

СТОЛЯРСЬКИЙ О. В.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри міжнародного права
(Львівський національний
університет імені Івана Франка)

УДК 341.232.2:343.57

МІЖНАРОДНЕ ТА НАЦІОНАЛЬНЕ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО НІМЕЧЧИНИ У РЕГУЛЮВАННІ ДІЇ ЗАКОНУ В ПРОСТОРІ

В статті досліджуються особливості міжнародного і національного кримінального права Німеччини у регулюванні дії закону в просторі. Аналізуються норми німецького кримінального права та досліджуються доктринальні підходи вчених в зазначеній сфері.

Ключові слова: міжнародне кримінальне право, кримінальне право Німеччини, регулювання, дія, простір.

В статье исследуются особенности международного и национального уголовного права Германии в регулировании действия закона в пространстве. Анализируются нормы немецкого уголовного права и исследуются доктринальные подходы ученых в указанной сфере.

Ключевые слова: международное уголовное право, уголовное право Германии, регулирование, действие, пространство.

In the article the features of international and national criminal law of Germany in the regulation of the law in space. Analyzes the norms of German criminal law and examines the doctrinal approaches of scientists in this area.

Key words: international criminal law, criminal law of Germany, regulation, action, space.

Вступ. Актуальність і одночасно складність цієї проблеми починається з того, що у німецькій літературі застосовують подвійне позначення – межі дії кримінального закону і міжнародне кримінальне право. Проте ряд вчених підкреслюють, що друге позначення помилкове, оскільки це і є те саме національне кримінальне право. В той же час більшість науковців розмежовують ці галузі, і на прикладі застосування їх норм розкривають особливості дії закону в просторі Німеччини, посилаючись на конкретні норми Кримінального кодексу. Такі підходи є досить цікавими і необхідними з точки зору запозичення досвіду Німеччини в досліджуваній сфері для України.

Постановка завдання. Метою статті є дослідження особливостей міжнародного і національного кримінального права Німеччини у регулюванні дії закону в просторі. Аналіз норм німецького кримінального права та дослідження доктринальних підходів вчених в зазначеній сфері.

Результати дослідження. Особливістю Кримінального кодексу Німеччини в розрізі досліджуваної проблеми є те, що в параграфах 3-7 прописано, за яких обставин німецьке кримінальне право застосовується німецькими ж органами кримінального переслідування, у т. ч. і тоді, коли злочин скоєно за кордоном [1, с. 18].

Професор А. Езер назвав свою статтю саме «Міжнародне кримінальне право» у збірнику «Судоговоріння Верховного Суду», але потім зауважив, що об'єкт розгляду – це ча-



стина Кримінального кодексу, регламентуючого просторову й особистісну сферу, на яку кримінальне право поширює матеріальну дію, зазначивши, що, оскільки зазіхання на дію параграфів 3-7, 9 КК Німеччини поширюється і на іноземні держави, краще взагалі позначати це як «транснаціональне кримінальне право». Професор У. Вебер написав: «Приписи, які визначають, до яких осіб і до яких діянь застосовується німецьке матеріальне кримінальне право, не є міжнародними, а німецьким правом, причому правом застосування німецького кримінального права» [2, с. 89].

Що ж до нормативної регламентації дії кримінального закону в просторі, то вихідним є принцип, за яким німецькі суди застосовують тільки німецьке кримінальне право. Вкрай істотно і те, що згідно з рішенням Конституційного Суду ФРН, щоправда, не віднесеним безпосередньо до кримінального закону, але яке має більш загальне значення: «Німецькі суди зобов'язані гарантувати захист основних прав своїх громадян також і на європейському рівні». Кримінальним кодексом Німеччини дія німецького кримінального закону в просторі, тобто кримінально-правова влада ФРН, визначається як: а) за параграфами 3, 4 на підставі територіального, або т. зв. розширеного територіального принципу; б) за параграфами 7 I, 7 II № 1 на основі активного та пасивного персонального принципу, тобто громадянством злочинця і потерпілого; в) за параграфом 5 на основі принципу захисту своїх інтересів; г) за параграфом 6 на основі принципу універсалізму; д) за параграфом 7 II № 2 на основі принципу заміної влади – або комбінуванням цих принципів. Більш розгорнуто це виглядає так: 1) злочини всередині країни – територіальний принцип (параграф 3); додатковий принцип прапора (параграф 4); визначення місця діяння (параграф 9); 2) злочини за кордоном – спеціальні правила, незалежно від місця вчинення: а) злочини проти внутрішніх правових благ (параграф 5 – принцип захисту); б) злочини проти міжнародних захищуваних благ (параграф 6 – універсальний принцип); додаткові правила з урахуванням права місця злочину: а) проти німців (параграф 7 (1) – принцип захисту і пасивний персональний принцип); б) злочини німців (параграф 7 (2) № 1 – активний персональний принцип); в) злочини, вчинені іноземцем, що має бути висланий, але з різних причин не висланий (параграф 7 (2) № 2 – замінює влада) [3, с. 18].

У підручниках з кримінального права питання дії кримінального права в просторі описують дещо інакше, ніж це є в іншій літературі. Німецькі фахівці, можливо, раніше звернули увагу на неоднозначність розширення кола міжнародно-правових зобов'язань у кримінально-правовій сфері, зокрема, навіть пов'язаних із загрозами з боку міжнародної організованої злочинності, тероризму, злочинів проти людяності, іншими викликами, породженими загальними процесами глобалізації. Розширення сфери дії свого кримінального законодавства, що можна легко зрозуміти, неминуче спричиняє розширення сфери дії чужого кримінального законодавства. Цей процес можна було б вважати тільки позитивним, але він насправді болісно позначається на суверенітеті правової системи країни. Крім того, проблематика дії кримінального закону в просторі була політизована прагненням поширити дію кримінального права Західної Німеччини, тобто ФРН, на територію Східної, тобто НДР. Усі ці міркування і визначають актуалізацію дискурсу з розглядуваних питань, тобто той факт, що дію кримінального закону в просторі розглядають як самостійну і дуже важливу проблему, вирішення якої в умовах розвитку міжнародного і європейського права набуло особливого значення і є насправді складним. Що стосується місця вчинення діяння, то його встановлення є вихідним для вибору одного з цих принципів (зрозуміло, головно для визначення державної належності місця діяння) [4, с. 60].

За ч. 1 параграфу 9 діяння вчинено на тому місці, де особа діяла, або в разі бездіяльності повинна була б діяти, або на якому настали або за поданням особи мали бути наслідки, що відносяться до складу вчиненої дії. За ч. 2 параграфу 9 співучасть здійснюється як на місці, де вчинено діяння, так і на кожному місці, на якому співучасник діяв, або при бездіяльності, де він повинен був діяти або за його поданням мало бути скоєно дію. Діяв співучасник злочину за кордоном або на території Німеччини (Inland), на нього поширюється німецьке право, навіть якщо в місці скоєного злочину діяння не карається.



У підручнику Й. Вессельса і Ст. Бойльке цей підхід м'яко позначений як не беззаперечний [3, с. 16]. Але, як писав проф. А. Езер, прив'язку до місця дії і до наслідків можна пояснити тим, що тяжкість діяння не можна однобічно пов'язати ні з діянням, ні з наслідками [5, с. 106].

Мабуть, ще більш широкий підхід виражений у тезі Верховного Суду від 4 грудня 1992 р., де сказано: «1. Місце вчинення злочину є також місцем, де це обговорювалося. 2. Вчинили співвиконавці злочин, місце злочину для кожного з них обґрунтовується тим, де кожен діяв. Це поширюється на випадки, коли співучасник обмежився тільки тим, що виглядало як підготовчі дії» [4, с. 61].

Наслідки визначення місця діяння (злочину):

а) якщо хоча б частину діяння вчинено всередині країни, то воно підпадає під кримінальне право ФРН (наприклад, лист з погрозами з Німеччини в Україну або навпаки); водночас можлива конкуренція декількох кримінально-правових систем;

б) у разі продовжуваного злочину, навіть однієї зі складових його діянь достатньо для застосування німецького кримінального права;

в) співучасть, тобто діяння підбурювача та посібника, на території ФРН карається за німецьким правом [5, с. 108].

Проте слід зауважити, що існують деякі труднощі щодо застосування окремих правил дії німецького кримінального закону в просторі зроблені у зв'язку з тим, що зазвичай це коло питань здається нескладним, а в умовах певної закритості країни виглядає теоретично, далеким від практики.

Саме це і спонукає звернути увагу на ті конкретні труднощі, що вже постали перед німецькою кримінально-правовою доктриною.

Територіальний принцип виражений у параграфі 3, за яким: «Німецьке кримінальне право поширюється (діє – *gilt*) на злочини, вчинені в межах країни». Територіальний принцип доповнюється принципом прапора (параграф 4), дієвим щодо злочинів, які вчиняються на кораблі або літаку, що може мати федеральний прапор чи інші знаки державної належності до ФРН.

Одна з гострих проблем застосування територіального принципу пов'язана з визначенням місця вчинення діяння. Суд ФРН визнав, що «особа несе кримінальну відповідальність внаслідок використання знаків розрізнення антиконституційних організацій також, якщо такий знак з-за кордону сприймався всередині країни з транскордонної телепередачі».

Фактичний склад – суб'єкт піднімав у гітлерівському вітанні руки на стадіоні в Польщі, що оцінюється «як публічне поширення знаків», причому тут визнаний еventуальний намір. У підсумку – ознака параграфів 9 І КК і 86а І «використання знаків антиконституційних організацій». Склад діяння тут формальний і результату не потребує.

Ще одна складність у визначенні дій німецьким кримінальним правом на основі територіального принципу виникла при вчиненні злочинів в Інтернеті, причому наслідками неправильного рішення можуть бути як надмірне розширення компетенції німецьких органів, так і підвищується загроза кримінального переслідування німців, особливо на стику з універсальним принципом, дія якого постійно розширюється. Принцип захисту державних інтересів означає таке. За параграфом 5 № 1-5, 10-14 встановлено, що певні діяння, вчинені за кордоном проти внутрішніх правових благ, переслідуються у ФРН з метою захисту держави. Німецьке кримінальне право діє незалежно від того, чи є суб'єкт німцем чи ні (за винятками, передбаченими у ст. 5, № 3 п. «а», 5, 6, 8, 9, 12, 13), і чи є діяння карним на місці його вчинення. Труднощі полягають у тому, що, принцип цей має винятки. Шлях їхнього вирішення – дещо абстрактно позначений – полягає в тому, що він не має безумовно поширюватися за потреби при захисті національних інтересів [4, с. 49].

Зрозуміло, що вирішення цієї проблеми не може не бути суб'єктивним, і конкретних питань тут виникає багато, особливо на стику з універсальним принципом, дія якого постійно розширюється. Наведемо лише один приклад: Закон до угод про боротьбу з підкупом іноземних посадових осіб у міжнародному господарському обороті від 10 вересня 1998 р.



Згідно з параграфом 3 цього Закону німецьке кримінальне право діє незалежно від права місця діяння для низки складу підкупу іноземних посадових осіб, що загострює, наприклад, проблематику юридичної помилки, бо суб'єкт-іноземець не зобов'язаний знати німецьке кримінальне право.

Пасивний територіальний принцип означає таке. Це злочини вчинені проти німців, які у Німеччині постійно проживають чи лише перебувають (параграф 5 № 6, 7, 8). Пояснюється, що спочатку ця норма (п. 6) була призначена для захисту німців з НДР, тобто, ФРН поширювала свою кримінально-правову владу на діяння в НДР, пов'язані з викраденнями і політичним переслідуванням громадян НДР [1, с. 19]. Однак цим принципом передбачена також можливість притягнення до кримінальної відповідальності за порушення підприємницької або господарської таємниці (№ 7), сексуальні злочини (№ 8). Останні заборони підпорядковуються й активному принципу, спрямовані, наприклад, проти «секс-туризму» [4, с. 56].

Активний територіальний принцип. Параграфи 5 № 8, 9 і 7 2 ч. № 1 поширюють дію кримінального німецького закону на злочини за кордоном, скоєні німцями або тими, хто постійно проживає у Німеччині (наприклад, переривання вагітності – параграф 218 КК).

Універсальний принцип. За параграфом 6 «Діяння за кордоном проти міжнародних захищених правових благ» німецьке кримінальне право поширює незалежно від місця вчинення і на інші діяння, вчинені за кордоном (далі-каталог п. 1-9). Відповідно до домінуючої думки, не береться до уваги тут і громадянство суб'єкта, а також обмежувальні критерії параграфу 7.

Основні труднощі в цьому разі пов'язані з: а) тлумаченням названого складу діянь як таких, що підпадають під дію параграфу 6, наприклад при тлумаченні п. 1 параграфу 6 «Геноцид» треба розмежувати цей злочин і вбивства, вчинені в своїй країні іноземцями (наприклад, при вбивствах на етнічному ґрунті); б) оцінювання діянь, які підпадають під параграф 6. Принцип заміщення правосуддя лежить в основі ч. I параграфу 7, коли німецьке кримінальне право поширюється на діяння, які вчинені проти німців за кордоном, якщо за діяння загрожує покарання на місці або місце вчинення діяння не підпорядковане ніякій кримінально-правовій владі, і ч. II параграфу 7, за яким воно поширюється на інші діяння – при наявності зазначених ознак, і якщо суб'єкт під час діяння був німцем чи став ним після діяння – і якщо неможливе висилання (видача) німецького громадянина (16 ст. ч. II Основного Закону), або нездійснення, або не витребуване видворення іноземця. У цих випадках труднощі виникають при конкуренції цього принципу з іншими принципами дії кримінального закону, зокрема з параграфів 5, 6. Тут можливі різні, в т. ч. прикордонні, ситуації. Професор Дітріх Елер, наприклад, ще в 1988 р. проаналізував ситуацію, коли територіальний принцип вимушено доповнював принципом заміщення. Суб'єкт був висланий у ФРН, і виявилось, що він продавав наркотики, але в іншій країні. В результаті було винесено спочатку вирок 10 років в'язниці, потім, з урахуванням, мабуть, помилки – 1,9 місяця. З цим пов'язані питання: місце вчинення (європейське коло – діяння; латиноамериканське, іспанське – результат); норми Загальної частини (помилка тощо); проблема відповідальності органів кримінального переслідування [7, с. 489].

Окремі спірні проблеми дії кримінального закону в просторі відносять до: а) визначення місця діяння; б) розширення національного (тут німецького) кримінального законодавства за межі своїх кордонів.

З позицій німецького юриста, проф. А. Езер у цитованій статті «Міжнародне кримінальне право» виділив проблеми: а) уже цитоване визначення місця діяння під час телетрансляцій і в Інтернеті (аналізують рішення суду від 16.03.1999 р., за яким публічне використання символіки антиконституційної організації (гітлерівське вітання) спричиняє кримінальну відповідальність також і тоді, коли ці символи були сприйняті всередині країни при теле-трансляції з-за кордону); б) німецьке кримінальне переслідування іноземної урядової злочинності та міжнародних злочинів (Верховний Суд ФРН визнавав можливість переслідування Піночета, аргентинської хунти, якщо німці стали б їхніми жертвами); в) обмеження дії німецького кримінального права застереженням про прив'язку до місця. Бачачи виникаючі



небезпеки, проф. А. Езер вважає за необхідно створювати самообмеження німецького кримінального права, а тому визнає правильною практику Верховного Суду, прагне кожного разу знаходити легітимну основу поширення німецького права назовні [5, с.25-27].

Крім того, предметом обговорення були: а) приклади дій інтернет-провайдерів; б) випадок, коли австралійський громадянин, німець за походженням, в Аделаїді через австралійський сервер і homepage Adelaida-instant online поширював твердження про те, що євреїв в Освенціумі не спалювали. Це кримінально каране діяння за КК Німеччини; при відвідуванні Німеччині він був заарештований і за вироком німецького суду визнаний винним [8, с. 2-3]. Вступна теза щодо цього рішення: «Якщо іноземець поширює твердження, які містять у собі факти, що можуть спричинити національну ворожнечу в сенсі параграфу 130 ч. 1 або параграфу 130 ч. 3 КК, на іноземному сервері в Інтернеті, який доступний в Німеччині, то і наслідки (параграф 9 ч. 1, 3-я альтернатива КК) настають у Німеччині, якщо ці висловлювання конкретно визнані як такі, що порушують мир всередині держави».

Проти аргументації цього рішення, однак були висловлені заперечення, в результаті яких, склався висновок, що так чи інакше, проблеми залишаються, і їх ділять на дві групи. Одна має юридично-технічний характер і, про що говорилося попередньо, пояснюється складністю діяння, його «протяжність» в просторі і т. п. Друга група породжена значною мірою політико-правовими причинами. Насамперед можливе виникнення міждержавних протиріч при застосуванні кримінального права. Так, застосування кримінального закону будь-якої іншої держави до злочинів проти міжнародно-охоронюваних правових благ може крокувати за ініціативою низки країн, наприклад, при спробі засудження осіб, які можуть потенційно бути визнаними військовими злочинцями, і при несхваленні інших, де ці діяння оцінюють по-іншому; причому це особливо спірно в ситуаціях, коли міжнародні угоди не формулюють заборон, а лише зобов'язують державу до переслідування певних діянь [4, с. 54].

Проблеми такого роду загострюються у зв'язку з розвитком військового втручання, чим би воно не було спричинене та не регулювалося, спільними інтересами глобалізації та ін.

Їхня значимість ілюструє, принаймні опосередковано, і може стати відомого роду прецедентом рішення США вилучити своїх військовослужбовців, які беруть участь у важливих операціях, з юрисдикції новоствореного Міжнародного кримінального трибуналу. Спроби Німеччини та інших країн перешкодити цьому успіху не мали. У матеріалі «Світова політика в суді Землі» журнал «Шпигель» дає підзаголовок: «Військові злочини, геноцид і злочини проти людяності у всьому світі – тепер уже випадки (справи) для німецької юстиції: новий закон робить це можливим». Дійсно, за новим законом, який набере чинності з початком роботи Трибуналу, будь-який німецький прокурор може почати кримінальне переслідування з цих справ [10, с. 108].

Інший приклад юридично дещо іншої властивості: тиск на Бельгію, що змусило цю країну змінити своє законодавство, ставши на шлях обмеження власної юрисдикції. Бельгійський суд припинив кримінальне переслідування Аріеля Шарона, але він все ж деякий час проводив його. Зате колишній прем'єр-міністр Пакистану Бхутто засуджена в Швейцарії за відмивання грошей до шести місяців позбавлення волі умовно (auf Bewahrung); після цього Б. Бхутто жила у Великобританії і Дубаї [11, с. 3]. Можливі наслідки дії кримінального закону поза межами країни у Німеччині різні. У деяких ситуаціях можливе різке погіршення становища іноземних громадян, оскільки: а) вони можуть опинитися без необхідної допомоги; б) опинитися «під владою» ще більш жорсткого, ніж у своїй державі, законодавства і упередженого суду.

Жорстокість зарубіжного правосуддя проявляється на прикладах права США, особливо коли перед судом постають аутсайтери. Джеймс Річардсон був засуджений судом штату Флорида до смертної кари за вбивство своїх дітей. Він просидів у в'язниці штату 21 рік (з них 5 років у камері смертників) і звільнений через визнання у вбивстві (через 21 рік) няньки його дітей. Штат Флорида не виплатив жодного цента Річардсона, оскільки в цьому випадку відшкодування шкоди не передбачено» [12, с. 4].

Разом з тим, наявні тенденції критикують у ФРН. Уряд ФРН 9 серпня 2003 р. схвалив проект, який передбачав введення в німецьке право європейського рішення про покарання



sui generis на основі рамкового законодавства ЄС. Професор Берндт Шунеман заявив, що захист своїх громадян з боку держави відбуватиметься «гротескним чином» і прийняття такого закону стане порушенням цивільних прав. Спочатку, вважає він, потрібно запровадити у всій Європі загальне кримінальне право [13, с. 185].

Висновки. Таким чином, беручи до уваги вищезазначене, можна стверджувати, що чинність кримінального закону в просторі визначає стан суверенітету кожної держави. Тут можна виділити: а) охорону власного суверенітету, коли держава прагне обмежити поширення сторонньої влади на своїй території і своїх громадян (включаючи осіб без громадянства); б) самообмеження компетенції, тобто, відмова від поширення власного кримінального закону за старі (традиційні) межі дії; в) проблеми можливого зіткнення суверенітетів, коли низка систем поширює свою дію на одні і ті ж діяння.

Вищезгадані приватні приклади ще раз засвідчують, що неоднозначними є тенденції фактичного розширення принципу захисту державних інтересів за рахунок суверенітету іншої держави. Так, параграф 6 № 12 КК Німеччини дає змогу, строго кажучи, зробити можливим застосування німецького кримінального права, наприклад, до особи, яка вчинила транспортний злочин в Україні.

У зв'язку з цим аналіз і вирішення цих проблем має здійснюватися, що вкрай важливо, на рівні специфічної легітимації – виправдання прийнятої на себе влади за межами своєї держави, і на рівні догматичного тлумачення – з'ясування можливих передумов і умов дії кримінального закону ad hoc.

Список використаних джерел:

1. Gropf W. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 2. Aufl. Berlin: Springer. – 2001. – S. 18-19.
2. Baumann J., Weber U., Mitsch W. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 11. Aufl. Bielefeld: Verlag Gieseking, 2003. – S. 89.
3. Wessels J. Beulke W. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 32. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2002. – S. 18.
4. Tröndle / Fischer. Strafgesetzbuch und Nebengesetze. 51. Aufl. München: C.H. Beck, 2003. – S. 49-61.
5. Eser A., Hassemer W., Burkhardt B. Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. München: C. H. Beck, 2000. – S. 106-108.
6. Heinrich A. Strafverteidiger. – 2000. – № 10. – S. 533.
7. Oechler D. Ausliederungsversuchen Einlieferung und der Geltungsbereich des Strafrechts // Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zum 600. Jahr Feier der Universität zu Köln: Heymayns Verlag. – 1988. – S. 489.
8. Schmidt R., Seidel S. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bremer: Verlag Rolf Schmidt, 1999. – S. 2-3.
9. Hörnle Tatiana. Pornografische Schriften im Internet: Die Verbotsnormen im deutschen Strafrecht und ihre Reichweite // NJW. – 2002. – № 1. – S. 14.
10. Der Spiegel. – 2002. – № 28. – S. 108.
11. Frankfurter Allgemeine Zeitung. – 07.08.2003. – S. 3.
12. Bild am Sonntag. – 11.02.2001. – S. 4.
13. Schünemann B. Europäisches Haftbefehl und EU-Verfassungsentwurf auf Schiefer Ebene. – Zeitschrift für Rechtspolitik mit Rechtspolitischer Umschau. – 2003. – № 6. – S. 185.

