братиславські угоди, укладені Дунайськими судноплавними компаніями. До них належить Угода про загальні умови міжнародного перевезення вантажів по р. Дунай від 1955 р., Угода про перевезення великотоннажних контейнерів у міжнародному сполученні по р. Дунай від 1990 р. та ін. Шляхом надання учасникам права вибору варіантів поведінки забезпечується ефективне виконання взятих на себе зобов'язань їх суб'єктами завдяки існуванню особистої мотивації, яка не завжди присутня у зобов'язаннях у сфері публічних відносин. За допомогою приватноправових засобів здійснюється: відшкодування шкоди, заподіяної у результаті зіткнення суден внутрішнього плавання, особам чи предметам, що знаходяться на їхньому борту у водах однієї із договірних сторін; виплата компенсації за будь-яку шкоду, завдану судном внутрішнього плавання у водах однієї із договірних сторін або за шкоду іншим суднам

<sup>30</sup> Про внутрішній водний транспорт: Закон України від 3 грудня 2020 р. № 1054-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1054-20#Text>> (дата звернення: 14.06.2021).

внутрішнього плавання, особам чи предметам на борту таких суден у результаті здійснення або невиконання маневру, зокрема й невиконання правил, навіть коли зіткнення не сталося. Наслідком є запобігання порушенням взятих зобов'язань.

У звіті Національного центру політики, підготовленому М. Рейнольдсом<sup>31</sup>, пропонується перекласти частину тягаря кримінального переслідування на більш ефективний, інноваційний приватний сектор, який вже відіграє важливу роль у правовій системі країни. Відносно новими є такі пропозиції: збільшення кола цивільно-правових договорів за участю приватних охоронних фірм на виконання окремих поліцейських функцій, що дасть змогу державним правоохоронцям концентрувати зусилля на запобіганні злочинам; здійснення виплат бонусів або спеціальних заохочень приватними структурами тим відділкам поліції, що досягають скорочення злочинності, підтвердженого незалежними експертами. Наведені пропозиції щодо розширення ролі приватного сектору для стримування злочинності та полегшення тягаря кримінального переслідування для платників податків – хоч і розраховані на США, однак за певних умов деякі з них могли б бути використані і в інших країнах, зокрема і в Україні.

Приватноправовий контроль є частиною приватноправових засобів, що обмежують фінансову свободу чи вільне розпорядження майном. Він передбачається міжнародними<sup>32</sup> та національними нормативними актами. Норми § 126, 126а, 127, 128, 311, 655b Німецького цивільного уложення (далі – НЦУ) контролюють форму договорів. § 307 НЦУ не допускає неоднозначностей або умов, що суперечать природі і суті договору чи необгрунтовано обмежують сторону. Тобто § 307 НЦУ запроваджує контроль змісту у зобов'язальних відносинах. § 311 “b” НЦУ передбачає необхідність нотаріального контролю – посвідчення договору, відповідно до якого сторона набуває або відчужує право власності на земельну ділянку. Запобігаючи правопорушенням, § 311 “b” НЦУ не встановлює нікчемності правочину, здійсненого з відступами від нотаріальної форми, як це передбачає ЦК України. Сторонам надається можливість передати право власності на нерухомість по акту у нотаріально посвідченій формі і здійснити реєстрацію цієї передачі у поземельній книзі. Тоді правочин у повному обсязі буде вважатися дійсним. Цивільному законодавству України названа можливість не відома. Сторони, які вчинили подібний нікчемний правочин, вважаються правопорушниками. У процесі рекодифікації ЦК України зазначене положення бажано змінити за зразком НЦУ.

<sup>31</sup> M O Reynolds, 'Using the Private Sector To Deter Crime' (1994) 181 NCPA Policy Report 45.

<sup>32</sup> Конвенція о гражданско-правовой ответственности за коррупцию от 4 ноября 1999 г. <<https://rm.coe.int/168007f58d>> (дата звернення: 14.06.2021); *Борьба с финансированием терроризма. Руководство по подготовке законодательных актов* (Международный Валютный Фонд 2003).



Цивільно-правовий контроль, запроваджений НЦУ, реалізується у нормах законів: “Про право власності на квартиру і про житлове право тривалого користування”<sup>33</sup>, “Про узгодження зобов’язань щодо користування земельними ділянками відповідно до договорів приєднання”<sup>34</sup>, “Про врегулювання невирішених майнових питань”<sup>35</sup>, “Про негативні позови за законом про права споживачів і інших правопорушень”<sup>36</sup>, “Про регулювання величини квартплати”<sup>37</sup> та ін.

Контроль за законністю правочинів щодо об’єктів нерухомого майна у ФРН і в Україні здійснюється, зокрема, під час вчинення нотаріальних дій. Однак абстрактності та роздільності підстав правочину, які мають значення у праві ФРН, в українському цивільному праві не надається. Згідно зі ст. 219 ЦК України недотримання вимоги про нотаріальну форму правочину тягне його нікчемність. Дійсність такого правочину може бути визнана судом. Для більш ефективного запобігання правопорушенням визнання дійсності правочину бажано здійснювати не в судовому порядку, а за допомогою нотаріально посвідченого акта передачі нерухомості за зразком НЦУ.

Приватноправовий контроль реалізується за допомогою: визнання угоди недійсною; аудиторської перевірки; обов’язкового опублікування відомостей у пресі у передбачених цивільним законодавством випадках; реалізації права голосування у складі виборних й установчих органів юридичних осіб; правової реєстрації тощо. У ФРН добре функціонує (в Україні лише зароджується) такий вид приватного контролю, як спостереження громадськості за реалізацією економічних і торговельних муніципальних програм комерційними структурами. Громадськість бореться за скорочення участі у них муніципальних і державних утворень. Контрольні функції здійснюються також через обмеження права власності з використанням норм “сусідського” права; обмеження волевиявлення сторін і змісту статутного договору; вибору організаційно-правових форм при створенні юридичних осіб; контролю змісту загальних умов договору.

Контроль за прозорістю у діяльності юридичних осіб реалізується у нормах як права ФРН, так і права Європейського Союзу (далі – ЄС). Транспарентність є основоположним принципом і цінністю ЄС, що відображається у регулюванні доступу до документів, у реєстрах екс-

<sup>33</sup> Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht. Wohnungseigentumsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Januar 2021 (BGBl. I S. 34).

<sup>34</sup> Gesetz zur Anpassung schuldrechtlicher Nutzungsverhältnisse an Grundstücken im Beitrittsgebiet 21.09.1994 <<http://www.gesetze-im-internet.de/schuldranpg/BJNR253810994.html>> (accessed: 14.06.2021).

<sup>35</sup> Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen. Vermögensgesetz. 23.09.1990 <<https://www.gesetze-im-internet.de/vermg/BJNR211590990.html>> (accessed: 14.06.2021).

<sup>36</sup> Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz – UKlaG) <<http://www.gesetze-im-internet.de/uklag>> (accessed: 14.06.2021).

<sup>37</sup> Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung. 04.11.1971 <<https://www.gesetze-im-internet.de/wovermrg/BJNR017470971.html>> (accessed: 14.06.2021).

пертних груп, консультативних комітетів та зацікавлених сторін, а також отримувачів коштів ЄС<sup>38</sup>. У ФРН введено у дію: закон про прозорість щодо витрат, пов'язаних із зняттям з експлуатації та демонтажем атомних електростанцій та упаковкою радіоактивних відходів<sup>39</sup>; регламент, що реалізує Директиву ЄС 2007/14/ЄС від 8 березня 2007 р. через запровадження правил застосування деяких положень Директиви 2004/109/ЄС про гармонізацію вимог прозорості щодо інформації емітентів, цінних паперів, які передаються для торгів на регульованому ринку<sup>40</sup>; директиву Комісії 2000/52/ЄС від 26 липня 2000 р. про внесення змін до Директиви 80/723/ЄС про прозорість фінансових відносин між державами-членами та публічними підприємствами<sup>41</sup>. Названі акти є подальшим кроком до сучасного європейського законодавства про контроль за компаніями, який запобігає веденню справ “у тіні”. Кількість засобів приватноправового контролю, які застосовуються, збільшується там, де інститути громадянського суспільства та цивільне законодавство відповідають принципам правової держави. Це сприяє еластичності взаємозв'язків різних видів контролю поведінки, які спостерігаються у приватному і кримінальному праві, у діях адміністративних і приватних утворень. Водночас застосування державних законодавчих актів та судочинства приватними учасниками додає ще одну складову до засобів приватного права, яка міститься у власному приватному законодавстві і приватному правозастосуванні.

Перспективи розвитку використання засобів приватного права впливають, крім іншого, із вчення І. Канта. Приватне право він вважає абсолютною основою свободи особистості, засобом індивідуалізації суб'єкта у соціумі. Філософ пропонує кожне правове питання вирішувати на основі цивільного права<sup>42</sup>. Оскільки приватне право втілює неперервність людської цивілізації (доказами чого є рецепція римського приватного права та еволюція цивілістичної доктрини в європейській традиції права), його засоби мають солідну базу для розширення засто-

<sup>38</sup> ‘Transparenz’ (EU-Kommission) <[https://ec.europa.eu/info/about-european-commission/service-standards-and-principles/transparency\\_de](https://ec.europa.eu/info/about-european-commission/service-standards-and-principles/transparency_de)> (accessed: 14.06.2021).

<sup>39</sup> Gesetz zur Transparenz über die Kosten der Stilllegung und des Rückbaus der Kernkraftwerke sowie der Verpackung radioaktiver Abfälle (Transparenzgesetz) <<https://www.gesetze-im-internet.de/transparenzg/BJNR012500017.html>> (accessed: 14.06.2021).

<sup>40</sup> Verordnung zur Umsetzung der Richtlinie 2007/14/EG der Kommission vom 8. März 2007 mit Durchführungsbestimmungen zu bestimmten Vorschriften der Richtlinie 2004/109/EG zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind <<https://www.gesetze-im-internet.de/transprldv/BJNR040800008.html>> (accessed: 14.06.2021).

<sup>41</sup> Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2000/52/EG der Kommission vom 26. Juli 2000 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen <<https://www.gesetze-im-internet.de/transprlg/BJNR214100001.html>> (accessed: 14.06.2021).

<sup>42</sup> Kant (n 18) 235. Sinnspruch (dictum) der Billigkeit ist nun zwar: “Das strengste Recht ist das größte Unrecht” (summtim ins summa iniuria); aber diesem Übel ist auf dem Wege Rechtens nicht abzuhelfen, ob es gleich eine Rechtsforderung betrifft, weil diese für das Gewissensgericht (forum poli) allein gehört, dagegen jede Frage Rechtens vor das bürgerliche Recht (forum sali) gezogen werden muß.

сування. Воно не звужує сферу використання публічного права, тому що одночасно відбувається проникнення публічно-правових елементів у приватне право, тобто публіцизація приватного права. Одним із проявів публіцизації є законотворча активність ЄС, що призводить, на думку Х. Гонселла, до ерозії приватного права<sup>43</sup>. Такої ж думки дотримуються деякі авторські колективи. Автори одного із коментарів до НЦУ звернули увагу на те, що нормативні акти ЄС не завжди відповідають вимогам щодо їхньої правомірності, видаються із перевищенням компетенції, виходять за межі субсидіарності та співмірності (пропорційності)<sup>44</sup>. Водночас взаємопроникнення засобів (приватизація публічного права та публіцизація приватного права) посилює запобіжний вплив на негативні відхилення поведінки від норми, оскільки одночасно застосовується потенціал норм двох галузей. Існуючий баланс між ними продовжує зберігатися, застосування приватноправових засобів не заміщує публічно-правову царину.

За Індексом верховенства права у 2020 р. Україна перебувала на 72-му місці серед 128 країн світу, Німеччина – на 4-му<sup>45</sup>. Серед показників, які визначають рівень верховенства права, Україна за показником № 7 (цивільне правосуддя) – перебуває на 61-му місці, за показником № 8 (кримінальне правосуддя) – на 90-му. Розрив між цивільною та кримінальною юстицією в Україні становить 29 балів, у Німеччині – 3. Наведене дає змогу припустити, що сучасний стан кримінальної юстиції можна вдосконалювати, опираючись на засоби вітчизняної цивільної юстиції.

Висновки. Засоби приватного права – відшкодування шкоди, запровадження різних видів приватноправового контролю, залучення приватних служб і приватного сектору загалом до реалізації окремих публічних функцій – відповідають природі приватного права та застосовуються відповідно до його принципів. Взаємопроникнення засобів посилює запобіжний вплив і не змінює існуючого міжгалузевого балансу.

Завдяки існуванню у приватному праві внутрішнього судноплавства сучасних запобіжних засобів, характерних як для приватного права, так і для тих, що містяться у спеціальному законодавстві – надає йому статус провідника у справі просування приватного права та запобігання правопорушенням. Отримані докази перспективності використання засобів приватного права у сфері публічних відносин у ФРН і США є сигналом для їх вдосконалення та ширшого застосування в Україні.

Перспектива подальшого дослідження засобів приватного права пов'язана з необхідністю врахування досвіду у ФРН і США. Засоби, влас-

<sup>43</sup> H Honsell, 'Die Erosion des Privatrechts durch das Europarecht' (2008) 14 ZIP 621.

<sup>44</sup> H P Westermann, P Bydlinski, R Weber, *BGB-Schuldrecht Allgemeiner Teil* (Schwerpunkte Pflichtfach 2013).

<sup>45</sup> 'WJP Rule of Law Index. Ukraine' <<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2021/Ukraine>> (accessed: 14.06.2021).

тиві приватному праву загалом та праву внутрішнього судноплавства як його складової зокрема мають особливості, необхідність врахування і подальшого дослідження яких обумовлюється сучасними потребами права. Спростуванню аргументів їх противників допоможе використання більш широкого контексту при розгляді цивілістичних, кримінально-та адміністративно-правових теорій, який виводить на єдність права та взаємозалежність його складових.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. Albrecht P-A, *Die vergessene Freiheit – Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte* (2003) (in German).
2. Brockmeier D, *Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public* (1999) (in German).
3. Ebert I, *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht Von der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht* (2004) (in German).
4. Honsell H, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (2005) (in German).
5. Mörsdorf-Schulte J, *Sympathie für Punitive Damages* (NJW 2006) (in German).
6. Müller P, *Punitive damages und deutsches Schadenersatzrecht* (2000) (in German).
7. Rosengarten J, *Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht* (NJW 1996) (in German).
8. Rosengarten J, *Punitive damages und ihre Anerkennung und Vollstreckung im Bürgerlichen Recht* (1994) (in German).
9. Westermann H P, Bydlinski P, Weber R, *BGB-Schuldrecht Allgemeiner Teil* (Schwerpunkte Pflichtfach 2013) (in German).
10. *Bor'ba s finansirovaniem terrorizma. Rukovodstvo po podgotovke zakonodatel'nyh aktov* (Mezhdunarodnyj Valjutnyj Fond 2003) (in Russian).

#### *Edited books*

11. Honsell H, 'Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus' *Festschrift für Harm Peter Westermann: Zum 70. Geburtstag* (Aderhold L, Grunewald B, Klingberg D, Paefgen W G ed, Verlag Dr. Otto Schmidt 2008) (in German).

#### *Journal articles*

12. Bartho, 'Pressefreiheit und Persönlichkeitsschutz' (1995) AfP 452 (in German).
13. Bungert, 'Vollstreckbarkeit US-amerikanischer Schadensersatzurteile in exorbitanter Höhe' (1992) ZIP 1707 (in German).
14. Bydlinski F, 'Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft' (2004) 204 AcP 309 (in German).
15. Honsell H, 'Die Abwicklung sittenwidriger Darlehensverträge in rechtsvergleichender Sicht' (1989) FS Giger 287 (in German).
16. Honsell H, 'Die Erosion des Privatrechts durch das Europarecht' (2008) 14 ZIP 621 (in German).
17. Honsell H, 'Die Funktion des Schmerzensgeldes' (1974) VersR 205 (in German).

Григорій Мошак

18. Klass A B, 'Punitive Damages and Valuing Harm' (2007) 92 Minnesota Law Review 83 (in English).
19. Reynolds M O, 'Using the Private Sector to Deter Crime' (1994) 181 NCPA Policy Report 45 (in English).
20. Melnychuk O, 'Pravovi zasoby ta sposoby zakhystu sub'iektivnoho prava na osvitu' (2011) 4 Advokat 23–7 (in Ukrainian).
21. Moshak H, 'Karalni elementy u pryvatnomu pravi FRN' (2010) 1 Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy 226–34 (in Ukrainian).
22. Sibilov M, 'Do pytannia pro pravovi zasoby sfery pryvatnoho prava' [2001] 3 (26) Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy 140 (in Ukrainian).

*Conference papers*

23. Shyshka R, 'Mekhanizm pravovoho rehuliuвання pravovidnosyn u sferi intelektualnoi vlasnosti' *IT-pravo: problemy ta perspektyvy: zbirnyk mater. nauk.-prakt. konf.* (NU "Lvivska politehnika" 2016) 297–305 (in Ukrainian).

*Websites*

24. 'Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken Bande und Verknüpfungen zu den Inhaltsverzeichnissen' <<https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/verzeichnisse-gesamt.html>> (accessed: 14.06.2021) (in German).
25. 'Punitive damages' (*Legal Information Institute*) <[https://www.law.cornell.edu/wex/punitive\\_damages](https://www.law.cornell.edu/wex/punitive_damages)> (accessed: 14.06.2021) (in English).
26. 'WJP Rule of Law Index. Ukraine' <<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2021/Ukraine>> (accessed: 14.06.2021) (in English).
27. Kant I, 'Die Metaphysik der Sitten' <<http://www.zeno.org/Philosophie/M/Kant,+Immanuel/Die+Metaphysik+der+Sitten>> (accessed: 14.06.2021) (in German).

Grygorii Moshak

PRIVATE LAW REMEDIES TO DETER CRIME  
IN GERMANY AND UKRAINE

ABSTRACT. One of the legal problems is lack of research on the nature, structure and development of application of private law remedies, which prevent offences, based on materials of Germany and Ukraine. Scientific uncertainty restrains the use of these means for regulation of civil turnover, protection of rights of citizens and strengthening the rule of law.

The purpose of the article is a comparative research of private law remedies, which prevent offences, on the materials of Germany and Ukraine in order to prove the legality of their expansion in the Ukrainian context.

The results of the research show that in Germany and in the USA, the use of private law remedies for prevention of offences is increasing. In Ukraine, the doctrine, legislation and judicial practice do not support it. Preventive redress is hindered by the lack of such practice, which exists in Germany.

The structure of private law remedies is conventionally defined by two main directions of their use. They are the involvement of an increasing number of natural and legal persons on private law principles in prevention and the use of rules of private law

in prevention (including in public legal acts). Private law remedies – compensation for damages, introduction of various types of private law controls, involvement of private services and the private sector in general in certain public functions – correspond to the nature of private law and are applied in accordance with its principles. Interpenetration of remedies enhances preventive measures and does not change the existing inter-branch balance.

KEYWORDS: private law; use of remedies; prevention of offences; interaction.