**«Виконавець»**

**Вчення про виконавця злочину в німецькій теорії кримінального права**

**ЗМІСТ**

[ВСТУП 4](#_Toc62732076)

[РОЗДІЛ І.](#_Toc62732077) [Поняття співучасті у злочині за кримінальним правом Німеччини 6](#_Toc62732078)

[1.1. Сучасна нормативна регламентація співучасті у злочині 6](#_Toc62732079)

[1.2. Моделі (системи) участі кількох осіб у злочині (Beteiligungssysteme) за німецьким кримінальним правом 9](#_Toc62732080)

[РОЗДІЛ ІІ.](#_Toc62732081)[Виконавство злочину: поняття, прояви, значення 13](#_Toc62732082)

[2.1. Обсяг поняття виконавця (Täter) злочину 13](#_Toc62732083)

[2.2. Прояви виконавства у злочині 15](#_Toc62732085)

[2.3. Судова практика (Rechtsprechung) та правові позиції Верховного суду ФРН (BGH) з приводу розмежування виконавства від співучасті з розподілом ролей 22](#_Toc62732086)

[РОЗДІЛ ІІІ](#_Toc62732087). [Вплив німецького вчення про виконавця злочину на національне кримінальне право інших країн та міжнародне кримінальне право 27](#_Toc62732088)

[3.1. Вплив на системи права зарубіжних країн. Поширення теорії панування над діянням 27](#_Toc62732089)

[3.2. Вчення про панування над діянням у міжнародному кримінальному праві 29](#_Toc62732090)

[Висновки 33](#_Toc62732091)

[Список використаних джерел 35](#_Toc62732092)

***Анотація.*** *У роботі визначено зміст співучасті за кримінальним правом Німеччини, прояви взаємодії кількох осіб при вчиненні злочину, розглянуто поняття необхідної співучасті, невдалої співучасті, розмежування взаємодії кількох осіб при вчиненні злочину від причетності, зокрема, приховування злочину, виділено окремі проблемні питання кваліфікації проявів співучасті, висвітлено існуючі наукові концепції розмежування виконавства злочину від пособництва у ньому, проаналізовано ряд показових рішень Верховного суду ФРН, проведений порівняльний аналіз концептуальних підходів щодо певних проявів взаємодії кількох осіб при вчиненні злочину за німецькою та українською доктринами, прослідковано вплив німецького теоретичного надбання на системи права деяких інших європейських країн та формування підходів щодо поняття виконавства за міжнародним кримінальним правом.*

***Ключові слова:*** *виконавець; виконавство злочину; німецьке кримінальне право; прояви виконавства; співвиконавство.*

**Актуальність (Introduction).** Визначення меж кримінальної відповідальності за спільне вчинення злочину кількома особами є однією з центральних проблем кримінального права в цілому. Власне, стан нормативної регламентації інституту співучасті у Кримінальному кодексі України та наявність внаслідок цього кількох теоретичних підходів до кримінально-правової оцінки певних практичних ситуацій призводить до неоднакового застосування норм кримінального права. Наприклад, існуюче у кримінальному законі визначення «вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою» дає окремим науковцям [1, с. 124] підстави говорити про те, що відповідна кваліфікуюча ознака може інкримінуватись співучасникам і на рівні співучасті з розподілом ролей, а не тільки характеризувати діяння співвиконавців (у ч. 2 ст. 28 КК України законодавець не вжив поняття «співвиконавці злочину» на відміну від ч. 1  ст. 28 КК України) [2].

Іншим прикладом може послугувати відсутність належних правил кваліфікації опосередкованого вчинення злочину у тому разі, коли відповідний юридичний склад злочину передбачає наявність у виконавця злочину спеціальних ознак (суб’єкт вчинення злочину спеціальний). Такий стан справ зумовлює необхідність дослідження досвіду зарубіжних країн з аналогічних питань, підходів до кваліфікації та вирішення теоретичних проблем задля відшукання альтернативних концепцій чи глибшого наукового аргументування існуючих теоретичних надбань.

**Аналіз останніх** **досліджень та публікацій** **(Analysis of recent researches and publications).** Окремі питання правового статусу виконавця злочину за кримінальним правом Німеччини розглянуто у працях таких зарубіжних представників науки кримінального права, як Б. Гайнріх, В. Гропп, М. Колер, Ф. Крей, В. Нольден, Г. Отто, К. Роксін, Г. Фрістер, Г. Фройнд, Д.-М. Халекен, П. Хаук, Р. Хейфендель, Р.Д.Херцберг, Е. Шмідтхойзер, Ф.-К. Шредер,   
Б. Шунеманн, Г. Якобс та інших вчених. На жаль, вузькопрофільних досліджень виконавства злочину за кримінальним правом Німеччини вітчизняні вчені не проводили, виклад окремих загальних положень все ж розміщений у працях Ю.Г. Старовойтової [3], М.І. Хавронюка [4] та інших.

**Мета (Purpose).** Вивчення основних досягнень сучасної німецької кримінально-правової науки та узагальнення досвіду Федеративної Республіки Німеччина у правовій регламентації кримінально-правових відносин різнобічне висвітлення концептуальної сутності співучасті у злочині; з’ясування  наукових підходів до основних типів взаємодії кількох осіб при вчиненні злочину, їх розмежування між собою, виявлення можливих додаткових шляхів розвитку вітчизняної концепції співучасті у злочині та суміжних з нею явищ.

**Методи(Methods).**Методологічною основою дослідження у магістерській роботі виступає сукупність загальнонаукових та спеціально юридичних методів наукового пізнання. Так, основним методом при написанні магістерської роботи був формально-догматичний. Важливу роль відіграв метод системного аналізу. Також нами були використані структурний метод, історико-правовий метод, метод порівняльно-правового дослідження***.***

# ВСТУП

Визначення меж кримінальної відповідальності за спільне вчинення злочину кількома особами є однією з центральних проблем кримінального права в цілому. Власне, стан нормативної регламентації інституту співучасті у Кримінальному кодексі України та наявність внаслідок цього кількох теоретичних підходів до кримінально-правової оцінки певних практичних ситуацій призводить до неоднакового застосування норм кримінального права. Такий стан справ зумовлює необхідність дослідження досвіду зарубіжних країн з аналогічних питань, підходів до кваліфікації та вирішення теоретичних проблем задля відшукання альтернативних концепцій чи глибшого наукового аргументування існуючих теоретичних надбань.

Традиційно німецьке і українське кримінальне право мають значну кількість спільних рис. Це пояснюється не тільки належністю до однієї правової сім’ї, але і активним науковим обміном у минулому, особливо у  XVIII-XIX ст., коли німецькі вчені брали безпосередню участь у розробці тодішнього законодавства Російської імперії, доктрини кримінального права, наприклад, праці Л. Фейербаха. Важливим напрямком взаємодії стали наукові стажування відомих вчених у провідних університетах Німеччини. У свій час таке стажування пройшли М.С.Таганцев, О.Ф.Кістяківський та інші. Проте з зміною політичної ситуації обмін припинився, що і має відповідний результат – німецька кримінально-правова доктрина уже відмовилась від ряду розроблених у 20-30-х роках ХХ ст. наукових концепцій, які внаслідок рецепції у вітчизняному кримінальному праві продовжують посідати визначальне місце.

Оскільки історично німецьке і вітчизняне кримінальне право тісно пов’язані, безсумнівно значний науковий інтерес становить дослідження питань взаємодії кількох осіб при вчиненні злочину за кримінальним правом Німеччини.

# РОЗДІЛ І. Поняття співучасті у злочині за кримінальним правом Німеччини

## Сучасна нормативна регламентація співучасті у злочині

Чинні на сьогодні норми про спільне вчинення злочину містяться у третій главі другого розділу Загальної частини КК ФРН. Водночас деяке значення можуть мати певні інші норми Загальної частини (наприклад §14) чи Особливої частини КК (зокрема для відмежування співучасті від причетності (§257 КК) чи то інших форм взаємодії кількох суб’єктів при вчиненні злочину, у тому числі §111, §159 КК).

У цьому контексті слід відзначити, що прояви так званої організованої злочинності, які виділяються у вітчизняному кримінальному праві з огляду на положення ч.2 ст.27, ч.3-4 ст.28, ст.30 та окремих статей Особливої частини КК України як прояви співучасті, за класичним німецьким підходом не можуть вважатися особливими проявами спільного вчинення злочину кількома особами (Beteiligung). У жодному із наукових чи навчальних джерел вони по цій темі не згадуються взагалі [5].

Хоча А.Е. Жалінський зазначає, що відсутність нормативної регламентації в Загальній частині КК ФРН ряду форм співучасті, подібних до передбачених у ст.35 КК РФ, є всього лише особливістю німецького підходу до нормативної регламентації інституту співвиконавства і співучасті оскільки ряд норм Особливої частини такі форми співучасті містить: §127 передбачає кримінальну відповідальність за створення збройних груп, §129 – за створення злочинних об’єднань, §129а – за створення терористичних організацій, §129b стосується настання кримінально-правових наслідків за створення злочинних чи терористичних об’єднань за кордоном, а §244, 244а, 260, 260а передбачають кваліфікуючу ознаку «вчинення злочину членом банди у її складі». Однак у жодному із досліджених нами наукових чи навчальних джерелах такі прояви поведінки окремою формою співучасті не називались.

Лише К.Роксін зауважує, що криміналізація подібних проявів поведінки шляхом створення окремих складів діянь є «вкрапленням» моністичної системи в дуалістичну, що не може бути похвально [6, c.8]. При цьому він прямо не називає такі випадки співвиконавством, але виходячи із самого розуміння моністичної системи, вочевидь, йдеться про випадки співвиконавства.

Вітчизняна доктрина також не може запропонувати єдино правильну оцінку відношенню положень Загальної частини КК України про співучасть та окремих складів злочинів Особливої частини: більшість вчених розцінює їх як особливі (відносно до загальних у Загальній частині КК України) прояви співучасті у злочині, розміщені в Особливій частині КК України, деякі вбачають у них прояви необхідної співучасті [7, c.108].

Логіка побудови третьої глави КК схожа на вітчизняну: спочатку визначаються окремі прояви спільного вчинення злочину, а далі наводяться окремі нормативні орієнтири, що регламентують кримінально-правові наслідки, яких можуть зазнати особи. Назва глави – «Täterschaft und Teilnahme» (виконавство і співучасть)  – не містить узагальнюючого поняття для зазначених вище двох проявів співучасті, а лише називає їх окремо.

Водночас у науковій літературі неодноразово зустрічається термін участь у злочині (Beteiligung) як узагальнююче поняття для виділених законодавцем двох її форм – виконавства (Täterschaft) та співучасті з розподілом ролей (Teilnahme). А.Е. Жалінський, один із небагатьох дослідників німецького кримінального права пострадянського простору, у своїй монографії відзначає, що ця категорія є виключно доктринальним надбанням [8, c.256]. Однак принаймні у абз.2 §28, §29-31 КК вживається поняття учасники (Beteilegten), яким законодавець, власне кажучи, і позначає узагальнено виконавця та співучасника (підбурювача, пособника), що по суті спростовує думку А.Е. Жалінського.

Окремо слід відзначити специфіку німецької термінології, що позначає прояви співучасті. Так, ані поняття «Täterschaft», ані поняття «Teilnahme» не позначають взаємодію між кількома особами (співучасниками), тобто не позначають форми співучасті у загальноприйнятому в пострадянській доктрині розумінні. Такий підхід різко контрастує з українським: вітчизняний законодавець прямо вказав, що виконавець – тільки та особа, яка діє у співучасті з іншими. Зокрема, у статті 27 КК України законодавець прямо називає виконавцем лише один із видів співучасників злочину. Дане нормативне регулювання не можна вважати задовільним, воно, можливо, і зумовлено тим, що український законодавець намагається описати відразу взаємодію між співучасниками, а не просто типи поведінки, як це у німецькому кримінальному законі.

У §25 (Täterschaft) викладено три форми виконавства:

* Безпосереднє виконавство (Alleintäterschaft/ unmittelbare Täterschaft)  - «особа, яка самостійно вчинила злочин» – абз.1 §25;
* Опосередковане виконавство (mittelbare Täterschaft) – «особа, яка через іншу вчинила злочин – абз.1 §25;
* Співвиконавство (Mittäterschaft) – «якщо кілька осіб вчиняють злочин спільно, кожна із них підлягає покаранню як виконавець – абз.2 §25.

У науковій літературі чітко зазначається про поширення дії цих норм лише на умисні кримінальні правопорушення [9, c. 493], хоча у самому тексі нормативного матеріалу про це не згадується. Відсутність вказівки на умисний характер вчиненого співвиконавцями діяння у абз.2 §25 КК деяким науковцям дає підстави говорити про можливість співвиконавства у необережних злочинах – детальніше у відповідному підрозділі.

Параграф 28 КК визначає підстави для зміни меж караності (Strafrahmenverschiebungen) та «відступів» від акцесорності (Akzessoritätsdurchbrechung) залежно від наявності чи відсутності індивідуальних ознак окремого співучасника (besondere persönliche Merkmale) [10]. Так, згідно з абз.1 цього параграфу якщо певному співучаснику (підбурювачу чи пособнику) не властиві ознаки, зазначені у абз.1 §14, які у свою чергу обумовлюють кримінальну відповідальність (Strafbarkeit – досл. караність) виконавця злочину, його покарання підлягає пом’якшенню на підставі абз.1 §49.

Параграф 29 закріплює так званий принцип лімітованої (обмеженої) акцесорності (limitierten Akzessorität), який спрощено передбачає, що для співучасників вина не може бути спільна, на відміну від складу діяння та протиправності: «Кожен учасник підлягає покаранню відповідно до власної вини без урахування вини іншої особи». Таким чином, принцип обмеженої акцесорності означає, що за наявності хоча б одної із вищезазначених обставин, які виключають винуватість для певної особи (зокрема, виконавця), інші співучасники все ж підлягатимуть кримінальній відповідальності в цілому за спільно вчинене діяння.

У абз.1 §30 КК закріплено поняття замаху на участь (Versuch der Beteiligung): «Той, хто намагається схилити іншого до вчинення чи підбурювання до вчинення злочину (Verbrechen), підлягає покаранню як за замах на злочин. Покарання підлягає пом’якшенню на підставі абз.1 §49, норма абз.3 §23 також діє».

## Моделі (системи) участі кількох осіб у злочині (Beteiligungssysteme) за німецьким кримінальним правом

Як вказувалось вище, німецький законодавець розрізняє при вчиненні злочину ролі виконавця, підбурювача та пособника. Цей трьохелементний поділ (Dreiteilung) був запозичений з КК Франції 1810 року (ст.59, 60), знайшовши відбиток, наприклад, у пруському КК 1851 року (§ 34,35), так і в імперському КК 1871 року (§47-49), та був без особливих зауважень збережений і при кримінально-правовій реформі 1960 рр.  Але, як вказує К. Роксін [11, c.5] більш поширена у світі, ніж єдина альтернативна модель – моністична система.

**Дуалістична модель (Dualistisches Beteiligungssystem).** Для випадків участі кількох осіб у вчиненні умисних кримінальних правопорушень (Vorsatzdelikte) німецьке кримінальне право спирається на так звану дуалістичну систему. Система передбачає поділ цих осіб на виконавців та інших співучасників (для Німеччини, як зазначалось вище, це підбурювач та пособник). В її основу покладена концепція рестриктивного виконавця [12, c.40-41].

У науковій літературі відзначається, що основною перевагою цієї системи є можливість диференційованого охоплення різних проявів поведінки за допомогою відносно гнучкого упорядкування шляхом їх віднесення до одного із виділених видів участі у вчиненні злочину [13, c.256]. Однак зрозуміло, що ця так звана перевага і зумовлює основний недолік – виникнення проблем при відмежуванні однієї форми участі від іншої, таких проблем при моністичній системі формально не існує, хоча при призначенні покарання, ступінь участі має враховуватись, якщо прагнути раціонального обґрунтування призначеного покарання, а не тільки інтуїтивного.

Слід відзначити, що українську модель опису співучасті також можна віднести до дуалістичної. Так, виділено окремо прояви поведінки, що є відмінні від, власне, виконання злочину. Зокрема ч.3-5 ст.27 КК України передбачають ролі організатора, підбурювача та пособника, які є чимось «зовнішнім» по відношенню до виконавця. Норма статті 29 КК України передбачає також акцесорність – діяння вказаних вище співучасників підлягає кримінально-правовій оцінці з урахуванням вчиненого виконавцем.

**Моністична модель (Monistisches Einheitstätersystem).**Ця система також властива німецькому праву, наприклад, для кваліфікації адміністративних правопорушень (Ordnungswirdigkeiten), а також для необережних кримінальних правопорушень (Fahrlässigkeitsdelikte). Відповідно до домінуючої в літературі думки в основу цієї концепції покладене екстенсивне поняття виконавця [14, c.288].

Суть моністичної системи полягає у відсутності акцесорності – залежності між відповідальністю безпосереднього виконавця та інших учасників злочину. Як класичний приклад Б. Гайнріх наводить ситуацію, коли особа надає інформацію про місцезнаходження жертви чи надає зброю для вбивства. Вона так само буде вважатися виконавцем умисного вбивства, як і інша особа, яка безпосередньо вбила потерпілого. Слід вказати, що наведений приклад є умоглядним, оскільки насправді за чинним німецьким кримінальним законом особа, яка надала знаряддя вчинення злочину, є пособником у вбивстві.

К. Роксін зауважує, що хоч дуалістична система превалює як у законодавстві європейських держав, так і на міжнародному рівні, це не може означати відсутність моністичних засад в самому німецькому підході.

Г.Фрістер, ілюструючи прикладом розуміння моністичної системи для необережних злочинів, не використовує традиційні для німецької доктрини (у контексті умисних кримінальних правопорушеннях) форми виконавства: «Наприклад, якщо А з легковажності умовив Б відвезти його додому на автомобілі з несправним гальмом, а Б через неможливість гальмувати здійснить смертельний наїзд на дитину, то А несе відповідальність за спричинення смерті з необережності нарівні з Б як виконавець, а не підбурювач. Такий же принцип має місце, якщо А не умовляв Б сісти за руль, а за його проханням надали Б у розпорядження несправний автомобіль. У цьому випадку закон розглядає А не як пособника, а як виконавця необережного вбивства нарівні з Б» [15, c. 515-516].

Підсумовуючи вищевикладене, слід вказати на те, що при необережних злочинах моністична система у німецькому кримінальному праві набуває звуженого змісту, оскільки по суті передбачає лише виконавство – спричинення винним шкоди внаслідок наявності причинно-наслідкового зв’язку із його діянням. Якщо таких осіб кілька – мова може йти про паралельне виконавство чи співвиконавство залежно від наукового підходу, що не можна визнати повністю правильним, оскільки мова йде по суті про «вписування» у форми участі кількох осіб у вчиненні умисних кримінальних правопорушень випадків необережного співпричинення шкоди, що не може мати такі ж ознаки, як умисне.

**РОЗДІЛ ІІ.** **Виконавство злочину: поняття, прояви, значення**

## 2.1. Обсяг поняття виконавця (Täter) злочину

Екстенсивне поняття виконавця (extensiver Täterbegriff)**.** Ця теорія, яка покладена в основу вищеописаної моністичної системи, виходить із того, що виконавцем злочину є кожен, хто спричиняє передбачене складом діяння наслідок (злочинний результат). Відповідно, склад злочину позначається як центральна категорія для виконавства через таке необхідне спричинення (Verursachung) [52, c.344]. Це проявляється навіть у зміщенні термінологічного акценту - використання замість описаного у складі діяння, власне, діяння інших визначальних понять на кшталт спричинення злочинного результату (Erfolgsveruursachung)  чи спричинення порушення правового блага (Rechtsgutverletzung). Як зазначає проф. Кудліх, у цьому випадку підбурювання та пособництво відіграють для самого складу діяння обмежувальне значення, а за рестриктивної теорії – поширювальне [17] (як і для настання кримінальної відповідальності).

При цьому, як відмічають у науковій літературі, не проводиться оцінка «цінності внеску» конкретного учасника. Теоретичним підґрунтям цього підходу є розробка вчення еквівалентності (Äquivalenztheorie) про рівноцінність усіх умов настання наслідку (Erfolgsbedingunge). Використовуючи її, як вказує К.Роксін, неможливо пояснити законодавчий поділ на три ролі в принципі, оскільки ролі підбурювача і пособника взагалі не потрібні, якщо кожна особа, яка своїм діянням сприяє досягненню злочинного результату. Ця теорія також не узгоджується із самим текстом закону у багатьох випадках.

Водночас, деякі сучасні науковці, які продовжують розробляти цю теорію, відзначають інше її співвідношення із нормами закону, зокрема §26-27 KK. Вони визначають ці нормативні положення про підбурювання та пособництвo виключно як такі, що «обмежують покарання» (Strafeischränkungsgrund) [18, c.74]. Нагадаємо, що для пособника обов’язкове пом’якшення покарання, а для підбурювача її межі такі самі, як для виконавця. Тобто мова йде про те, що ці положення відіграють виключно функціональну роль – визначення меж караності, а не нормативної підстави кримінальної відповідальності. «Як підбурювач, так і пособник повинні бути визначені як виконавці, але в силу прямої законодавчої вказівки – положень §26-27 – вони виділені окремо для визначення меж караності їх дій». Такі твердження піддані у науковій літературі критиці. Зокрема, «незрозуміло, для чого пом’якшувати покарання для пособника у вчиненні злочину, якщо його діяння теж є виконавством (рівноцінне йому), оскільки кожна поведінка, що сприяє настанню злочинного результату, утворює виконавство за цією теорією» – зауважує Єшчек.

Рестриктивне поняття виконавця (restriktiver Täterbegriff)**.** К. Роксін прямо називає цю теорію правильною, вона є домінуючою навіть з огляду на те, що найбільше узгоджується з чинним кримінальним законом. Відповідно до цього підходу виконавство охоплює лише безпосереднє виконавство, опосередковане виконавство та співвиконавство (якщо не брати до уваги існування паралельного виконавства, описаного вище). З теоретичної точки зору мова йде про те, що виконавством є лише такі дії, які прямо описані в Особливій частині кримінального закону.

Для обґрунтування кримінальної відповідальності підбурювача та пособника необхідні положення §26-27 як такі, що виконують іншу функціональну роль – є, власне, підставою для настання відповідальності (strafbegründend). Тобто за відсутності цих положень підбурювання та пособництво не були б кримінально карані.

Деякі науковці вказують на те, що рестриктивне поняття виконавця та моністична система – взаємовиключні речі [19]. На нашу думку, це твердження занадто категоричне, оскільки мова йде про те, що лише деякі діяння, які за моністичної системи можна було б вважати виконавством, у рамках рестриктивного розуміння виконавства такими не можуть вважатися. Але водночас є частина проявів поведінки, яка і за моністичної системи (з превалюванням екстенсивного поняття виконавця), і за дуалістичної системи (з превалюванням рестриктивного поняття виконавця) є виконавством у будь-якому разі.

## 2.2. Прояви виконавства у злочині

Частково ця тема уже висвітлювалась при розгляді питання про нормативне регламентування участі кількох осіб у злочині. У цьому підрозділі більше уваги хотілось би приділити саме теоретичному змісту усіх форм виконавства, що розрізняються у німецькій доктрині.

1. Безпосереднє виконавство (Unmittelbare Täterschaft)

Здавалось би, мова йде про найпростіший прояв виконавства, описаний у абз.1 §25 КК, проте певні нюанси все ж наявні, зокрема виділяють підвиди безпосереднього виконавця.

Одноособовий виконавець, як зазначає проф. В.Гропп, це особа, яка склад діяння виконує самостійно [17, c.335-336]. Р.Д.Херцберг вказує при цьому на те, що мова може йти не тільки про банальні ситуації, а і розірвані у часі чи з ускладненим причинним зв’язком між діянням особи та наслідками. Зокрема як приклад він наводить ситуацію, коли Т. ввечері встановлює бомбу у складському приміщенні широкофюзеляжного реактивного літака. Коли вночі згідно з планом бомба спрацьовує та пасажирам літака заподіюється смерть, Т спить. Цим прикладом він намагається розширити буквальне розуміння «безпосереднього виконавства», оскільки саме злочинне діяння та наслідок можуть бути розірвані в часі відповідно до §8 KK [20, c.233]. Приклад щодо ускладненого причинного зв’язку наводиться у підручнику А. Жалінського: «Дехто встановлює вибуховий пристрій так, щоб він спрацьовував від включеної лампи у дворі, що робить, власне, жертва». Він підкреслює, що виконавцем має бути особа, яка запустила ланцюжок подій, внаслідок яких і досягнуто злочинний результат.

Більш складний випадок викладений у вироці земельного суду Дюйсбурга від 25.03.1993 року: «Г, 1921 р.н., у квітні 1945 року як начальник роти СС при евакуації наглядав територію від Матхаузена (німецький концтабір) і до складів біля віденського Нойдорфа. Виконуючи наказ начальника В, він застрелив ув’язненого Н, який більше не міг йти. У час пострілу В був далеко та не досяжний». Аналізуючи ситуацію на предмет того, чи був Г виконавцем вбивства за §212 КК, Р.Д.Херцберг вказує на те, що з одного боку Г заподіяв смерть іншій особі безпосередньо, чим і виконав об’єктивний склад кримінального правопорушення за  §212 КК. Г також діяв умисно. Таким чином, виходячи з теорії панування, Г виконав склад злочину. Суб’єктивна теорія при цьому задалась би додатково запитанням, чи мав Г волю виконавця (Täterwillen). Суд вказав на те, що Г таку волю не мав, визнавши його пособником, а виконавцем, власне, начальника В, який у цей час взагалі не був у часово-просторовому зв’язку із тим, що вчиняв Г.

Р. Херцберг наголошує, що наразі такий підхід йде в розріз із прямими вимогами чинного кримінального закону, оскільки відповідно до абз.1 §25 особа, яка вчиняє кримінально каране діяння може бути лише виконавцем [21, c.33].

Ще як прояв безпосереднього виконавця у літературі виокремлюють специфічні прояви поведінки при поєднанні безпосереднього виконавства з опосередкованим. Так, деякі вчені називають безпосереднім виконавцем особу, «яка стоїть попереду» (Vordermann) при опосередкованому виконавстві [56]. Мова йде, передусім, про концепцію «виконавець позаду виконавця» (Täter hinter dem Täter), яку не всі науковці розділяють, вважаючи що кілька центральних фігур при вчиненні кримінального правопорушення можуть мати місце лише при співвиконавстві. При цьому найчастіше таку форму поєднання поведінки двох осіб вбачають у таких ситуаціях :

* Живе знаряддя діє з юридичною помилкою, якій можна було запобігти (vermeidbare Verbotsirrtum);
* За опосередкованого виконання наявний сильний організований владний апарат;
* Опосередкований виконавець помиляється щодо особи «живого знаряддя» (error in persona);
* «Живе знаряддя» діє при обмеженій вині (очевидно, мова йде про обмежену осудність) та ін.

Очевидно, що у деяких випадках (коли вона діє відповідно до складу діяння та протиправно, але без вини), то така особа може визнаватись виконавцем, хоча і кримінальній відповідальності не підлягає.

1. Опосередковане виконавство (mittelbare Täterschaft)

Ця форма виконавства є чи не найбільш дискусійною у німецькій літературі. При чому дискусійною є не саме її виділення, а скоріш окремі прояви та систематизація випадків опосередкованого виконання.

  Як вказує Г.Фрістер, у деліктах з матеріальним складом опосередковане виконання відрізняється від безпосереднього лише тим, що ланцюг причинно-наслідкових зв’язків має ще одну проміжну частину – поведінку ще однієї особи. Він наголошує на тому, що опосередкований виконавець, використовуючи іншу особу у якості знаряддя, сам порушує норму кримінального права і підлягає покаранню як виконавець [9, c.517].

Термінологічно як опосередкованого виконавця (mittelbare Täter) позначають особу, «яка стоїть позаду» (Hintermann) і яка, вчиняючи кримінально каране діяння, «поміщає» у нього «живе знаряддя» (Werkzeug) /посередника у діянні (Tatmittler), тобто особу, «яка стоїть попереду» (Vordermann). Останній знаходиться під впливом опосередкованого виконавця, він не вчиняє кримінальне правопорушення у повному розумінні. Як пікреслює Б.Гайнріх, за загальною схемою посередник не підлягає кримінальній відповідальності, саме тому його і вигідно використовувати.

Окремо слід визначити, з яких підстав опосередкований виконавець може контролювати «живе знаряддя». Так, Б.Гайнріх  виокремлює такі варіанти як наявність помилки (Irrtumherrschaft), обізнаність у фактах (Wissenherrschaft), примус (Nötigungsherrschaft) тощо.  У дещо новішому джерелі конкретніше виглядає класифікація, запропонована Б.Гайріхом, коли «живе знаряддя»:

1. Об’єктивно не вчиняє склад діяння (objektiv nicht tatbesdandmässig)
2. Діє неумисно (nicht vorsätzlich)
3. Відсутні інші суб’єктивні ознаки, необхідні для певного складу діяння
4. Діє не протиправно (nicht rechtswirdig)
5. Діє невинувато (onhe Schuld)
6. Виконавець за виконавцем (Täter hinder dem Täter)

Класифікація, яку пропонує др.Гульпен [16, c.231] збігається із викладеною вище за винятком одного додаткового пункту – знаряддя діє умисно, але без наміру (vorsätzlich, aber absichtslos). Як приклад він наводить ситуацію, коли А викрадає (без власного наміру на привласнення речі) чужу річ для Б і доставляє її відповідно до домовленості ватажку банди В. На відміну від цього, він вважає, умисел у живого знаряддя відсутній у випадку, коли троє підлітків грались із пістолетами, один з яких виявився зарядженим, а А вистрелив ним Б в голову, як це спланував третій В.

А.Жалінський також зазначає про наявність проблемних випадків опосередкованого виконавства, що випливає із того факту, що безпосередній виконавець осудний і може постати необхідність розмежування цієї форми взаємодії від дій виконавця і підбурювача. Як вказує він, судова практика визнає опосередкованим виконавством і випадки обмежених розумових здібностей, обману (наприклад, «випадок Сіріуса» чи «випадок короля кішок»). Але проблема випадків використання впливу менеджера чи іншого начальника, коли вони зобов’язують підданих підробляти документи для шахрайства, однозначно не визнається випадком опосередкованого виконавства.

Досить схожого підходу у систематизації притримується і Г.Фрістер, поділяючи прояви опосередкованого виконавства на ті, що викликані помилкою знаряддя [18, c.569], викликані його протиправним примушуванням, його нездатністю приймати рішення в силу віку чи неосудності, а також проблемними випадками (замінність знаряддя, інструмент, який діє без наміру щодо делікту, а також інструмент без спеціального обов’язку) [21, c.587-590].

На жаль, при такій різнобарвності поглядів німецьких науковців не вдається за можливе запропонувати єдино правильну та вичерпну класифікацію (чи навіть) систематизацію випадків опосередкованого виконавства. Але у будь-якому разі слід підкреслити, що вихідне положення, актуальне на час виникнення цієї форми виконавства, що полягає у тому, що живе знаряддя не може підлягати відповідальності в принципі, уже давно спростовано існуванням принаймні випадків кваліфікації його дій за необережний злочин чи навіть за умисний з урахуванням концепції «виконавець позаду виконавця», що буде висвітлено у п’ятому підрозділі цього розділу.

1. Співвиконавство (Mittäterschaft)

Співвиконавство визначається як спільне здійснення злочину шляхом свідомої і бажаної взаємодії на противагу простому співпадінню діянь двох осіб, що вчиняються незалежно одне від одного. Питання лише, яким повинен бути внесок конкретного учасника, щоб це було визнано виконавством. К.Роксін, Р.Хейфендель та інші вказують на два види співвиконавства. Так, за загальним правилом виділяють як істотну ознаку співвиконавства наявність спільного плану дій. У той же час більшість науковці визнають існування так званого сукцессивного (послідовного, поступового) виконавства, яке має місце після початку діяння, але до його фактичного закінчення – коли особа приєднується до виконавця і також вчиняє відповідні дії, спрямовані на досягнення злочинного результату і які описані у складі діяння. Г.Фрістер з посиланням на К.Роксіна зазначає, що той визнає співвиконавством навіть такі випадки, коли один із учасників, не сповістивши іншого, приймає рішення брати участь у його діянні [14, c.541].

За К.Роксіном, структура співвиконавства складається із трьох «складових»: спільний план діяння (розподіл функцій передбачає, що воно здійснено за певним спільним планом), спільне виконання діяння (взаємодія на стадії виконання, а не на стадії готування), значимий внесок при виконанні діяння (тільки за таких умов участь має значиму функцію для вдалої реалізації плану діяння) .

Окремим проявом співвиконавства є так зване поступове співвиконавство (sukzessive Mittäterschaft) – взаємодія кількох осіб виникла після початку вчинення одним із них поведінки для безпосереднього виконання складу діяння. Судова практика з приводу поступового співвиконавства позитивна, тобто суди вбачають у поведінці двох осіб,  друга з яких приєдналася до вчинення злочину після його початку, саме співвиконавство. При цьому проблемним залишається питання про можливість ставлення у вину другому співучаснику діянь, які вчинив перший без нього. Це може бути важливо, наприклад при наявності кваліфікуючих ознак, а також при частково виконаних багатоактних деліктах. Наприклад, випадковий прохожий вирішує допомогти зломщику, який самотужки безуспішно намагається розбити вітрину ювелірного магазину, і спільно вони викрадають усі ювелірні вироби з магазину. Виникають наступні питання:

а) чи можливо об’єктивно інкримінувати, що вже відбулось, прохожому, який приєднався до грабіжника;

б) якщо так, то чи підлягає він покаранню лише за крадіжку з проникненням , або і за спільний розбій.

Та, відповідно до постанов Верховного суду ФРН, інкримінування уже вчинених правопорушень допускається. Той, хто обізнаний про характер події і бере участь у єдиному злочині, повинен рахуватися із тим, що йому буде поставлено вину усе діяння. Науковці притримуються іншої точки зору , вважаючи, що мінімальною умовою ставлення у вину є причинно- наслідковий зв'язок , який відсутній коли акт уже вчинений.

1. Паралельне виконавство (Nebentäterschaft)

Як вказувалось вище, більшість німецьких науковців виділяють ще четверту форму виконавства, яка нормативно не регламентована – Nebentäterschaft тобто паралельне виконавство. Загальне визначення ситуації: кілька осіб досягають злочинного результату без єдиного злочинного плану. Наприклад, А і Б незалежно один від одного під час вечірки кидають у напій В смертельну дозу отрути. В випиває і помирає від отруєння – за німецьким правом А та Б підлягають відповідальності за умисне вбивство. При чому, зважаючи на позицію проф. Гайнріха, мова йде як про деякі умисні злочини, так і про необережні злочини [19, c.546-547]. Він зауважує, що для умисних злочинів – це дуже рідкий випадок: ледве один раз будуть кілька осіб без відома один одного в одному місці в один час досягати злочинного результату.

У літературі зустрічається окрім названого вище критерію – відсутність єдиного злочинного плану – і інший критерій для виокремлення цієї форми. Мова йде про відсутність взаємодії, незалежність двох і більше діянь, які спричинили настання злочинного результату [21, c.105]. Цей критерій зумовлений іншим підходом до можливості співвиконавства у необережних злочинах. Так, за визнання такої можливості, відсутність єдиного плану, але при цьому залежність двох і більше діянь, які сумарно чи спільно призвели до досягнення злочинного результату, не можуть визнаватись паралельним виконавством – є по суті співвиконавством.

Так, К.Роксін наводить модельований випадок: А здає у гардероб театру своє пальто, у кармані якого лежить револьвер. Співробітник гардеробу В, помітивши зброю і вважаючи її незарядженою, шуткуючи вистрелив у С, якого в результаті було смертельно поранено. У цьому випадку немає взаємодії, оскільки жодна особа не знала про іншу, кожна із них повелась легковажно, реалізувавши власний недозволений ризик, що у підсумку призвело до смерті – А та В є паралельними виконавцями [21, c.105].

Водночас Б. Гайнріх вважає, що проявом паралельного виконавства є випадки, коли одна особа використовує відомий йому злочинний план іншої для власних цілей. Класичний приклад цієї ситуації наводить проф. Фройнд [15, c. 368-369], а саме випадок Догна (Dohna-Fall). Відповідно до нього Фуксу стало відомо, що Шутц має намір його ввечері у певному місці застрелити. Фукс обманним шляхом заманює свого друга Лукса на місце події, де останнього Шутц очікувано сплутав із Фуксом та вбив. У діях Шутца наявна фактична помилка error in persona, яка не впливає на кваліфікацію його дій (strafrechtlich irrelevant).  Фукс же у зв’язку із тим, що він Лукса відправив на вірну смерть, своєю особою вчинив кримінально каране вбивство. Кримінальна відповідальність у цьому випадку настає в силу прямого припису Особливої частини кодексу.

## 2.3. Судова практика (Rechtsprechung) та правові позиції Верховного суду ФРН (BGH) з приводу розмежування виконавства від співучасті з розподілом ролей

Перші зусилля щодо розмежування виконавства від співучасті з розподілом ролей приклав Імперський суд [22]. За його міркуванням межа лежала навколо волі особи, яка вчиняла злочин, тобто в основу розмежування був покладений суб’єктивний критерій. Це можна дослідити на прикладі широковідомої справи «ванна кімната» (Badewannen-Fall), що пропонуємо розглянути детальніше.

Вирок по цій справі був постановлений 19 лютого 1940 року. За її обставинами, дочка селянина мала народити позашлюбну дитину. Побоюючись реакції батька, вона тримала свою вагітність у таємниці і народила дитину також таємно за сприяння її рідної сестри. Мати дівчат вимагала для того, щоб батько не дізнався про дитину, втопити її. Дівчина вчинила все відповідно до волі матері, «втопивши» дитину у ванній: після народження вона тяжко дихала, селянка разом з сестрою поклали дитину на дно ванни, щоб вона захлинулась.

Земельний суд (Landesgericht) визнав селянку винною в умисному вбивстві за §211 КК, оскільки вона усвідомлювала, що дитина народилась жива, і при цьому поклала її на дно ванни, щоб вона захлинулась. Тому вона умисно і завчасно обдумавши, вбила іншу особу. Як вказує імперський суд, земельний суд визнав селянку виконавцем злочину виключно через те, що вона власноручно виконала діяння, передбачене складом за §211 КК.

І хоча така кваліфікація відповідала актуальній судовій практиці Імперського суду щодо розмежування виконавства і пособництва, але суд вирішив відступити від попередньої практики. Так, він вказав, що набагато важливіше, чи діяла певна особа з наміром виконавця (Täterwillen), тобто чи хотіла вона вчинити діяння як своє, чи своїми діями вона підтримувала чуже діяння. У першому випадку лише особа може бути визнана виконавцем, а у другому лише пособником. Суд вказав, що не достатньо для кваліфікації дій селянки як виконавця саме по собі твердження про те, що вона діяла умисно і попередньо обдумано. Земельний суд мав встановити, чи хотіла вона вчинити власне діяння, чи допомагала вона у вчиненні чужого діяння. Суд визнав, що молода мати, яка втопила дитину, не може бути виконавцем, оскільки вона слідувала волі своєї матері, яка, власне, і мала намір виконавця, і таким чином має бути визнаною як виконавець умисного вбивства.

Що стосується сестри селянки, то суд дійшов такого висновку: «Земельний суд не встановив, чи хотіла вона вчинити діяння як своє, чи тільки допомагала у його вчиненні сестрою. Сул наголошує, що якби сестра не сприяла, то злочинний результат не настав би (селянка взагалі б дитину не народила). Тому вона у будь-якому разі є пособником у вчиненому злочині».

Основна правова позиція Суду, викладена у цьому рішенні: «Не важливо, хто вчиняє передбачене у складі діяння, визначальним є, хто має внутрішню налаштованість із осіб, що брали участь у злочині». При простому, особисто не зацікавленому у самому діянні наміру підтримати чуже діяння саме по собі власноручне заподіяння смерті може обґрунтувати лише пособництво [61, c.20]. Суд вивів формулу, яка і до сьогодні багатьма судами використовується: «Виконавець є особа, яка хоче вчинити діяння як своє, а інший співучасник – який ставиться до діяння як до чужого» (Täter ist, wer die Tat als eigene will, Teilnehmer, wer sie als fremde will»).

Як вказує Г.Якобс, у цьому рішенні яскраво видно підтримання судом саме теорії інтересу, оскільки вказав: «Визначати, чи ставиться певна особа до діяння як до свого власного, слід виходячи із його інтересу у діянні чи у злочинному результаті» [23, c.610]. У цьому випадку оскільки сестра селянки не мала власного інтересу, вона виконавцем не могла бути визнана.

Ця позиція на сьогодні не повністю актуальна, оскільки частіше в основу вироків вкладають теорію панування (контролю над діянням), так у вироку ВС ФРН, постановленому у 1956 році, було зазначено: «Якщо хтось власноручно вбиває іншу особу, є виконавцем навіть тоді, коли він діяв під впливом іншої особи чи діяв у його інтересах».

У 1962 році знову відбулось певне обмеження цієї теорії. Приводом став випадок викриття двох вбивств українських політиків в екзилі, вчинених колишнім радянським агентом Богданом Сташинським, перед Верховним судом ФРН і стояло, власне, питання кваліфікації його дій.

За обставинами справи Б.Сташинський був агентом відділу для терактів за кордоном у КДБ, у 1957 році був направлений до Берліну для ліквідації кількох політиків, які заважали союзним інтересам. Виконав два вбивства, після чого у день початку будівництва берлінської стіни зі своєю німецькою дружиною втік до Західного Берліну, де згодом зізнався у вбивствах.

Для того, щоб не допустити довічне позбавлення волі для Сташинського, а призначити менш тяжке покарання, німецька юстиція, як описує Е.Ройс, вдалася до хитрощів [24, c.23]. Вище уже вказувалось про те, що німецька практика раніше дуже часто використовувала суб’єктивну теорію для зменшення меж караності певній особі шляхом визнання його пособником з обов’язковим пом’якшенням покарання. Однак більшість наукових джерел прямо цю справу до таких випадків не відносять, а всього лиш зауважують, що вона є прикладом застосування екстремально суб’єктивної теорії.

Суд, як зазначає Р.Хейфендель[23, c.483], чітко вказав, що виконавцем злочину у цьому випадку є Олександр Шелепін, який на той час очолював КДБ, бо саме він віддав замовлення на вбивство політиків в екзилі, він мав волю виконавця, а тому є виконавцем, а більш того опосередкованим виконавцем. Зауважую, що у попередньому розділі ми розглядали усі випадки опосередкованого виконання, але при цьому жоден із них не передбачав, що живе знаряддя є пособником у вчиненні злочину, а лише виконавцем поперед виконавця (не співвиконавець), підлягав відповідальності за необережний злочин або взагалі не підлягав відповідальності. Тому цей вирок навіть з такої точки зору є унікальним.

Виправдовуючи своє рішення, Суд зазначав узагальнено: «Політичні вбивства у світі, у тому числі і в Німеччині, трапляються майже завжди. Нещодавно на передній план вийшли вбивства, викликані радикальними політичними міркуваннями, у Німеччині, наприклад, націонал-соціалістичними, такі криваві розправи, які плануються наперед. Такі прості виконавці замовлень піддані при вчиненні злочинного діяння за відомчим наказом волі самої структури. Вони знаходяться у заплутаній з морально-етичної точки зору, раптовій безвихідній ситуації, в яку їх ставить власна держава… Вони вчиняють відповідні злочини під впливом політичної пропаганди чи авторитету відомства чи іншим впливом з боку держави. Такі небезпечні злочинні наміри виходять від носіїв державної влади, завдяки сильному зловживанню такою владою».

Як зазначає Р.Хейфендель, аналізуючи цю справу, що за сьогодні актуальною судовою практикою Сташинський був би однозначно визнаний виконавцем, і стояло б питання про те, чи замовник є опосередкованим виконавцем при так званому організованому пануванні (Organisationsherrschaft) [23, c.484].

Цікаво, що у 1988 році Верховний суд ФРН постановив рішення, у якому підтримав не теорію панування над діянням, а теорію цілісності: «Співвиконавство має місце тоді, коли учасник злочину своїм внеском не просто бажав і підтримував чуже діяння, а його внесок був частиною спільної діяльності…Чи бажає учасник мате таке тісне відношення до діяння, оцінюється за сукупністю ознак, які беруться до уваги. Істотними ознаками такої оцінки є ступінь власного інтересу у наслідках злочину, обсяг участі, панування над діянням, у меншій мірі – воля до панування, коли реалізація і результат діяння залежать від його волі» [19, c. 156-157].

Г.Фрістер також вказує, що попередня практика Імперського суду Верховним судом була дещо вдосконалена, оскільки окрім інтересу як критерії для визнання наявності волі виконавця було визнано також і панування над діянням, обсяг участі у діянні та прагнення до панування над злочином. Це формулювання суті теорії дещо зміщує акцент в сторону суб’єктивної теорії, оскільки Г.Фрістер зазначає, що певна категорія суб’єктивної теорії – воля виконавця – визначається через критерії, розроблені теорією панування над діянням.

# РОЗДІЛ ІІІ. Вплив німецького вчення про виконавця злочину на національне кримінальне право інших країн та міжнародне кримінальне право

## 3.1. Вплив на системи права зарубіжних країн. Поширення теорії панування над діянням

Як зазначалось вище, сучасний стан нормативної регламентації взаємодії кількох осіб при вчиненні злочину у КК Німеччини є продуктом довгих наукових розробок, які лягли в основу відповідних законів про внесення змін до кодексу у 60-х рр. минулого століття.

Слід відзначити, що у питаннях регламентації взаємодії кількох осіб при вчиненні злочину інші німецькомовні країни, зокрема Австрія та Швейцарія, у своєму національному праві передбачили дещо інші норми. Так, австрійський законодавець обрав моністичну систему на противагу дуалістичній, визначивши єдине поняття виконавця. КК Швейцарії в свою чергу передбачає підбурювача та пособника як учасників злочину та, власне виконавця злочину. Однак цей кодифікований акт не містить нормативного визначення виконавства, а дефініції учасників лише концептуально збігаються із зазначеними у німецькому кримінальному законі. Таким чином про будь-який вплив на нормативний матеріал з боку Німеччини говорити не можна.

Натомість, такий вплив спостерігається принаймні у кодифікованих кримінальних законах Естонії та Грузії.

Зокрема, ст. 20 Пенітенціарного кодексу Естонії визначає, що особами, які вчинили діяння, є виконавець та співучасник. У ч.1 ст.21 (виконавець) вказується, що виконавцем є особа, яка вчинила діяння особисто або з використанням іншої особи. Ч. 2 цієї статті зазначає, що якщо принаймні дві особи вчиняють винне діяння спільно і узгоджено, то кожна із них несе відповідальність як виконавець (співввиконавець), співвиконавством є також випадок, коли спільне і узгоджене діяння кількох осіб відповідає ознакам складу винного діяння [25].

Що стосується співучасників, то відповідно до ч.1 ст.22 ПК Естонії ними є підбурювач і пособник. Згідно з ч.2 цієї статті підбурювачем є особа, яка умисно схилила іншу особу до умисного протиправного діяння. Нагадаємо, що у §26 КК ФРН міститься аналогічне визначення підбурювача до злочину. Ч. 3 цієї статті визначає поняття пособництва: «Пособником є особа, яка умисно надала фізичне, матеріальне чи моральне сприяння при вчиненні іншою особою умисного протиправного діяння». Це визначення дещо конкретніше за наявне у §27 КК ФРН, оскільки останнє не визначає способи схиляння.

КК Грузії прояви взаємодії кількох осіб при вчиненні злочину передбачає у главі VII другого розділу. При цьому сама глава називається: «Виконавство злочину і співучасть у злочині», тобто знову ж таки поняття виконавця винесене за рамки співучасті, а співучасть у свою чергу характеризує взаємодію виконавця та, з іншого боку, пособника та підбурювача як особливих типів поведінки при вчиненні злочину [26]. Норма статті 22 КК Грузії визначає виконавство злочину: «Виконавцем є особа, яка безпосередньо вчинила злочин чи яка безпосередньо брала участь в його вчиненні спільно з іншими особами (співвиконавцями), а так само особа, яка вчинила злочин через інших осіб, які не підлягають відповідного до цього Кодексу кримінальній відповідальності у силу віку, неосудності чи інших обставин».

Узагальнюючи вищевикладене, можна назвати принаймні два кримінальних закони, які історично не пов’язані з німецькими началами, але тим не менше на нормативному рівні закріпили деякі положення чи їх більшість про взаємодію кількох осіб при вчиненні злочину, зокрема відокремлення поняття виконавства від співучасті у злочині, відсутність вказівки на умисний характер злочину, що вчиняється виконавцем, передбачення видів співучасників тощо.

## 3.2. Вчення про панування над діянням у міжнародному кримінальному праві

Початок актуальної сьогодні дискусії про прояви участі кількох осіб у вчиненні злочину закладений судовій практиці Міжнародного трибуналу щодо колишньої Югославії. Так, у 1999 році по справі Тадіча він розробив поняття визначальної фігури при участі у злочинній операції (participation in a joint criminal enterprise). Трибунал обґрунтував настання кримінальної відповідальності певної особи як співвиконавця і тоді, коли вона, власне, фізично склад злочину не виконала. Підставою для такого висновку стало існування кола осіб, які мали спільний план, який передбачав вчинення міжнародного злочину, у тому числі і участь обвинуваченого у формуванні наміру. Ключовим моментом для настання відповідальності є саме останнє застереження; об’єктивна вага виконання діяння є меншою.

Автори теорії прямо відзначають, що за цією фігурою інкримінування (Zurechnungsfigur) стоять правополітичні міркування: необхідно запобігти труднощам при доказуванні якомога більш повної відповідальності за міжнародні злочини. Як припускає А.Кассезе, можливо, що саме завдяки її ефективності цей підхід був використаний і при судових розглядах питань по Руанді чи Сьєрра-Леоне [9].

На противагу такому підходу у 2007 році Міжнародний кримінальний суд виклав по справі Т.Любанги начала запозиченої у К.Роксіна теорії панування над діянням. Виходячи із того, що Римський статут розрізняє виконавця та інших учасників, суд попереднього розляду відкинув крайні суб’єктивні та крайні об’єктивні теорії як такі, що не співвідносяться з буквою статуту. Вище викладений підхід при цьому було віднесено до крайніх суб’єктивних. Перевагу було надано вченню про панування над діянням як такому, що знайшло відображення у багатьох національних системах кримінального права [24, c.194].

Однак на такому запозиченні теорії панування, розробленої німецькою доктриною, Міжнародний кримінальний суд не зупинився. Однією із ключових справ у контексті визначення суті теорії панування над діянням у практиці Міжнародного кримінального суду був випадок по справі двох воєначальників, які обвинувачувались за вербування малолітніх до лав своїх військ і залучення їх до військових дій на території Конго. Саме у 2008 році у висновку суду попереднього розгляду вперше була запропонована концепція поєднання співвиконавства та опосередкованого виконавства, начала якої також були запозичені з наукових розробок К.Роксіна про панування організації. Таке поєднання позначається терміном опосередковане співвиконавство (indirect co-perpetration).

Як зазначає Т.Вейгенд, суд попереднього розгляду Міжнародного кримінального суду саме по цій справі виклав своє найбільш широке розуміння непрямого співвиконавства у своєму рішенні щодо обвинувачення проти Жермена Катанги і Метью Нгуджуло Чуї [17, c.544].

Катанга і Нгуджоло були лідерами військових угрупувань, пов’язаних із різними етнічними групами регіону Східного Конго, а зокрема в Ітурії. Відповідно до обвинувачення Катанга і Нгуджоло розробили спільний план з метою «стерти з лиця землі» поселення Богоро. Їхні війська виконували цей план спільними діями. Наслідком таких дій стало те, що війська вбили цивільного населення у Богоро у 2003 році, а також здійснили інші жорстокості в контексті військових злочинів. Прокурор звинувачував Катангу і Нгуджоло як співвиконавців у відповідності до статті 25 Римського Статуту, базуючись на теорії, що вони здійснювали спільний контроль за вчинюваними злочинами. У зв’язку з тим, що злочинці не брали особисту участь у здійснюваних рейдах, їх контроль за діяннями, які вчинялись їхніми солдатами, не міг базуватися на їх присутності в місці, де вчинялись злочини [23, c.544].

Так, «обидва, Катанга і Нгуджоло, нібито придушили організації повстанців за їхньою спільною згодою і виключно завдяки поєднанню їх військових сил вони змогли виконувати жорстокості. А тому згідно з позицією прокурора, кожен злочинець був відповідальний не тільки за дії власної армії, а також ніс відповідальність і за дії армії іншого. Така перехресна відповідальність представляє максимально широке розуміння доктрини непрямого співвиконавства. Лідери стають відповідальними не лише за дії осіб, які перебувають під їхнім командуванням, а також за діяння осіб, які перебувають під командуванням їх спільника [11, c.13]».

Ця концепція, як зазначає А.Херциг, є своєрідним «перекладом» теорії К.Роксіна про панування організації, яка розроблялась внаслідок його емпіричних досліджень нацистського режиму, на реалії конголезької громадянської війни [25, c.196]. При цьому він абсолютно доречно критикує те, як запозичили, власне, теорію К.Роксіна. Зокрема, як вказує він, суд попереднього розгляду взагалі відмовився від критерію підлаштування під себе системи права, а також від простої замінності безпосередніх виконавців.

Нагадаємо, що К.Роксін в основу своєї концепції поклав твердження про те, що існує певна організація, яка як «знаряддя» у руках її начальників допомагає реалізовувати складні злочинні плани.

У кінцевому підсумку ця теорія не знайшла реального застосування, оскільки 18.12.2012 року М.Нгуджоло було виправдано за недоведеністю факту вчинення ним злочину. При цьому в окремих думках двох суддів Суду, а саме Фулфорда і Ван ден Вейгерт, викладені основні контраргументи проти теорії опосередкованого співвиконавства. Так, як справедливо зауважує суддя Судової палати Ван ден Вейгерт, стаття пп. а абз. 3 ст. 25 Римського статуту передбачає співвиконавство, опосередковане виконавство, але нічого не згадано про можливість комбінації цих двох моделей відповідальності[21, c.14].

Як зазначає А.Херцинг, така аргументація не безспірна. Так, він вважає, що суддя Ван ден Вейгерт помиляється при висновках, що випливають із того, що поняття співвиконавства, вчинення злочину і інша спеціально-юридична термінологія мають різне значення у тих чи інших національних системах права, що дає їй право говорити, що лише шляхом додаткової вказівки у законі можна застосовувати форми взаємодії, які не відповідають його буквальному змісту. Він вказує, підтримуючи при цьому підхід К.Амбоса, що коли немає ґрунтовної єдності у тому, що слід розуміти під «вчиненням» (commiting) чи «замовленням» (ordering), то як користуючись цим повинен законодавець «накласти» одне поняття на інше?! [16, c.198].

Інший аргумент судді Ван ден Вейгерт полягає у її відсилці до статті 21 Римського статуту (право, що підлягає застосуванню). За цим приписом міжнародне звичаєве право та загальні принципи національних правових систем мають лише субсидіарне значення. Однак і цей аргумент не позбавлений внутрішніх суперечностей. Оскільки стаття 25 Статуту, відповідно до твердження судді, не має прогалини, яка б заповнювалась за допомогою цього правила. Більше того, з приводу форм участі кількох осіб при вчиненні злочину немає таких загальних принципів, які б підтвердили на перший погляд відсутність єдності у національних системах права при визначенні форм участі кількох осіб у вчиненні злочину[16, c.199].

У кінцевому підсумку відзначимо, що запозичення міжнародною спільнотою розробленої німецькою доктриною кримінального права теорії панування над діянням не відзначається точністю та збереженням усіх істотних ознак. Якщо проаналізувати первинну теорію, узагальнену К.Роксіном, та ту, яка втілюється в актах застосування права Міжнародного кримінального суду, то можна помітити не тільки спільні риси, але і ряд відмінностей. У будь-якому разі практика Міжнародного кримінального суду не може бути охарактеризована як стала, а тому навіть питання про визначення суті індивідуальної відповідальності при широкомасштабних та систематичних злочинах проти людства залишається відкритим, а тим більше питання поширення концепцій німецької доктрини на кейси, що розглядаються чи розглядатимуться Міжнародним кримінальним судом.

# Висновки

У ході дослідження було проведено значну пошукову роботу в галузі кримінально-правової літератури, кримінального законодавства, а також судової практики Федеративної республіки Німеччина, а також України, в результаті чого було виконано усі поставлені перед початком роботи завдання.

Проаналізовано існуючі моделі взаємодії кількох осіб при вчиненні злочину – моністичну та дуалістичну систему. Суть моністичної системи полягає у відсутності акцесорності – залежності між відповідальністю безпосереднього виконавця та інших учасників злочину, на відміну від цього, дуалістична система передбачає поділ на виконавців та інших співучасників (для Німеччини, як зазначалось вище, це підбурювач та пособник). Українську модель нормативного «опису» співучасті також можна віднести до дуалістичної, оскільки виділено окремо прояви поведінки, що є відмінні від виконавства (організатор, підбурювач, пособник). Загальні проблеми, які виникають із самої концепції дуалістичної системи, зокрема, розмежування між собою проявів поведінки різних видів співучасників, а також визначення обсягу їх відповідальності, також характерні.

Визначено та досліджено особливості поняття взаємодії кількох осіб при вчиненні злочину та його прояви. Основними проявами спільного вчинення злочину за німецьким кримінальним правом є опосередковане виконання злочину, співвиконавство, паралельне виконавство, взаємодія виконавця з підбурювачем чи пособником. При цьому слід відмітити, що поняття виконавства виходить за рамки спільного вчинення злочину: виконавцем є і та особа, що вчиняє злочин одноособово.

Встановлено, що німецькі правники мають різні підходи до розуміння поняття виконавства злочину. При цьому, вони єдині у тому, що виконавець – центральна фігура вчинення злочину, його поведінка є визначальною при оцінці діянь інших співучасників. Для так званих «загальних» умисних деліктів виділяють формально-об’єктивну теорію, суб’єктивну теорію, теорію панування над  діянням, теорію цілісності. У судовій практиці перевагу надають певному симбіозу суб’єктивної теорії та теорії панування над діянням. Вітчизняний підхід до поняття виконавця злочину при умисних проявах злочинної активності найбільше вписується у формально-об’єктивну концепцію, хоча так званий технічний розподіл функцій кількох співвиконавців, який на сьогодні допускається як правозастосовною практикою, так і науковою доктриною, виходить за її рамки.

Прослідковано вплив німецької доктрини з приводу поняття виконавця злочину на національне кримінальне право зарубіжних країн та на міжнародне кримінальне право. Так, значний вплив спостерігається на ПК Естонії та КК Грузії, оскільки у цих кодифікованих актах наявне відокремлення поняття виконавства від співучасті у злочині, відсутня вказівка на умисний характер злочину, що вчиняється виконавцем, закріплено схожі правила кваліфікації та визначення меж караності співучасників. Використання вказаного підходу щодо відокремлення виконавства від співучасті вирішив ряд проблем, які постають перед українською кримінально-правовою наукою (наприклад, визначення місця опосередкованого виконавства).

У цілому слід зауважити, що проведене нами дослідження покликане продовжити наукову дискусію щодо розробки форм співучасті, обсягу цього поняття. Проте, в ході дослідження виявлено ряд дотичних питань, які потребують самостійного аналізу, оскільки також можуть мати значення для вдосконалення існуючих в українській науковій доктрині підходів до певних кримінально-правових понять. Так, видається перспективним дослідження поняття бездіяльності за §13 КК ФРН, видів помилки та їх впливу на кримінально-правову кваліфікацію, складу діяння та його відокремлення від ознак суб’єкта злочину, вчення про види деліктів та правила криміналізації проявів поведінки з використанням певного виду делікту, причинний зв'язок та об’єктивне інкримінування тощо.

# Список використаних джерел

* 1. Кваша О.О. Співучасть у злочині: структура та відповідальність : монографія. Луганськ: РВВ ЛДУВС імені Е.О. Дідоренка, 2013. 560 с.
  2. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/ laws/show/2341-14/print1329869296477451
  3. Беніцький А.С., Гуславський В.С., Дудоров О.О.Кримінальне право. Загальна частина К.: Істина, 2011. 1112 с.
  4. Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації.. К.: Юрисконсульт, 2006. 1048 с.
  5. Кримінальний кодекс ФРН. URL: http:// <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>
  6. Roxin C. Strafrecht Allgemeiner Teil Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat. Verlag C.H. Beck München. 2003
  7. Задоя К.П. Конспект лекцій співучасть. Тема 8. Проблемні питання юридичної природи та кваліфікації інших особливих форм вчинення злочину. Карне законодавство ФРН.Переклад. Київ. BAITE 2016. 408 с.
  8. Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. М:ТК Велби, изд-во Проспект, 2006 560 с
  9. Urteil vom 19. Februar 1940 · Az. 3 D 69/40 (Badewannen-Fall). URL: http:// jakoopenjur.de/u/59846.html
  10. Hefendehl R. und Mitarbeiterinnen Vorlesung Strafrecht AT W/S 08/09.
  11. Beck’scher Online Kommentar STgB/Kudlich STgB §25, v.Heintschel-Heinegg Rn.3-3.2.
  12. Triffterer, Die österreichische Beteiligungslehre, 1. Auflage (1983)
  13. Беніцький А. С. Причетність до злочину: проблеми кримінальної відповідальності : монографія. Луганськ : Рєзніков В. С., 2014. 551 c.
  14. Wessels / Beulke / Satzger Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau Lehrbuch/Studienliteratur  46., neu bearbeitete Auflage 2016. Buch. XXXVII, 488 c.
  15. Фристер Г. Уголовное право Германии. Общая часть. Пер. С нем. М.:Инфотропик Медиа, 2013, 712 с.
  16. Maiwald BockelmannßFS 344, Rotsch aaO 11 ff.
  17. Kudlich. StGB §25 Täterschaft. Beck’scher Online Kommentar StGB, Heinschel-Heinegg Rn. 1-2.2 Stand 01.12.2020
  18. Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посібник. К.: Юрінком Інтер, 2006. 704 с.
  19. Kienapfel, Der Einheitstäter im Strafrecht, 1. Auflage (1971), S 25f.
  20. Уголовное право зарубежных государств. Общая часть / Под ред. и с предисл. И.Д. Козочкина. М.: Институт международного права и экономики имени А.С. Грибоедова, 2001. 576 с.
  21. Herzberg R., Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, in: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S. 33 ff.
  22. Імперський кримінальний кодекс Німеччини. URL: https://de.wikisource.org/wiki/Strafgesetzbuch\_f%C/
  23. Heinrich B. Examinatorium Strafrecht / AT / Täterschaft und Teilnahme 1: Täterschaft – Teilnahme 1. Oktober. 2012 URL: <http://heinrich.rewi.hu-berlin.de/doc/abs_ex_2012/at/15-taeterschaft01.pdf>
  24. Herzberg R.D..Übersicht und ergänzende Ausführungen zur Vorlesung Strafrecht Allgemeiner Teil. Täterschaft und Teilnahme Stand 11-07.2002
  25. Пенітенціарний кодекс Естонії URL: http:// https://www.juristaitab.ee/sites/www.juristaitab.ee/files/elfinder/ru%9E%D0%94%D0%95%D0%9A%D0%A1\_01.05.2015.pdf