

*Фрідріх Хрїстіан Шрьодер***ОСТАННЯ РЕФОРМА КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА  
ФЕДЕРАТИВНОЇ РЕСПУБЛІКИ НІМЕЧЧИНИ**

26.1.1998 Федеративна Республіка видала Шостий закон про реформу кримінального закону; він набрав чинності 1 квітня 1998 року.

**I. Щодо термінології і техніки реформи кримінального права в Федеративній республіці Німеччини**

Взагалі німецький Кримінальний кодекс походить з 1871 р. Але з того часу він зазнав більш ніж 170 змін. Законодавство Федеративної республіки Німеччини, що змінювало Кримінальний кодекс, термінологічно розрізняє "Закони про реформу кримінального закону" і "Закони щодо внесення змін до кримінального закону". Між іншим, невизначено, в чому саме полягає різниця між обома поняттями. Поняття "Закон про реформу кримінального закону" було вперше застосовано коаліцією СПД / ВДП (соціал — ліберальний уряд) і претендувало на те, щоб, на відміну від восьми раніше виданих "Законів про внесення змін до кримінального закону" провести принципіальну реформу Кримінального кодексу. Поняття "Закон про внесення змін до кримінального закону" з того часу повинно було застосовуватися лише до менш значущих змін. І дійсно, Перший закон про реформу кримінального закону реформував численні норми Загальної і Особливої частини, а Другий закон про реформу кримінального закону навіть явив світові цілком нову Загальну частину. Третій закон про реформу кримінального закону реформував склади злочинів, пов'язаних з демонстраціями. Четвертий провів реформу статевих злочинів, а П'ятий врегулював строки злочинного аборту, тобто запровадив некараність аборту до третього місяця. Цей закон був проголошений Федеральним Конституційним судом не-

конституційним, і нове рішення зазначеної проблеми було дано "15-м законом про внесення змін до кримінального закону". Доповнення Кримінального кодексу таким важливим розділом, як "Екологічне право", було здійснено в 1980 році законом, який скромно іменувався "18-м законом про внесення змін до кримінального закону". Таким чином, теоретично "Закон про реформу кримінального закону" означає більшу реформу, ніж така, що міститься в "Законі про внесення змін до кримінального закону". Проте тут відіграє певну роль самовираз політиків, відповідальних за видання цього закону. Траплялося, що об'ємні значні реформуючі закони позначалися як "Закони про внесення змін до кримінального закону", і менш об'ємні позначалися як "закони про реформу кримінального закону". До теперішнього часу в Федеративній Республіці були прийняті 32 закони про внесення змін до кримінального закону. Шостий закон про реформу кримінального закону (далі — ЗРКЗ-6) є першою новелою, що іменувалася "реформою кримінального закону" з часу П'ятого закону про реформу кримінального закону 1974 р. Чи заслуговує він на це ім'я, мені хотілося б вирішити наприкінці цієї статті.

**II. Народження закону**

В усякому разі цей закон протягли швидко і без залучення наукових кадрів. В середині 1996 р. Федеральне міністерство юстиції склало проект і направило його іншим міністерствам та організаціям, чиї компетенції він торкався. 25.9.1997 з ним погодився Федеральний Уряд і направив його до Бундесрату. Останній заявив багато заперечень, які, спільно з врахуванням побажань правового комітету

Бундестагу, призвели до істотних змін в проєкті. 26.01.1998 закон був прийнятий, а 01.04.1998 набрав чинності.

### III. Огляд масштабів реформи

ЗРКЗ-6 торкається лише Особливої частини і починає зміни лише зі ст. 127. Але починаючи з цієї статті, частково слідують вирішальні зміни. Починаючи з ст. 170b (в старій редакції) сталися значні зміни і зсув номерів численних статей. Закон ставив метою скоротити число статей з літерами, якими доповнювався Кримінальний кодекс. З одного боку, в зв'язку з виключенням багатьох статей цьому закону вдалося скоротити дванадцять статей, які мали номери з літерами (ст. 170b, 170d, 187a, 223a, 223b, 226a, 310a, 310b, 311a, 311b, 311c, 311d). Проте в зв'язку з тим, що цей закон ввів дев'ять нових статей з літерами (ст. 174c, 176a, 176b, 306a-306f), скорочення номерів з літерами обмежилося аж трьома статтями.

Завдяки тому, що крім скасування номерів з літерами були й інші пусто-порожні ідеї, зсунулися й інші номери статей. В цілому ЗРКЗ-6 змінив 34 статті. Через те, що номери статей зсунулися, змінилися і відсилки, в тому числі і в Загальній частині. Тому можна сказати, що видання Кримінального кодексу, старші за 1998 рік стали непридатними до використання.

### IV. Головний привід: гармонізація діапазонів покарання

Головним приводом для нової форми став закид, що старе право захищає власність, майно і безпеку цивільного обігу більше, ніж особові правові блага — життя, фізичну цілісність, свободу і статево самовизначення. Так, за просту крадіжку і шахрайство загрожує вало позбавлення волі до п'яти років, а за просте тілесне ушкодження — лише до трьох років. Тяжке тілесне ушкодження і звалтування тягло позбавлення волі не менш ніж на один або три роки, а тяжкий розбій — позбавлення волі не менш ніж на п'ять років.

Це непорозуміння необхідно було

усунути; для позначення цього завдання виник термін "гармонізація діапазонів покарання". Між іншим, ця "гармонізація", очевидно, не могла статися шляхом підвищення кримінальних покарань за порушення особових благ до рівня майнових злочинів. Скоріш останні мали бути знижені. Одразу пролунало звинувачення, що саме зараз, в час зростання насильницьких злочинів, знизити покарання за розбій було б помилковим кроком. Проте Федеральний Уряд на це заперечив, що вже зараз досить часто судді кваліфікують майнові злочини за "менш тяжкими" складами злочинів. Тобто тяжкий розбій в 80% випадків кваліфікувався як "менш тяжкий"!

Наслідком цих міркувань стала дуже диференційована система діапазонів покарання. Так, зараз є три склади розбою: простий розбій (позбавлення волі не нижче одного року), менш тяжкий (позбавлення волі від шести місяців до п'яти років), тяжкий розбій, 1 ступінь (розбій за наявності зброї або за умови участі в банді — позбавлення волі не нижче трьох років), 2 ступінь — (позбавлення волі не нижче п'яти років — розбій із застосуванням зброї або за наявності зброї в членів банди), а також менш тяжкі склади (позбавлення волі від одного року до десяти років), та розбій із смертельним наслідком (позбавлення волі не нижче десяти років).

Це дуже диференційована система, яка підвищує ймовірність судової помилки, а тим самим призводить до перевантаження судових органів.

Окрім цього, було запроваджено численні особливі межі покарання. Так, чотирнадцять статей було доповнено "менш тяжкими складами злочинів" (ст. 176a, 179, 221, 234, 235, 306a, 308, 309, 312, 313, 314, 315, 318, 330a). З іншого боку, численні норми було доповнено новими дефініціями "простих" і "тяжких" складів злочинів. Ці новели торкалися, зокрема, в межах боротьби з організованою злочинністю, запровадження особливих діапазонів покарання за професійну і організовану злочинну діяльність. Вони були закріплені в 13 нових статтях (ст. 146, 152a, 236, 244a,

263, 263а, 264, 266, 267, 268, 269, 275, 276). Через це німецький Кримінальний кодекс став дуже заплутаним. Статті з шістьма і більше абзацами більш не є рідкістю.

Крім того, було підвищено вищу межу кримінальної відповідальності за "менш тяжкі склади злочинів". Як вже було вище згадано, вища межа кримінального покарання за менш тяжкий склад тяжкого розбою становить десять років. Те саме стосується менш тяжкого складу вбивства без обтяжуючих обставин (ст. 213). Якщо замислитися над тим, що найвище покарання за вбивство без обтяжуючих обставин досягає 15 років, то здається трохи абсурдним признавати за "менш тяжкий склад вбивства без обтяжуючих обставин" позбавлення волі до десяти років. Завдяки цьому більш ніж часто збігаються діапазони покарання за "звичайні" і "менш тяжкі склади" злочинів. Така позиція німецького законодавця базується на тому, що в німецькій судовій практиці панує переконання, що статистично скоюється більше злочинів "менш тяжких складів", ніж "більш тяжких", і тому покарання має знаходитися в нижчій третині діапазону покарання. Через підвищення вищої межі покарання для "менш тяжких" складів злочинів планувалося спонукати суддів до того, щоб покарання за "менш тяжкі" склади злочинів пішли угору.

#### **V. Поширення меж карності замаху**

ЗРКЗ-6 закріплює покарання за замах на рівні основного складу злочину за тілесне ушкодження (ч. 2 ст. 223), зловживання з боку особи, зобов'язаної захищати потерпілого (ч. 2 ст. 225) викрадення дитини (ч. 3 ст. 235) і тілесне ушкодження при виконанні посадових обов'язків (ч. 2 ст. 340). Передусім це є поширенням діапазону карності, а саме в напрямку правового закріплення теорії суб'єктивної особової несправедливості. З точки зору кримінально-правової політики такий крок є особливо сумнівним. Бо будь-яке застосування небезпечних приладів підпадає під особливий склад "небезпечного тілесного

ушкодження" (ст. 224), який є карним вже на стадії замаху. Тепер кожний помилковий удар або поштовх неозброєною рукою стає кримінально карним — необгрунтоване перевантаження органів правосуддя. Закріплення карності замаху, базується, однак, передусім на вже заданій "гармонізації кримінальних покарань", бо замах вже був карним в складах крадіжки і умисного пошкодження майна. Між іншим постає питання, чи була ця "гармонізація вгору" необхідна, бо навіть запровадження карності замаху на пошкодження майна і дрібну крадіжку було свого часу помилкою.

Врешті, запровадження подальших складів з карним замахом суперечить принципіальній концепції німецького Кримінального кодексу, згідно з якою замах на правопорушення карається "лише" тоді, коли це чітко вказано в законі (ч. 1 ст. 23). Поміж іншим, замах є карним вже в 40% правопорушень.

#### **VI. Обмеження кількості "злочинів зі здатністю"**

Ціла низка кримінально-правових норм німецького законодавства містить формулювання "здатний до..." Існує "здатність зашкодити суспільному порядку" (ст. 126, 130, п. 2 ст. 140, ст. 166 КК), "здатність до приниження гідності в суспільній думці" (ст. 186 КК), "здатність до переривання вагітності" (ст. 219а, 219б КК), "здатність до фізичного знищення національної, расової, релігійної, або групи, визначеної за належністю до певної народності" (геноцид, п. 3 ч. 1 ст. 324а КК), "здатність до ушкодження здоров'я іншої особи, тварин, рослин або водного об'єкту" (ст. 324а КК), "здатність до забруднення водного об'єкту, повітря або ґрунту" (п. 4 ч. 1 ст. 326 КК). Відносно цих правопорушень в німецькій кримінально-правовій догматиці спалахнула жвава дискусія. Очевидно, "здатність" є чимось меншим, ніж реальна загроза. Дрейер йменував ці правопорушення "злочинами, що створюють потенціальну загрозу", Шрьодер — "злочинами, що створюють абстрактно-конкретну загрозу". Галлас, навпаки,

вказував на те, що ці правопорушення залишаються "такими, що створюють абстрактну загрозу". Я особисто позначив їх "злочинами, що створюють абстрактну загрозу з частковою конкретизацією". Андреас Хойер, між іншим, мій колега, професор кримінального права в Регенсбурзі, написав цілу дисертацію про злочини "зі здатністю".

В зв'язку з цим жвавим спором варто зауважити, що ЗРКЗ-6 скасував три "злочини зі здатністю". Формулювання "речовини, які здатні зруйнувати здоров'я", носіння яких каралося по кримінальному закону (стара редакція ст. 229), було замінено на формулювання "речовини, які шкодять здоров'ю" (нова редакція п. 1 абз. 1 ст. 224). Формулювання "предмети, здатні переносити вогонь" (стара редакція ст. 308), була частково замінена поняттям загрози здоров'ю (нова редакція ч. 2 ст. 306). Нарешті, формулювання "речовини, які здатні зруйнувати здоров'я людини" (стара редакція ст. 319) було замінено формулюванням "речовини, які шкодять здоров'ю" (нова редакція ст. 314). Створюється враження, що законодавець критично ставиться до "злочинів зі здатністю" і схиляється до їх повного скасування.

## VII. Зміни в Особливій частині

ЗРКЗ-6 змінив дуже багато норм Особливої частини. Вони не охоплювалися однією фундаментальною концепцією, просто закон було використано, аби реалізувати проекти реформ, які скопилися за декілька років.

В багатьох випадках мова йде про зміни, які — особливо в зв'язку з вже згаданою новою нумерацією статей — зовні упадають в очі, але змістовно є незначними. Так, склади тілесних ушкоджень і злочини, що порушують протипожежну безпеку, були по-новому структуровані, але змістовно небагато змінилося. Завданням нового врегулювання злочинів, що порушують протипожежну безпеку, було усунути заплутаність існуючого закону; внаслідок консультацій в законодавчих органах (див. вище, розділ II) нове врегулювання зробило закон ще заплутанішим.

а) Майнові і господарські злочини

По суті спостерігається підвищення рівня правового регулювання майнових і господарських злочинів. Так, підробка кредитних карток і відповідні підготовчі дії були знову криміналізовані (нова редакція ст. 152а). Був суттєво поширений склад страхового шахрайства (ст. 265), в складі шахрайства до прикладів особливо тяжкого випадку було віднесено містифікацію страхового випадку (нова редакція п. 5 ч. 3 ст. 263). Винні дії, що призвели до арешту суден або їх вантажу через контрабанду було поширено на автомобільний і повітряний транспорт (ст. 297). З рештою, всі злочини, що передбачали привласнення, було поширено на привласнення майна будь-якої третьої особи (ст. 242, 246, 249, 292, 293). Приводом стала НДР: вона вилучила з листів західних німців їх східним родичам банкнот вартістю до 100 мільйонів марок. Після колапсу НДР деякі суди присуджували відповідальних за це осіб до кримінальної відповідальності, бо подальше існування НДР було також і в їх інтересі, і таким чином вони "привласнювали" ці гроші. Федеральна судова палата відхилила цю аргументацію і виправдала обвинувачених. Чи потребував цей винятковий випадок законодавчих змін, сумнівно. Проте здавна нам відомі випадки, коли батьки використовують для крадіжки дітей, які "не привласнюють" речі. Проте в схемі з посередником-виконавцем виконавця притягнення батьків до кримінальної відповідальності було можливе завдяки так званому "ненавмисному інструменту". Ця схема була усунута завдяки зміні в законодавстві.

б) Статеві злочини

Серед статевих злочинів, з огляду на деякі прецеденти, які викликають значний суспільний резонанс, було підвищено відповідальність за сексуальне насильство над дітьми і запроваджено підвищену кримінальну відповідальність за сексуальні дії з дітьми з метою виробництва порнографічних зображень (нова редакція ст. 176а). Також склади статевого примусу і згвал-

тування було доповнено новими обтяжуючими обставинами (нова редакція ч. 3, 4 ст. 177). Нарешті було додано новий склад сексуального зловживання з використанням відносин консультування або лікування (ст. 174с). Ця норма базується на тому досвіді, що відносини між психіатрами, психотерапевтами і подібними спеціалістами і їх пацієнтами часто переходять на сексуальний рівень. Чи можна ці складні відносини охопити за допомогою поняття "використання відносин лікування", покаже час.

### с) Вбивство дитини

Варто уваги, що особливо сувору кримінальну відповідальність за вбивство дитини (ст. 217) було скасовано. Вона виникла в часи Просвіти і знайшла відображення в багатьох зарубіжних правових системах, нещодавно також і нових кримінальних кодексах Росії і Польщі. Вироки за цим складом злочину стали в Німеччині дуже рідкими, і вважається, що прецеденти, які кваліфікувалися за цим складом, можна охопити "менш тяжким випадком вбивства" (ст. 213). Але головною підставою для скасування було те, що ця норма обмежувалася вбивством позашлюбних дітей і сприймалася як часткова дискримінація. Але попри все мінімальне покарання за цей злочин складає один рік, удвічі більше ніж раніше.

## VIII. "Статеві-нейтральні" формулювання

Наприкінці радісна звістка для дам. ЗРКЗ-6 потурбувався про усунення "чоловічих" формулювань і заміни їх "статеві-нейтральними" (жахливе слово!). Замість фрази "хто вбиває (або травмує) іншого..." тепер застосовується "хто вбиває (або травмує) іншу людину" або "іншу особу". Завдяки цьому склад крадіжки відтепер звучить так: "Хто забирає чужу рухому річ, що належить іншій особі, з наміром привласнити її собі або третій особі...". Я пильно попереджав

про такий ексцесивний "культ особи" після публікації законопроекту. На щастя, у відповідь на це законодавець трохи відсторонився від запланованих обсягів реалізації цього принципу, які слід було визнати надмірними. Але, незважаючи на реформу, в загальному переліку обтяжуючих обставин залишилося формулювання "Якщо злочинець спричинить...". Через те виникає нова несправедливість: якщо стосовно потерпілих запроваджено "статеві-нейтральні" формулювання, але злочинець описується, як і раніше, лише в чоловічому роді. На мою думку, це гірше порушення мовної рівності, ніж колишнє загальне використання чоловічого роду.

## IX. Підсумок

На початку я відклав питання про те, чи заслуговують останні зміни кримінального закону назви "Закон про реформу кримінального закону". Число змінених статей є безперечно великим. Між іншим ми встановили, що багато змін обмежуються лише новим формулюванням, і численні статті лише одержали нову нумерацію. Але в цілому все-таки можна сказати, що велика кількість змін заслуговує на ім'я "реформи кримінального закону". Інше питання, чи може ця реформа бути названа вдалою. Стосовно багатьох норм тут треба висловити скоріше сумнів. Здається, що завдяки реформі німецький кримінальний кодекс став в цілому складнішим і заплутанішим. Він створює враження, що Вільна демократична партія (ВДП), до якої належить міністр юстиції — до речі, наш колега, професор державного і адміністративного права Кільського університету, — хотіла залишити знак своєї активності і компетентності і при цьому так сильно недооцінила кількість часу, необхідну для підготовки такої широкомасштабної реформи.

*Переклад з німецької — Д. Крупко*