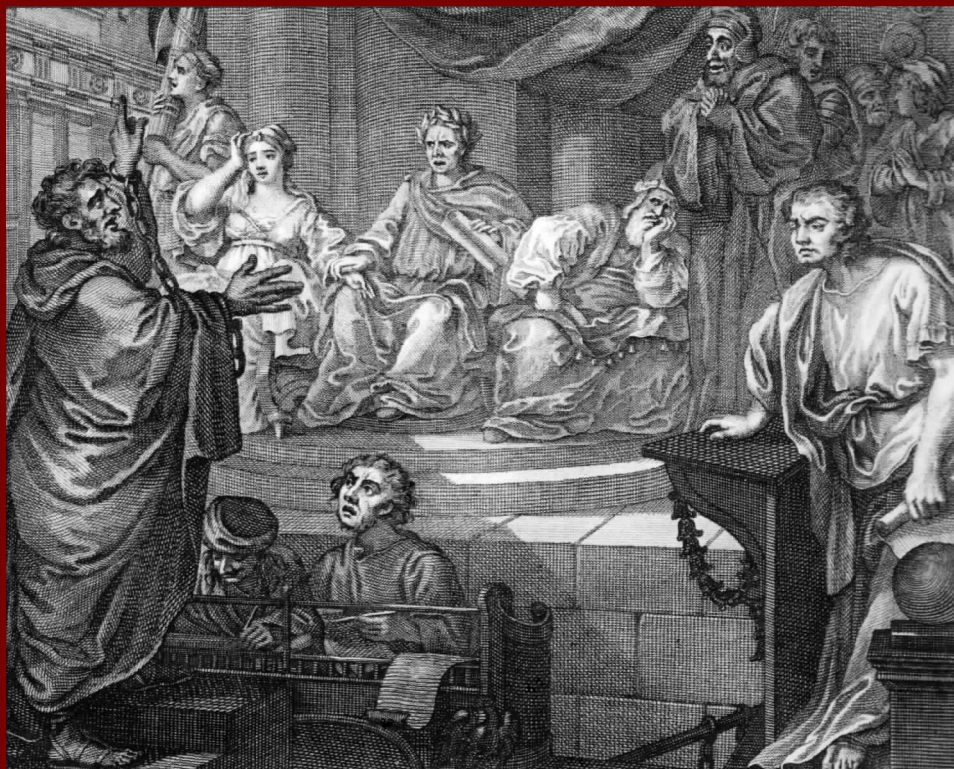


ВІТОЛЬД КУЛЕСА

Crimen laesae iustitiae



КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СУДДІВ ТА
ПРОКУРОРІВ ЗА ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ
ЗА НЮРНБЕРЗЬКИМИ ЗАКОНАМИ, НІМЕЦЬКИМ,
АВСТРІЙСЬКИМ ТА ПОЛЬСЬКИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ

ВІТОЛЬД КУЛЕША

CRIMEN LAESAE IUSTITIAE

Кримінальна відповідальність суддів та прокурорів
за злочини проти правосуддя за Нюрнберзькими законами,
німецьким, австрійським та польським законодавством

Видавництво Лодзинського університету

Вітольд Кулеша – відділ кримінального матеріального права кафедри кримінального права факультету права та адміністрації Лодзинського університету, 90-232 Лодзь, вул. Копцінські, 8/12

РЕЦЕНЗЕНТ
Анджей Й. Шварц

РЕДАКТОР ВИДАВНИЦТВА ЛОДЗИНСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ
Єва Сівінська

ТИПОГРАФІЯ
Леонора Войцеховська

ПРОЕКТ ОБКЛАДИНКИ
Барбара Гжейщак

На обкладинці використано малюнок із колекції автора:
*Paul before Felix, designed in the ridiculous manner of Rembrandt
by W. Hogarth*

Друк з готових матеріалів видавництва Лодзинського університету

© Лодзинський університет, 2013

Видавництво Лодзинського університету
Видання I W. 06263.13.0.M
ISBN 978-83-7525-894-3

Переклад з польської виконано на замовлення Проекту Агенства США з міжнародного розвитку (USAID) «Справедливе правосуддя» Перекладацьким центром «Галерея Мов»

Літературне редагування перекладу Олександр Старцев,
Андрій Заліщук
Професійне редагування тексту Роман Фальфушинський,
Наталія Петрова



Це видання надруковано за підтримки американського народу, наданої через Агентство США з міжнародного розвитку (USAID) в рамках Проекту «Справедливе правосуддя».

Погляди авторів, викладені у цьому виданні, не обов'язково відображають погляди Агентства США з міжнародного розвитку або уряду Сполучених Штатів Америки.

Sed et si iudex constitutiones principum neglexerit, punitur
(якщо суддя порушить норму закону, він буде покараний)
Закон *Lex Cornelia de falsis* (81 рік до н.е.)

ЗМІСТ

ПЕРЕДМОВА	13
------------------------	----

Розділ I. НЮРНБЕРЗЬКИЙ ПРОЦЕС НАД НАЦИСТСЬКИМИ ЮРИСТАМИ. ДІЇ СУДДІВ ЯК ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ЛЮДЯНОСТІ	18
---	----

1. Правова підстава оцінки застосування кримінального права судами Третього Рейху, сформована на Нюрнберзькому процесі над нацистськими юристами	18
2. Кримінальне право Третього Рейху	20
3. Суди та судді Третього Рейху	26
4. Прокурори та судді Третього Рейху в аспекті проведення судового слідства.....	29
4.1. Приклад злочину, вчиненого прокурором	29
4.2. Приклад злочину, вчиненого суддею	30
4.3. Захист обвинувачуваних юристів	36
4.4. Правова оцінка поведінки нацистських юристів у вироку Трибуналу	38
5. Висновки вироку в процесі над нацистськими юристами та спроба визначити порушення принципів правосуддя як злочин проти людяності	39
5.1. Юристи як виконавці злочинів проти людяності	39
5.2. Суддівський імунітет	42
6. Оцінка вироку	42

Розділ II. ПРОЦЕС НАД НАЦИСТСЬКИМИ СУДДЯМИ ТА ПРОКУРОРАМИ В РАДЯНСЬКІЙ ЗОНІ ОКУПОВАНОЇ НІМЕЧЧИНИ ТА В НІМЕЦЬКІЙ ДЕМОКРАТИЧНІЙ РЕСПУБЛІЦІ	45
---	----

1. Незалежність суддів в ухваленні вироків та беззаперечне виконання прокурорами вказівок як аргументи для захисту нацистських юристів.....	45
---	----

2. Усвідомлення судьями неправомірності діянь, що ними чинилися..... 48
3. «Колективне» засудження нацистських юристів під час процесу у Вальдхаймі 50

Розділ III. ЗЛОЧИН СПОТВОРЕННЯ ПРАВА В НІМЕЦЬКОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ 53

1. Прообраз злочину суддівської несправедливості в римському праві 53
2. Формування поняття злочину суддівської несправедливості в німецькому праві 58
3. Теорії, що розкривають поняття спотворення права 68
 - 3.1. Суб'єктивна теорія спотворення права 68
 - 3.2. Об'єктивна теорія спотворення права 70
 - 3.3. Теорія порушених обов'язків (*Pflichtverletzungstheorie*)..... 72

Розділ IV. ПОНЯТТЯ СУДОВОГО ВБИВСТВА В НІМЕЦЬКОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ 74

1. «Формула Радбруха» та поняття *Rechtsbeugung* як підстава для обвинувачення судді в убивстві людини, засудженої до смертної кари..... 74
 - 1.1. «Формула Радбруха»..... 74
 - 1.2. Обмеження на підставі § 336 Кримінального кодексу Німеччини кримінальної відповідальності судді за вбивство людини, засудженої до смертної кари 80
2. Функції § 336 Кримінального кодексу Німеччини, що обмежує кримінальну відповідальність судді 82

Розділ V. ПРОЦЕСИ ЗА ОБВИНУВАЧЕННЯМ СУДДІВ ТРЕТЬОГО РЕЙХУ В СУДАХ ФЕДЕРАТИВНОЇ РЕСПУБЛІКИ НІМЕЧЧИНА..... 88

1. Поняття спотворення права в аспекті судової діяльності Верховного федерального суду Німеччини (справа суддів спеціального суду Фербера та Гоффмана)..... 88

2. Прямий умисел судді на спотворення права як умова кримінальної відповідальності за вбивство, вчинене у зв'язку зі спотворенням права (справа судді Народного трибуналу Рехсе) 97
 - 2.1. Вирок Земельного суду Берліна від 3 липня 1967 року, яким було засуджено суддю за спотворення права 97
 - 2.2. Вирок Земельного суду Берліна від 6 грудня 1968 року, яким було виправдано суддю, обвинувачуваного у спотворенні права 105
3. Оскарження вироку Земельного суду Берліна від 6 грудня 1968 року, яким був виправданий суддя 111

Розділ VI. ПРАКТИКА ПРОКУРАТУРИ ФЕДЕРАТИВНОЇ РЕСПУБЛІКИ НІМЕЧЧИНА У СПРАВАХ ПРО ЗЛОЧИНИ, ВЧИНЕНІ СУДДЯМИ ТРЕТЬОГО РЕЙХУ, НА ПРИКЛАДАХ ПОЛОЖЕНЬ, ЩО ПЕРЕДБАЧАЮТЬ ВІДМОВУ ВІД ПЕРЕСЛІДУВАННЯ ВИКОНАВЦІВ 113

1. Постанова прокуратури при Земельному суді Вюрцбурга від 29 червня 1979 року про закриття провадження у справі 113
2. Відмова засудити голову військово-польового суду в концентраційному таборі Аушвіц 123
 - 2.1. Діяльність голови військово-польового суду в концентраційному таборі Аушвіц 123
 - 2.2. Оцінка відмови засудити голову військово-польового суду в концентраційному таборі Аушвіц.. 130
3. Зауваження щодо правосуддя у Федеративній Республіці Німеччина в аспекті розгляду справ про злочини проти правосуддя, вчинені за часів Третього Рейху 133

Розділ VII. КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СУДДІВ НІМЕЦЬКОЇ ДЕМОКРАТИЧНОЇ РЕСПУБЛІКИ ПІСЛЯ ОБ'ЄДНАННЯ НІМЕЧЧИНИ 135

1. Правові підстави кримінальної відповідальності суддів за спотворення права в Німецькій Демократичній Республіці 135
2. Спотворення права суддями в Німецькій Демократичній Республіці 139

3. Принципи кримінальної відповідальності суддів Німецької Демократичної Республіки за спотворення права..... 151
4. Визначення принципів кримінальної відповідальності судді в судовій практиці Верховного федерального суду Німеччини..... 153
5. Критика судової практики Верховного федерального суду Німеччини в науковій літературі..... 158
6. Обвинувальний вирок, ухвалений щодо судді Німецької Демократичної Республіки за злочинне спотворення права 163
 - 6.1. Суддя та діяння, за вчинення яких його було засуджено..... 163
 - 6.2. Оцінка діянь судді як караного спотворення права... 168
 - 6.3. Умисел судді на спотворення права..... 172
 - 6.4. Засудження судді за злочинне спотворення права..... 175
7. Кримінальна відповідальність прокурора за спотворення права..... 176
8. Обвинувальні вироки, ухвалення яких не становило суддівського злочину спотворення права 177
 - 8.1. Вирок, що спотворив право, за ухвалення якого суддя не несе відповідальності 177
 - 8.2. Обвинувальні вироки, що передбачають покарання у вигляді позбавлення волі, в контексті справ, де не було виявлено спотворення права..... 179
9. Покарання громадян, які прагнули виїхати з Німецької Демократичної Республіки, згідно з оцінкою Верховного федерального суду Німеччини..... 181
10. Порівняння судового безправ'я в Німецькій Демократичній Республіці із безправ'ям Третього Рейху, здійснене Верховним федеральним судом Німеччини 185

**Розділ VIII. НЕУСВІДОМЛЕННЯ СУДДЯМИ
НЕПРАВОМІРНОСТІ ДІЯНЬ, ЩО НИМИ ВЧИНЯЛИСЯ,
І УМИСЕЛ НА СПОТВОРЕННЯ ПРАВА ЯК КЛЮЧОВІ
ДОКТРИНАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ. СУЧАСНИЙ СТАН
ДОКТРИНАЛЬНИХ ПОГЛЯДІВ ЩОДО УМОВ КАРАНОСТІ ЗА
RECHTSBEUGUNG..... 189**

1. Неусвідомлення суддями неправомірності вироків 189

1.1. Правове значення неусвідомлення неправомірності діянь	189
1.2. Неусвідомлення суддями спотворення права в контексті суб'єктивної та об'єктивної теорій	191
1.3. Спотворення права як відкритий тип злочину	193
1.4. Неусвідомлення суддею того, що він спотворює право, як неістотна обставина	196
1.4.1. Гельмут Бегеманн	196
1.4.2. Манфред Зібод, Йорг Фрідріх	197
1.5. Неусвідомлення неправомірності та помилка субсумції	200
1.5.1. Гюнтер Спендель	200
1.5.2. Петер Зіманн, Ганс-Людвіг Шрайбер	203
1.6. «Виконавці за переконанням» та «виконавці, що помиляються», які спотворювали право – Урсула Шмідт-Спайхер	206
1.7. Помилка у визначенні ознаки суддівського діяння та неусвідомлення незаконності спотворення права	210
2. Суддівський умисел на вчинення спотворення права	215
2.1. Прямий умисел як обов'язкова умова відповідальності судді	215
2.2. Непрямий умисел як достатня умова кримінальної відповідальності судді	217
2.3. Зміст непрямого умислу на спотворення права	222
3. Сучасний стан доктрини	227

Розділ IX. НАЦИСТСЬКЕ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО В АВСТРІЇ У 1938–1945 РОКАХ ТА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЮРИСТІВ ЗА ЙОГО ЗАСТОСУВАННЯ	236
1. Кримінальне право Третього Рейху та його дія в Австрії після аншлюсу	236
2. Застосування кримінального права суддями землі Австрія	238
3. Правові підстави кримінальної відповідальності нацистських суддів та прокурорів у повоєнній Австрії	242

4. Судовий процес над нацистськими суддями та прокурорами..... 245
 - 4.1. Обов'язкова сила права Третього Рейху 245
 - 4.2. Судові процеси над суддями та прокурорами 250
5. Австрійська модель кримінальної відповідальності суддів та прокурорів за вчинену несправедливість 269

Розділ X. ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СУДДІ ЗА ВЧИНЕНУ НЕСПРАВЕДЛИВІСТЬ ЗА ПОЛЬСЬКИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ 273

1. Формування суддівської відповідальності за несправедливі вироки в Першій Речі Посполитій 273
2. Принципи суддівської відповідальності після падіння Першої Речі Посполитої 286
3. Вирок у «брестському процесі» як приклад суддівської несправедливості 295
4. Відповідальність судді та прокурора за Кримінальним кодексом 1932 року 303

Розділ XI. ЗАСТОСУВАННЯ КОМУНІСТИЧНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА В ПОЛЬЩІ З 1944 РОКУ 307

1. Кримінальне право Польської Республіки та «захист демократичного устрою держави». Кримінальна відповідальність за приналежність до «нелегальних організацій» 307
 - 1.1. Правові підстави покарання 307
 - 1.2. Кримінальна відповідальність за участь в організаціях, «метою яких є повалення демократичного устрою Польської держави»: комуністичне та нацистське безправ'я 312
 - 1.3. Суддівська рішучість у призначенні покарань 322
 - 1.4. Переконаність суддів у злочинності відмови приносити доноси 332
2. Кримінально-правова оцінка суддівського покарання 340

Розділ XII. ПОКАРАННЯ ЗА ЗЛОЧИНИ, «ОСОБЛИВО НЕБЕЗПЕЧНІ В ПЕРІОД ВІДБУДОВИ ДЕРЖАВИ»	346
1. Терор військових судів та нові судді.....	346
2. Покарання виконавців злочинів, «особливо небезпечних в період відбудови держави»	348
3. Суспільна шкідливість діяння як підстава для покарання ...	350
3.1. Суспільна шкідливість діяння.....	350
3.2. Контрреволюційний злочин	354
3.3. Поширення неправдивих відомостей як готування зміни устрою.....	358
4. Кримінально-правові норми як інструмент захисту державної економіки	360
5. Покарання за ворожу пропаганду	365
6. Кримінально-правовий захист комуністичних символів.....	369
7. Покарання за фашизацію державного життя у Другій Речі Посполитій	370
8. Покарання за розмови про покарання.....	376
Розділ XIII. ПОНЯТТЯ СУДОВОГО ВБИВСТВА ТА КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СУДДІВ І ПРОКУРОРІВ ЗА ЙОГО ВЧИНЕННЯ	379
1. Засудження невинуватого як судове вбивство.....	379
1.1. Зловживання суддівською владою при ухваленні смертних вироків	379
1.2. Механізм судового вбивства.....	382
1.3. Засудження уявних змовників в армії.....	383
2. Обґрунтування кримінально-правової кваліфікації судового вбивства.....	395
3. Виправдання суддів на захист своїх вироків.....	398
4. Оцінка вироків.....	405
5. Вирок військового суду, ухвалений на правдивих фактах....	406
6. Кримінальна відповідальність прокурорів.....	416

Розділ XIV. ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ У СУЧАСНИХ УМОВАХ СУДДІВ ТА ПРОКУРОРІВ ЗА ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ СТАЛІНСЬКОЇ ЕПОХИ 421

1. Кримінальна відповідальність прокурора, який вимагає смертної кари для обвинуваченого 421
2. Кримінальна відповідальність прокурора та судді за присудження смертної кари за уявний саботаж 427
3. Кримінальна відповідальність судді за засудження обвинуваченого за готування насильницької зміни устрою та поширення неправдивої інформації 436
4. Суддівський імунітет 443

Розділ XV. ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СУДДІВ ТА ПРОКУРОРІВ ЧАСІВ ВОЄННОГО СТАНУ В СУЧАСНИХ УМОВАХ 445

1. Покарання за дії, вчинені до оприлюднення у «Законодавчому віснику» від 14 грудня 1981 року Декрету «Про воєнний стан» 445
 - 1.1. Правове становище 445
 - 1.2. Покарання за діяння, що не є злочином у момент його вчинення, як приклад ретроактивного застосування Декрету «Про воєнний стан» 450
2. Покарання, що перекидають право 452
3. Усвідомлення судьями неправомірності перекидання права 459
4. Правова позиція, що виключає відповідальність суддів часів воєнного стану за перекидання права 460
5. Наслідки правової позиції, що виключає відповідальність суддів часів воєнного стану за перекидання права, та її оцінка в аспекті міркувань Конституційного трибуналу 464
6. Перекидання права в умовах воєнного стану та відповідальність суддів 467
7. Фінал процесу у справі суддів та прокурорів часів воєнного стану 469

Розділ XVI. ПЕРЕКРУЧУВАННЯ ПРАВА ЯК ЗЛОЧИН	
SUI GENERIS – ПОСТУЛАТ DE LEGE FERENDA	475
1. Злочин проти правосуддя у доктринальних поглядах	475
2. Злочин перекручування права – <i>crimen laesae iustitiae</i> – постулат <i>de lege ferenda</i>	479
3. Обґрунтування постулату – загальні положення	480
4. Умисне перекручування права – злочин <i>sui generis</i>	483
5. Виконавець злочину перекручування права.....	485
6. Поняття перекручування права	487
6.1. Суть перекручування права.....	487
6.2. Звичайна, тобто прийнятна небезпека зашкодити правосуддю	488
6.3. Перекручування права як таке, що породжує недопустиму небезпеку для правосуддя.....	489
6.4. Перекручування права в сучасних умовах	491
7. Істотна шкода правосуддю як наслідок перекручування права	499
7.1. Функція поняття істотної шкоди, завданої правосуддю	499
7.2. Поняття справедливості	501
7.3. Істотна шкода правосуддю	507
8. Суддівський умисел на перекручування права	509
9. Суддя, який перекручував право, та його переконаність у тому, що він дотримується закону.....	511
ПІСЛЯМОВА	514

ПЕРЕДМОВА

Crimen laesae iustitiae – злочин проти правосуддя. У книзі під цим висловом нами розумітимуться найпоширеніші форми суддівського свавілля, які, будучи наслідком спотворення права та перекручування законодавчих положень, мають вияв у настільки несправедливому судовому рішенні, що його неправомірність, яка за своєю суттю суперечить елементарному відчуттю справедливості, здатен розпізнати будь-хто, а не лише правознавець. Порушення матеріального або процесуального права набуває форми злочину проти правосуддя тоді, коли таке порушення становить собою своєрідний акт знущання над справедливістю з боку судді або прокурора у формі та обсязі, що не лише зумовлюють порушення справедливості, як кінцевої мети права, а й суперечать власне цьому поняттю.

Добираючи назву для цієї книги, ми помітили, що незалежно один від одного три автори важливих публікацій, присвячених дослідженню злочинів проти правосуддя, що вчинялися націонал-соціалістичними та комуністичними суддями, розмістили на титульних сторінках своїх праць цитати з документів, що аналізувалися ними в подальшому в цих працях. Ці фрагменти влучно розкривали ментальність виконавців злочинів та водночас створювали можливість для їх кримінального покарання.

Хольгер Шлютер застосував як назву своєї праці, присвяченої діяльності Хорста Нейбауера, голови спеціального суду в Лодзі, де було ухвалено щонайменше 281 смертний вирок, слова присяжного цього самого суду Векса, який стверджував, що як суддя Хорст Нейбауер був «відомий своєю людяністю у призначенні покарань»¹.

Вольфганг Штадлер у назві своєї праці, присвяченій злочинам проти правосуддя, що їх вчиняли австрійські судді та прокурори в період Тре-

¹ Н. Schlüter, «...für die Menschlichkeit im Strafmaß bekannt...». *Das Sondergericht Litzmannstuck und Vorsitzender Richter*, «Juristische Zeitgeschichte Nordrhein-Westfalen», Bd. 14 (2007), s. 201.

того Рейху, використав фрагмент з листа віденського генерального прокурора Вальтера Рабе, який обвинувачувався в учиненні посадових злочинів проти «природних вимог людяності». Цей уривок свідчить про переконаність прокурора у тому, що його дії не заслуговують на кримінальне покарання: «З юридичної точки зору мені нема чого закинути» (1946 рік)².

Єжи Поксіньські свою працю назвав «Ми, судді не від Бога...». Автор наводить слова, якими військовий суддя сталінської епохи Теофіль Карчмаж (брав участь в ухваленні 30 смертних вироків) звернувся до прокурора: «Що ж, прокуроре, доказів немає, але ми – судді не від Бога і без доказів винесемо смертний вирок, якщо буде така потреба» (1954 рік)³.

Беручи приклад з вищезгаданих авторів, ми планували назвати цю працю «Чи є я як суддя злочинцем?». Це запитання поставив Герман Кухорст, голова спеціального суду в Штутгарті, який обвинувачувався під час Нюрнберзького процесу над нацистськими юристами (1947 рік). Однак виявилось, що таку саму назву дав Йорг Фрідріх першому розділу своєї праці, що містить документацію та критичний аналіз вироків у справах суддів Третього Рейху⁴. Тому ми почали розмірковувати над назвою «Я нічого не міг вдіяти. Ми мусили бути слухняними». Цими словами відповів обвинувачуваний суддя Ханс-Йоахим Рехсе (член колегії Народного трибуналу Третього Рейху, брав участь в ухваленні 231 смертного вироку) на запитання судді Земельного суду Берліна, який мав установити ступінь суддівської покори.

Запитання полягало у тому, як він як суддя повівся б, «якщо було б прийнято закон, згідно з яким усі, хто носить окуляри, заслуговували б на суворе покарання» (1967 рік)⁵.

Врешті-решт, ми назвали книгу так, як може називатися злочин, що вчиняється суддями та прокурорами, котрі зловживають своєю владою та спотворюють право, порушуючи тим самим принципи правосуддя, яких вони мають неухильно дотримуватись. Обравши цю назву, ми сподівалися, що вона приверне увагу, хоча б критичну, представників сучасної доктрини.

² W. Stadler, «...Juristisch bin ich nicht zu fassen». *Die Verfahren des Volksgerichtes Wien gegen Richter und Staatsanwälte 1945–1955*, Wien 2007, s. 234.

³ J. Poksiński. «My, sędziowie nie od Boga...». *Z dziejów sądownictwa Wojskowego PRL 1944–1956. Materiy i dokumenty*, Warszawa 1996, s. 90.

⁴ J. Friedrich, *Freispruch für die Nazi-Justiz. Die Urteile gegen NS-Richter seit 1948. Eine Dokumentation*, Berlin 1998, s. 19.

⁵ Там само, с. 588.

Поняття злочину проти правосуддя відсутнє на сторінках підручників з права. Навіть у коментарях до Кримінального кодексу йдеться про злочин *sui generis*, хоча він так само давній, як і, власне, право.

Архетип відповідальності судді можна знайти в Кодексі Хаммурапі (1792–1750 роки до н.е.), який називав себе справедливим володарем та «гарними, майже поетичними словами обґрунтовував рішення про видання Кодексу [...] з тим, щоб сильний не шкодив слабкому, щоб для сиріт та вдів гарантувалася справедливість»⁶. Злочин судді, вчинення якого передбачало позбавлення його права обіймати свою посаду, описувався у § 5 цього Кодексу:

«Якщо суддя ухвалив вирок, прийняв рішення, поставив печатку, а потім змінив свою думку, і цьому судді вдасться довести розумність зміни ухваленого ним вироку, він має сплатити суму позову, про яку йшлося у справі, у дванадцятикратному розмірі, і його на зборах буде усунено із суддівського крісла, до якого він уже не повернеться, і разом з іншими судьями участі у судових засідання він не братиме»⁷.

Кодекс закінчується словами про те, що його видано, аби утвердити право в державі з тим, щоб справи вирішувалися ухваленням правильних вироків, щоб потерпілий відчував перемогу правосуддя. Прикінцеві його положення містять також прокляття щодо тієї особи, яка «мої закони порушить, мої слова перекрутить, буде противитися моїм умислам»⁸.

Вказівку на наслідки, що мають наставати для судді за його несправедливі діяння, можна знайти в Старому Завіті, де йдеться про синів пророка і судді Самуїла (XI століття до н.е.), які «не пішли батьковим шляхом, шукали власної наживи, приймали подарунки, перекручували закон», що призвело до позбавлення їх старшинами права бути судьями (I Сам.: 8, 1–5). Несправедливість суддів тісно пов'язувалася з їхньою продажністю та її наслідком – упередженістю вироків, на що виразно вказують рекомендації для суддів, сформульовані у Книзі Второзаконня: «Вони судитимуть люд справедливим судом. Ти не будеш перекручувати закон, не будеш упереджений і не приймеш подарунка, адже подарунок засліплює очі мудреців і в поганому напрямі скеровує

⁶ M. Stepień, *Kodeks Hammurabiego*, Warszawa 2000, s. 59.

⁷ Автор перекладу Кодексу зазначає, що багато дослідників вважають, що у цьому положенні йдеться не про обов'язок судді відшкодувати витрати позивача, а про штраф як покарання для судді за його вчинок. Див.: Там само, с. 81.

⁸ Там само, с. 139.

слова справедливих. Намагайся дотримуватися виключно справедливості» (Втор.: 16, 18–19).

У цій самій Книзі визначається покарання за найпоширеніші випадки порушення закону, що мають наслідком несправедливість: «Проклятий той, хто порушує право іноземця, сироти і вдови» (Втор.: 27, 19)⁹. Злочини суддів, які «викривляють», «спотворюють», «перекручують» право, називаються в цьому джерелі трьома різними словами, натомість у німецькому перекладі Біблії застосовується лише один термін – «спотворення права», від якого походить назва окремого виду злочинів *Rechtsbeugung*, який було запроваджено у кримінальне право в середині XIX століття (зараз § 339 Кримінального кодексу Німеччини (далі – КК Німеччини))¹⁰.

Основною метою цієї книги є опис походження такого виду злочину проти правосуддя, як спотворення та перекручування права в німецькому і польському кримінальному праві, наведення доктринальних поглядів та позицій судових органів щодо сукупності ознак, наявність яких у змісті конкретного вироку обумовлює можливість притягнення до кримінальної відповідальності за вчинену несправедливість. Крім того, ми намагатимемося дослідити, як у цих системах права, а також у Нюрнберзьких законах та джерелах австрійського права оцінюється аргументація, що її застосовують на свій захист судді та прокурори, яких було обвинувачено в учиненні несправедливості, що підлягає покаранню. Адже найчастіше подібні обвинувачення вони відкидають твердженням, що діяли згідно з чинним на той момент законодавством та не усвідомлювали неправомірності своїх вироків.

Така аргументація породжує запитання, чи завжди судді, які ухвалюють вирок, повинні діяти в межах закону, навіть якщо він явно несправедливий, і чи неусвідомлення вчиненої в ім'я закону неправомірної поведінки звільняє їх від кримінальної відповідальності за акти нехтування справедливістю.

Ще однією метою цієї книги є визначення форми спотворення (перекручування) права, що підлягає покаранню, в контексті польського КК, а також формулювання пропозицій *de lege ferenda*.

Прагнення досягти цілей, що ставилися нами, вимагало не лише реферативного викладення положень доктрини, а й застосування методу синтетичного наведення правових положень, на підставі яких

⁹ Усі цитати – за Біблією Тисячоліття. – Познань–Варшава, 1980.

¹⁰ Ймовірно, вислів «спотворювати право» походить з одного з варіантів перекладу Біблії. Див.: M. Seebode. *DDR-Justiz vor Gericht*, [w:] *Festschrift für Teodor Lenckner, München* 1998, s. 605.

ухвалювалися вироки, що порушували елементарні уявлення про справедливість. Зміст цих вироків аналізувався із зазначенням того, в чому саме полягало вчинене при їх ухваленні спотворення права, а також досліджувалося, як у судовій практиці застосовувалася кримінальна відповідальність за ухвалення таких вироків.

Дослідження змісту вироків, що наводяться як приклади окремих форм злочинів проти правосуддя, а також вироків, у яких інші судді визначали умови кримінальної відповідальності за вчинення цих злочинів, є необхідним з методологічної точки зору, оскільки даватиме змогу встановити, у чому саме полягало недопустиме спотворення права. Обираючи такий метод, ми повністю поділяємо погляд, відповідно до якого суто доктринальні роздуми над «суттю» суддівського спотворення права будуть «значною мірою шкутильгати», якщо вони не є наслідком ретельного «розгляду» написаного в конкретних вироків, які аналізуються в аспекті вчиненого суддівського діяння, що підлягає покаранню¹¹. Погоджуємося також із зауваженням, що теоретик, який робить висновки про складну природу злочинного вироку відірвано від реалій застосування права судами та вибірково, часто забуває про те, що сам перебуває у «скляному палаці» доктрини, а відтак – його висновки про те, чи вчинив суддя, який ухвалював вирок, злочин у конкретному випадку, можуть виявитися малоприматними для дослідження¹².

Тому предметом аналізу стали також об'ємні частини окремих вироків, що містяться у збірниках і мають характер історичної документації, аби вказуючи місце їх видання, дати зацікавленим особам можливість ознайомитися з повним їх змістом. У виняткових випадках цитуємо фрагменти вироків, що не публікувалися.

Черговість обговорення відповідних питань визначається в підзаголовку цієї книги. На наш погляд, доцільним є спочатку розглядати положення, опрацьовані на підставі Нюрнберзьких законів. Потім, зважаючи на необхідність зробити історичний огляд, буде приділено увагу німецькому та австрійському праву з тим, щоб у другій частині книги вже досліджувати проблеми відповідальності за злочини проти правосуддя в аспекті історії та сучасності польського права.

¹¹ G. Spindel, [w:] *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar*, 11 Aufl., Berlin-New York 1999, § 339, Rdn. 3.

¹² L. Kuhlen, [w:] *Nomos Kommentar, Kindhäuser, Neumann, Paeffgen (Hrsg.). Strafgesetzbuch*, Bd. 2, Baden-Baden 2005, s. 5772.

Розділ I

НЮРНБЕРЗЬКИЙ ПРОЦЕС НАД НАЦИСТСЬКИМИ ЮРИСТАМИ. ДІЇ СУДДІВ ЯК ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ЛЮДЯНОСТІ

1. Правова підстава оцінки застосування кримінального права судами Третього Рейху, сформована на Нюрнберзькому процесі над нацистськими юристами

Кримінально-правова оцінка застосування норм кримінального права як форми військових злочинів, а також злочинів проти людяності формулюється у вироку американського Військового трибуналу від 4 грудня 1947 року. У Нюрнберзі Трибунал засудив 14 обвинувачуваних юристів, серед яких були високопосадовці Міністерства юстиції Німецького Рейху, судді та прокурори¹³.

Хоча у вироку Трибуналу йдеться про те, що обвинувачуваний суддя Оскар Ротауг «в умовах верховенства будь-якої моральної правової системи був би звільнений з посади або покараний за систематичне зловживання владою та злісне чинення несправедливості»¹⁴, все ж правовою підставою для такого твердження не стали положення німецького Кримінального кодексу 1871 року, що встановлював кримінальну від-

¹³ Документацію процесу див. у: *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law, «The Justice Case»*, Vol. III, No. 10, Washington: U.S. Gov. Printing Office 1951. Вирок за цією справою – у XXXIII томі «*The Justice Case»* – Архів Інституту національної пам'яті. Текст вироку в: J. Friedrich, *Freispruch für die Nazi – Justiz. Die Urteile gegen NS – Richter seit 1948. Eine Dokumentation*, Berlin 1998, s. 25–66. Посилаючись саме на це джерело, я наводжу основні фрагменти цього вироку. Основні аспекти процесу над нацистськими юристами представлені у працях: Т. Суртіан, J. Sawicki, *Nieznana Norymberga, Dwanaście procesów norymberskich*, Warszawa 1965, s. 88, F. Ryszka, *Państwo stanu wyjątkowego*, Wrocław–Łódź 1985, s. 404, за якими наводяться цитати з документації процесу.

¹⁴ Цит. за: J. Friedrich, *Freispruch...*, s. 66.

повідальність за спотворення права (§ 336 Кодексу). У вироку *in extenso* наводився зміст цього положення Кодексу про злочин *Rechtsbeugung*¹⁵, з метою обґрунтування твердження, що «у період Веймарської республіки, принаймні на папері, німці розвивали цивілізовану та прозору ідею права», після чого «в умовах панування національного соціалізму відбулося поступове виродження права»¹⁶.

Здійснена під час процесу оцінка діянь нацистських суддів не впливала із дослідження того, чи містили їхні дії сукупність ознак злочину спотворення права. Адже Трибунал (що діяв на підставі розпорядження № 7 Верховного комісара Сполучених Штатів Америки в Німеччині) приймав рішення, не ґрунтуючись на німецькому законодавстві. Він робив висновки *ratio decidendi*, виходячи з положень Статуту Міжнародного військового трибуналу і для обґрунтування вироку застосовував матеріальне право, закріплене у Законі № 10, прийнятому Союзною контрольною радою 20 грудня 1945 року. Закон визначав злочин проти людяності, вказуючи, що ним є, зокрема, вбивство, винищення, рабство, примусове заслання, позбавлення волі, катування, зґвалтування, а також інше нелюдське поводження та переслідування цивільного населення з політичних, расових або релігійних підстав.

У Законі також зазначалося, що ці дії містять склад такого злочину, незважаючи на те, чи порушували вони законодавство держави, в якій були вчинені (ст. II с–d).

Отже, передумовою притягнення до кримінальної відповідальності юристів, обвинувачуваних у вчиненні злочинів проти людяності, не був аналіз змісту ухвалених ними вироків як таких, що не відповідають змісту положень законів, якими вони керувалися, чи таких, що спотворювали право на користь або проти Тьюмлера на шкоду однієї зі сторін проваджень, у яких ухвалювалися вирокі (як суддівську несправедливість такі діяння визначав § 336 КК Німеччини)¹⁷.

¹⁵ § 336 «Спотворення права». Чиновник або суддя, третейський суддя, який, ведучи провадження у справі або ухвалюючи рішення, умисно спотворює право на користь або шкоду однієї зі сторін, карається позбавленням волі на строк до 5 років.

¹⁶ Цит. за: J. Friedrich, *Freispruch...*, s. 27.

¹⁷ Міжнародний військовий трибунал у своєму вирокі в справі головних німецьких військових злочинців, що його було проголошено в Нюрнберзі 30 вересня та 1 жовтня 1946 року, обґрунтував обов'язкову дію Статуту, на підставі якого він виносив вирок (додаток до угоди між урядами Великої Британії, США, Франції та СРСР, підписаної в Лондоні 8 серпня 1945 року), аргументуючи це тим, що його зміст впливає із «суверенної законодавчої влади», що існує в державах, перед якими Рейх безумовно капітулював. Далі Трибунал відзначав: «Цивілізований світ надав цим державам беззаперечне право законодавчої влади на окупованих територіях. [...] Діючи таким чином, держави спільно зробили те, що кожна з них була вправі зробити самостійно. Можливість застосуван-

2. Кримінальне право Третього Рейху

У виступі, що відкривав процес, обвинувачення дорікнуло нацистським юристам, що «судовими вбивствами та іншими діями вони знищили право та справедливість у Німеччині, застосовуючи порожні формулювання правових норм з метою масштабного переслідування, перетворення на рабів та винищення людей»¹⁸.

Під час судового слідства розглядалися стан кримінального права Третього Рейху, діяльність системи судочинства, у тому числі спеціальних судів, військово-польових судів та Народного трибуналу, а також організуюча роль Міністерства юстиції в учиненні військових злочинів проти людства. На прикладах конкретних вироків було також доведено, що деградацію права, яка розпочалася в 1933 році, супроводжувало безправ'я, породжене суддями та прокурорами, вірними націонал-соціалістичній ідеології та іншим поглядам влади.

Коротко зупинившись під час процесу на системі німецького кримінального права періоду національного соціалізму, були згадані найважливіші правові акти, що змінювали елементарні принципи кримінальної відповідальності та становили предмет оцінки американського Військового трибуналу. Така оцінка здійснювалася крізь призму права цивілізованих народів та стосувалася дій юристів, які посилялися на право. Наведемо лише найважливіші положення, що створювали умови для вчинення злочинів проти людяності завдяки роботі судів. Йдеться про юридичні акти, що обґрунтовували застосування понять «суд» (*Gericht*), «суддя» (*Richter*), «обвинувачений» (*Angeklagte*), «вирок» (*Urteil*), що починався словами: «Іменем німецького народу» (*In Namen des Deutschen Volkes*).

Важливим є зауваження, що дістало відображення в справі «The Justice Case», про те, що Нюрнберзький процес над нацистськими юристами став по суті процесом, порушеним проти юристів, а не проти кримінального права Третього Рейху¹⁹. Відтак, після наведення відо-

ня права шляхом створення спеціальної юрисдикції є прерогативою кожної держави». Див.: Т. Сурґіан, J. Sawicki, *Prawo Norymberskie, Bilans i perspektywy*, Warszawa–Kraków 1948, s. 251–252. Преюдиція, якою став вирок Міжнародного військового трибуналу, відкрила правовий шлях для рішень американського Військового трибуналу, прийнятих загалом у 12 процесах. Описаний вище третій процес (одна з його сюжетних ліній) в літературі носить назву «процес над юристами» (*Juristenprozess*) або «справа юстиції» (*The Justice Case*).

¹⁸ Цит. за: I. Müller, *Furchtbare Juristen, Die unbewältigte Vergangenheit unsere Justiz*, München 1989, s. 272.

¹⁹ F. Ryszka, *Państwo stanu...*, s. 473.

мостей про систему німецького кримінального права тих часів, процесу належало зосередитися на діях обвинувачених, котрі творили і застосовували це право. Огляд націонал-соціалістичного кримінального права довів, що принципи, на які спирався КК Німеччини з 1871 року, було відкинуто шляхом внесення до нього змін, а найголовніше – шляхом створення паралельно з Кодексом цілої нової системи права, в якій прокурори і судді стали покірним зряддям реалізації цілей та ідеології влади. У випадках, коли засобами судочинства не вдавалося досягти поставленої мети, у гру вступали гестапо та СС, які застосовували «захисний арешт» (*Schulzhaft*). Після правомірного закінчення судового розгляду вони могли, наприклад, арештувати у залі суду щойно виправдану особу і відправити її на невизначений строк до концентраційного табору²⁰.

Наріжним каменем нацистського кримінального права було видане 28 лютого 1933 року (у день після пожежі в Рейхстазі) розпорядження рейхспрезидента «Про захист народу і держави» (*Reichstagsbrandverordnung*), що обґрунтовувало необхідність «захисту від комуністичних актів насильства, що загрожували державі». Розпорядження було видано з посиланням на ст. 48 Веймарської конституції, натомість воно позбавляло законної сили усі її положення про основоположні права: право на особисту свободу та свободу переконань, свободу преси, товариств і зборів, таємницю листування та недоторканність житла²¹. Це розпорядження передбачало смертну кару за державну зраду (а також заклики до такої зради) та запроваджувало безстроковий і ніким не контрольований поліцейський захисний арешт (*Schutzhaft*), а видане тією самою датою розпорядження «Проти зради німецького народу і зрадницьких змов» давало право карати на смерть за вчинення тих дій, «які раніше каралися менш суворо».

Видане 21 березня 1933 року розпорядження рейхспрезидента «Про захист від зрадницьких замахів на уряд національного повстання» передбачало покарання у вигляді позбавлення волі за поширення

²⁰ W. Dreßen, *Blinde Justiz – NS-Justizverbrechen vor Gericht*, [w:] J. Weber, M. Piazzolo (Hrsg.), *Justiz im Zwielicht, Ihre Rolle in Diktaturen und die Antwort des Rechtsstaates*, München 1998, s. 78.

²¹ По суті був запроваджений надзвичайний стан (при тому, що Веймарська конституція в Третньому Рейху формально не була скасована), який узаконював терор Націонал-соціалістичної партії. Його було закріплено Законом від 23 березня 1933 року про спеціальні повноваження (фактично для Гітлера як рейхсканцлера) на правотворчість (*Ermächtigungsgesetz*), що означало встановлення націонал-соціалістичної диктатури.

«неправдивих тверджень» про державу або уряд²². Це розпорядження замінив Закон від 20 грудня 1934 року «Щодо зрадницьких замахів на державу та партію і захист партійної уніформи» (*Heimtücke-Gesetz*), який передбачав покарання за будь-які «непублічні злісні висловлювання», що могли зашкодити іміджу уряду або Націонал-соціалістичної партії, що його формувала. Заборона будь-якої критики захищала Націонал-соціалістичну партію, її лідерів та органи так само, як державних лідерів і, власне, державу.

Закон від 24 квітня 1934 року, крім смертної кари за державну зраду (*Hochverrat* – § 80 КК Німеччини), під якою розумівся «замах на існування Рейху»²³, визначав покарання за численні нові форми зради (*Landesverrat* – § 90 КК Німеччини), що полягали в згнєбленні держави на зовнішній арені²⁴.

Змінами до КК Німеччини, що набрали чинності 1 вересня 1935 року, було встановлено покарання за принципом аналогії. Положення § 2 Кодексу було викладено в такій редакції: якщо під час судового розгляду з'ясується, що обвинувачений вчинив злочин, який має

²² У цьому сенсі будь-які прояви політичної опозиції ставали злочинами, що заслуговували на покарання за спрощеною процедурою розгляду справ у спеціальних судах – *Sondergerichte* (створені розпорядженням від 21 березня 1933 року в окрузі кожного державного суду вищої інстанції), вироки яких не підлягали оскарженню. На відданість суддів тих судів справі вказує те, що у 1933 році вони ухвалили 3774 обвинувальні вироків за поширення неправдивих тверджень (у наступні роки статистика не велася). Як спеціальні суди, так і створений відповідно до Закону від 24 квітня 1934 року для винесення вироків у справах про державну зраду (*Hochverrat*) та зраду (*Landesverrat*) Народний трибунал (*Volksgerichtshof*) у Берліні були укомплектовані «гідними довіри» членами партії. Див.: W. Dreßen, *Blinde Justiz...*, s. 78. У 1940 році в Рейху діяло 55 спеціальних судів, у яких час від часу прокуратура могла обвинувачувати за вчинення усіх злочинів, не лише політичних. Народний трибунал використовувався виключно для розгляду політичних справ (з часу створення до 1939 року ухвалили 85 смертних вироків, у наступних роках – 5181). Див.: A. Götz, *Bilanz der Verfolgung von NS-Straftaten*, Köln 1986, s. 145–146.

²³ Зважаючи на те, що припис, у тому числі після внесення змін, містив інформацію про злочин «Зміна Конституції насильницьким шляхом», що могло вказувати на все ще формально чинну Веймарську конституцію, роз'яснювалося, що під поняттям «Конституція» слід розуміти «існуючі основи правового порядку націонал-соціалістичної держави». Поняття караного готування до вчинення цього злочину шляхом «будь-якого іншого зрадницького діяння» (§ 83 п. 2 КК Німеччини) ілюструвалися прикладами висловлювань, що вказували на зв'язок того, хто говорив, з комунізмом (наприклад, *Rot-Front!* або *Heil Moskau*). Див.: R. Lehner, K. Schäfer, *Kleines Strafrechtslehrbuch für Polizei und Gendarmerie*, Berlin 1939, s. 60–61.

²⁴ Пояснювалося, що злочин зради у формі «народної зради» (*Volksverrat* – § 90f КК Німеччини), яка полягала у нешанобливому ставленні до німецького народу, вчиняє, зокрема, німець, котрий надсилає знайомому з-за кордону листа із «вигаданою інформацією про нібито жакливі дії» німців (*Greuelmärchen*). Там само, с. 66.

бути покараний «відповідно до здорового національного почуття» (*nach gesundem Volksempfinden*), і при цьому цей злочин як заборонена дія законом не передбачений, суд повинен визначити, чи відповідає це діяння будь-якій основоположній нормі Кримінального кодексу, шляхом належного застосування якої «можна було б забезпечити перемогу правосуддя» (*der Gerechtigkeit zum Siege verholfen werden kann*). Американський Військовий трибунал прокоментував це так: «Замість верховенства права було встановлено верховенство націонал-соціалістичного світогляду як дороговказ для суддівської діяльності». З огляду на це судді могли застосовувати норми кримінального права незалежно від суті положень, які стосувалися всіх, в особливий спосіб, а саме із урахуванням політичних, расових або релігійних переконань. Таким чином, безправ'я, яке чинили судді, почасти впливало не з власне змісту положень кримінального права, а зі способу тлумачення тексту закону під час його застосування.

Такий стан речей, коли можливим стало виконання шляхом ухвалення судових рішень ідеологічно обґрунтованих та расових вказівок, було визнано незадовільним. Нюрнберзький закон від 15 вересня 1935 року «Про захист німецької крові та гідності» (*Blutschutzgesetz*) забороняв позашлюбні фізіологічні стосунки між євреями та особами німецької крові. Було також встановлено покарання у вигляді позбавлення волі за злочин «зневаги раси» – *Rassenschande*. За рік до нападу на Польщу – 17 серпня 1938 року, було видано розпорядження «Про спеціальне воєнне кримінальне право» (*Kriegssonderstrafrechtsverordnung*), яке передбачало смертну кару, зокрема, за публічний заклик до відмови нести військову службу у Вермахті або намагання послабити моральний дух німецького народу (§ 5 «Дії, спрямовані на підризу обороноздатності»), а Міністерство внутрішніх справ затвердило положення щодо превентивного поміщення до концентраційних таборів осіб, які визнавалися потенційними ворогами народу та держави.

З 1 вересня 1939 року було заборонено під страхом покарання позбавленням волі слухати іноземні радіостанції, а за поширення почутих по радіо новин, що могли зашкодити «силі опору німецького народу», загрожував смертна кара. Відповідно до розпорядження «Про воєнну економіку» (*Kriegswirtschaftsverordnung*) від 4 вересня 1939 року за діяння, що шкодили матеріальному забезпеченню населення, загрозувало позбавленням волі, а в особливо тяжких випадках – смертна кара. Йшлося, зокрема, про винищення, приховування або вилучення з обігу сировини чи готових продуктів, а також про приховування або підробку продуктових талонів (у 1942 році було суттєво розширено перелік дій, що визнавалися шкідливими для економіки

або забезпечення населення і підлягали покаранню). У розпорядженні «Щодо «народних шкідників» (*Volksschadlinge*) від 5 жовтня 1939 року «здорове національне почуття» вказувалося як підстава для ухвалення смертного вироку за злочини, вчинені у період воєнного стану.

З 25 листопада 1939 року позбавленню волі або смертній карі піддавались ті, хто знищував обладнання або засоби захисту, що призводило до умисного або ненавмисного послаблення сил Вермахту, а також ті, хто вчиняв дії, «які перешкоджали або становили загрозу» для виробництва зброї або матеріального забезпечення населення».

Під страхом позбавлення волі було заборонено «підтримувати» шпигунські та антивоєнні організації, а також мати будь-які контакти цивільному населенню з військовополоненими.

Розпорядженням від 5 грудня 1939 року було встановлено смертну кару як безумовне покарання для злочинців, що вдавалися до насильства (*Gewaltverbrechen*), а їхню особу характеризувала схильність до насильницьких дій; у ньому містилась вказівка, що це «стосується також злочинів, вчинених до набрання чинності цього положення», що порушувало принцип *lex retro non agit*. Зміни до КК Німеччини від 4 вересня 1941 року (підписані Гітлером та обвинувачуваним під час процесу над нацистськими юристами Францом Шлегельбергером – виборним рейхсміністром юстиції) передбачали смертну кару для «серійних злочинців» та сексуальних злочинців, «якщо цього вимагає захист національної спільноти, або існує потреба у справедливому покаранні».

Розпорядження від 4 грудня 1941 року «Про кримінальний процес щодо поляків та євреїв на приєднаних східних територіях» (*Polenstrafrechtsverordnung*) містило виняткове уповноваження ухвалювати смертні вироки, що стало правилом (автор проекту цього розпорядження – Шлегельбергер, обвинувачуваний на процесі нацистських юристів, зазначав у листі до Рейхсканцелярії, що поділяє погляд, «що поляк менш уразливий до звичайного покарання позбавленням волі»). Положення *Polenstrafrechtsverordnung* передбачали, що «поляки та євреї каратимуться смертною карою, якщо вони застосовують насилля проти німців» (ч. 1 п. 2), а також тією самою карою, «а в менш тяжких випадках – позбавленням волі, якщо через ненависть чи підбурювальні дії вони виявляють вороже ставлення до німців, особливо вороже висловлюються про німців, здирають або пошкоджують публічні оголошення німецької влади або служб чи іншими діями завдають шкоди повазі або благу Німецького Рейху та німецького народу» (ч. 1

п. 3)²⁵. На підставі цього розпорядження каралися поляки та євреї, які 1 вересня 1939 року жили або перебували на «приєднаних східних територіях», незважаючи на те, де саме на території Рейху «вони вчинили заборонене діяння» (ч. 4 п. 1).

Неопублікована директива «Ніч і туман» (*Nacht und Nebel – Erlas*) від 7 грудня 1941 року містила рекомендації спеціальним судам на закритих засіданнях ухвалювати вироки про страту або заслання до концентраційних таборів цивільних осіб, яких привезли до Рейху з окупованих територій і які підозрювалися у злочинах проти німецької влади або її органів та не були покарані військовими судами. Доля тих, щодо кого ухвалювалося таке покарання, мала триматися у таємниці.

У домовленості між рейхсміністром юстиції (Отто Тіраком) та рейхсфюрером СС Гімmlером, підписаній 18 вересня 1942 року, містилося рішення про «знищення роботою» (*zur Vernichtung durch Arbeit*) «асоціальних елементів», які перебували у в'язницях, зокрема поляків, засуджених до позбавлення волі на строк понад 3 роки, «без винятку» попередньо ув'язнених євреїв, а також циган, росіян та українців – у розпорядженні СС (зважаючи на потреби у використанні робочої сили, особливо поляків та росіян на окупованих територіях, це рішення все ж не було втілене в життя повною мірою). Порядок і так максимально спрощеного судового розгляду, що визначався у *Polenstrafrechtsverordnung*, було скасовано стосовно євреїв розпорядженням від 1 липня 1943 року, в якому коротко вказувалося, що «карані діяння євреїв підлягають покаранню поліцією» (§ 1); спосіб покарання однозначно впливав із застереження: «Після смерті єврея його майно належить Рейхові» (§ 2).

Директива рейхсміністра юстиції (квітень 1943 року) передбачала, що поляків, засуджених до позбавлення волі на строк понад 6 місяців, відразу після звільнення слід віддавати в руки поліцейської влади з метою розміщення їх у концентраційних таборах.

Розпорядження від 5 травня 1944 року знімало з суддів обмеження

²⁵ Положення, сформульоване таким чином, було підставою, зокрема, для ухвалення смертних вироків щодо двох поляків за те, що вони дали російському військовополоненому-втікачеві цивільний одяг (це обвинувачення наводиться далі в книзі), а також 22-річного поляка, який «намагався зблизитися» із 18-річною німкою, «ухопивши її ззаду та вщипнувши за груди, при цьому звертаючись до неї *«schönes Fräulein»*. Відповідно до постанови спеціального суду в Лодзі з цього положення випливало, що «кожен поляк, який має стосунки з німкою або аморально із нею зближується, повинен знати, що таким чином він позбавляється свого життя». Див.: W. Kulesza, *Karanie za zbrodnię «zhańbienia rasy» (Rassenschande) i odpowiedzialność karna sędziów za zbrodnicze skazania*, [w:] A. Adamski, J. Bojarski, P. Chszczonowicz, M. Leciak (red.), *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara*, Toruń 2012, s. 358.

щодо обсягу покарань, призначення яких здійснювалося за раніше чинними приписами, і дозволяло ухвалювати смертні вироки в будь-якому випадку умисного чи ненавмисного діяння, що спричинило серйозну шкоду або посилило загрозу «війні, що ведеться, або безпеці Рейху», якщо відповідно до «здорового національного почуття» юридичні межі покарання є недостатніми».

3. Суди та судді Третього Рейху

Кримінальне право 1933–1945 років набувало різноманітних форм сваволі в індивідуальних суддівських рішеннях. Процес над нацистськими юристами ілюстрував, яким саме чином націонал-соціалістична влада впливала на діяльність суддів, котрі – як випливає з результатів досліджень – у період до 1941 року ухвалили 2 тисячі смертних вироків, а в наступні роки, до завершення війни – 30 тисяч подібних вироків²⁶. Дослідження, присвячені всім вирокам, ухваленим до дня безумовної капітуляції, свідчать, що загальна кількість смертних вироків – щонайменше 40 тисяч²⁷.

Судове слідство у процесі над нацистськими юристами виявило роль Міністерства юстиції у мотивації суддів до того, аби якнайчастіше ухвалювати смертні вироки, адже прийняття лише змін до кримінального права, що створювали широкі можливості для ухвалення подібних вироків, та добору суддів за критеріями відданості націонал-соціалістичній ідеології все ж виявилось недостатньо²⁸.

Серед зібраних для потреб процесу документів важливе значення мають листи виборного рейхсміністра юстиції Шлегельбергера (обви-

²⁶ Половину з 32 тисяч смертних вироків було ухвалено у цивільних судах, а другу половину – у військових судах. Як пише Й. Фрідріх: «Починаючи від переломного для перебігу війни 1942 року, німецькі судді вбивали близько 720 осіб кожного місяця». Автор додає, що це було більш ніж удвічі більше вироків, ніж протягом чотирьох років Першої світової війни, під час якої цивільні та військові суди ухвалили загалом 291 смертний вирок. Див.: J. Friedrich, *Freispruch...*, s. 15.

²⁷ F. Werkentin, «*Suverän ist wer über den Tod entscheidet*», [w:] R. Engelmann, C. Vollnhans (Hrsg.), *Justiz im Dienste der Parteiherrschaft. Rechtspraxis und Staatssicherheit der DDR*, Berlin 1999, s. 185.

²⁸ З 1935 року суди повністю організаційно підпорядковувалися Міністерству юстиції Рейху, яке приймало рішення стосовно не лише призначення суддів, а й розподілу завдань, причому умовою призначення на посаду судді стало отримання позитивної характеристики від керівництва НСДАП. Див.: W. Dreßen, *Blinde Justiz...*, s. 77.

нувачений у процесі) до рейхсканцелярії та фюрера (від 10 березня 1941 року), де він звертається з проханням надати інформацію щодо вироків, які викликають незадоволення, та зазначає, «що втручатиметься у розгляд таких справ з максимальною енергією»²⁹.

Прикладом відповіді Рейхсканцелярії є вказівка на «побажання Фюрера» ухвалити смертний вирок щодо єврейського торговця за те, що останній зібрав 65 тисяч яєць, частина з яких зіпсувалася (первісно на підставі розпорядження «Про воєнну економіку» (*Kriegswirtschaftsverordnung*) спеціальний суд у Бельську засудив торговця до 2,5 років позбавлення волі)³⁰. У відповідь Шлегельбергер рекомендував прокуратурі в Катовіцах перевести в'язня до гестапо «з метою здійснення страти», про що поінформував Рейхсканцелярію вже 29 жовтня 1941 року.

Щоб стисло описати механізм, під дію якого підпадали судді, котрі ґрунтували свої вирокі на конкретних або абстрактних вказівках та догоджали владі суворістю накладених покарань, варто хроноло-

²⁹ У листі до шефа Рейхсканцелярії Ламмерса читаємо: «Мені стало відомо, що нещодавно низка вироків знову викликала сильне роздратування Фюрера. Хоча не знаю, про які саме вирокі йдеться, я з'ясував, що суди все ще ухвалюють немислимі вирокі. У таких випадках я буду втручатися з максимальною енергією».

У листі до Гітлера адресант писав: «Незважаючи на величезну кількість щоденних вироків, усе ще трапляються такі, що не зовсім відповідають вимогам, які ми висуваємо до них. У таких випадках я вживатиму всіх необхідних заходів... Потрібно спонукати суддів мислити належним чином, відповідно до державної свідомості. Було б надзвичайно цінно, якби Ви, мій Фюрере, інформували мене про всі випадки, коли вважатимете вирок незадовільним. Судді несуть перед Вами відповідальність, вони усвідомлюють цю відповідальність і мають непохитну волю, щоб згідно з нею виконувати свої обов'язки». Цит. за: J. Friedrich, *Freispruch...*, s. 51–52.

³⁰ У справі про покарання цього 74-річного обвинуваченого шеф Рейхсканцелярії Ламмерс надіслав 25 жовтня 1941 року до виборного рейхсміністра юстиції Шлегельбергера таку інформацію: «До Фюрера потрапила газетна замітка про покарання Маркуса Люфтгласса 2,5 роками позбавлення волі (покарання встановив спеціальний суд у Бельську). Фюрер бажає, щоб стосовно Люфтгласса була застосована смертна кара. Дозволю собі звернутися до Вас із проханням забезпечити належне прискорення перебігу справи та надіслати мені інформацію, якою я поділюся з Фюрером, про вжиті Вами заходи». Цит. за: W. Dreßen, *Blinde Justiz...*, s. 82.

Рейхсміністр юстиції систематично надсилав до Рейхсканцелярії повідомлення про страти, рішення про які ухвалювалися у судах. *Führerinformation 1943 Nr. 172* повідомляє, що Народний трибунал (*Volksgerichtshof*) 18 жовтня 1943 року засудив командира (*Kapitän zur See*) у відставці Гюнтера Пасхена до смертної кари за послаблення обороноздатності Рейху через те, що у серпні 1943 року в розмові з двома данцями, які хотіли винайняти кімнату в його будинку, він сказав, що не вірить у перемогу Німеччини, а таємну зброю вважає «пропагандистським блефом» (*Propagandabluff*). Повідомлення закінчується реченням: «Вирок виконано». Фотокопію повідомлення див. у: W. Halle (Hrsg.) *Aufstand des Gewissens. Militärischer Widerstand gegen Hitler und das NS – Regime 1933–1945*, Berlin, Bonn, Herford 1994, s. 642–643.

гічно подати події, які цей механізм породили і ввели в дію. 26 квітня 1942 року Рейхстаг своєю ухвалою уповноважив фюрера повною мірою здійснювати військову, адміністративну та судову владу в державі. При цьому зазначалося, що ця влада не підлягає обмеженням, про які йдеться у чинних правових нормах. У своїй промові Гітлер залишив за собою право негайно звільняти з посад суддів, «які не змогли зрозуміти вимог часу».

У відповідь на занепокоєння суддів рейхсміністр з питань просвіти народу та пропаганди (*Reichsminister für Volksaufklärung und Propaganda*) Геббельс під час засідання 22 липня 1942 року переконавав суддів, що умовою існування сильної держави є можливість звільняти з посад неефективних чиновників, а «концепція незмінності суддів народилася в чужому інтелектуальному світі, що вороже налаштований до німецького народу»³¹. Промовець нагадав суддям, що під час війни їхнім завданням є захист держави від внутрішніх ворогів, яких судді повинні усувати. Тому не важливо, чи є ухвалений вирок справедливим. Важливо, чи відповідає він своїй меті, а при його ухваленні суддя не обов'язково має бути переконаним у винуватості обвинуваченого.

Завдання спрямовувати діяльність суддів відповідно до вимог сильного націонал-соціалістичного судочинства фюрер дав у формі розпорядження від 20 серпня 1942 року, адресованого до рейхсміністра юстиції. У ньому зазначалося, що міністр, втілюючи це завдання у життя, не повинен обмежуватися юридичними нормами³². Однією з форм впливу на зміст вироків були конфіденційні «суддівські листи» (*Richterbriefe*), що надсилалися з 1 жовтня 1942 року рейхсміністром юстиції (Отто Тіраком) усім суддям і прокурорам. Ці листи на конкретних прикладах критично оцінених вироків показували, як «керівництво органів правосуддя розуміє націонал-соціалістичне застосування права»³³. У судовому слідстві під час процесу над нацистськими юрис-

³¹ Цит. за: Т. Сурган, J. Sawicki, *Nieznana Norymberga...*, s. 113.

³² Це розпорядження визнано останнім етапом підкорення діяльності судів Рейху керівництву НСДАП. У ньому читаємо: «Для виконання завдань Рейху необхідним є сильне правосуддя. Тому довіряю та уповноважую міністра юстиції, щоб він згідно з моїми рекомендаціями та вказівками, у співпраці з міністром Рейху та шефом Рейхсканцелярії, а також із керівником канцелярії партії збудував націонал-соціалістичне правосуддя, використовуючи з цієї метою усі необхідні засоби. При цьому він може не дотримуватися чинного права». Цит. за: J. Friedrich, *Freispruch...*, s. 32.

³³ Тірак, призначений на посаду рейхсміністра юстиції 20 вересня 1942 року (після виходу на пенсію Шлегельбергера), у програмній промові до голів та генеральних прокурорів земельних судів вищої інстанції 29 вересня 1942 року вказував на потребу реагувати на «кризу в судочинстві». Одним зі способів такого реагування було казуїстичне

тами Трибуналу були надані вироки, зміст яких та призначені ними покарання однозначно втілювали вказівки рейхсміністра юстиції в дусі націонал-соціалістичної ідеології та волі фюрера.

4. Прокурори та судді Третього Рейху в аспекті проведення судового слідства

4.1. Приклад злочину, вчиненого прокурором

У частині, що стосувалася відповідальності прокурорів та суддів, яким обвинувачення інкримінувало участь у вчиненні злочинів проти людяності, на розгляд Трибуналу були надані витяги з матеріалів практики судів, що свідчили, як юристи чинили «судові вбивства та інші звірства, знищили в Німеччині право і справедливість, а порожні юридичні формулювання застосовували для масових переслідувань, поневолення та винищення людей»³⁴.

Як приклад злочину, вчиненого прокурором, був використаний обвинувальний акт, підписаний Ернстом Лаутцом, обвинуваченим у процесі над нацистськими юристами – генеральним прокурором при Народному трибуналі (*Volksgerichtshof*) у Берліні – у справі трьох польських підневільних робітників. Кубіш, Мазур та Новаковські, яких привезли з окупованої Польщі до Тюрингії, намагалися втекти з місця роботи до Швейцарії, однак влада цієї країни видала їх після затримання в момент спроби перетнути кордон. Хоча втікачі заявили, що мотивом спроби втекти з Рейху були важкі умови праці та погане харчування, їм висунули обвинувачення в організованій підготовці до вчинення державної зради та відокремлення частини території Рейху. Для обґрунтування такої кваліфікації їхньої поведінки обвинувачення приписало їм намір вступити до «польського легіону», що нібито існував

представлення у «суддівських листах» вироків, які визнано надто поблажливими. Див.: F. Ryszka, *Państwostanu...*, s. 425–426. У *Richterbrief No 1* обговорювалася справа недотримання єврейкою обов'язку подавати у телефонній книзі своє друге ім'я «Сара», критично оцінювалося також покарання лише штрафом єврея за вчинення валютного проступку, що був названий типово єврейським злочином. Схвалювалося закінчення кримінальних справ смертними вирокami. Див.: Т. Сурґіан, J. Sawicki, *Nieznana Norymburga...*, s. 95.

³⁴ Виступ прокурора на відкритті процесу. Цит. за: I. Müller, *Furchtbare Juristen...*, s. 272.

на території Швейцарії. Обвинуваченню було достеменно відомо, що такого легіону не існувало, і це, зокрема, підтверджували лояльні до Рейху швейцарські органи влади, що видали втікачів³⁵. Обвинувальний акт ґрунтувався на § 83 КК Німеччини, який передбачав насамперед смертну кару за «дії, що спрямовувалися на започаткування та розвиток організованої діяльності» для того, щоб – як про це йдеться у § 80 КК Німеччини – чинити «дії з використанням насилля або із загрозою використання насилля з метою приєднання території Рейху в повному обсязі або частково до іншої держави або відокремлення території, що належить Рейхові», а це каралося винятково стратою як безумовною санкцією.

Тлумачення обвинувального акту поляків у підготовці злочину державної зради (*Hochverrat*) визначило їхню долю – Народний трибунал у Берліні засудив їх у 1942 році до смертної кари й вирок було виконано³⁶. Покарання підневільних робітників з окупованої Польщі за спробу втечі Трибунал визнав злочином проти людяності, що засвідчує резолютивна частина вироку³⁷.

4.2. Приклад злочину, вчиненого суддею

Трибунал дійшов обґрунтованих висновків щодо суддівської діяльності Оскара Ротауга, у 1937–1943 роках голови Земельного суду та голови спеціального суду в Нюрнберзі, пізніше підвищеного до посади прокурора Рейху при Народному трибуналі в Берліні. Під час судового розгляду оцінювалися вироки, які він ухвалив, та мотиви, якими він при цьому керувався. Для отримання таких даних враховувалися свідчення свідків, серед яких були інші судді, а також судовий лікар та колишній агент (*Vertauensmann*) Служби безпеки (*Sicherheit Dienst – SD*)³⁸. Саме ці свідчення мали для Трибуналу вирішальне доказове

³⁵ Т. Сурп'ян, J. Sawicki, *Nieznana Norymberga...*, s. 98.

³⁶ Слід зазначити, що авторитетне видання *Leipziger Kommentar*, вид. 6, 1944, у коментарі до згаданих норм про каране готування до зради зазначало потребу обмежити їх застосування на практиці: «Невпинно слід запобігати надмірному напруженню (*Überspannung*) кримінального процесу, адже вимагається, щоб готування спиралося на **конкретно визначений умисел на державну зраду**». І додавало: «Така визначеність умислу на зраду все ж не впливає із чітких формулювань закону, а визнана у судочинстві неписаною ознакою цього поняття» (с. 575).

³⁷ Т. Сурп'ян, J. Sawicki, *Nieznana Norymberga...*, s. 125.

³⁸ Спеціальний суд, у якому головував Ротауг, засідав у тому самому будинку, де пізніше відбувався процес у справі нацистських юристів перед американським Військовим трибуналом. Матеріали справ та свідки суддівської діяльності обвинуваченого були на

значення при встановленні справжніх мотивів, якими керувався суддя Ротауг, ухвалюючи смертні вироки полякам та євреям.

На лаві підсудних суддя на своє виправдання зазначав, що діяв згідно з чинним на той момент законодавством, яке обумовлювало зміст його вироків. На підставі свідчень Трибунал дійшов висновку, що суддя Ротауг був секретним «почесним співробітником СД» і в цій якості кожного тижня зустрічався у будинку суду з представниками СД, а також при ухваленні вироків керувався вказівками поліції, які отримував перед судовими засіданнями, на яких він головував³⁹. Дані агента СД про погляди судді на право, а також про його судову практику потрапляли до Головного управління безпеки Рейху (*RSHA*) в Берліні та свідчили, що, на думку судді, до поляків та євреїв має бути особливе ставлення (*Sonderbehandlung*), і що в цьому сенсі існує «прогалина у законі» (*eine Lücke in Gesetz*), яку він, на його переконання, заповнював власним тлумаченням чинного законодавства, чого, однак, не робили інші судді. Його постулати відповідали нормам кримінального права щодо поляків та євреїв 1941 року⁴⁰.

Інший свідок навів висловлювання Ротауга під час розмов з його колегами суддями, в яких він не приховував ненависті до поляків, кажучи, що «встав би з труни, якби якогось поляка поховали на кладовищі поряд із ним», і при цьому додавав, що «треба вміти ненавидіти, адже Бог за Біблією є Богом, який ненавидить»⁴¹.

Взявши до уваги отримані свідчення, Трибунал здійснив докладний аналіз трьох смертних вироків судді Ротауга (усіх їх було виконано) та ґрунтовно дослідив як їх правові підстави, так і спосіб проведення судових розглядів, за результатами яких ці вироки було ухвалено.

Першим Трибунал оцінив вирок, який суддя ухвалив після півгодинного судового засідання. Вирок передбачав смертну кару для двох польок, які обвинувачувалися в саботажі (17-річна Дурка та 18-річна Штраусс – робітниці заводу з виготовлення зброї). Обвинувачених затримали поблизу місця, де з'явилося полум'я, що, однак, не завдало жодної відчутної шкоди виробництву. Затриманих допитувало гестапо, на допитах вони нібито зізналися у підпалі, після чого вони негайно постали перед судом, де одна з них не погодилася із обвинуваченням.

місці, що – як можна припустити – полегшувало збір масштабного доказового матеріалу, який надало обвинувачення. Під час процесу загалом було допитано 138 свідків та досліджено 2093 документи.

³⁹ J. Friedrich. *Freispruch...*, s. 66.

⁴⁰ Там само, с. 54.

⁴¹ Там само.

Обвинувальний вирок за «очевидний», на думку судді, саботаж ґрунтувався на показаннях працівників гестапо, які заявили, що допити підозрюваних відбувалися «у повній відповідності з нормами». Доказом у справі суддя визнав також лист, який обвинувачені намагалися знищити в момент арешту, хоча лист і не містив інформації, пов'язаної з обвинуваченнями. Суддя не поцікавився віком обвинувачених польок (німець, наприклад, якому не виповнилося 18 років, не міг відповідати перед спеціальним судом, не допускалося також ухвалення смертних вироків щодо таких осіб) та не повірив їхнім словам.

Перебіг цього засідання на вимогу Трибуналу було відтворено на підставі показань захисника польок, якому не дали часу, щоб підготуватися до цієї справи, а також показань прокурора, який їх обвинувачував, та пояснень власне судді, обвинуваченого Ротауга, який виправдовував швидкість розгляду справи вимогами чинного на той час законодавства. Трибунал дійшов висновку, що з урахуванням встановлених обставин суддя не міг, ґрунтуючись на доказовому матеріалі, що був у його розпорядженні, підтвердити факт учинення обвинуваченими злочину саботажу, а їх засудження та страта обумовлювалися лише тим, що вони належали до польського народу⁴².

Другий смертний вирок, дослідженням якого займався Трибунал, обвинувачений суддя Ротауг ухвалив за «терористичні акти», які нібито вчинив 25-річний Ян Лопата, працівник ферми. Відповідно до показань власниці господарства, працюючи на січкарні у stodолі, він нібито тричі торкнувся її через тканину плаття за інтимну частину тіла, за що вона вдарила його по обличчю. Обвинувачений зізнався, що зробив це лише один раз «заради жарту», при цьому він посилався на свідка – польську дівчину, яка була присутня при інциденті. Земельний суд засудив Лопату до 2 років позбавлення волі за прояв неповаги до німки.

Це рішення Суд Рейху за скаргою рейхсміністра юстиції щодо його недійсності (*Nichtigkeitbesbeschwerde*), визнав недійсним і направив справу до спеціального суду з метою проведення повторного слідства із вказівкою про необхідність докладно встановити можливість застосування проти обвинуваченого розпорядження «Щодо «народних шкідників»» (*Volksschädlingsverordnung*), у контексті якого обов'язковим було призначення йому значно суворішого покарання. Трибунал визнав, що у цій справі відбулося порушення фундаментального принципу права, що забороняє двічі карати за той самий злочин. Вказівка на положення про покарання «народних шкідників» створювала можливість засудження до смертної кари за будь-який умисний злочин, якщо він був

⁴² Там само, с. 55–56.

вчинений із використанням надзвичайних обставин, викликаних воєнним станом, а призначення саме такого покарання – як зазначалося у § 4 розпорядження – «вимагає здорове національне почуття», зважаючи на особливу обвинувальну силу такого діяння».

Автор вироку спеціального суду – обвинувачений Ротауг – діяв відповідно до вказівок і в обґрунтуванні вироку зазначив, що, зважаючи на призов до Вермахту, в країні сильно відчувався брак робочих рук, що зумовлювало необхідність використовувати працю польських робітників, у тому числі в сільському господарстві; їх слід піддавати невинному контролю з боку держави, зважаючи на їхні кримінальні схильності. Далі він вказував, що сільська громада має право очікувати, що проти виконавців подібних «*Terrorakten*», один з яких, зокрема, вчинив обвинувачений у справі, будуть застосовуватися найсуворіші покарання, а вчинок обвинуваченого, що є приниженням статевої гідності німки, водночас був замахом на збереження чистоти німецької крові. Про власне обвинуваченого суддя написав, що його вироджену особу характеризує збудливість та виразна схильність до брехні, а його низька людська цінність є закономірним наслідком «належності до категорії польських напівлюдей» (*Zugehörigkeit zum polnischen Untermenschum*).

Пояснюючи перед Трибуналом, чому він не допитав польську дівчину як свідка у справі, суддя Ротауг заявив, що він ніколи не слухав свідчень польських свідків. Обвинувальний вирок, за яким Лопату було засуджено до страти, суддя ухвалив, посилаючись на розпорядження «Про кримінальний процес щодо поляків та євреїв на приєднаних східних територіях» 1941 року, в якому йшлося, що смертну кару встановлюватимуть також за вчинок, який, хоча і не підпадає під смертну кару, проте «виявляє особливо низькі мотиви виконавця або з інших причин є особливо тяжким» (III [2] реч. 2). В обґрунтуванні автор вироку зазначив, що, беручи до уваги поведінку обвинуваченого, яка була «вершиною нахабства», його вчинок став діянням особливо тяжким, що «змушує присудити йому смертну кару як єдину справедливу покуту, якої вимагають інтереси безпеки Рейху, а також щоб налякати інших поляків».

Голова Трибуналу, намагаючись встановити мотиви Ротауга, який відхилив прохання обвинуваченого про помилування, запитав суддю, чи в цій конкретній справі відбулося б скасування першого вироку, яким вчинок поляка було визнано образою, якби обвинуваченим був етнічний німець (*Volksdeutsch*). Суддя Ротауг відповів: «Пане голово, це дуже цікаво, але я теоретично не можу собі уявити такої

ситуації, адже у подібних вчинках важко собі уявити німця на місці обвинуваченого»⁴³.

Третій смертний вирок, ухвалений 13 березня 1942 року, Трибунал визнав таким, що був продиктований расовою ненавистю голови спеціального суду Ротауга до 69-річного Леона Катзенберга, якого обвинувачували у злочині «зневаги раси» (*Rassenschande*), що підпадало під порушення Закону «Про захист німецької крові та гідності» 1935 року, за яким «позашлюбні статеві стосунки між євреями та німецькими громадянами або громадянами спорідненої крові забороняються» (§ 2), а «людина, котра порушує § 2, підлягає арештові або позбавленню волі» (на строк до 15 років) (§ 5 п. 2)⁴⁴.

Обвинувачений Катзенберг зізнався, що на межі 1939 та 1940 років німецька жінка, з якою він товаришував уже багато років, сиділа у нього на колінах та обмінювалася з ним пестливими словами, однак між ними ніколи не було статевого акта. Слова обвинуваченого підтверджувала ця німецька жінка. Вона пояснювала, що багаторічна дружба між їх сім'ями зумовила те, що обвинувачений ставився до неї як батько. За це жінку було обвинувачено у наданні неправдивих показань. Про мотиви, якими керувався суддя Ротауг, розповів Трибуналу свідок – судмедексперт, який ще перед початком процесу висловив судді сумніви, що обвинувачений, з огляду на його вік, був здатен на статеві стосунки. На це суддя йому відповів, що для обвинувачення вистачить і того, що «та свиня визнала, що німецька дівчина могла сидіти у нього на колінах», і зазначив, що лікарське обстеження обвинуваченого має бути суто формальним, адже «і без цього його позбавлять голови».

Прокурор, котрий обвинувачував Катзенберга, зізнався перед Трибуналом у тому, що голова спеціального суду Ротауг попереджав його у перерві під час засідання, що очікує з його боку вимоги смертної кари для обвинуваченого, і повчав, яким чином той має обґрунтовувати таку вимогу.

Те, що суд визнав, що обвинувачений вчинив *Rassenschande*, ще не давало підстав ухвалювати у його справі смертний вирок, тому суддя додатково посилався у вирозі на два положення розпорядження «Щодо «народних шкідників» 1939 року. У § 2 цього розпорядження зазначалося:

⁴³ Там само, с. 55–56. Див. також: F. Ryszka, *Państwo stanu...*, s. 407; T. Cyprian, J. Sawicki, *Nieznana Norymberga...*, s. 109–112.

⁴⁴ Текст вироку опубліковано як додаток до G. Spindel, *Rechtsbeugung durch Rechtsprechung*, Berlin, New York 1984, s. 120–130.

«Хто, використовуючи засоби, передбачені для захисту від повітряної небезпеки, вчиняє злочин або проступок проти тіла, життя або власності, карається позбавленням волі на строк 15 років або довічним позбавленням волі, а в особливо тяжких випадках – стратою».

Інший припис під назвою «Використання воєнного стану як умова погіршення покарання», на який посилався суддя, передбачав:

«Хто, умисно використовуючи спричинені війною особливі обставини, вчиняє інше заборонене діяння, карається із виходом за законні межі покарання позбавленням волі на строк до 15 років, довічним позбавленням волі або смертною карою, якщо цього вимагає «здорове національне почуття», зважаючи на особливу обвинувальну силу такого діяння» (§ 4).

Ці положення стали підставою для засудження Катзенберга до смертної кари, оскільки в процесі з'ясувалося, що від початку війни він раз, а можливо й двічі, відвідав цю німецьку жінку, чоловік якої перебував на фронті. Відвідини відбувалися після заходу сонця, коли вуличні ліхтарі не світили, зважаючи на вимогу вимикати світло для захисту від бомбардувань. Відповідно до висновку, на якому ґрунтувався вирок, обвинувачений таким чином з метою вчинення злочину зневаги німецької крові використав засоби, передбачені для захисту від повітряної небезпеки, тобто затемнення вулиць (*Verunklung*) (§ 2), і водночас діяв за надзвичайних обставин, спричинених воєнним станом (§ 4 розпорядження).

У вирозі зазначалося, що обвинувачений «багаторазово проникав» до помешкання жінки, а сутінки на вулиці створювали у нього відчуття впевненості, адже «керований інстинктом, він намагався, щоб його не помітили перехожі», а такі відвідини він використовував «щонайменше для підтримання стосунків». У вирозі було визнано другорядним питання, «чи фактично у них доходило до позашлюбних статевих стосунків, чи вони лише розмовляли, адже відсутнім був чоловік цієї жінки».

Суд не взяв до уваги заяву обвинуваченого про допит у якості свідка чоловіка цієї жінки, вважаючи, що діяння «зневаги раси» тривало роками, щонайменше до початку 1940 року. У резолютивній частині вироку поведінка обвинуваченого кваліфікувалася, як *Rassenschande* у розумінні § 2 Закону «Про захист німецької крові та

гідності», а також як «злочин проти тіла німецької жінки», вчинений «народним шкідником», та як «особливо тяжкий випадок» злочину, вчиненого з використанням загальної ситуації, яку спричинив військовий стан⁴⁵.

Смертну кару було застосовано на підставі § 4 *Volksschädlingssverordnung*, де зазначалося, «якщо цього вимагало «здорове національне почуття», зважаючи на особливу обвинувальну силу такого діяння», із посиланням на § 73 КК Німеччини, в якому йшлося про те, коли одна і та сама дія порушує багато кримінальних норм, вирок слід будувати на нормі, що передбачає найсуворіше покарання. На обґрунтування покарання суд зазначив, що обвинувачений «добре знав позицію німців з расового питання і був свідомий того, що своєю поведінкою він завдає ляпаса німецькому народу». Це спричинило те, що «єдиною можливою відповіддю на його вчинок було ухвалення смертного вироку»⁴⁶.

4.3. Захист обвинувачуваних юристів

Основним аргументом обвинувачених було те, що вони діяли відповідно до чинного на той час законодавства, що дозволяло застосовувати покарання, хоча й суворі, однак справедливі й такі, що вкладалися в межі загальної судової практики воєнного часу. Спільним для захисту всіх обвинувачених було формулювання: «*Was damals Recht war, kann heute kein Unrecht sein*» («те, що тоді було правомірним, не може вважатися неправомірним тепер»)⁴⁷. На розвиток цього основного «аргументу» захисник прокурора Лаутца зазначав, що Народний трибунал (*Volksgeschichtshof*), у якому його клієнт був обвинувачем, поважав права обвинувачених на захист та ухвалював вирок, що не порушували принципів правосуддя, крім того, він як прокурор не міг відповідати за вирок, адже не мав впливу на їх зміст та виконання⁴⁸.

⁴⁵ Там само, с. 59–64. Див. також: F. Ryszka, *Państwo stanu...*, s. 495–496.

⁴⁶ Цей вирок засудили судді Г. Гоффманн та К. Фербер, які виступали перед Трибуналом як свідки, хоча їхні прізвища як членів суддівської колегії, що ухвалювала вирок, зазначалися в ньому. Судді виправдовувалися тим, що підкорилися вимогам голови Ротауга. Ці свідчення обидва змінили в процесі над ними самими, що відбувався у Земельному суді Нюрнберга у 1968 році. Докладніше див.: W. Kulesza, *Karanie za zbrodnie...*, s. 363.

⁴⁷ H. Ostendorf, H.T. Veen, *Das «Nürnberger Juristenurteil». Eine kommentierte Dokumentation*, Frankfurt–New York 1985, s. 38.

⁴⁸ T. Cyprian, J. Sawicki, *Nieznaną Norymberga...*, s. 102.

Обвинувачувані судді заявляли, що не можуть визнаватися злочинцями, адже застосовуючи німецькі закони та кримінально-правові розпорядження, вони робили тільки те, що їм приписував суддівський обов'язок: пов'язували зміст рішення, що містилося у вироді, з чинним законодавством⁴⁹. Будучи переконаним у законності ухвалених ним вироків, обвинувачений суддя Ротауг зробив додатково на свій захист заяву про те, що відмова від страти на користь позбавлення волі не захищала ефективно життя обвинувачених, адже надто поблажливий вирок міг бути визнаний недійсним, що переважно призводило до ухвалення смертного вироку іншим судом.

На підтвердження своєї заяви Ротауг як свідок у власній справі описав випадок засудження поляка до трьох років у виправному таборі (*Straflager*) за те, що той дав цивільний одяг сербському військовополоненому і той зміг втекти на батьківщину. Вирок ухвалив спеціальний суд, на якому Ротауг головував. Поляк стверджував, що ним керувало співчуття, а не умисел полегшити втікачеві вступ до партизанського загону Тіто. Вирок скасував Суд Рейху через його недійсність й засудив поляка до страти, вважаючи достатнім обґрунтуванням для призначення саме такого покарання те, що раніше встановив спеціальний суд. У вироді наголошувалося, що не має значення, чим саме керувався обвинувачений. Для його засудження до смертної кари достатньо було припущення, що поляк міг передбачати ймовірність вступу серба до партизанського загону Тіто⁵⁰.

Як аргумент для захисту не розглядалися побоювання нацистських юристів втратити життя або здоров'я, що могли опинитися під загрозою у випадку ухвалення вироків, які сприймалися владою як надто поблажливі. Жоден з обвинувачених не посилався на крайню необхідність, що змушувала їх карати на смерть підсудних, аби врятувати власне життя. Натомість було встановлено, що судді, які ухвалювали надто поблажливі вирокі, у крайньому випадку могли бути відсторонені від вирішення кримінальних справ, а голова суддівської колегії, котрий приймав такі рішення, позбавлявся у майбутньому своєї функції. Так сталося у зв'язку зі справою поляка Яна Лопати, якого суд першої інстанції засудив до позбавлення волі, розглядаючи як пом'якшувальну обставину його нестриманість стосовно жінок, що була, натомість, невласлива німецьким робітникам. Обвинувачений Шлегельбергер, що втрутився у справу за дорученням Гітлера, звернувся до всіх судів із циркулярним листом, де описав справу та

⁴⁹ Н. Ostendorf, H.T. Veen, *Das «Nürnberger Juristenurteil...»*, s. 38.

⁵⁰ Т. Cyprian, J. Sawicki, *Nieznana Norymberga...*, s. 102.

її наслідки для суддів. Справу завершив смертний вирок, ухвалений спеціальним судом під головуванням судді Ротауга (вирок докладно обговорювався під час процесу).

4.4. Правова оцінка поведінки нацистських юристів у вирокі Трибуналу

Докладне дослідження справ, що завершувалися ухваленням смертних вироків Народним трибуналом (*Volksgerichtshof*), де в ролі обвинувача був прокурор Лаутц, а також справ, вироків в яких ухвалював спеціальний суд (*Sondergericht*) під головуванням судді Ротауга, чітко виявило способи застосування правових норм для того, щоб приписувати обвинуваченим діянню визнавалися злочинами, що каралися якнайсуворіше. Спосіб поведінки нацистських юристів Трибунал не назвав «спотворенням права», адже при її оцінці вирішального значення набувала мета, зважаючи на яку вирокі «одягали у правову оболонку». У частині вирокі, що стосувалася, зокрема, кожного з обвинувачених, йдеться про вирокі, які виносив Ротауг:

«Трибунал не займався питанням, чи були вищезгадані випадки спірними в межах німецького права. Доказовий матеріал без найменших сумнівів свідчить, що Катзенберга засудили і стратили за те, що він був євреєм, а Дурку, Штраусс та і Лопату спіткала та сама доля, оскільки вони були поляками. Їхні страти відповідали політиці нацистської держави, що мала на меті переслідувати ці раси, знущатися над ними та знищувати їх. Обвинувачений Ротауг був свідомим та відданим зряддям у виконанні цієї програми переслідувань і знищень [...]. Його поведінка ще більше вражає, адже кожен, хто покладав останню надію на органи правосуддя, мусив зіткнутися з тим, що будь-який орган відвертався від нього, адже був частиною системи терору та гноблення»⁵¹.

Далі Трибунал пояснив, чому не поклав на суддю відповідальності за вбивства, які він по суті своїх дій вчинив стосовно конкретних потерпілих:

⁵¹ Цит. за: J. Friedrich. *Freiespruch...*, s. 65.

«Конкретні випадки, в яких Ротауг застосовував жакливі та дискримінаційні стосовно поляків і євреїв закони, не можна тлумачити окремо. Суть обвинувачення проти нього полягає у тому, що він брав участь у національній програмі переслідувань. Доведено, що він себе ідентифікував з цією національною програмою і був зацікавлений у її реалізації. Таким чином, він брав участь у геноциді»⁵².

5. Висновки вироку в процесі над нацистськими юристами та спроба визначити порушення принципів правосуддя як злочин проти людяності

5.1. Юристи як виконавці злочинів проти людяності

Основним постулатом, на якому ґрунтувався висновок загальної частини вироку, що стосувалася усіх обвинувачених, є заперечення Трибуналом головного їх аргументу: обвинувачені застосовували чинне на той час кримінальне законодавство Рейху, що мало б виключити їхню кримінальну відповідальність за злочини проти людяності (таку відповідальність встановлював Закон № 10). Як підсумок аргументації нацистських юристів у висновку зазначено:

«Обвинувачені стверджують, що їх не можна визнати винними, адже їхня поведінка не виходила за межі й ґрунтувалася на німецьких законах та розпорядженнях. У випадку злочинів проти людяності Закон № 10 Союзної контрольної ради передбачає їх караність незважаючи на те, порушують чи не порушують їх дії національні закони держави, де вони були вчинені (ст. II 1c)».

Далі зазначалося, що вчинення таких злочинів за дорученням уряду або керівника не звільняє від відповідальності за них; цей факт може братися до уваги лише з метою пом'якшення покарання (ст. II 4b). Вказувалося, що помилкою в аргументації обвинувачених є те, що вони намагаються виправдатися перед Трибуналом, який не є німецьким судом і не був створений для ухвалення вироків на підставі німець-

⁵² Там само.

кого законодавства, посиляючись на відповідність своїх дій німецькому законодавству. Натомість розглянутий у процесі обвинувальний акт не звинувачує юристів у порушенні німецького законодавства.

Юрисдикція Трибуналу ґрунтувалася на міжнародному авторитеті, і зважаючи на це право націй, що застосовувалося до обвинувачених, мало вищу юридичну силу порівняно з будь-яким німецьким законом та розпорядженням. У вирокі Трибуналу, однак, зазначається, що є вдалою аргументація обвинувачених стосовно того, що суди Третього Рейху мусили судити згідно з німецьким законодавством також у тих випадках, коли воно суперечило праву націй. У той самий час було акцентовано, що таке обмеження не поширюється на Трибунал. Основою його вироку є вище матеріальне право, і це дозволяє заперечувати слухність застосування німецького національного права, якщо воно суперечить праву націй⁵³.

Особливо важливим при формуванні висновку Трибуналу стало твердження про те, що розглянуті під час процесу закони та розпорядження «розбестили» всю систему німецького права та її функціонування.

Тому під обвинувачення потрапили також особи, які брали участь у створенні та застосуванні в судах законів і розпоряджень, що формували націонал-соціалістичну систему права; це, відповідно, визна-

⁵³ Таке саме міркування виклав Верховний суд у британській окупаційній зоні, що був уповноважений засудити злочини, вчинені німецькими громадянами щодо осіб німецького громадянства або німецької національності (уповноваження випливало з розпорядження № 47 Союзної контрольної ради від 30 серпня 1946 року, а правовою підставою делегування такого повноваження була ст. III 1d Закону № 10). У своєму вирокі (1948 рік) цей суд дійшов висновку, що в період панування націонал-соціалістичного законодавства, яке порушувало загальновизнані людські права, існувала можливість того, що суддівське рішення, викладене у вирокі, що відповідав цьому законодавству, водночас суперечило принципам людяності. У такому разі «суддя, який ухвалював вирок, ставав винним у вчиненні злочину проти людяності, незважаючи на те, чи містив цей злочин набір ознак злочину умисного спотворення права згідно з німецьким законодавством». Це твердження ґрунтувалося на тезі, згідно з якою право націй зобов'язувало суддю дотримуватися його принципів при ухваленні вироків, а покладені на нього державою службові обов'язки не звільняли його від зобов'язання утримуватися від учинення діянь, що описані у Законі № 10 як злочини проти людяності. Притягнення судді до відповідальності за ці злочини, вчинені шляхом застосування кримінального права, що визнається інструментом насилля і свавілля, не є порушенням суддівської незалежності, що полягає в ухваленні вироків без впливу, незалежно і по совісті. Висновок закінчується реченням: «Кримінальна відповідальність судді має засвідчувати, що суддівська свідомість повинна стримувати його від зловживання юридичними формами, що знищують справжню незалежність, та показати кожному судді, що його незалежність вимагає, аби він ухвалював вирок, виходячи з принципів справедливості». Цит. за: Н. Ostendorf, Н. Т. Veен, *Das «Nürnberg Juristenurteil»...*, s. 56–57.

валося співучастю у вчиненні військових злочинів та злочинів проти людяності, адже саме такий зміст мали норми, які встановлювали і яких дотримувалися обвинувачені Трибуналом юристи. Чітко наголошувалося, що співучасть з боку державних службовців відповідає матеріальній ознаці злочину проти людяності, адже лише тоді, коли у переслідуваннях та звірствах беруть участь органи державної влади, ці злочини набувають міжнародного виміру.

Концепція, на якій ґрунтувалося обвинувачення, передбачала, що жоден з обвинувачених юристів не буде обвинувачуватися в учиненні вбивства чи знущання над конкретною особою. Ані звичайні вбивства, ані конкретні випадки знущання не становили окремих пунктів обвинувачення, адже юристам інкримінували вчинення «невимірюваних» злочинів, порівняно з якими прояви їхньої поведінки, що становили поодинокі злочини, не були вирішальними у встановленні їхньої відповідальності. У висновку вироку зазначено, що дії обвинувачених слід оцінювати як «свідому участь в організованій владою та поширеній по всій країні системі жорстокості та несправедливості з порушенням законів ведення війни та прав людей, що здійснювалося іменем закону, під патронатом Міністерства юстиції й завдяки судам». На підставі цього твердження було зроблено висновок:

«Акти процесу переповнені доказами того, що окремі задокументовані в них діяння були злочинами. Ці злочини все ж не є предметом окремих обвинувачень, вміщених в обвинувальному акті. Вони є доказом умисної участі обвинувачуваних юристів у вчиненні тяжких злочинів і допомогли встановити спосіб і наслідки їх учинення».

У цьому витязі з вироку Трибунал визнав за необхідне мовними засобами окреслити поведінку обвинувачених, відзначаючи: «Під тогою юриста був прихований кастет убивці»⁵⁴.

Відтак, аналізований висновок дає можливість визначити поняття *crimen laesae iustitiae* як злочин проти правосуддя у його найтяжчій формі – у формі злочину проти людяності, що полягає у призначенні покарань з використанням судового інструментарію на підставі нелюдського права, що суперечить цивілізованому розумінню того, що є справедливим і чому має слугувати закон, хоча формально й відповідає його букві; а також у переслідуванні осіб з політичних, національних, расових або релігійних міркувань.

⁵⁴ Текст загальної частини вироку див. у: J. Friedrich, *Freispruch...*, s. 25–26.

5.2. Суддівський імунітет

Стосовно кожного з обвинувачених Трибунал докладно обґрунтував фактичні та правові підстави, з урахуванням яких поклав на них відповідальність за вчинення злочинів проти людяності, а також з огляду на посади, що їх ті обіймали, і їхньої професійної ролі.

Щодо суддів Трибунал визнав, що вони не можуть посилатися на принцип суддівського імунітету, адже доктрина, згідно з якою судді не несуть відповідальності за свою діяльність, побудована на принципах незалежного правосуддя, а суддівська функція у Рейху була значно обмежена. Адже судді діяли як органи державної адміністрації, згідно з прийнятими владою чіткими директивами та орієнтувалися на виконання урядового плану винищення поляків і євреїв⁵⁵. Варто наголосити, що Трибунал визнав незаконним розпорядження «Про кримінальний процес щодо поляків та євреїв на приєднаних східних територіях» 1941 року (*Polenstrafrechtsverordnung*) як таке, що порушує Гаазьку конвенцію, адже його видання й набрання чинності передбачало расове переслідування та винищення на територіях, загарбаних у ході злочинної агресивної війни⁵⁶.

Визнаючи обвинувачених юристів винними в участі у вчиненні злочинів проти людяності, Трибунал засудив до довічного позбавлення волі суддю О. Ротауга та виборного рейхсміністра юстиції Ф. Шлегельбергера, а прокурора Ф. Лаутца засудив до дев'яти років позбавлення волі⁵⁷.

6. Оцінка вироку

Процес у справі нацистських юристів, так само як і ухвалений по його завершенні вирок, повністю замовчувався в німецькій юридичній літературі того часу, адже сприймався як акт «правосуддя переможців та їхня відплата» (*Sieger – und Vergeltungsjustiz*) на підставі

⁵⁵ Т. Сурп'ян, J. Sawicki, *Nieznana Norymberga...*, s. 130.

⁵⁶ Там само, с. 130–131.

⁵⁷ Про присудження решті обвинувачених покарання у вигляді позбавлення волі на строк від 5 років до довічного позбавлення волі (чотирьох виправдано) див. у: Т. Сурп'ян, J. Sawicki, *Nieznana Norymberga...*, s. 128. Жоден із засуджених не відбув покарання повністю – останній з довічно ув'язнених звільнений у 1965 році. Див.: I. Müller, *Furchtbare Juristen...*, s. 273–274.

права (Закон № 10 Союзної контрольної ради), положення якого не були відомі юристам у період виконання ними своїх обов'язків, з чого ретроактивно *ex post* їм висунули обвинувачення у злочинах проти людяності⁵⁸. Вважається, що в громадській думці обвинувачені юристи могли поставати навіть як жертви законодавства *ad hoc*⁵⁹.

Зважаючи на подальші процеси над нацистськими суддями та прокурорами, що відбувалися в німецьких судах, коментуючи вирок, яким завершився *Juristenprozess*, автор цього видання стверджує, що звернення до основного поняття – злочин проти людяності – спричинило те, що тип злочину «судове вбивство» (*Justizmord*), а також принципи відповідальності судових посадовців за його вчинення у цьому вирокі не були достатньо чітко окреслені.

При цьому він зазначає, що стосовно кримінального права Третього Рейху слід зважати на те, що певною мірою суворість розпорядження «Про спеціальне воєнне кримінальне право» (*Kriegssonderstrafrechtsverordnung*, 1938 рік) могла бути викликана крайньою державною необхідністю, яку породила війна, адже – як констатував Трибунал – «*Even under the protection of the Constitution of the United States a citizen is not wholly free to attack the government or to interfere with its military aims in time of war*» («Навіть під захистом Конституції Сполучених Штатів громадянини не до кінця дозволено критикувати уряд або втручатися у його військові наміри під час війни»). Тому засудження за військовий злочин, що полягає у застосуванні такого воєнного кримінального права, має, на думку Трибуналу, ґрунтуватися на доказі, що судді та прокурори, які ним користувалися, були свідомі того, що «*the war, which they were supporting on the home front, was based upon a criminal conspiracy*» («війна, яку вони підтримували на внутрішньому фронті, ґрунтувалася на злочинній змові»).

Коментатор вироку звернув також увагу на наслідки того, що шокуючі та варті покарання окремі факти (*particular facts of this case*) суддівської сваволі не були визнані такими, що заслуговують на покарання за кожен з них, а були об'єднані збірним поняттям «злочини проти людяності». Тому деякі зі злочинів, хоча й заслуговували на покарання у контексті вироку Трибуналу, адже судді, які ухвалювали вироки, перекручували і застосовували закони без дотримання будь-яких правил суддівської поведінки, все ж опинилися за межами права, покладеного в основу вироку Трибуналу. Як наслідок – виправдано двох суддів

⁵⁸ I. Müller, *Furchtbare Juristen...*, s. 273.

⁵⁹ H. Ostendorf, H.T. Veen, *Das «Nürnberger Juristenurteil»...*, s. 34.

Народного трибуналу (*Volksgerechtshof*) та прокурора, який був обвинувачем у ньому.

Оскільки кримінальне матеріальне право, на яке посилаються у вироці як на основу кваліфікації діянь суддів та прокурорів Третього Рейху, вимагало, щоб їхні вчинки відповідали ознакам злочину проти людяності, тобто полягали у переслідуваннях з політичних, расових або релігійних підстав, поза кримінально-правовою оцінкою залишилися вироки, якими суди Третього Рейху зі своєю «енергією знищення» тероризували – як назвав це коментатор – втомлених війною та вимучених її режимом членів німецького суспільства, які становили більшість жертв судових убивств. Саме такий стан речей призвів до того, що в подальшому німецьке судочинство обмежувало у своїх вироків кримінальну відповідальність нацистських суддів та прокурорів за співучасть у вчиненні злочинів проти правосуддя⁶⁰. Це зауваження у свою чергу обумовлює необхідність пошуку в подальших розділах книги відповіді на питання про поняття злочину проти правосуддя, в тому числі такого, що не відповідає ознакам злочину проти людяності, та визначення принципів юридичної відповідальності юристів за його вчинення.

⁶⁰ J. Friedrich, *Freispruch...*, s. 68.

Розділ II

ПРОЦЕС НАД НАЦИСТСЬКИМИ СУДДЯМИ ТА ПРОКУРОРАМИ В РАДЯНСЬКІЙ ЗОНІ ОКУПОВАНОЇ НІМЕЧЧИНИ ТА В НІМЕЦЬКІЙ ДЕМОКРАТИЧНІЙ РЕСПУБЛІЦІ

1. Незалежність суддів в ухваленні вироків та беззаперечне виконання прокурорами вказівок як аргументи для захисту нацистських юристів

Поки в Нюрнберзі перед американським Військовим трибуналом протягом 10 місяців 1947 року тривав процес у справі нацистських юристів, у Земельному суді вищої інстанції (*Oberlandesgericht*) у Дрездені 27 травня 1947 року розпочався процес у справі чотирьох суддів та двох прокурорів, які обвинувачувалися у вчиненні злочинів проти людяності в період Третього Рейху. Цей процес завершився вирокком, ухваленим після шестиденного судового засідання. Обвинуваченими були члени суддівської колегії та президент спеціальної палати Земельного суду вищої інстанції у Дрездені (очолював суддівську колегію), які брали участь в ухваленні злочинних вироків, у тому числі смертних, ґрунтуючись на положеннях КК Німеччини про державну зраду та зраду (*Hoch i Landesverrat*). А співобвинуваченими були прокурори, які зверталися до суду з проханнями саме про такі покарання за надумані злочини державної зради та зради (такі обвинувачення найчастіше висувалися проти чеських підневільних робітників, які намагалися втекти з місць примусових робіт).

Правовою підставою для оцінки вчинків суддів та прокурорів став Закон № 10 Союзної контрольної ради, який приймався як акт матеріального кримінального права у Нюрнберзькому процесі для суду над нацистськими юристами, про що йшлося у попередньому розділі

книги. Варто наголосити, що в цьому та інших процесах, проведених у Східній Німеччині щодо суддів і прокурорів Рейху, так само, як і в обвинувальних актах та вироках, не було посилань на § 336 чинної на той час редакції КК Німеччини, що передбачав відповідальність за «спотворення права» при його застосуванні судом.

Судді, обвинувачувані в ухваленні вироків, що є злочинами проти людяності в контексті Закону № 10, посилалися на свою незалежність (*Unabhängigkeit*) у прийнятті рішень, яка, на їхню думку, виключала караність діянь, а саме застосування ними покарань у межах чинного на той час законодавства. Таким чином, аргументація обвинувачуваних прокурорів по суті збігалася з аргументами, які на свій захист висували судді, обвинувачувані в Нюрнберзькому процесі над нацистськими юристами. Прокурорам, котрі постали перед судом у Дрездені, закидали те, що вони вимагали від суду нелюдських покарань для обвинувачених у надуманих зрадах. На свій захист прокурори заявляли, що від відповідальності за зміст обвинувальних висновків їх звільняв стан крайньої необхідності, зумовлений службовим дорученням (*Weisungsnotstand*)⁶¹.

Суд, однак, відкинув ці аргументи. При цьому неоднаковим було ставлення до суддів та прокурорів. При визначенні відповідальності суддів в обґрунтуванні їх обвинувачення читаємо:

«Дійсно, суддя підкоряється законові. Однак він має обов'язок не сліпо його дотримуватись, а насамперед, справедливо його виконувати. Під час ухвалення вироків він має керуватися шкалою, встановленою законом, але виключно в межах справедливого судочинства. Отже, він має підкорятися не лише закону, а й моральним цінностям правосуддя. Тому якщо він застосовує закон, порушуючи при цьому принципи справедливості, то сам стає інструментом державної влади і діє всупереч системі цінностей своєї професії»⁶².

Наводячи ці аргументи, суд прийняв рішення: суддівська незалежність не означає, що суддя, який ухвалює вироки, має право робити будь-що, дозволене законом в описанні злочину, за який він карає, та в межах зазначених у цьому законі видів і розмірів покарань, встановлених за ці злочини, а повинен керуватися моральними нормами, що

⁶¹ С. Meyer-Seitz, *Die Verfolgung von NS-Straftaten in der sowjetischen Besatzungszone*, Schriftenreihe Justizforschung und Rechtssoziologie 3. Univ. Diss. Berlin 1997/1998, s. 120.

⁶² Там само, с. 121.

становлять основу поняття «правосуддя». Якщо ж суддя підміняє це поняття власним переконанням про очікування державної влади щодо змісту вироку, що його він має ухвалити, то сам позбавляє себе незалежності у прагненні здійснити правосуддя, служіння якому є його професійним покликанням.

Щодо крайньої необхідності, зумовленої службовим дорученням, як обставини, що мала б виключати кримінальну відповідальність прокурорів, котрі за дорученням свого керівництва вимагали призначення найсуворіших покарань для обвинувачених, суд констатував, що вони не перебували у стані крайньої необхідності у розумінні кримінального права. Перед загрозою особистій безпеці, породженою порушенням субординації стосовно керівництва (*Unbotmäßigkeit*), що наказувало домагатися у суді застосування нелюдських покарань, вони повинні були встояти, зважаючи на прокурорський статус, та, відповідно, мали юридичний обов'язок захищати людей (так само, як це повинні були робити поліція і військо).

Визнаючи обвинувачених суддів та прокурорів винними в участі у вчиненні злочинів проти людяності у розумінні Закону № 10, суд засудив їх до позбавлення волі на строк від одного року і двох місяців до шести років, незважаючи на те, що обвинувачення домагалося призначення значно довших строків позбавлення волі, а для головного обвинуваченого, колишнього президента спеціальної палати (Хартля) – страти. Документація процесу свідчить, що за суворіші покарання для обвинувачених виступав головуючий на суді професійний суддя, позицію якого, однак, не підтримали під час голосуванні присяжні судді, призначені судовою адміністрацією (як «зразкові антифашисти»). Відхилення клопотання обвинувача щодо смертної кари для колишнього президента спеціальної палати обґрунтовувалося тим, що, головуючи на судових засіданнях, він неодноразово виявляв поблажливість стосовно обвинувачуваних у найтяжчих злочинах.

Ухвалені на цьому процесі вирoki були піддані гострій критиці на сторінках преси Соціалістичної єдиної партії Німеччини (як надто поблажливі). Ймовірно, у справу також втрутилася радянська окупаційна влада, адже після скасування вироку повторний процес провела інша кримінальна палата того самого Земельного суду (при цьому головував той самий суддя). Повторний процес завершився 29 червня 1948 року засудженням до позбавлення волі на понад удвічі довші строки (обвинувачений Хартль тим часом помер). Визначаючи покарання, суд не зарахував обвинуваченим періоду понад дворічного пере-

бування в слідчому ізоляторі⁶³. Поза питанням призначення покарання, слід зазначити, що суд задовільно розв'язав питання кримінальної відповідальності суддів на підставі Закону № 10 Союзної контрольної ради і з цієї точки зору випередив тези, що містилися у вироку, ухваленням якого завершився Нюрнберзький процес над нацистськими юристами. Водночас це – єдиний вирок такого типу, ухвалений судом у Східній Німеччині.

2. Усвідомлення судьями неправомірності діянь, що ними чинилися

В основу вироку від 12 квітня 1949 року в справі судді Третього Рейху Земельний суд Галле поклав директиву № 38, видану Союзною контрольною радою 12 жовтня 1946 року як норму матеріального кримінального права. Директивою визначалися категорії виконавців злочинів, вчинених у період панування націонал-соціалізму та які підлягають переслідуванню.

Перш ніж буде наведено резолютивну частину цього вироку, варто згадати, що в західних окупаційних зонах директива № 38, зважаючи на її положення, де вказувалося, які саме виконавці підлягають кримінальному переслідуванню, не сприймалася як акт матеріального права, рівнозначний за юридичною силою Законові № 10 Союзної контрольної ради від 20 грудня 1946 року. Однак радянська військова адміністрація в Німеччині наказом № 201 від 16 серпня 1947 року наказала безпосередньо застосовувати цю директиву в судах у радянській окупаційній зоні як основу для ухвалення вироків у справах обвинувачуваних у фашистських злочинах.

Окреме положення директиви № 38 стосувалося службових осіб Третього Рейху. Так, службовці підлягали переслідуванню як злочинці, якщо на службі у націонал-соціалізму неправомірно втручалися у судочинство або як судді чи прокурори вчиняли політичні переслідування під час виконання своїх функцій (ст. III A II 4). Це положення як основа відповідальності нацистських суддів та прокурорів значно ширше визначало обсяг відповідальності порівняно з § 336 КК Німеччини, у якому йшлося про злочин спотворення права (*Rechtsbeugung*). У судо-

⁶³ Там само, с. 123.

вих процесах над нацистськими юристами це положення директиви № 38 все ж не зіграло жодної ролі, адже в обвинувальних актах щодо юристів та вироках відзначалося, що вони несуть відповідальність як виконавці злочинів проти людяності, необхідність переслідування яких встановлювалася ст. II 1 цієї самої директиви.

Відповідно до означеного вище положення Земельний суд Галле визначав питання щодо відповідальності судді, котрий як член Першої кримінальної палати Земельного суду вищої інстанції у Бреслау до 30 червня 1934 року ухвалив багато вироків, що засуджували до багаторічного позбавлення волі за державну зраду (*Hochverrat*) противників націонал-соціалістичного режиму. В обвинувальному вироку Земельний суд Галле зазначив, що вирок цього судді становили собою вияв політичного переслідування осіб, яке полягало у позбавленні їх волі. За таке суд призначив покарання у вигляді позбавлення волі строком на два з половиною роки.

У касаційному провадженні Земельний суд вищої інстанції у Галле відреагував на аргумент судді, який на свій захист заявив, що під час ухвалення вироків у справах про злочини проти держави він не усвідомлював неправомірності своїх вчинків. Вирішальним у визнанні цього аргументу обґрунтованим стало те, що інкриміновані вирокі було ухвалено в ранній фазі панування націонал-соціалістичного насилля, коли злочинний характер режиму, що формувався, не для всіх був очевидним і зрозумілим. На думку суду, не було підстав для неврахування судом першої інстанції пояснень обвинуваченого про те, що на момент ухвалення вироків він не усвідомлював їхньої неправомірності. На підставі саме такого обґрунтування касаційний суд скасував обвинувальний вирок та виправдав суддю⁶⁴.

Після подання генеральним прокурором касації Земельний суд вищої інстанції у Галле рішенням від 13 червня 1950 року відправив справу на повторний розгляд у Земельному суді. У мотивувальній частині касаційного рішення містилося чітко сформульоване твердження, що кожен суддя-криміналіст, котрий брав участь у судових процесах політичного характеру, вчиняв злочин, якщо видане за його участі остаточне рішення не виправдовувало обвинуваченого або не передбачало закриття справи. Співучасть судді у процесі, що закінчувався засудженням обвинуваченого, у будь-якому разі робила діяльність кримінальних судів найефективнішим засобом ствердження гітлерівської влади. Кожен суддя, який ухвалював вирокі у справах, де обвинуваченим інкримінували вчинення злочинів проти держави, міг розпізнати сва-

⁶⁴ Там само, с. 258.

волю націонал-соціалістичного режиму (вже тоді очевидну). Описані факти мали місце ще до події під назвою «Путч Рема»⁶⁵.

З тих самих юридичних підстав (Закон № 10 та директива № 38) Земельний суд Галле вироком від 16 травня 1951 року засудив чиновника Міністерства юстиції Рейху (його заявка на вступ до НСДАП – як він наголошував на свій захист – була відхилена) до семи років позбавлення волі. У 1945–1951 роках обвинувачений обіймав посаду судді⁶⁶.

3. «Колективне» засудження нацистських юристів під час процесу у Вальдхаймі

Незважаючи на те, що у 1950 році під час т.зв. процесів у Вальдхаймі в Східній Німеччині було засуджено 130 із 149 обвинувачуваних юристів Третього Рейху, у вироках, що ухвалювалися в справах суддів та прокурорів, усе ж не визначалися принципи їхньої відповідальності за злочинне застосування кримінального законодавства. Ці процеси проводилися з порушенням принципів матеріального та процесуального права у формі спеціальної акції після того, як радянська військова адміністрація передала владі Німецької Демократичної Республіки (НДР), утвореної 7 жовтня 1949 року в її окупаційній зоні, 3424 військовополонених із вказівкою, що очікує на призначення суворих покарань усім підозрюваним у вчиненні нацистських злочинів⁶⁷. Акцію засудження організувало Центральне бюро Соціалістичної єдиної партії Німеччини, добираючи для її проведення суддів, які декларували свою готовність виконувати партійні вказівки. З таких суддів було утворено 20 суддівських колегій спеціального суду.

Обвинувачення ґрунтувалося на твердженнях про належність до

⁶⁵ «Путч Рема» – 3 липня 1934 року уряд Рейху визнав, що вчинені СС 30 червня 1934 року вбивства 85 лідерів СА (серед них – Рем) та політичних противників відбувалися в умовах стану крайньої необхідності захищати державу, що виключає їх неправомірність (*Staatsnotwehr*). Див.: W. Benz, H. Graml, H. Weiß (Hrsg.), *Enzyklopädie des Nationalismus*, München 1998, s. 703–705.

⁶⁶ В. Dörner, «Heimtücke»: *Das Gesetz als Waffe. Kontrolle, Abschreckung und Verfolgung in Deutschland 1933–1945*, Padebom 1998, s. 126.

⁶⁷ Процеси відбувалися у населеному пункті Вальдхайм, де була в'язниця, куди помістили обвинувачених. Від назви цього населеного пункту в науковій літературі з'явилася збірне поняття «*Waldheimer Prozesse*». Див.: Eisert, *Waldheimer Prozesse*, München 1993.

НСДАП або про державну службу в Третьюму Рейху, з чого робився висновок про можливість притягнення до відповідальності за реалізацію цілей гітлерівської держави, участь у військових злочинах і злочинах проти людяності. Як матеріальне кримінальне право було прийнято Закон № 10 Союзної контрольної ради від 20 грудня 1946 року, що визначав форми цих злочинів: убивство, винищення, депортація населення, позбавлення волі, катування, погане поводження, насильство, примусові роботи, безглузде нищення міст та сіл, грабежі. Підставу для вироків становила також директива № 38, яку Союзна рада ухвалила 12 жовтня 1946 року: вона визначала категорії виконавців злочинів, які підлягають переслідуванню.

Безперечно, серед обвинувачених у процесах у Вальдхаймі були ті, хто вчиняли злочини проти людяності й заслугоували на покарання, однак спосіб проведення судових розглядів порушував елементарні принципи кримінального процесу. Таємні кримінальні процеси щодо обвинувачених відбувалися без участі захисників та вивчення показань свідків, засідання тривали 30–40 хвилин, а єдиними і незаперечними доказами провини вважалися російські протоколи попередньо проведених допитів, що містили інформацію, яка частково або повністю не відповідала дійсності. У період з квітня по липень 1950 року було ухвалено 3324 вирoki, за якими особи засуджувалися до 10 або до 25 років позбавлення волі; вирoki ґрунтувалися на принципі колективної провини (*Kollektivschuld*), що уможливлювало власне «колективне», або «сукупне» засудження⁶⁸. Було ухвалено також 32 смертні вирoki, з яких

⁶⁸ Серед обвинувачених із загально сформульованою мотивацією покарання «за належність до злочинної організації та активну діяльність на користь панування націонал-соціалістичного насилля», як засвідчило проведення у подальшому відповідних досліджень, були також ті, які насправді брали участь у масових убивствах, що не були предметом цього розгляду. Водночас у багатьох випадках покарання призначалися виключно на підставі отриманих під тиском зізнань у «діяльності на користь панування насилля» в Третьюму Рейху, без надання інших доказових фактів. У 1956 році було звільнено майже усіх засуджених. Див.: F. Werkentin, *Recht und Justiz im SED-Staat*, Bonn 1998, s. 16–17. Порушення основ кримінального процесу та доказова безпідставність багатьох обвинувальних актів і вироків призвели до того, що процеси у Вальдхаймі здобули негативну оцінку та ускладнили засудження виконавців нацистських злочинів. Див.: G. Wieland, *Der Beitrag der Deutschen Demokratischen Republik zur Ahndung der Nazi-Justizverbrechen*, [w:] J. Schoeps, H. Hillerman (Hrsg.), *Justiz und Nationalsozialismus. Bewältigt – Verdrängt – Vergessen*, Stuttgart, Bonn 1987, s. 32. У науковій літературі процеси у Вальдхаймі згадуються як приклад злочинного спотворення права судьями НДР. (Один з голів суддівських колегій засуджений до позбавлення волі в листопаді 1997 року Земельним судом Лейпцига – неправомірно – за злочин *Rechtsbeugung*, що збігався з вбивством; рішення мотивувалося тим, що ухвалення за його участі смертного вироку відбулося з порушенням багатьох процесуальних правил та елементарних принципів державного правового порядку). Див.: A. Rost, *Rechtsbeugung* [w:] A. Eser,

24 виконано 4 листопада 1950 року. Серед страчених було щонайменше двоє юристів – один із них прокурор, обвинувачуваний в участі в масових вбивствах у лікарні у Бернбурзі.

Земельний суд вищої інстанції в Західному Берліні своїм рішенням від 15 березня 1954 року визнав усі ухвалені у Вальдхаймі вироки з правової точки зору «абсолютно і безповоротно недійсними»⁶⁹.

Процеси у Вальдхаймі проводились на підставі того самого матеріального права (Закон № 10 Союзної контрольної ради), яке було прийняте на третьому Нюрнберзькому процесі над нацистськими юристами, однак не порівнюваними є ані спосіб проведення цих процесів, ані їх юридичний наслідок, адже судді НДР старанно виконували вказівки засудити також тих, хто раніше в нацистській Німеччині виконував юридичні функції. Покарання юристів Третього Рейху не лише не допомогло встановити, які злочини проти людяності вони фактично вчинили, а й навіть стало прикладом злочину проти правосуддя – власне спотворення права в кримінальному процесі.

J. Arnold (Hrsg.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht*, Freiburg im Breisgau 2000, s. 165. В цілому засудження за ухвалювані зі спотворенням права обвинувальні вироки відбувалося правомірно; виконання покарання у вигляді позбавлення волі строком на 2 роки у кожному з випадків засудження було умовно зупинене. Див.: K. Marxen, G. Werle. *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR – Unrecht*, Berlin, New York 1999, s. 39.

⁶⁹ Kammergericht Berlin, NJW 1954, s. 1901.

Розділ III

ЗЛОЧИН СПОТВОРЕННЯ ПРАВА В НІМЕЦЬКОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

1. Прообраз злочину суддівської несправедливості в римському праві

На джерела римського права посилалися коментатори § 336 КК Німеччини, яким встановлювалася кримінальна відповідальність за спотворення суддями права. Вказувалося, що структура цього злочину (як злочину *sui generis*) сформувалася в законодавстві періоду Республіки. Тому варто визначити форму цього злочину проти правосуддя з точки зору історичної перспективи.

У структурі кримінальної відповідальності судді за римським правом спочатку не розрізнялися продажність судді та порушення ним обов'язку чесно виконувати свою роботу. Закони XII таблиць (*lex duodecim tabularum*, близько 450 року до н.е.) передбачали, що страті підлягає суддя або чиновник, який бере гроші як винагороду за ухвалення вироку (*Si iudex aut arbiter iure datum ob rem iudicandam pecuniam acceperit, capite luito*).

Як *crimen repetundarum* тлумачилося нечесне виконання чиновниками їхніх службових обов'язків, особливо коли йшлося про отримання від заможних громадян хабарів (Закон *Lex Servilia repetundarum*, 105 або 104 рік до н.е.). Обвинувачення судді або іншого чиновника у зловживанні службовими обов'язками могло висуватися лише після того, як той подав у відставку, проте не в період обіймання ним посади. Механізм корупції призводив до того, що судді, члени палати ухвалювали виправдувальні вироки у справах про справжні здириства, а обвинувальні вироки – щодо невинуватих обвинувачених. Популярна в ті часи сентенція запевняла, що *Romae omnia venalia esse* (в Римі все купується).

Виданий Галієм Гракхом у 123 році до н.е. Закон *Lex Sempronia ne*

quis iudicio circumveniat (чи хтось судом несправедливо обвинувачений⁷⁰) був спрямований проти корумпованих суддів, які ухвалювали несправедливі вироки. При цьому покаранню підлягали як судді, які брали хабарі, так і ті, хто їх підкупував, тобто найчастіше – обвинувачений та його обвинувач⁷¹.

Цей Закон став прообразом для ухваленого Корнелієм Суллою Закону *Lex Cornelia de sicarii et veneficis* (щодо головорізів та отруйників). Його адресатами, крім виконавців найтяжчих кримінальних злочинів – убивць, які вчиняли злочини з використанням стилету, отрути, підпалу та грабунку, – були також особи, котрі, вчиняючи *iudicio publico*, брали участь у «судовій змові» стосовно життя громадянина, що мало важливе символічне значення. Як зазначає К. Амелянчик, те, що у *Lex Cornelia de sicarii et veneficis* були положення про несправедливість суддів, які під впливом звичайної корупції порушували принцип безсторонності та засуджували до страти без вини обвинувачених, кваліфікувало їхні дії як такі, що по суті були спрямовані проти громадської безпеки, адже загрожували життю багатьох невинуватих громадян⁷². Аналізуючи джерела, автор реконструює тип злочину «судової змови» проти життя обвинуваченого й зазначає, що «його виконавців, так само, як інших злочинців за законом, можна називати вбивцями»⁷³. Цей злочин вчиняли головуючі та судді *iudicum publicum*, а також обвинувачі та свідки, які даючи чи беручи хабарі, організовували або погоджувалися на участь у змові, метою якої було позбавити свободи чи життя невинуватого через ухвалення обвинувального вироку.

Таке діяння супроводжувалося *dolus premeditatus*, причому караність участі у змові виникала вже в момент її організації і не залежала від того, чи був фактично ухвалений обвинувальний вирок (хоча б з огляду на недостатню кількість підкуплених суддів)⁷⁴. Злочин вважався вчиненим також у випадку, коли засуджений громадянин залишався живим, оскільки обирав вигнання (*exilium*).

⁷⁰ Одним зі значень *circumvenio* (дослівно: оточувати, обступати), є «несправедливо обвинувачувати (засуджувати)». Див.: *Maly słownik łacińsko-polski*, red. J. Korpany, Warszawa 2007, s. 114.

⁷¹ К. Amelańczyk, *Lex Cornelia de sicarii et veneficis. Ustawa Korneliusza Sulli przeciwko nożownikom i trucicielom 81 r.p.n.e.*, Lublin 2011, s. 120.

⁷² Там само, с. 130.

⁷³ Там само, с. 131. Вражає, що таке ж визначення застосовується в обвинувальному вирокі, ухваленням якого завершився третій Нюрнберзький процес над нацистськими юристами: «У тозі юриста приховано стилет вбивці», що відповідає сприйняттю суддів, які виносять несправедливі смертні вироки, як *sicarii* у контексті *legis Corneliae*.

⁷⁴ Там само, с. 131.

Підґрунтям злочину змови проти справедливості була корупція як причина ухвалення смертних вироків, причому факт корупції суддів окремо визначав паралельно виданий Закон *Lex Cornelia de repetundis* (81 рік до н.е.), що передбачав покарання винних незалежно від наявності «змовницького характеру» їхньої поведінки. Як констатує Амелянчик, статті цього Закону стосувалися тільки тих корупційних дій, що призводили до ухвалення несправедливого обвинувального вироку в процесі, натомість положення стосовно тих, які брали участь у змові суддів, містилися в законі про головорізів та отруйників і становили *lex specialis*⁷⁵.

Систематизуючи «процесуальні та адвокатські» правові делікти цього періоду, Моммсен у своїй праці *Römisches Strafrecht* на перше місце ставить «ухвалення вироку суддею з усвідомленим порушенням ним зрозумілого закону», а далі як окремі злочини подає, зокрема, підкуп судді або прийняття ним хабара за ухвалення вироку або відмову ухвалити вирок; підкуп, метою якого є призначення судді, що мав би вчинити таке діяння; хабарництво, що призводить до подання або відмови порушити кримінальну справу або свідчення у такій справі; домовленість, метою якої є засудження невинуватого⁷⁶. Можна дійти висновку, що порушення закону, яке стало підставою для ухвалення вироку, тлумачилося як злочин проти правосуддя *sui generis* незалежно від корупції як ймовірної причини ухвалення такого вироку. Якщо під час процесу сторона переступила поріг дому присяжного судді, то згідно з правом Сулли вона підлягала покаранню високим штрафом за залякування (*ambitus*); водночас щодо судді можна було подати позов за *crimen repetundarum*⁷⁷.

Як приклад особливо тяжкого злочину проти правосуддя Моммсен подає свідомий допуск до головного процесу брехливого свідка, що свідчив на шкоду обвинуваченому, якщо це мало наслідком покарання невинуватого⁷⁸.

⁷⁵ Там само, с. 123.

⁷⁶ Т. Mommsen. *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, reprint Göttingen 1999, s. 674. Інші судові делікти – це, зокрема, підкуп свідка та прийняття ним подарунків за неправдиві показання або відмова надати правдиві показання, надання представником однієї зі сторін уповноваженому протилежної сторони конфіденційних документів, видача одній зі сторін документів, які спільно зібрали обидві сторони. Там само, с. 675–676.

⁷⁷ Там само, с. 675, прим. 1.

⁷⁸ Там само, с. 633. На підтвердження автор цитує Марціана: «*qui cum magistratus esset publicove iudicio praeesset, operam dedisset, quo quis falsum indicium profiteretur, ut quis innocens [cir] cumveniretur condemnaretur*» і додає, що якщо це – докладний опис злочинного діяння, то покарання за його вчинення не обмежувалося лише випадками допуску до головного процесу неналежного доказу. Там само, прим. 33.

Переломним у формуванні поняття спотворення права як злочину проти правосуддя *sui generis* можна вважати чітке відокремлення відповідальності за отримання суддями грошей від покарання за ухвалення несправедливих вироків. Опис суддівської поведінки як окремого караного діяння подано в одному з десяти законів Юлія Цезаря, що становили на той час систему кримінального права. Йдеться про закон *Lex Cornelia de falsis* (81 рік до н.е.), що містить положення: *Sed et si iudex constitutiones principum neglexerit, punitur* (якщо суддя порушить норми закону, він буде покараний)⁷⁹. Як коментує Урсула Шмідт-Спайхер, в аспекті таким чином сформульованого положення закону здійснення страти, рішення про призначення якої відбулося з порушенням закону, призводило до того, що суддя мав відповідати за вбивство як той, хто розпорядився стратити римського громадянина без ухвалення вироку⁸⁰. В обох випадках покарання виконавця не залежало від того, чи брав він хабар за своє діяння. Моммсен зазначає, що організація страти громадянина «без вироку та закону» кваліфікувалася як вбивство⁸¹. Обґрунтування такої кваліфікації виводилося з того, що чиновник (*magistratus*), який розпорядився стратити римського громадянина без вироку, позбавляв його *ius provocationis* – права оскаржити на народних зборах смертний вирок, ухвалений магістратом.

Убивство у формі вироку, яким страта громадянина позбавлялась юридичних підстав, тлумачилося як приватний, а не службовий злочин, оскільки чиновник вчиняв його поза межами своєї влади. *Magistratus*, який віддав римського громадянина в неволю, на катування або розпо-

⁷⁹ Головною метою цього *legis Corneliae* була протидія різним формам фальсифікацій заповітів. Див.: G. Rotondi, *Leges publice populi romani*, Milano 1912, s. 356–357.

⁸⁰ U. Schmidt-Speicher. *Hauptprobleme der Rechtsbeugung unter besonderer Berücksichtigung der historischen Entwicklung des Tatbestandes*, Berlin 1982, s. 16.

⁸¹ Т. Mommsen, *Römisches Strafrecht...*, s. 632. Заборону страчувати без попереднього процесу і вироку, що, ймовірно, походила із Закону Десяти таблиць, повторив Грахх у його *Lex Sempronia ne quis iudicio circumvenitur*, а потім Сулла в *Lex Cornelia*, де містилась інформація про вбивства, вчинені не лише *sicarii* і *venefici*, а й підпалювачами та грабіжниками, а також про вбивства, що стали наслідком «судової змови». Цю заборону Моммсен позначив загальною назвою «*Mordgesetz*». В аспекті заборони страчувати громадянина без суду та закону вбивствами стали визнавати випадки страти римських громадян без проведення процесу на підставі лише проскрипційних списків. Такі списки створювалися також у період диктатури Корнелія Сулли. У цих списках опинилися прізвища 4700 громадян, яких визнали ворогами Батьківщини. Вбивство особи з проскрипційного списку тлумачилося не лише як не караний вчинок ката, який здійснив страту, а й як вчинок, за який нагороджували чималими сумами грошей. Див.: Т. Mommsen, *Römische Geschichte*, Wien-Lepzig 1932, s. 627. Сулліанське законодавство, що стосується вбивств, Моммсен коментує, показуючи лицемірство законодавця: «Це також цілком у дусі Сулли; він розпорядився чинити проскрипцію, поклавши водночас на майбутнє непокарання за вбивство». Див.: Там само, с. 258, прим. 2.

рядився закувати його в кайдани, також притягався до відповідальності на підставі приватної скарги. Його злочин називали терміном *iniuria*, а пізніше він став предметом судових розглядів у справах про звалтування⁸². Водночас допускалося обвинувачення судді в порушенні ним обов'язків у період виконання ним службових повноважень, чого не передбачало попереднє законодавство.

За вчинення діянь, описаних в законах Сулли, загрожувало основне покарання (*poena capitis*), тобто страта. Однак засуджені судді як особи, які належали до вищого стану, могли unikнути страти, користуючись своїм правом обрати вигнання за межі Італії (*iux exilli*), і по суті це було правилом⁸³.

Хоча межі застосування на практиці законів Корнелія Сулли, що мали протидіяти суддівській несправедливості, не були чітко визначені, про їхнє значення для юриспруденції може свідчити включення *Lex Cornelia de sicariis et veneficis* та *Lex Cornelia de falsis* у VI столітті н.е. до Кодексу Юстиніана.

Покарання за ухвалення завідомо несправедливого смертного вироку, незалежно від того, чи було підкуплено суддю, який ухвалював вирок, визначав також закон Юлія Цезаря від 59 року до н.е. – *Lex Iulia de pecuniis repetundis*. Вважалося, що суддя вчиняв злочин також тоді, коли, усвідомлюючи несправедливість смертного вироку, все ж його ухвалював, керуючись злістю або гнівом⁸⁴.

Розуміння *falsum*, закріплене у римському праві періоду імперії, з самого початку стосувалося фальсифікації заповітів. З часом це поняття поширилось на різні випадки видавання недійсного фактичного стану за дійсний. Під поняттям *crimen falsi* розумілися також злочини проти правосуддя – фальсифікація вироку підкупленим суддею, підкуп свідка, щоб той дав неправдиві свідчення, і, власне, надання неправдивих свідчень⁸⁵, а також *praevaricatio*⁸⁶.

⁸² Т. Mommsen, *Römisches Strafrecht...*, s. 634.

⁸³ Mommsen визначає вигнання, з яким була пов'язана *aquee tignis interdictio* («заборона води та вогню»), що означало виключення з громадянського суспільства, як «умовну смертну кару» (*bedingte Todesstrafe*). Див.: Там само, с. 907. К. Амеляńczyк доповнює, що відомі випадки повернення з вигнання засуджених римських патриціїв, серед яких, зокрема, був і Цицерон. Див.: *Lex Cornelia...*, с. 164, прим. 16.

⁸⁴ К. Amielańczyk, *Lex Cornelia...*, s. 127.

⁸⁵ М. Kuryłowicz, *Prawo i obyczaje w starożytnym Rzymie*, Lublin 1994, s. 186.

⁸⁶ К. Amielańczyk, *Rzymskie prawo karne w reskryptach cesarza Hadriana*, Lublin 2006, s. 111. *Praevaricatio* – відступництво, невиконання обов'язків – означало також змову між обвинувачем та обвинуваченим, метою якої було отримання виправдувального вироку, а також повідомлення адвокатом процесуальному противнику деталей справи.

Поняття відповідальності судді, який ухвалив «несправедливий» вирок, як злочинної фальсифікації повернулося наприкінці XVIII століття в німецьку доктрину, а потім у XIX столітті його замінило поняття «злочинне спотворення права» (*Rechtsbeugung*); в літературі його порівнювали з формулою, яка в *Lex Cornelia* застосовувалася для визначення судді, який нехтує нормами закону⁸⁷.

2. Формування поняття злочину суддівської несправедливості в німецькому праві

У німецькому праві інститут відповідальності учасників ухвалення вироку – рахінбургів – не зазнав впливу римського права. *Lex Salica* (близько 508 року), який становив собою реєстр звичаєвого права, передбачав, що рахінбурги мають сплачувати штраф за те, що не сформулювали вирок, хоча й були призначені за встановленою законом форою (*Tangano*)⁸⁸. Штрафом каралося також виконання рахінбургами суддівських функцій із порушенням закону (*non secundum legem iudicare*). У цьому вбачають архетип відповідальності за спотворення права (*Rechtsbeugung*) у сучасному розумінні цього поняття⁸⁹. Незадоволення судовим рішенням сторона могла його відкинути, дорікаючи тим, хто ухвалив цей вирок, що вони не «керувалися законом». Таке звинувачення не ґрунтувалося на твердженні, що судді не знали закону, воно також не стосувалося їхніх поглядів на справу, а зводилося до приписування їм злого умислу, з огляду на який вони суттєво порушили свої обов'язки, оскільки не хотіли «керуватися законом»⁹⁰.

Lex Ripuaria, що виник у 40-х роках VII століття і був переробленою версією *Legis Salicae*, визначав спотворення права тим, хто ухвалює вирок, як форму його відмови від ухвалення справедливого вироку,

Див.: J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 2009, s. 782–783.

⁸⁷ F. Hollzendorf, *Handbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin 1874, s. 65.

⁸⁸ Суддя обирав сім рахінбургів серед присутніх на судових засіданнях. Їхнім завданням було сформулювати висновок щодо вироку, який після отримання згоди учасників засідання набував законної сили, і його оголошував суддя. Див.: K. Koranyj, *Powszechna historia państwa i prawa, t. II Średniowiecze, cz. 1* Warszawa 1963, s. 150.

⁸⁹ U. Schmidt-Speicher, *Hauptprobleme der Rechtsbeugung...*, s. 1–17.

⁹⁰ Там само, с. 17.

за що винний мав сплатувати штраф. Засудженню ухваленого вироку мало передувати процесуальне *tangano*, причому від сторони, що оскаржила вирок, вимагали надати рішення у справі, що його вона вважала кращим⁹¹.

«Швабське дзеркало» (*Schwabenspiegel*, близько 1275 року) містило докладну інформацію про те, які якості необхідні для виконання суддівських функцій та визначало обов'язок судді сплатити відшкодування особі, яку він скривдив ухваленням несправедливого вироку⁹².

«Кримінальний кодекс» (*Constitutio Criminalis Carolina*, 1532 рік) в основному містив норми, що визначали поведінку, яка мала наслідком покарання. Тому наведені в ньому випадки суддівської несправедливості пов'язувалися з порушенням правил кримінального процесу. Положення ст. 6 нагадувало судді про обов'язок дізнаватися і старанно допитуватися, чи злочин, в якому обвинувачують особу, дійсно вчинила саме вона. Зі змісту ст. 20 випливала заборона «розслідувати із застосуванням катувань» стосовно обвинуваченого, якщо відсутня була «надійна інформація» про злочин, в якому його обвинувачували. У подібному випадку заборонялося також його засудження з огляду на те, що зізнання робилися під впливом катувань.

Далі у цьому положенні йшлося про те, що суддя, який порушив заборону, повинен належним чином надати особі, яку піддали недопустимим катуванням, відшкодування за «її страждання, біль, витрати та збитки»⁹³. Стаття 21 встановлювала, що нікого не можуть кинути до в'язниці – у тому числі особу, яку допитують із застосуванням катувань – на підставі доносів осіб, твердження яких впливають із чорно книжництва. Суддя, який розглядатиме таку справу, має відшкодувати шкоду, якої зазнала піддана катуванням особа. Наступна норма повідомляла, що нікого не можна карати побиттям на підставі непідтвердженої підозри, породженої доносом, однак допускається допит із застосуванням катувань з метою встановлення, чи є донос правдивим.

Гарантію для судді містила ч. 1 ст. 61, де йшлося про те, що не заслуговує на покарання суддя, який, зважаючи на донос, допитує обвинуваченого із застосуванням катувань, навіть якщо потім буде доведено його невинуватість. Частина 2, однак, декларувала, що каратимуться судді, які застосували катування всупереч юридичному порядку Священної Імперії, адже стали через це виконавцями несправедливих тор-

⁹¹ Там само.

⁹² Там само, с. 20.

⁹³ Див.: Там само, с. 21.

тур. Такі судді, якщо їхній вчинок не буде визнаний найближчим судом вищої інстанції виправданим законом, мають бути покарані (*Straf... leiden*), адже вони «не зуміли зорієнтуватися в тому, що є правильним» (*nach Gestald und Gelegenheit der Uberfragung, wie recht ist*)⁹⁴.

Як коментує У. Шмідт-Спайхер, положення *Carolina* визначають не лише обов'язок суддів, які вчинили неправомірні діяння, відшкодувати скривдженому завдану шкоду, а й передбачають піддання таких суддів публічному покаранню. Це означає, що у цих положеннях вперше відступили від погляду, згідно з яким злочин спотворення права спрямований лише проти конкретної особи. Згадана авторка, коментуючи ст. 100 *Constitutio Criminalis Carolina*, формами спотворення права, що засуджуються у цій статті, вважає вчинки суддів, які «право викривляють» (*das Recht verziehen*), «нівечать» (*verhindern*) або «розширюють» (*verlängern*)⁹⁵. Однак це – процедурні помилки, натомість про недопустиме застосування матеріального права йдеться у ст. 150: судді, які ухвалюють вироки, «повинні знати, що тяжкою є їхня провина», якщо, «прагнучи виправдати свідомих виконавців [...], прихильно до них ставляться та вибудовують свою поведінку так, щоб тлумачити закон на їхню користь»⁹⁶.

Хоча Кодекс *Carolina* поєднував караність з умислом судді, він все ж створював підґрунтя для покарання суддів також за легковажне ухвалення несправедливого вироку. Така теза впливає з тлумачення ст. 219, яка містила правову презумпцію того, що кожен, хто присягнув вершити закон, усвідомлює його зміст. Тому незнання не виправдовує «суддів, присяжних та інших чиновників»⁹⁷.

У законодавстві Австрії відповідальність суддів визначалася дещо по-іншому. *Constitutio Criminalis Theresiana* (1768 рік) не містила норм, що вказували б на каране спотворення права. Конституція встановлювала відповідальність судді за зловживання своїми службовими обов'язками з метою помсти або вимагання (ст. 67), а також визначала продажність судді як «споконвічне джерело [...] несправедливості, упередженості та державного розкрадання» (ст. 65 § 2). Покарання чекало на суддів, які прийняли від сторони «обіцянку чогось» і через це, всупереч своїм обов'язкам, змінювали справедливість на власний зиск. На суворіше покарання заслуговував суддя, який засудив невинуватого або звільнив від катувань винного.

⁹⁴ Там само.

⁹⁵ Там само.

⁹⁶ Там само, с. 22.

⁹⁷ Там само.

Кримінальний кодекс Йосифа II не застосовував поняття «спотворення права». Карану поведінку судді описано в цьому акті в розділі 3, присвяченому «зловживанню службовими обов'язками» через відсутність «належної турботи про справедливість», що діставало вияв у «запереченні права» та «ухваленні очевидно несправедливого вироку» (§ 58, § 59). Причинами караної несправедливості суддів за цим Кодексом є їхня продажність, «упередженість та побічні умисли».

Пруський *Landrecht* в редакції 1721 року (норми матеріального кримінального права ґрунтувалися на змісті *Carolina*) в першій книзі рішуче нагадував особам, які виконують обов'язки суддів, щоб вони зберігали вірність присязі й не сходили зі шляху справедливості та права. А в шостій книзі, що містила кримінально-правові норми, містився припис, згідно з яким суддя, котрий ухвалює несправедливий вирок, має каратися як фальшивомонетник (такий підхід ґрунтувався на концепції, виробленій у римському праві).

У період абсолютного панування в Пруссії Фрідріха Вільгельма I (1713–1740 роки), рішення якого часто стосувалися конкретних судових справ (*Machtsprüche*), судді, особливо ті, які ухвалювали вироки в кримінальних справах, побоюючись покарань, насамперед дбали про те, щоб своїми рішеннями догодити володареві. Прислухаючись до волі правителя, «вони, побоюючись, слухняно виконували кожну вказівку згори»⁹⁸. Покарання поширених тоді випадків спотворення права – як зазначається в науковій літературі – ґрунтувалося на концепції, згідно з якою будь-яка поведінка чиновника, що суперечить його службовим обов'язкам, заслуговує на покарання. Тому покарання загрожувало за «викривлення правосуддя», а також за недотримання визначених законом строків та неналежне ведення процесу⁹⁹.

Пруський король Фрідріх II розпорядився скасувати катування (1754 рік), знизив суворість покарань, що зберігалася ще з часів Середньовіччя, як верховний суддя пом'якшував покарання в кримінальних справах, а також використовував своє право на помилування. Перебуваючи під впливом Монтеस्क'є, король намагався зміцнити незалежність суддів, прагнучи, щоб завдяки їхній вільній від королівської влади діяльності «незалежно творилося право». Вважається, що таким чином він прокладав шлях формуванню в Пруссії правової держави (*Rechtsstaat*)¹⁰⁰. Про його ставлення до суддів свідчить епі-

⁹⁸ Там само, с. 29.

⁹⁹ Там само.

¹⁰⁰ D. Merten, *Rechtsstaatliche Anfänge im Zeitalter Friedrichs des Großen*, Berlin 2012, s. 69.

зодичне втручання у цивільну справу на прохання сторони. Він був переконаний, що вирок, ухвалений Земельним судом вищої інстанції (*Kammergericht*) у Берліні є упередженим і суперечить закону¹⁰¹. Силою своєї влади, без правових для цього підстав, він покарав 6 суддів цього суду позбавленням волі на строк 9 місяців. Свою думку він виклав у «власноручному протоколі від 11 грудня 1779 року»:

«Суддівська колегія, що керується несправедливістю, є значно небезпечнішою та гіршою, ніж банда злодіїв, адже від банди можна захиститися, а від шельм, що прикриваються плащем правосуддя, щоб задовольняти свої бажання, не може вберегтися жодна людина. Вони гірші від найбільших негідників на світі»¹⁰².

Ці події, безперечно, були відомі І. Став'ярські, який у передмові до «*Загального кримінального права прусських держав*» сформулював поради для суддів, у яких виникають труднощі при тлумаченні положень, що мають становити основу їхніх вироків. Продовжуючи критичну думку Монтеск'є (він величає його «безсмертним») про суворість покарання, «що перебільшує звичайну міру», цей автор писав, що «криваві закони, які загрожують смертю, нагадують хворобу, що поселилася в політичному тілі країни, і символізують її недолугість». З природи кримінального права випливає, що в його положеннях судді «має бути надане певне правило, якого він повинен дотримуватися в різноманітних обставинах». Суддя, котрий «не знайшов відповідного положення» і тому «мусить хапатися за закон, що не відповідає ситуації», завдає «жахливого удару справедливості». У ситуації, коли суддя, який має ухвалити вирок в особливій справі, не знайде для її вирішення відповідного правила або знайде правило, яке вважатиме невідповідним, він, відстрочивши прийняття свого рішення, повинен звернутися до законодавчої влади, щоб та допомогла розв'язати проблему і визначити покарання.

Став'ярські далі зазначає: «Право не дає можливості ухвалювати свавільні вирокі, що не ґрунтуються на законі, або побудовані лише на індивідуальних поглядах». І хоча «суддя не повинен припиняти поважати правосуддя, тому що закон мовчить або є незрозумілим, все ж не можна вважати відмовою здійснити правосуддя, коли суддя в супер-

¹⁰¹ Справа млинаря Арнольда. Див.: s. Salmonowicz, *Fryderyk II*, Wrocław-Łódź 1985, s. 170.

¹⁰² Цит. за: O. Gritschneider, *Rechtsbeugung. Die späte Beichte des Bundesgerichtshofs*, NJW 1996, s. 1239.

ечливому випадку на певний час відстрочить ухвалення свого рішення і зачекає на розв'язання питання законодавчою владою. Це краще, ніж якби він своїм несправедливим або суперечливим вироком створив загрозу життю громадянина або його знищив, тим самим обтяжуючи свою совість»¹⁰³.

Таким чином, на думку Став'ярські, право не дає судді можливості ухвалювати вироки, ґрунтуючись на об'єктивно невідповідних положеннях, з умислом діяти проти правосуддя. Аби уникнути такої форми судової сваволі, автор повторює свою пораду, «щоб у суперечливих, проте не нагальних випадках суддя відстрочував ухвалення свого рішення і спочатку звертався за порадою до законодавчої влади, що займається аналізом різних випадків цивільно- та кримінально-правового характеру». Ніби випереджаючи критичне зауваження, що така поведінка судді з метою отримання об'єктивної правової підстави для вироку – справедливого, на переконання судді – віддаляє в часі акт його ухвалення, Став'ярські пише:

«Відповідь коротка: краще почекати з покаранням сумнівного проступку або із призначенням кари, суворість якої слушно змушує суддю замислитися, ніж своїм двозначним вироком ставити під удар людяність та правосуддя»¹⁰⁴.

Доктринальні засади поняття кримінальної відповідальності судді за спотворення права, що її було закріплено в німецькому кримінальному законодавстві, сформувалися в доктрині XIX століття¹⁰⁵. Тоді остаточно розмежували поняття цього злочину та злочину суддівської продажності. Було встановлено, що майнова вигода не становить суті караної упередженості судді, а її отримання може тільки зумовити суворіше його покарання (Тітгманн). Розмірковували також над необхідністю розмежовувати відповідальність судді, який приймає рішення в цивільних справах (умовою такої відповідальності мало бути заздалегідь задумане суддею прийняття несправедливого рішення), і відповідальність судді в кримінальних справах (виникала також тоді, коли суддя ненавмисно спотворював право шляхом утримання від ухвалення справедливого вироку та всупереч своєму юридичному обов'язкові

¹⁰³ I. Stawiarski, *Powszechnie prawo kryminalne dla Panstw Pruskich*, Warszawa 1811, s. XX–XXII.

¹⁰⁴ Там само, с. XXIII.

¹⁰⁵ Докладно тодішні погляди доктрини див. у: U. Schmidt-Speicher, *Hauptprobleme der Rechtsbeugung...*, s. 522.

більш прихильно ставився до виконавця злочину шляхом його поблажливого покарання) (Мартін). Адже суддя в кримінальних справах як державний службовець підриває довіру громадян до державної влади у такому важливому питанні, яким є кримінальний процес, навіть тоді, коли чинить несправедливість ненавмисно. Навіть якщо суддя не мав злочинного умислу, страждає не лише добре ім'я правової системи, а й її ефективність. Умисел або ненавмисність дій судді мають бути враховані при накладенні на нього покарання, так само як тяжкість його вчинку та наслідки ухвалення несправедливого вироку.

Натомість у цивільних справах злочин судді полягає в учиненні умисного діяння, метою якого є завдання шкоди одній зі сторін юридичного спору, що вирішується в суді. Мотивом такого судді може бути вороже або навпаки – приязне ставлення до учасника судового розгляду, чи навіть прохання останнього. Однак факт суддівського діяння не залежить від того, чи отримував суддя взамін якусь винагороду. Це додатково підтверджувало необхідність розрізняти підкуп та спотворення права. Пропонувалося також, щоб покарання судді в цивільній справі призначав орган влади, що розглядав його справу.

Загальну характеристику «злочину порушення суддівського обов'язку» як діяння судді, «який у зв'язку зі справою, що становить собою юридичний спір, або не виконує свого службового обов'язку, або виконує його всупереч законові й тим самим надає особі незаконну вигоду або спричиняє шкоду», Феєрбах розвинув, розмежовуючи поведінку судді в цивільній та судді в кримінальній справах. Має каратися таке несправедливе виконання обов'язків судді в цивільній справі на користь однієї зі сторін, яке у той самий час спричиняє шкоду іншій стороні спору. А в кримінальному процесі караність спотворення права ґрунтується на незаконному поліпшенні або погіршенні ситуації для обвинуваченого. Для факту кримінальної відповідальності для судді як у цивільній, так і у кримінальній справах, на думку Феєрбаха, не обов'язковим є умисел на ухвалення упередженого вироку, адже ненавмисні дії судді також заслуговують на покарання.

Погляд про караність судді в цивільній справі також за ненавмисне спотворення права піддавався критиці як такий, що заходить надто далеко (Генке, Марезол, Міттермаєр). Висловлювалися думки про те, що прийняття несправедливого рішення в цивільній справі у зв'язку з недбалістю або професійною непридатністю судді має оцінюватися на підставі дисциплінарного розслідування, а в крайньому випадку може мати наслідком відсторонення його від виконання суддівських обов'язків, проте не до засудження його за злочин. Ненавмисність дій

судді все ж не виключає його відповідальності за ухвалення вироків, що спотворюють право, у кримінальній справі. Адже такий вирок створює як «небезпеку для загального добра», так і «загрозу безпеці індівідів» (Генке).

Загальну переконаність у тому, що на покарання особливо заслуговує спотворення кримінального права, адже воно шкодить не лише суспільному надбанню, а й стосується честі та свободи скривдженої особи, не завжди супроводжував постулат покарання судді за ненавмисний несправедливий вирок. Обґрунтовувалося це тим, що порушення суддівського обов'язку через легковажність і недбалство не може визнаватися караним спотворенням права, незважаючи на те, йдеться про справи цивільні чи кримінальні (Баєр)¹⁰⁶.

У проекті Кримінального кодексу для пруських сеймиків 1850 року відповідальності судді присвячувався § 285, в якому йшлося про те, що чиновник, який, ухвалюючи вирок у юридичній справі, умисно допускає несправедливість, має каратися позбавленням волі на строк до 5 років. Друга частина цього положення визначала також відповідальність третейських суддів. Наступний § 286 проекту Кодексу стосувався караних несправедливих діянь суддів у кримінальних справах і відносив до таких засудження невинуватого, а також надто суворе або надто поблажливе покарання винного та ухвалення виправдувального вироку щодо обвинуваченого, провина якого була відома судді, який ухвалив вирок.

Подальша робота над проектом Кодексу засвідчила, що § 286 визначає покарання за окремі випадки спотворення права суддею у кримінальному процесі. Усі ці дії охоплюються змістом § 285 як загального положення, що включає також тяжкі випадки суддівської несправедливості. Тому пропонувалося виключити § 286 та одночасно доповнити зміст положення загального характеру інформацією про ознаки «прихильного ставлення або завдання шкоди одній зі сторін». Це мало б конкретизувати поняття умисного вчинення суддею несправедливості як у цивільному, так і в кримінальному процесах.

Додаткове визначення поведінки судді мало вказувати на те, що його вирок, який об'єктивно суперечить букві закону, сам по собі ще не містить набору ознак злочину; слід також визначати зміст умислу, яким керується виконавець незаконного діяння.

Відмовилися також від покарання присяжних засідателів, яке передбачав § 287 проекту Кодексу. Мотивувалося це тим, що, хоча акт спо-

¹⁰⁶ Там само, с. 37.

творення ними права може викликати обурення, все ж неможливо визначити процедуру, що встановлювала б, чи дійсно вони вчинили такий проступок, та відповідала б суті прийняття рішень судом присяжних. Тому дійшли рішення, що поведінка присяжних засідателів не підлягає оцінці на підставі кримінального права. Щоб закріпити в Кримінальному кодексі тип родового злочину спотворення права, було прийнято загальне формулювання: захист громадян від несправедливих рішень суддів¹⁰⁷.

У редакції остаточно прийнятого у пруському Кримінальному кодексі 1851 року положення, що визначало відповідальність за спотворення права, передбачалось таке: «Чиновник, який у процесі провадження в справі або ухвалення вироку умисно вчиняє несправедливість для того, щоб більш прихильно поставитися або зашкодити стороні справи, буде покараний позбавленням волі до 5 років» (§ 314 абз. 1). У коментарі пояснювалося, що несправедливістю (*Ungerechtigkeit*) є свідоме несправедливе (*bewußte, ungerechte*) провадження у справі або ухвалення вироків у справі, де відбулося засудження обвинуваченого, з порушенням принципів процесу та «всупереч кращому переконанню» (*gegen bessere Überzeugung*) судді в тому, що злочин, за який він засуджує, був доведений судовим слідством, навіть якщо пізніше випадково виявиться, що вирок був об'єктивно правильним¹⁰⁸.

Щодо мотивації слід зазначити, що для вчинення злочину проти правосуддя необов'язково було, щоб вчинок судді завдавав реальної шкоди одній зі сторін. Тоді не виникало запитання, охоплює формулювання про «умисність» (*vorsätzlich*) вчинення несправедливості обидві форми умислу, тобто умисел прямий та умисел, який виник пізніше, чи воно охоплює лише перший із них¹⁰⁹.

Окреме положення (§ 314 абз. 2) також описувало карану поведінку третейського судді, хоча в частині мотивації зазначалося, що такий суддя не порушує свого службового обов'язку, а руйнує покладені на нього довіру і віру в об'єктивне розв'язання спору.

У КК Німеччини часів Рейху при описі аналізованого типу родового злочину було запроваджено стилістичну зміну: слово «несправедливість» (*Ungerechtigkeit*) замінили словосполученням «спотворення права» (*Beugung des Rechts*)¹¹⁰. Після такої зміни – як зазначалося в

¹⁰⁷ Там само, с. 50–51.

¹⁰⁸ H. Rudolff, *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlin 1877, s. 522.

¹⁰⁹ U. Schmidt-Speicher, *Hauptprobleme der Rechtsbeugung...*, s. 522.

¹¹⁰ Термін «спотворювати право» перенесено в текст Кодексу, ймовірно, з перекладу Біблії авторства Лютера, про що зазначається у праці M. Seebode, *DDR-Justiz vor Ge-*

її мотивації, виключно редакційної й такої, що не впливає на обсяг караності, – положення визначало, що «чиновник» (*Beamter* – це поняття насамперед стосувалося судді), а також третейський суддя (*Schiedsrichter*), «який під час провадження у справі або ухвалення вироку умисно (*vorsätzlich*) спотворює право на користь або шкоду однієї зі сторін, підлягає покаранню у вигляді позбавлення волі строком на п'ять років» (§ 336 КК Німеччини). У коментарі зазначалося, що звичайне недбальство (*Nachlässigkeit*) та ненавмисність (*Farlässigkeit*) при спотворенні права підлягають лише дисциплінарному покаранню¹¹¹.

Після внесення до КК Німеччини змін (2 березня 1974 року) зміст § 336 Кодексу було модифіковано: на першому місці подано «суддю» (*Richter*), а після цього зазначено, що виконавцем може бути також «інший чиновник» (*anderer Amtsträger*), у тому числі «третейський суддя» (*Schiedsrichter*). Важливою зміною стало усунення з тексту слова «*vorsätzlich*», яке в судочинстві інтерпретувалося надто вузько – воно означало (лише) прямий умисел (*unbedingter Vorsatz*). Це мало наслідком звільнення від кримінальної відповідальності нацистських суддів, оскільки відсутні були підстави, щоб приписати їм той прямий умисел спотворити право, яким вони керувалися при ухваленні смертних вироків.

Проект змін до Кодексу передбачав заміну слова «*vorsätzlich*» формулюванням «*absichtlich oder wissentlich*», отже, власне норма повинна була звучати так: карається спотворення права, вчинене «умисно або свідомо». Така заміна все ж не охоплювала собою обох форм умислу – як прямого (*unbedingter*), так і не прямого (*bedingter Vorsatz*). Врешті-решт, законодавець визнав за доцільне викреслити слово «*vorsätzlich*», що більшістю представників доктрини було прокоментовано як однозначна вказівка на те, що для підтвердження факту злочину спотворення права необов'язковою є наявність суддівського прямого умислу, а достатньо евентуального умислу¹¹².

Після зміни нумерації, запровадженої Законом від 18 серпня 1997 року, § 339 (замість § 336) КК Німеччини виглядає так:

richt, [w:] *Festschrift für Teodor Lenchner*, München 1998, s. 605.

¹¹¹ A. Berner, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Leipzig 1895, s. 656.

¹¹² E. Hilgendorf, [w:] *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 12 Aufl...Bd 13 §§ 331 bis 358, Berlin 2009, s. 212.

«§ 339 «Спотворення права». Суддя, інший чиновник або третейський суддя, який під час провадження у справі або ухвалення вироку спотворює право на користь або шкоду однієї зі сторін, підлягає покаранню позбавленням волі строком від одного до п'яти років».

3. Теорії, що розкривають поняття спотворення права

3.1. Суб'єктивна теорія спотворення права

Термін «спотворення права» (*Rechtsbeugung*) вживається в німецькій правничій термінології у двох значеннях. За традицією законодавчої техніки цей термін з'явився у § 336 (тепер § 339) КК Німеччини 1871 року як назва злочину до появи норми, яка визначала, що підлягає покаранню **«чиновник або суддя, третейський суддя, який, ведучи провадження у справі або приймаючи рішення, на користь або шкоду однієї зі сторін умисно спотворює право»**.

Тут термін вжито у ширшому значенні – для позначення цілого набору ознак, що формують родовий тип злочину. У другому, вузчому значенні цей термін вжито як визначення діяння виконавця, який спотворює матеріальне або процесуальне право. У юридичних коментарях щодо діяння судді, який «спотворює» право, вживаються також інші дієслова: «перекручує», «викривляє», «притягує», «порушує», «відхиляється», «зловживає». Для з'ясування й уточнення поняття «спотворення права» як поведінки судді, який заслуговує на покарання, в доктрині сформувався три основні концепції, що визначають суть цього злочину. І першою з них виникла суб'єктивна теорія.

Вихідним пунктом суб'єктивної теорії суддівського «спотворення права» було твердження, що кожен акт застосування права як основи ухвалення вироків свідчить про те, що суддя вважає саме правом. Таким чином, правом, яке застосовується, є те, що впливає з переконання судді, що таким є зміст права, яке він взяв за основу свого рішення. Коротко кажучи, суть суддівського застосування права подана у твердженні, що «суддя сповідує право». Як наслідок, набір ознак злочину спотворення права має місце тоді, коли виникає суперечність між особистим розумінням права суддею та способом його застосування у рішенні. Іншими словами, спотворення права означає розбіжність

між тим, що суддя в своїй свідомості визнає правом, і тим, про що він твердить, що є правом.

Тезу, що становить основу суб'єктивної теорії, сформулював Оппенхайм. Він переконує, що саме на цій теорії ґрунтується § 336 КК Німеччини¹¹³. Оппендорф зазначав, що свідоме порушення закону означає його застосування всупереч переконанню судді, і додавав, що не має значення об'єктивна правильність (*objektive Richtigkeit*) вироку, в якому відбулося спотворення права в такому його розумінні¹¹⁴.

Розвиваючи цю думку, Морботтер зазначає, що метою § 336 Кодексу є не запобігання ухваленню судами об'єктивно неправомірних вироків; натомість це положення має утримати суддю від ухвалення вироку всупереч своєму внутрішньому переконанню, що ґрунтується на конкретних знаннях, і не дозволити йому керуватися при прийнятті рішень невідповідними мотивами та цілями, що виходять за межі права. У такому розумінні порушення внутрішнього зобов'язання бути вірним праву стає ознакою діяння, що обґрунтовує його караність¹¹⁵. Отже, якщо ухвалений вирок впливає з переконання судді, що саме таким є зміст закону, який він взяв за основу свого рішення, то в такому випадку не можна говорити про спотворення ним права, навіть якщо інші юристи по-іншому розуміють і читають суть положення, що його застосував суддя.

Проведену в науковій літературі критику суб'єктивної теорії підсумував Спендель. Він пише, що наслідком появи цієї теорії є визнання злочину спотворення права караним вчинком з огляду на переконання виконавця (*Überzeugungsdelikt*), а об'єктивно сформульована умова, що відбувся факт спотворення права, замінюється на суб'єктивний елемент. Відсутність цього суб'єктивного елементу (відчуття суперечності змісту вироку власному переконанню) мало б передбачати звільнення від кримінальної відповідальності судді, який, якщо оцінювати об'єктивно, спотворив право, проте в згоді з власною свідомістю.

Саме так діяли нацистські судді на чолі з горезвісним головою Народного трибуналу Роландом Фрейслером, який був фанатично від-

¹¹³ L. Oppenheim, *Die Rechtsbeugungsverbrechen (§§ 336, 343, 344) des Deutschen Reichsstrafgesetzbuches*, Leipzig 1886, s. 225.

¹¹⁴ E. Oppenhoff, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlin 1881, s. 749. У коментарі «для потреб працівників поліції, безпеки та кримінальних» зазначалося, що «під поняттям «спотворення права» розуміється вирішення юридичної справи всупереч переконанням чиновника». Див.: A. Grosch, *Staßgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871*, München, Berlin und Leipzig 1923, s. 176.

¹¹⁵ K. Mohrbotter, *Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Spruchrichters und Staatsanwalts für den Inhalt der richterlichen Entscheidung*, JZ 1969, s. 494.

даний націонал-соціалістичній ідеології та всіляко проголошував своє переконання в правильності ухвалених смертних вироків¹¹⁶. Наслідком прийняття суб'єктивної теорії на процесі щодо судді, обвинувачуваного в учиненні злочину спотворення права, було б встановлення судом, яким саме було переконання обвинуваченого щодо змісту закону, на якому ґрунтувався його вирок, без потреби оцінки того, якою мірою власне вирок може бути визнаний правильним за об'єктивними критеріями.

Суб'єктивна теорія обумовлює висновок про те, що метою положення, яке визначає кримінальну відповідальність судді за спотворення права, є не запобігання ухваленню суддями об'єктивно неправомірних вироків, а запобігання тому, щоб при їх ухваленні вони керувалися всупереч власній свідомості незаконними мотивами. Таке розуміння означає сприйняття власної свідомості судді як єдиного об'єкта юридичного захисту від насильства з боку самого судді, який цю свідомість «спотворює», формуючи свою волю на прийняття конкретного рішення у справі під впливом підстав, що містяться поза межами права. Якщо погодитися із суб'єктивною теорією, що заперечує мету положення *Rechtsbeugung*, яка полягає в запобіганні ухваленню несправедливих вироків, то тлумачення законних ознак, що формують цей тип злочину, неминуче «перевертатиме справу з ніг на голову»¹¹⁷.

Суб'єктивна теорія зводить нанівець позицію про обов'язковість настання кримінальної відповідальності за несправедливість, якщо суддя вчиняє її з внутрішнім переконанням, що він застосовує обов'язковий для нього закон.

3.2. Об'єктивна теорія спотворення права

Концепція, на якій ґрунтується об'єктивна теорія, передбачає, що суть злочину спотворення права полягає в ухваленні об'єктивно неправомірного вироку як наслідок прийняття суддею за його основу того, що насправді не є законом, який стосується юридичного питання, щодо якого приймається рішення у вирокі. Як аргументував з цього приводу Ольсхаузен, злочин спотворення права вважається вчиненим, якщо суддя, який ухвалив вирок, виступив проти «об'єктивного права», порушуючи норми матеріального або процесуального права. Далі автор

¹¹⁶ G. Spindel, [w:] *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Großkommentar*, 11 Aufl., Berlin–New York 1999, § 339, Rdn. 37.

¹¹⁷ Там само, Rdn. 6.

пояснив, що йдеться про порушення важливих правил суддівської діяльності. Як приклад він наводить засудження обвинуваченого, хоча під час процесу його провина не була доведена. Водночас автор додає, що об'єктивної неправомірності такого засудження, що і є злочином спотворення права, жодним чином не змінює факт випадкового встановлення в майбутньому вини засудженого.

Полемізуючи із суб'єктивною теорією, зазначений вище автор зауважує, що мірилом в питанні встановлення, чи було об'єктивно порушено правову норму, не може бути суб'єктивний погляд того судді, який в аналізованій ситуації здійснював тлумачення правового положення. Таке рішення може приймати суддя, який розглядає справу щодо спотворення права. Для того, щоб наочно порівняти свої погляди з суб'єктивною теорією, Ольсхаузен навів тезу Оппенхайма, згідно з якою право спотворює суддя, який застосовує «суперечливе правове положення, тлумачення якого він здійснив всупереч власному суб'єктивному переконанню, навіть якщо воно відповідає пануючій позиції, висловленій у судовому рішенні верховного суду»¹¹⁸. Таким чином, відповідно до об'єктивної теорії не вчиняє акт спотворення права суддя, який ухвалює вирок згідно з «об'єктивним правом», навіть якщо він робить це всупереч своїм уявленням про право, адже вирішальним є наслідок застосування права, а не спосіб досягнення цього наслідку. Цю думку інший автор – Альфред висловив у реченні: «Якщо суддя за основу свого рішення взяв пануючу правову позицію, навіть всупереч власному переконанню (щодо його правильності), то не можна вважати, що такий суддя вчинив спотворення права»¹¹⁹.

Захисником об'єктивної теорії став Спендель. Він зазначав, що спотворення права має характер наслідкового злочину («*Erfolgsdelikt*»), ознакою якого є неправомірне або несправедливе (*rechtswidrige oder ungerechte*) провадження у справі, а також ухвалення такого вироку, наслідком якого є погіршення або поліпшення становища однієї зі сторін процесу. На думку цього автора, «спотворення права [...] – це перетворення (*Verkehrung*) права на сваволю». Тому наборові ознак цього злочину відповідає об'єктивно несправедливе застосування закону при прийнятті суддівських рішень¹²⁰.

Для оцінки того, чи мали місце ознаки злочинного порушення закону, не має значення, чи суддя дозволив, щоб ним керували неза-

¹¹⁸ J. Olshausen, *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reiche*, Berlin 1901, s. 1254.

¹¹⁹ Ph. Alfred, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Leipzig-Erlangen 1922, s. 39.

¹²⁰ G. Spendel, [w:] *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar...* Rdn. 41.

конні мотиви, чи він здійснював предметне міркування. У випадку визначення покарання судом вирішальним є те, чи не вийшов суддя за визначені законом межі, яким має відповідати рішення. Автор додає, що рішення може бути об'єктивно справедливим (правомірним), хоча й бути при цьому прийнятим під впливом мотивації, яка не має істотного значення, натомість належно мотивоване рішення може бути об'єктивно неправомірним¹²¹.

3.3. Теорія порушених обов'язків (*Pflichtverletzungstheorie*)

На особливу позицію судді, яку комплексно формують його передбачені законом обов'язки, вказує концепція, відповідно до якої встановлення спотворення права суддею має ґрунтуватися на дослідженні того, чи виконав він свій обов'язок застосовувати закон згідно з встановленими методами правової інтерпретації та відповідно до цінностей, які прийнято в праві й яким право має слугувати. Автор цієї концепції (Рудольфі) її вихідним пунктом вважає твердження про те, що неправомірне діяння, що спотворює право, розуміється як заперечення верховенства права (*Herrschaft des Rechts*), що стало юридичним постулатом або принципом. Принцип верховенства права не забезпечується у разі порушення специфічного суддівського обов'язку – гарантувати, що закон буде дотримуватися в усіх суспільно значущих питаннях, стосовно яких суд приймає рішення¹²².

Коли застосоване суддею правове положення за своїм змістом є однозначним, його спотворення не відбувається, якщо суддя, який ухвалює вирок, встановив *lege artis* значення положення так само, як це зробив би будь-який інший суддя, який приймав би рішення у цій справі. У цьому аспекті ця теорія не відрізняється від об'єктивної теорії. Натомість у разі неоднозначності юридичної норми для об'єктивної теорії вирішальним є те, чи міститься прийняте суддею розуміння норми в межах поглядів, що їх наводять доктрина та судова юрисдикція, чи виходить за ці межі. Отже, йдеться про об'єктивну оцінку наслідку застосування права у прийнятому суддею розумінні щодо обставин справи.

У свою чергу, згідно з теорією порушених обов'язків вирішальною

¹²¹ M. Seebode, *Das Verbrechen der Rechtsbeugung*, Neuwies, Berlin 1969, s. 17.

¹²² H.-J. Rudolphi, *Zum wesen der Rechtsbeugung*, [w:] *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 82, Berlin 1970, s. 632.

є оцінка способу застосування суддею правової норми та шляху її тлумачення, відповідно до якого суддя встановив значення закону, застосованого при вирішенні справи. Поведінка судді, який веде провадження у справі, визнаватиметься спотворенням права тоді, коли він ухвалює рішення, яке, хоча й можна обґрунтувати, однак прийняте зі зловживанням свободою, якою володіє суддя у сфері прийняття рішень з питань тлумачення права, з урахуванням його ставлення до встановлених обставин справи або його рішення стосовно призначення покарання¹²³.

Наведені теорії спотворення права не досліджувалися в матеріалах судової практики в період від ухвалення КК Німеччини 1871 року і до кінця існування Рейху, адже злочин, описаний в § 336 Кодексу, дуже рідко ставав предметом судових розглядів. У державному збірнику вироків Суду Рейху (*Reichsgericht*) містяться тільки чотири вирoki в справах *Rechtsbeugung*, з яких лише один стосувався судді¹²⁴. Така ситуація мала змінитися після виникнення Федеративної Республіки Німеччина та розгляду в судах справ про злочини проти правосуддя, що їх вчинили нацистські судді. Принциповим питанням стало визначення положення § 336 як основи кримінальної відповідальності виконавців за судові вбивства.

¹²³ H.-J. Rudolphi, U. Stein, [w:] *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 339 StGB, Rdn. 17 d.

¹²⁴ L. Kuhlen, [w:] U. Kindhäuser, U. Neuman, H.-J. Paefgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, Bd. 2, Baden-Baden 2005, s. 5756.

Розділ IV

ПОНЯТТЯ СУДОВОГО ВБИВСТВА В НІМЕЦЬКОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ

1. «Формула Радбруха» та поняття *Rechtsbeugung* як підстава для обвинувачення судді в убивстві людини, засудженої до смертної кари

1.1. «Формула Радбруха»

За півроку до початку Нюрнберзького процесу над нацистськими юристами Густав Радбрух опублікував свої тези у форматі статті з характерною назвою «*Узаконена сваволя та надзаконне право*»¹²⁵, де зазначав, що у своїх поглядах, які стосуються правової підстави відповідальності за застосування гітлерівського кримінального права, він оминатиме Закон № 10 Союзної контрольної ради (прийнятий як матеріальне кримінальне право на Нюрнберзькому процесі над нацистськими юристами), адже німецькі суди не були «первісно компетентними», ухвалювати вироки в справах про злочини, стосовно яких йдеться в цьому Законі¹²⁶. Ця публікація визначила доктринальні під-

¹²⁵ *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, «Süddeutsche Juristen Zeitung» 1946, Nr 5, s. 105.

¹²⁶ У силу положень Закону № 4 від 30 жовтня 1945 року Союзної контрольної ради німецькі суди відразу після війни могли ухвалювати вироки лише в справах про злочини, що їх під час війни вчиняли німці проти німців або осіб без громадянства. Стаття 3 цього Закону визначала, що розглядові у цих судах не підлягають справи про злочини, вчинені нацистами або іншими особами проти громадян держав антигітлерівської коаліції. Питання встановлення відповідальності за вчинення цих злочинів, як злочинів проти людяності регулював Закон № 10. Тому Радбрух не висловлювався щодо поняття участі суддів Третього Рейху, які ухвалювали смертні вироки, у вчиненні злочинів проти людяності – це стало предметом процесу над юристами перед американським Військовим трибуналом. Тут варто згадати, що цей Трибунал визнав зайвим, коли йдеться про встановлення кримінальної відповідальності суддів та прокурорів, досліджувати, чи порушували вони німецьке кримінальне право в контексті *Rechtsbeugung* (§ 336 КК

стави кримінальної відповідальності суддів Третього Рейху, сформовані на підставі німецького кримінального права із вказівкою на § 336 КК Німеччини, що визначав покарання за спотворення права.

Свої міркування Радбрух розпочинає тезою про те, що національний соціалізм сформував покору солдатів та юристів на принципах «наказ є наказ» («*Befehl ist Befehl*») і «закон є закон» («*Gesetz ist Gesetz*»). Автор зазначає, що обов'язок підкорятися наказові є обмеженим, адже відповідно до § 47 Військового кримінального кодексу він не охоплює вказівок командира, що видаються зі злочинною метою. У свою чергу підкорення законів не має жодних обмежень¹²⁷. Такий підхід виводився з загальноприйнятого німецькими юристами юридичного позитивізму, для якого поняття «узаконеної сваволі» та «надзаконного права» були внутрішньо суперечливими. При цьому автор зазначає, що повоєнне німецьке судочинство почало користуватися цими категоріями мислення про право в Третьому Рейху, коли з'ясувалось, що «закони, які декларували перехід майна євреїв на користь держави, суперечать природному праву і є нікчемними вже від моменту їх ухвалення»¹²⁸.

Поняття недійсності закону у зв'язку з його суперечністю природному праву автор пізніше переніс на ґрунт кримінального права. Він сформулював три фактичні стани, аналіз яких дає відповідь на питання, коли саме суддя, який ухвалює смертний вирок, несе відповідальність за вбивство людини.

У першій з проаналізованих справ судовий чиновник був притягнутий до кримінальної відповідальності за вбивство людини, на яку він доніс за написання на клаптику паперу фрази: «Гітлер це – масовий вбивця і винуватець війни». За це у 1942 році Земельний суд вищої

Німеччини), адже власне право, яке вони застосовували, мало злочинний характер. Висновок Радбруха стосується змісту § 336 КК Німеччини і має на меті дати відповідь на питання, чи несе в контексті цього положення суддя кримінальну відповідальність за вбивство конкретної особи, яку він засудив до страти.

¹²⁷ Параграф 47 Військового кримінального кодексу (*Militärstrafgesetzbuch*) 1872 року визначав, що за виконання службового наказу, що порушував кримінальний закон, самостійно відповідає начальник, який дав наказ. Додавалося, що слухняний підлеглий каратиметься як такий, що взяв участь у вчиненні злочину, якщо йому було відомо, що наказ начальника стосується діяння (*Handlung*), метою якого є вчинення злочину або загального чи військового проступку. Вказувалося, що це положення, яке стосувалося Вермахту, має застосовуватися також стосовно СА та СС. Див.: L. Lehnert, K. Schäfer, *Kleines Strafrechts Lehrbuch*, Berlin 1942, s. 20. Положення § 7 п. 2 Закону про чиновників Рейху (*Deutschen Beamten-gesetz*) від 26 січня 1937 року закріплювали, що не діє незаконно підлеглий, який виконує наказ керівника, хіба що йдеться про кримінальну поведінку, і підлеглий сприймає її як таку.

¹²⁸ Радбрух посилається на формулювання, подане у вирокі Районного суду в Вісбадені (1946 рік).

інстанції в Касселі засудив цю особу до страти на підставі положення про готування державної зради (*Vorbereitung zum Hochverrat*). Крім напису, цій особі інкримінували і те, що вона слухала іноземні радіостанції. У 1946 році Суд присяжних (*Schwurgericht*) Тюрингії засудив до довічного позбавлення волі чиновника-донощика, який на свій захист заявляв, що вчинив так, керуючись своїми націонал-соціалістичними переконаннями.

Аналізуючи підстави засудження стукача, Радбрух широко цитував аргументи обвинувачення про те, що і «за часів Гітлера» не було юридичного обов'язку доносити, навіть з політичних переконань, як про це заявив прокурор Кушніцькі (генеральний прокурор Тюрингії, слова якого цитувалися на підставі публікацій в пресі). Вирішальним натомість було питання, чи перебував обвинувачений у цій справі донощик – на службі правосуддя, що ґрунтується на переконанні, що провадження у справах у судах відповідає законові, а його метою є справедливість та забезпечення правової безпеки. Цих умов не дотримувалося гітлерівське політизоване судочинство, тому той, хто доносив на іншого, знав, що справа обвинуваченого не буде предметом провадження, що відповідає законові і надає правові гарантії пошуку істини, а відповідальність особи, на яку він доносив, не визначатиме справедливий вирок, натомість цей вирок буде наслідком суддівської сваволі.

У витязі з іншого обвинувального висновку, що його цитував Радбрух, наводиться позиція Річарда Ланге (професор Юридичного факультету Єнського університету), який стверджував, що донощик був обізнаний, які відносини панували в Третньому Рейсі й усвідомлював факт спотворення права судами, коли особа, на яку донесли, не мала шансу врятувати своє життя в кримінальному процесі, спровокованому доносом. Хоча § 139 КК Німеччини закріплював положення про те, що той, хто володіє надійною інформацією про державну зраду, має обов'язок повідомити про це органи влади, однак цей обов'язок не стосувався доносу в аналізованій справі. Адже смілива фраза про Гітлера як масового вбивцю, який розв'язав війну, не лише з юридичної точки зору не була злочином *Hochverrat*, а й, зважаючи на свою правдивість, була йому протилежною.

Донощик не оцінював зміст фрази в аспекті державної зради, а його метою було – як він сам визнав, і це підтвердили свідки – відправити на ешафот того, хто написав таку фразу, що водночас вказує на його умисел вчинити вбивство згідно з § 211 КК Німеччини. Те, що автора фрази до страти засудив суд, не заважає визнати донощика непрямым (опосередкованим) виконавцем вбивства.

Наведена Радбрухом прокурорська аргументація вказувала на те, що насамперед модель непрямого вчинення злочину мала застосовуватися до ситуації, коли німецький суд був використаний як знаряддя вбивства, адже попередня суддівська практика застосовувала цю модель у разі, коли винний у вчиненні злочину використовував безвольного виконавця або того, хто був нездатний нести відповідальність. Твердження, що суд, ухвалюючи вирок в аналізованій справі, формально діяв за законом, не заважає визнати непрямым виконавцем того, хто своїм доносом призвів до розгляду справи у кримінально-правовому порядку.

У витязі з ще одного обвинувального вироку, використаному Радбрухом, наводиться можливість іншої кримінально-правової кваліфікації поведінки донощика (на випадок, якби суд, що приймав рішення щодо його відповідальності, не вважав його непрямым виконавцем злочину вбивства). Відмова від моделі непрямого вчинення злочину обумовлює висновок, що вбивцями є судді, які в аналізованій справі ухвалили смертний вирок «з порушенням права та закону» (*wider Recht und Gesetz*), а донощика слід карати за пособництво у скоєнні вбивства. Таким чином розмірковував суд присяжних, який засудив обвинуваченого за донос не як непрямого виконавця злочину, а як пособника в учиненні вбивства, що означало – як наголошував у коментарі Радбрух – визнати винними у цьому вбивстві суддів, які засудили жертву доносу до страти всупереч праву та законіві.

Далі автор цитує надруковане в пресі висловлювання авторства Й.У. Шрьодера (генеральний прокурор Саксонії):

Жоден суддя не може посилатися на закон (*Gesetz*) і користуватися ним при ухваленні вироку, якщо цей закон є несправедливим та злочинним. Ми посилаємося на людські права, що стоять над усіма писаними статутами, на право, яке не можна забрати, право, яке не є вигаданим правом (*Recht*) – це право скасовує злочинні накази нелюдської тиранії. [...] тому мають обвинувачуватися судді, які ухвалювали вирок, що суперечать принципу гуманності й за якими люди засуджувалися до страти за дрібні проступки.

Враховуючи весь висновок у справі, саме це твердження надихнуло Радбруха до пошуку формули, яка б визначала кримінальну відповідальність судді за ухвалення несправедливого вироку, що ґрунтувався на «узаконеній сваволі».

У своєрідному вступі до пропонованого підходу Радбрух заявляє,

що позитивізм з його переконаністю у тому, що «закон є закон» (*Gesetz ist Gesetz*), зробив німецьке право беззахисним перед законами, зміст яких був свавільним і злочинним. При цьому позитивізм абсолютно не здатен власними силами обґрунтувати обов'язкову силу законів, адже він керується думкою, що доказом такої обов'язкової сили закону є вже те, що він має силу зобов'язувати діяти відповідно до нього. Однак на понятті «сили» може базуватися лише категорія «мусити», а не «обов'язок» та «обов'язковість», що мотивуються внутрішньою цінністю закону.

Дійсно, певною цінністю є вже те, що привносить з собою кожен акт позитивного права, незважаючи на свій зміст, адже краще, щоб закон був, ніж коли його нема нема, адже він зумовлює правову безпеку (*Rechtssicherheit*). Однак правова безпека – не єдина і не найважливіша цінність, яку має гарантувати закон, бо не менш важливими є дві інші цінності: цілеспрямованість та справедливість. В ієрархії цих цінностей доцільність права, що має слугувати загальному благові, перебуває на останньому місці, тому що в жодному разі не можна погодитися з думкою, що правом є все те, «що слугує суспільству». Врешті-решт, національній спільноті слугує лише те, що становить право, тобто те, що створює стан правової безпеки та спрямоване на встановлення справедливості.

Варто зазначити – як пише далі Радбрух – що правовій безпеці, як ознаці кожного акту позитивного права в силу його позитивності, належить місце між доцільністю закону та його справедливістю і, з одного боку, вона є бажаною для спільного блага, а з іншого – вимагається справедливістю. Стан надійності права, тобто те, що його тлумачення і застосування тут і зараз не зазнає зміни там і завтра, є вимогою справедливості. Там, де виникає суперечність між правовою безпекою та справедливістю, між актом позитивного права сумнівного змісту та справедливим правом, якому, однак, не «надано форми закону» (*nicht in Gesetzesform gegossen*), відбувається конфлікт справедливості «самої із собою» (*mit sich selbst*), що є виявом суперечності між уявною та реальною справедливістю.

Далі наводиться теза, що в науковій літературі дістала назву «формули Радбруха»:

Конфлікт між справедливістю та правовою безпекою міг би вирішитися так, що позитивне і гарантоване приписами та владою право має пріоритет навіть тоді, коли за змістом воно є несправедливим і суперечить меті, хіба що заперечення позитивним законом спра-

ведливості досягає таких меж (*so unerträgliches Maß*), що закон як «неправомірне право» (*unrichtiges Recht*) має поступитися на користь справедливості¹²⁹.

Розвиваючи цю тезу, автор, свідомий того, що вона не до кінця визначає ситуацію, коли суддя повинен відмовитися від застосування «нестерпно» несправедливого закону, пише:

Не можна провести чітку межу між випадками «узаконеної сваволі» й закону, що діє всупереч своєму неправомірному змісту; однак можна намагатися встановити іншу межу, де рівність, що є стрижнем справедливості, свідомо заперечується при становленні позитивного права. Тоді такий закон є не лише «неправильним законом», але більш того, він взагалі позбавлений природи закону¹³⁰.

Формулювання, що підсумовує висновок, закріплює: «Тому право, у тому числі позитивне право, не можна визначати інакше, ніж порядок, суть якого полягає у призначенні слугувати справедливості». Свій підхід Радбрух застосовує до оцінки права Третього Рейху: «Зважаючи на ці ознаки, націонал-соціалістичне право ніколи не досягнуло високого звання обов'язкового права».

У подальшому тексті не наводяться назви юридичних актів Третього Рейху, що відповідали поняттю «узаконеної сваволі», однак зазначаються «як приклади»: постанови, на підставі яких націонал-соціалістична партія, всупереч природі будь-якої партії, що є лише частиною політичної системи, захопила усю державну владу; закони, які передбачали ставлення до людей, як до напівлюдей та відмовляли людям у реалізації їх прав; положення, що передбачали покарання без урахування неоднакової тяжкості злочинів, що приймалися лише з метою залякування, а також положення, що визначали злочини з різним рівнем тяжкості, за які передбачалося однакове покарання, зазвичай страта.

Роздуми Радбруха стосовно наведеного вище розуміння «узаконеної сваволі» завершує думка про те, що слід шукати підставу для кримінальної відповідальності за вчинення сваволі в процесах, що закінчувалися стратами. Визначення такої підстави вимагає справедливості, однак її встановлення має відбутися з якнайменшою шкодою для пра-

¹²⁹ Пор. переклад в: J. Zajadło, *Formuła Radbrucha*, Gdańsk 2001, s. 111.

¹³⁰ Там само, с. 110.

вової безпеки, тому автор посилається на положення КК Німеччини, що діяли разом з положеннями, які містили «узаконену сваволю».

Визначивши, таким чином, правові підстави, автор повертається до розгляду питання відповідальності донощика, яке він порушив в першій частині своєї статті. Він стверджує, що не ставиться під сумнів його відповідальність як непрямого виконавця злочину вбивства, якщо для втілення такого умислу він як знаряддя використовував суд та автоматизм кримінального процесу. Умисел на вчинення вбивства у таких випадках виникає з бажання позбутися особи, згадуваної в доносі, і може зумовлюватися різними особистісними мотивами, у тому числі бажанням зайняти місце жертви або бажанням помститися. Цей умисел втілюється у життя через донос, що приводить в рух судовий апарат.

Використання суду як звичайного знаряддя злочину видається очевидним у випадках, де непрямий виконавець злочину віроломно використовує політичну тенденційність діяльності судів, зумовлену або політичним фанатизмом, або впливом влади. А якщо донощик не мав умислу вчинити вбивство, а прагнув суто надати судові матеріал для розгляду на його розсуд, то його можна карати як пособника, який долучився до покарання та непрямо – до страти, якщо суд зі свого боку ухвалив та виконав вирок, тим самим вчинивши вбивство.

Таке твердження породжує питання: за яких умов суддя, який застосовує положення, що передбачає можливість засудження до страти, несе кримінальну відповідальність за вбивство засудженої ним людини?

1.2. Обмеження на підставі § 336 Кримінального кодексу Німеччини кримінальної відповідальності судді за вбивство людини, засудженої до смертної кари

Відповідаючи на запитання про підстави кримінальної відповідальності судді, який вчинив несправедливість, Радбрух формулює важливу тезу, що визначає умову, яка обмежує цю відповідальність:

Покарання суддів за вбивство передбачає одночасне встановлення факту про те, чи ухвалили вони завідомо неправосудний вирок (§ 336, § 344¹³¹). Отже, вирок незалежного судді може стати предме-

¹³¹ КК Німеччини: «§ 344 «Переслідування невинуватих осіб». Чинownik, який умисно приймає рішення про відкриття або продовження слідства проти особи, невинуватість

том для його подальшого покарання лише за умови, що він порушив принцип, на якому ґрунтується його незалежність і який полягає у тому, щоб гарантувати підкорення судді лише закону, тобто праву.

Якщо на ґрунті окреслених у цьому висновку принципів – пише Радбрух – виявиться, що застосований суддею закон не був правом, що застосований захід покарання, наприклад страта, заперечує прагнення домогтися справедливості, можна говорити про об'єктивне ухвалення завідомо неправосудного вироку (*liegt objektiv Rechtsbeugung vor*).

Далі автор формулює питання, важливе для вирішення проблеми притягнення до кримінальної відповідальності суддів за вчинення злочину *Rechtsbeugung*: чи виховані в душі пануючого позитивізму судді, які не знають іншого права, крім того, яке дається у формі закону, діяли з умислом спотворити право тоді, коли застосовували позитивне писане право? Відповідь на таким чином сформульоване запитання надається не прямо, а через вказівку про те, що:

навіть якби вони й мали такий умисел, то в них залишається останній, щоправда надзвичайний, правовий засіб – посилення на загрозу власному життю. Це – ризик, якому вони самі себе піддали, підтвердивши під присягою розуміння нацистського права як «узаконованої сваволі», із посиланням на § 54 КК¹³². Втім використання цього аргументу суперечить суддівській етиці, оскільки спосіб мислення судді повинен бути спрямований на досягнення справедливості будь-якою ціною, навіть ціною власного життя.

Синтезуючи висновок Радбруха, слід зазначити, що він називає положення, присвячене злочині *Rechtsbeugung*, таким, що за своїм змістом зумовлює кримінальну відповідальність судді за те, що сталося із засудженим у силу ухвалення ним вироку. Іншими словами, притягненню судді до відповідальності за вбивство людини, яку він засудив до страти, завжди має передувати обґрунтоване твердження про те, що він свідомо, тобто маючи умисел, виніс завідомо неправосудний вирок (його дія відповідає ознакам, що становлять тип злочину

якої йому відома, підлягає покаранню у вигляді позбавлення волі».

¹³² § 54 КК Німеччини (в тогочасній редакції): «Немає складу злочину, якщо діяння вчинено [...], зважаючи на крайню необхідність, яку не можна було по-іншому відвернути, щоб врятувати виконавця або члена його родини від небезпеки для життя або здоров'я».

Rechtsbeugung). Лише після цього на суддю може покладатися відповідальність за летальний наслідок його вироку, що спотворив право.

Далі у висновку наводиться спосіб вирішення ситуації конкуренції положень, що мають визначати відповідальність судді, один і той самий вчинок якого відповідає ознакам двох типів злочинів, що зазначені у змісті двох положень КК, тобто § 336 (*Rechtsbeugung*) та § 211 (*Mord*).

У такій ситуації має місце ідеальний збіг складу злочину спотворення права та складу злочину вбивства. Такий збіг не відбувся б, коли страта засудженого була б виконанням смертного вироку, що не спотворював право. Таким чином, не передбачалася б відповідальність судді за вбивство, якщо призначення ним виконаного пізніше покарання не впливало б із його свідомого акту спотворення права.

Такі міркування давали підставу стверджувати, що § 336 КК Німеччини, де описувався злочин *Rechtsbeugung* (спотворення права), виконував функцію обмеження кримінальної відповідальності судді за позбавлення життя або волі засудженої людини, що в науковій літературі названо «привілеєм відповідальності» (*Haftungsprivileg*), «суддівським привілеєм» (*Richterprivileg*) або виключенням кримінальної відповідальності судді за результатами його вироку.

2. Функції § 336 Кримінального кодексу Німеччини, що обмежує кримінальну відповідальність судді

У науковій літературі поширена думка про те, що «на перший погляд, теорія Радбруха щодо ситуації конкуренції § 336 КК з іншими типами заборонених діянь здається повністю переконливою», і тому вона стала панівним поглядом у доктрині та судочинстві¹³³.

У судовій практиці тези Радбруха було сприйнято (вирок Земельного суду вищої інстанції в Бамбергу 1949 року). При цьому зазначалося, що злочин *Rechtsbeugung* вчиняє тільки той чиновник, який порушує закон із прямим умислом, а не той, хто чинить так, керуючись не прямим умислом¹³⁴. Це підтвердив Верховний федеральний суд Німеччини у своєму фундаментальному рішенні від 19 червня 1956 року:

¹³³ P. Seeman, *Rechtsbeugung – Die Strafbarkeit des Richters*, Aachen 1996, s. 101.

¹³⁴ H. Ostendorf, H. T. Veen, *Das «Nürnberger Juristenurteil». Eine kommentierte Dokumentation*, Frankfurt/Hew York 1985, s. 51.

Той, хто через свою діяльність у ролі чиновника або третейського судді, що веде провадження у справах або ухвалює вироки, має притягатися до відповідальності, може бути засуджений на підставі інших положень (не лише § 336, а й зокрема § 211 «Вбивство», § 239 «Позбавлення волі») «тільки тоді, коли» (*nur dann [...] wenn*) буде доведено, що відповідно до § 336 КК Німеччини він спотворював право.

У другій тезі того самого рішення повторено тезу, що злочин *Rechtsbeugung* вчиняє тільки той, хто спотворює закон з прямим, а не лише з не прямим умислом¹³⁵.

У наведеному Верховний федеральний суд Німеччини підсумував свій висновок, що містився в попередньому рішенні від 29 травня 1952 року¹³⁶:

Суддя, який ухвалює смертний вирок, може зробити своє діяння таким, що заслуговує на покарання, якщо він спотворить право. У такому разі він свідомо і за власним бажанням (*bewußte und gewollte*) вчиняє правопорушення проти процесуального або матеріального права, без яких не дійшло б до ухвалення смертного вироку. Якщо матимуть місце ненавмисні порушення права, що тягнуть ухвалення смертного вироку, то відповідальність суддів виключається – зокрема, через ненавмисне заподіяння смерті. Доти, доки суддя намагається реалізувати матеріальне право відповідно до визначених норм, він за жодних умов не несе кримінальної відповідальності за ймовірно помилкове рішення. Лише якщо він свідомо та за власним бажанням (*bewußte und gewollte*) приймає рішення, що суперечить праву, тобто спотворює право, на нього може чекати притягнення до відповідальності. Протилежний погляд, що вимагає притягнення до кримінальної відповідальності судді, який приймає рішення в справі, також за ненавмисне порушення закону, однозначно суперечить принципів предметної незалежності судді. Цей принцип опинявся б під загрозою, що сповільнювало б, та й навіть паралізувало б правосуддя, якби суддя мусив побоюватися, що з огляду на ненавмисне порушення закону він міг би бути притягнутий до кримінальної відповідальності. Судді надається привілей бути незалежним від будь-яких вказівок та директив, крім закону, для того, щоб суддя служив

¹³⁵ 1 StR 50/56, BGHSt, 10, s. 294, 299.

¹³⁶ StR 45/50. «Monatsschrift für Deutschen Recht» 11/1952, s. 693–696.

праву та справедливості, і тільки їм. Це завдання суддя може виконати лише тоді, коли він є внутрішньо вільним і не мусить жити, побоюючись, що через небажане та ненавмисне неправильне застосування права, якого не вдасться уникнути навіть найкращим та найсвідомішим суддям, мали б виникати шкідливі для нього наслідки.

Слід зазначити, що Радбрух у жодному з витягів із висновку, що наводився вище, пишучи про умисел виконавця спотворити право, не пов'язував обмеження відповідальності судді з прямим його умислом на вчинення цього. Формулювання умови про відповідальність судді у разі наявності у нього саме прямого умислу на спотворення права було справою судової практики, що фактично виключало можливість проведення процесів щодо суддів, які ухвалювали смертні вироки і щодо яких не вдалося довести, що вони з прямим умислом виносили завідомо неправосудні вироки.

Зважаючи на наслідки процесів, що в подальшому відбулися в німецьких судах, під час яких були звільнені від кримінальної відповідальності нацистські судді, зважаючи на те, що їх не можна було звинуватити у прямому умислі спотворити право, тези Радбруха, що стосувалися функції § 336 КК Німеччини, були піддані критиці. Вирішено, що криміналізація злочину спотворення права не мала на меті гарантувати суддівську незалежність, натомість повинна була «в минулому, сучасності та майбутньому забезпечувати рівне становище сторін судового процесу»¹³⁷.

Фрідріх, здійснюючи оцінку тези, що визначала роль положення про *Rechtsbeugung*, крізь призму вироків судів Федеративної Республіки Німеччина, що виправдовували суддів Третього Рейху, які ухвалювали смертні вироки, докоряв Радбруху, що той звернув увагу на тип злочину спотворення права, який перебував «в тіні» з 1851 року, тобто з часу, коли його було кодифіковано в Прусському кримінальному кодексі, та застосував його для «попереднього дослідження» (*Voruntersuchung*) відповідальності суддів за вбивство (*Tötungshandlung*), вчинене через акт злочинного ухвалення смертної кари.

На думку критика, це положення, що стосується судді, «який під час провадження у справі або ухвалення вироку (*Rechtssache*) свідомо спотворює право на користь або шкоду однієї зі сторін», не можна поширювати на суддю Народного трибуналу (*Volksgerichtshof*) Третього

¹³⁷ F. Bauer, *Das «gesetzliche Unrecht» des Nationalsozialismus und die deutsche Strafrechtspflege*, [w:] A. Kaufmann (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Göttingen 1968, s. 306.

Рейху, оскільки предметом провадження в ньому по суті не були юридичні справи (*keine Rechtssachen*). Посилаючись на рішення за наслідками Нюрнберзького процесу над нацистськими юристами стосовно питань змісту та характеру кримінального права Третього Рейху, автор аргументує критичні зауваження, що поняття «права», вжите у змісті § 336 КК Німеччини як підстава справедливості, не передбачає сваволі, якою відзначалося націонал-соціалістичне правосуддя. Задум законодавця, що кодифікував заборонене діяння судді, полягав у створенні законної гарантії для сторін судового процесу, що суддя ухвалить вирок згідно з правом та законом (*nach Recht und Gesetz*). Положення § 336 КК Німеччини не допоможе здійснити кримінально-правову оцінку поведінки суддів в державі сваволі, де судді з гарячим переконанням або з байдужим автоматизмом виконували державні замовлення на вбивства, відображені у змісті норм кримінального законодавства Третього Рейху, що визначали смертну кару як рішення, що його судді рекомендується ухвалювати.

Суть критики «права Радбруха», яке, як пише Фрідріх, «більш відоме під назвою «суддівського привілею», можна звести до твердження, що, на його думку, в аналізованій ситуації не відбувається реального поєднання двох злочинів, які суддя вчинив одним діянням (йдеться про спотворення права та вбивство), натомість має місце лише злочин вбивства (§ 212 або § 211 КК Німеччини). Врешті-решт критик доходить висновку, що нацистські винуватці несуть відповідальність за злочин вбивства незалежно від того, чи користувалися вони як знаряддям параграфом кримінального закону, письмовим наказом чи ін'єкцією з отрутою. А посилання на положення про спотворення права як на підставу переслідування суддів за вбивство по суті є формуванням «штучної, переносної перешкоди», що лише ускладнює засудження їхніх дій. Умова подібного процесу над суддею, що передбачає збирання доказів того, що він спотворив право в контексті § 336 КК Німеччини, по суті – як стверджує критик – є «вушком голки», крізь яке прокурор мусить протиснути нацистського суддю, обвинувачуючи його в убивстві людини шляхом засудження її до страти. Від того, чи вдасться прокуророві це зробити, залежить засудження такого судового вбивці¹³⁸.

Зупиняючись на термінології юридичної полеміки, критик звертає увагу на запитання, яке сформулював Радбрух: чи судді, виховані в душі правничого позитивізму, що не знають іншого права, крім того, яке

¹³⁸ J. Friedrich, *Freispruch für die Nazi-Justiz. Die Urteile gegen NS-Richter seit 1948. Eine Dokumentation*, Berlin 1998, s. 77–78.

дається у формі закону, могли мати умисел спотворити право, навіть тоді, коли право, виконавцями якого вони були, було нічим іншим, як «узаконеною сваволею». У відповідь критик зауважує, що якби судді діяли без попереднього умислу, то були б «найдурнішими під сонцем» (*Dümmsten unter der Sonne*). Критику «суддівського привілею» він завершує думкою, що цей привілей породив аргумент, яким користувалися захисники в усіх кримінальних процесах над суддями. Він полягає у тому, що судді несвідомо чинили сваволю.

Взявши до уваги критику тези Радбруха про функції § 336 КК Німеччини, хочемо ще раз нагадати, що Радбрух не твердив, що спотворення права має каратися тільки тоді, коли суддя вчинив його з прямим умислом. Таке обмеження запроваджено в судовій практиці, що спотворило тезу Радбруха, і це дало змогу нацистським суддям уникнути кримінальної відповідальності. Крім того, варто зазначити, що з висновку про поняття «узаконеної сваволі» випливає, що вона втілювалась особливо в таких правових актах: *Blutschutzgesetz* 1935 року і *Polenstrafrechtsverordnung* 1941 року, хоча й Радбрух їх не назвав, обмежившись заявою, що «цілі частини» нацистського права ніколи не були гідними називатися обов'язковим правом.

Твердження, згідно з яким, засуджуючи на підставі «узаконеної сваволі», суддя «спотворює право», адже чинить те, що заборонене правом, дозволило б судам, що ухвалювали вироки у справах нацистських злочинів проти правосуддя, взяти за основу кримінально-правової оцінки вчинків суддів Третього Рейху тезу, що караним діянням було засудження людей саме відповідно до положень *Blutschutzgesetz*. Якщо слідувати за думкою Радбруха, можна дійти висновку, що злочин об'єктивного спотворення права (§ 336 КК Німеччини) вчиняв також суддя, який розумів зміст положення про необхідність страти поляків та євреїв, «що висловлювали антинімецьке ставлення» (*Polenstrafrechtsverordnung*) і засуджував їх до страти «свідомо та прагнучи» карати за таку їхню позицію, діючи відповідно до буквального тлумачення закону і не маючи наміру від нього відступати. Констатація того, що суддя в таких випадках реалізовував ознаки *Rechtsbeugung*, в кінці-кінців мала б наслідком обвинувачення його у вбивствах осіб, яких він засудив до страти. Відповідно до функції § 336 КК Німеччини в сучасних реаліях сформульовані зауваження іншого характеру¹³⁹.

¹³⁹ У науковій літературі висловлюється думка про те, що зміст положення про *Rechtsbeugung* обумовлює надання суддям привілейованого становища, адже створює своєрідний «фільтр», що обмежує їхню кримінальну відповідальність порівняно з виконавцями заборонених діянь, які належать до інших професійних груп. Як приклад наводиться ситуація з лікарем, який вчиняє помилку, і йому загрожує кримінальна відповідальність

У контексті наведеної аргументації виникає потреба зупинитися на тому, як німецькі суди тлумачили в конкретних справах ключове для злочину *Rechtsbeugung* поняття «спотворення права», що в наведених вище вироках Верховного федерального суду Німеччини від 29 травня 1952 року та від 19 червня 1956 року визначалося як «свідоме і бажане порушення процесуального або матеріального права» із застереженням про те, що непрямого умислу судді недостатньо, аби притягнути його до кримінальної відповідальності на підставі § 336 КК Німеччини.

за ненавмисну смерть пацієнта, незважаючи на те, що часто лікар не може ухилитися від прийняття рішення щодо застосування певних рятувальних заходів, адже це було б рівнозначним ненаданню допомоги людині, а на вибір правильної поведінки він зазвичай має значно менше часу, ніж суддя на підготовку свого вироку. Наводиться також приклад із керівником будівництва, який ненавмисно під час будівельних робіт порушив архітектурні принципи, створивши тим самим безпосередню загрозу життю або здоров'ю людини, за що він може притягатися до кримінальної відповідальності, хоча й не вчиняв цього забороненого діяння умисно. Див.: U. Schmidt-Speicher, *Hauptprobleme der Rechtsbeugung unter besonderer Berücksichtigung der historischen Entwicklung des Tatrestandes*, Berlin 1982, s. 90.

Розділ V

ПРОЦЕСИ ЗА ОБВИНУВАЧЕННЯМ СУДДІВ ТРЕТЬОГО РЕЙХУ В СУДАХ ФЕДЕРАТИВНОЇ РЕСПУБЛІКИ НІМЕЧЧИНА

1. Поняття спотворення права в аспекті судової діяльності Верховного федерального суду Німеччини (справа суддів спеціального суду Фербера та Гоффмана)

У межах апеляції відбулося дослідження обґрунтованості покарання вироком Земельного суду Нюрнберга від 5 квітня 1968 року¹⁴⁰ суддів спеціального суду, які у 1942 році спотворили право, засудивши обвинуваченого до страти¹⁴¹. Верховний федеральний суд Німеччини у

¹⁴⁰ Вирок ухвалив Земельний суд Нюрнберга (7/28 Ks 1/68), який засудив Карла Й. Фербера до 3, а Хайнца Гоффмана – до 2 років позбавлення волі. Див.: W. Kulesza, *Karanie za zbrodnię «zhańbienia rasy» (Rassenschande) i odpowiedzialność karna sędziów za zbrodnicze skazania* [w:] A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak (red.), *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjolikturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara*, Toruń 2010, s. 367.

¹⁴¹ Обвинувальний вирок щодо Л. Катзенберга у 1942 році ухвалив спеціальний суд (*Sondergericht*), де головував О. Ротауг, якого було засуджено у 1947 році під час Нюрнберзького процесу над нацистськими юристами і покарано за участь як судді у вчиненні злочинів проти людяності (див. Розділ I книги). Членів суддівського колегії, що ухвалила вирок, Карла Фербера та Хайнца Гоффмана, засуджено вироком Земельного суду Нюрнберга від 5 квітня 1968 року за одночасне ухвалення завідомо неправосудного вироку (§ 336) та вбивство (§ 212 КК Німеччини) засудженого за їхньої участі до страти Катзенберга. Стосовно обох суддів враховано пом'якшувальні обставини, що мало наслідком засудження судом присяжних на підставі § 213 КК Німеччини першого з них до 3, а другого – до 2 років позбавлення волі. Пояснення, які в 1968 році дали обидва обвинувачені судді, суперечили їхнім показанням, що їх вони давали як свідки на Нюрнберзькому процесі над нацистськими юристами у 1947 році. Тоді вони засвідчили, що коли вони ухвалювали вирок, то перебували в стані «суддівського примусу» («*Richterdruck*») з боку НСДАП та служби безпеки (СД) і піддавалися натискові Ротауга, який головував в суддівській колегії, членами якої вони були. Ухвалений в таких умовах вирок вони у своїх показаннях називали «нестерпним, несправедливим та нелюдським»,

своєму рішенні від 21 липня 1970 року¹⁴² вказав на три вияви суддівського забороненого діяння, названого поняттям «спотворення права» (*Rechtsbeugung*) у розумінні § 336 КК Німеччини, де описувався цей склад злочину.

Перший вияв карної поведінки судді в кримінальному процесі, що впливає на зміст його вироку, – це фальсифікація обставин справи – предмету розгляду (*Sachverhaltsverfälschung*), що полягає у визнанні доведеними тих фактів, які не були встановлені у процесуальній формі й із дотриманням принципів процедури доведення в суді¹⁴³.

Другим виявом діяння, що спотворює право, визнано «неправильне» застосування права (*falsche Rechtsanwendung*), що в кримінальних справах полягає у порушенні правил кримінально-правової кваліфікації вчиненого, тобто в його підведенні під правове положення (*Sachverhaltssubsumtion*)¹⁴⁴, на підставі якого засуджують обвинуваченого¹⁴⁵.

Третім виявом спотворення права є зловживання законом під час призначення покарання обвинуваченому «на власний розсуд» (*Ermessensmißbrauch*)¹⁴⁶.

Складу злочину «спотворення права» в контексті § 336 КК Німеч-

адже «правосуддя у ньому зазнало відчутного порушення». Під час провадження у 1968 році обидва судді в ролі обвинувачених пояснювали, що дати ті показання під час процесу над нацистськими юристами їх змусив прокурор американського Військового трибуналу, який погрожував, що, якщо вони як свідки не дадуть показань проти судді Ротауга, то їхній статус на процесі може зазнати змін, і вони самі займуть місце на лаві підсудних. Піддавшись примусові, вони поклали відповідальність за ухвалення вироку на голову суддівської колегії, однак коли їх самих обвинуватили в його ухваленні, то вони пояснювали, що вирок вважали юридично бездоганим. Там само, с. 362–363.

¹⁴² Вирок Верховного федерального суду Німеччини 1 StR 119/69, виданий у NJW 1971, s. 571 та як додаток до: G. Spindel. *Rechtsbeugung durch Rechtsprechung*, Berlin, New York 1984, s. 130–140.

¹⁴³ Судді, які ухвалювали вирок у 1942 році, засудили обвинуваченого Катзенберга за «статеві зносини», хоча цей факт під час судового процесу не був доведений.

¹⁴⁴ Цей вияв порушення закону суддею відзначив Р. Франк, коментуючи зміст § 336 КК Німеччини: «Отже, виконавець має знати, що він застосовує закон неправильно або не застосовує принципу права, який має бути застосований, і далі він має знати, що цього достатньо, щоб завдати шкоду одній зі сторін». Див.: R. Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Tübingen 1915, s. 622.

¹⁴⁵ У вирокі, що засуджував за вчинення *Rassenschande*, відбулося «підтягнення» діяння, яке інкримінували обвинуваченому Катзенбергові, під положення про страту злочинця, що для вчинення злочину використовував воєнні обставини (наприклад, грабїж після бомбардування).

¹⁴⁶ Серед двох видів покарань (позбавлення волі та страта), що передбачені в положенні, на яке посилалися як на основу ухвалення вироку судді, в акті деспотичного свавілля вони обрали покарання, що фактично стало вбивством обвинуваченого.

чини відповідає кожен з трьох перелічених виявів суддівської поведінки окремо, хоча вони можуть і збігатися у змісті одного вироку (як це відбулося у випадку засудження до страти у 1942 році за «зневагу німецької крові з використанням воєнних обставин») ¹⁴⁷.

Докладний аналіз цього вироку здійснив Спендель, вибудовуючи поняття «судового вбивства через спотворення права» (*Justizmord durch Rechtsbeugung*) ¹⁴⁸. На початку свого коментаря автор заявляє, що в цій справі насамперед мусить ставитися запитання, чи обвинувачені не порушили право вже самою тільки своєю покірністю державній сваволі, тобто чи не став ганебний вирок наслідком застосування ганебного закону? Питання, чи власне застосування *Blutschutzgesetz* було рівнозначне об'єктивному порушенню права, мало настільки принципове значення, що ствердна відповідь на нього була б достатнім обґрунтуванням для засудження за злочин, передбачений § 336 КК Німеччини, суддів, які ухвалили вирок, «послуговуючись» положеннями «узаконеної сваволі», якій вони не мусили підкорятися.

Верховний федеральний суд Німеччини погодився з тим, що викладено у переглянутому вирокі Земельного суду Нюрнберга від 5 квітня 1968 року про обов'язкову силу *Blutschutzgesetz* 1935 року:

У ті часи суди не мали ніякої можливості ухилитися від застосування цього закону. Тоді суди не були ані уповноважені, ані зобов'язані досліджувати закони, що їх вони застосовували, з точки зору того, чи вони відповідають Конституції (Веймарській) та основним принципам моралі. [...] право судів перевіряти відповідність законів Конституції у період націонал-соціалістичного панування насилля було відкинуте як таке, що суперечить розумінню держави. Тому воно не застосовувалося стосовно законів цього періоду. [...] Імовірний обов'язок судів контролювати, чи не суперечать закони основним принципам моралі, було відкинуто ще до 1933 року ¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Критично зауважується, що поділ на три вияви злочину спотворення права може виявитися необ'єктивним, адже фальсифікацію обставин справи, так само як і зловживання свободою суддівського рішення, можна об'єднати під поняттям помилкового застосування права. Див.: G. Spendel, *Rechtsbeugung...*, s. 39.

¹⁴⁸ Термін *Justizmord durch Rechtsbeugung* Спендель використав раніше як назву своєї статті у NJW 1971, s. 537.

¹⁴⁹ 7/28 Ksl/68, J. Friedrich, *Freispruch für die Nazi – Justiz. Die Urteile gegen NS-Richter seit 1948. Eine Dokumentation*, Berlin 1998, s. 361.

Із цього твердження випливало, що засудження на підставі Закону «Про захист німецької крові» особи, яка дійсно вчинила акт «зневаги раси», не було злочином проти правосуддя у формі спотворення права, що й стверджував Земельний суд, цитуючи: «Інкримінована обвинуваченим помилка у вирокі не полягає в тому, що вони застосували *Blutschutzgesetz*»¹⁵⁰.

Що стосується суддів, яких суд першої інстанції визнав винними у спотворенні права та у вбивстві людини, яку вони засудили до страти, Спендель дотримувався погляду, що особи, які ухвалили такий вирок, несуть кримінальну відповідальність, що ґрунтується на моделі опосередкованого вчинення злочину¹⁵¹. З перспективи поняття «судового вбивства через спотворення права» і з урахуванням аргументації, що її використав Спендель (захисник об'єктивної теорії спотворення права), наведемо основні тези рішення Верховного федерального суду Німеччини від 21 липня 1970 року, що стосувалися злочину проти правосуддя.

Вихідним пунктом є твердження, що засудження судді на підставі § 336 КК Німеччини повинно ґрунтуватися на «чистій» об'єктивній теорії спотворення права. Підставою застосування цього положення є теза про те, що суддя своєю поведінкою під час процесу або ухваленням вирокі, яким закінчився процес, створив умови для виникнення стану об'єктивного заперечення права та закону¹⁵². Автор уточнив, що суддя вчиняє заборонене діяння, «якщо **одночасно** порушує об'єктивне право» («*wenn er das objektive Recht eindeutig verletzt*»). На його думку, «чиста» суб'єктивна теорія, згідно з якою ознака «спотворення права» має місце лише тоді, коли «суддя свідомо неправильно застосовує закон» (*der Richter das Recht bewußt falsch anwendet*), не витримує критики. Адже якби застосувати суб'єктивну теорію в справі, що її розглядав Верховний федеральний суд Німеччини, і припустити, що засліплені расовим фанатизмом судді дійсно були переконані у пра-

¹⁵⁰ Там само.

¹⁵¹ В обґрунтуванні обвинувального вирокі, яким було засуджено обох суддів, зазначається, що кожен з них, користуючись своїм правом на прийняття самостійного рішення під час голосування, вчинив свій власний злочин, з огляду на що вони не були ані співучасниками, ані пособниками злочину проти правосуддя. Те, що кожен з них віддав свій голос, одночасно було причиною смерті обвинуваченого, якого вони засудили до страти, адже призвело до ухвалення вирокі про покарання, для чого достатньо було одного голосу, що долучався до голосу головуючого судді (давало 2/3 голосів, необхідних для ухвалення вирокі). Отже, якщо судді своїми голосами підтримали вирок, то вчинили не тільки злочин спотворення права (*nicht nur eine Rechtsbeugung*), а й умисне вбивство (*auch ein vorsätzliches Tötungsdelikt*).

¹⁵² G. Spindel, *Rechtsbeugung...*, s. 41–42.

вильності свого рішення, то слід було б визнати, що їхні діяння не містили ознак злочину, визначеного § 336 КК Німеччини. У свою чергу, якби вони з побоювань, що після програної війни будуть притягнуті до відповідальності за ухвалений вирок, всупереч власному переконанню виправдали б обвинуваченого, то їхній вчинок підпадав би під ознаки злочину спотворення права, незважаючи на те, що такий вирок був би об'єктивно правильним. Тому внутрішнє переконання судді не може бути вирішальним при відповіді на питання, чи є його поведінка злочинним спотворенням права¹⁵³.

Далі Спендель зазначив, що Верховний федеральний суд Німеччини, переглядаючи в межах касації вирок, яким було засуджено суддів спеціального суду, що застосували Закон «Про захист німецької крові», дійшов висновку, що ці судді визнали застосовані положення «узаконеною сваволею» (*gesetzliches Unrecht*). Цей погляд зобов'язував зайняти позицію в принциповому питанні щодо відповідальності суддів власне за застосування закону, що становив собою «узаконену сваволлю», якому судді не мали обов'язку підкорятися. Верховний федеральний суд Німеччини не вирішив цього питання, а заявив, що в такій ситуації – чого у свою чергу автор не коментує – судді, які не хотіли дозволити, щоб стосовно них вчинялося зловживання, що полягало у використанні їх як покірних слуг сваволі (*willfähige Diener des Unrechts*), мали можливість уникнути цього, не викликаючи стосовно себе надто великих підозр націонал-соціалістичної влади. У межах можливостей людської поведінки, які їм залишалися за тоталітарного режиму, вони могли і далі служити справі правосуддя. Особливо шляхом ґрунтовного проведення судового слідства із широким застосуванням принципу «усі сумніви – на користь обвинуваченого», а також вузького тлумачення ознак родового типу злочину, вони все-таки могли уникнути жахливих наслідків та призначати покарання, що було б пропорційним провині обвинуваченого, а також забезпечувати використання всіх процесуальних гарантій. Якщо ж вони не використовували цих можливостей, то лише тому, що боялися за себе та своє професійне майбутнє і «побоюючись, капітулювали перед головою суду та партією».

Цей мотив побоювання Верховний федеральний суд Німеччини визнав «нищим», тому переглядаючи вирок суду нижчої інстанції, який не помітив нищої мотивації у вчинках суддів спеціального суду, Суд скасував вирок, що засуджував їх за вбивство (*Totschlag* – § 212 КК Німеччини), вчинене через спотворення права, і справжньою кваліфікацією їхнього діяння назвав вбивство з обтяжувальними обставинами

¹⁵³ Там само, с. 42.

(*Mord* – § 211 КК Німеччини), вчинене шляхом ухвалення смертного вироку, що порушив право.

Тут варто додати, що у 1970 році, коли Верховний федеральний суд ухвалив вирок у цій справі, засудження інших нацистських суддів в кримінальних провадженнях, які щойно починалися, за вбивства, вчинені шляхом застосування смертної кари, яку встановлював завідомо неправосудний вирок, не було можливим, зважаючи на закінчення строку давності для «звичайного» вбивства (якщо попередні процесуальні дії його не перервали)¹⁵⁴, натомість єдиним злочином, щодо якого строк давності не закінчився, щодо чиновників Третього Рейху залишалось вбивство з обтяжувачими обставинами¹⁵⁵.

Сприймаючи погляд, що судді спеціальних судів (*Sondergericht*) керувалися нищими мотивами, Спендель доходить висновку, що Верховний федеральний суд в обґрунтуванні своєї оцінки обмежився тільки вказівкою на їхні «побоювання» (*Furcht*) і посилався на пояснення обвинувачуваних суддів щодо небезпеки, в якій вони могли опинитися. Те, що вони подали як «найгірше», що могло з ними трапитися, якби вони не виявили «суворості» при ухваленні вироків, це – переведення зі спеціального суду до іншого суду та втрата перспективи кар'єрного росту. Спендель пише, що таке «найгірше» було б для них самих «найкращим»¹⁵⁶. Вживання конструкції «побоювання» в контексті аналізованої справи є серйозним зловживанням цим словом, що

¹⁵⁴ Положення § 68 КК Німеччини в сучасній редакції передбачає, що «кожна дія судді, спрямована проти виконавця діяння з огляду на вчинення цього діяння, перериває строк давності».

¹⁵⁵ 8 травня 1955 року закінчився строк давності щодо злочинів періоду Третього Рейху проти життя та здоров'я, незаконного позбавлення волі та злочинів проти власності, за які загрожувало покарання позбавленням волі на строк до 10 років. 8 травня 1960 року минув строк давності щодо злочинів вбивства, злочинів проти життя та здоров'я зі смертельними наслідками, злочинів незаконного позбавлення волі зі смертельними наслідками та злочинів розбою. Існувала загроза, що 8 травня 1965 року закінчиться 20-річний строк давності щодо злочинів, за вчинення яких загрожувало довічне позбавлення волі, у тому числі вбивств з обтяжувальними обставинами. На підставі Закону від 25 березня 1965 року було передбачено, що при встановленні строку давності щодо злочинів не враховуватиметься період від 8 травня 1945 року до 31 грудня 1949 року, що означало, що строк давності щодо нацистських злочинів вбивств з обтяжувальними обставинами закінчиться 31 грудня 1969 року. Після чергового оновлення кримінального законодавства 26 травня 1969 року було продовжено строк давності щодо злочинів, за вчинення яких загрожувало довічне позбавлення волі, від 20 до 30 років. Тому було встановлено нову дату, коли закінчується строк давності щодо вбивств з обтяжувальними обставинами, що їх вчинили нацисти, – 31 грудня 1979 року. У шістнадцятому виданні Кримінального кодексу від 16 липня 1979 року було остаточно вирішено, що не підлягають давності нацистські злочини вбивств з обтяжувальними обставинами.

¹⁵⁶ Там само, с. 51.

мало б виражати реакцію на поведінку голови суддівської колегії, який тоді пишався «сміливістю» в ухваленні смертного вироку.

Звертаючись до позиції доктрини стосовно аналізованого питання, автор висловив думку (щоправда, не без іронії), що повоєнна юридична наука заходить надто далеко, а її представники, в період нацистського режиму часто не перебуваючи в стані крайньої необхідності, вдавалися до вчинків, до яких їх насправді не змушували, а в період осуду сваволі категорично висловлюються стосовно того, що судді не повинні були піддаватися впливові навіть за умови існування загрози життю. Зважаючи на це, вони не дозволяють їм посилатися на стан крайньої необхідності, який виключає відповідальність за заборонене спотворення права. На підтвердження своєї думки критик наводить слова Вельзля, який вважає «дуже сумнівним» застосування при кваліфікації суддівського вчинку, передбаченого § 336 КК Німеччини, моделі стану крайньої необхідності як обставини, що виключає вину судді, адже «суддя, так само як солдат та пожежник, має обов'язок не піддавати небезпеці своє життя»¹⁵⁷.

На думку Спенделя, задалеко заходить також судова практика, коли слова судді про його побоювання на момент ухвалення вироку (як було у випадку аналізованої справи) вважаються передумовою того, що такий вирок ухвалювався ним, керуючись лише цим мотивом, із оцінкою його як нічого. Пояснення обвинуваченого судді, чого саме він боявся, не є, як заявив Верховний федеральний суд Німеччини, розкриттям «мотиву, який все прикриває», а, на думку рецензента, може сприйматися лише як твердження, використане на свій захист, яке не заслуговує на те, щоб в нього повірили. Усе, що було встановлене у справі суддів *Sondergericht*, вказує на те, що їхньою мотивацією (такі дійсно ніцю) була можливість познущатися з беззахисного єврея та деспотичне очікування, що їх не притягнуть до відповідальності за ухвалення незаконного вироку.

Показовим підтвердженням такої мотивації Спендель вважає пояснення одного з суддів, що «підсвідомо» він розглядав обвинуваченого як мертвого, адже якби навіть не було ухвалено смертного вироку, то і так обвинуваченого забрало б гестапо з тією самою метою. Автор називає це тлумачення таким, що ґрунтується на особливому розумінні умови *sine qua non*, що типово для покірних і неактивних посібників тогочасного режиму, які після 1945 року використовували його на свій захист. Можна було вірити як у момент ухвалення злочинного вироку, так і пізніше – перед судом, що від відповідальності за співучасть у

¹⁵⁷ Там само, с. 52. Див. також: Н. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin 1969, s. 546.

діяннях злочинного державного апарату звільнятиме те, що навіть без їхньої участі наслідок був би таким самим, а то й гіршим. Незважаючи на те, що в стані крайньої необхідності не виключається можливість врахування такої позиції виконавця як обставини, що впливає на пом'якшення покарання (а в конкретному випадку як обставини, що виключає відповідальність), все ж це не стосується аналізованої ситуації ухвалення смертного вироку¹⁵⁸. Адже судді виявили небачену байдужість та зневагу до людського життя та ідеї права, що його захищає. Тому вони не можуть виправдовуватися тим, що підсудні, яких би вони не засудили, все одно втратили б життя у подальшому перебігу подій.

У коментованому Спенделем вирокі Верховний федеральний суд звернув увагу також на вияв умислу, який суд присяжних інкримінував суддям, винним у вбивстві через спотворення права. Верховний федеральний суд відповідно до своїх попередніх рішень виступив за прийняття такого тлумачення ознаки «умисно» (*vorsätzlich*) у контексті положення § 336 КК Німеччини, що робить прямий умисел, з яким суддя порушує закон, необхідною умовою його відповідальності за таким чином скоєний злочин¹⁵⁹. У судовій практиці постійно посилялися на те, що Верховний федеральний суд Німеччини встановив, що непрямий умисел судді, який ухвалює завідомо неправосудний вирок, є недостатнім для притягнення його до кримінальної відповідальності за вчинену несправедливість. Хоча Верховний федеральний суд, переглядаючи вирок суду присяжних, згідно з яким суддям спеціальних судів (*Sondergericht*)¹⁶⁰ інкримінувався власне прямий умисел на вчинення

¹⁵⁸ Там само, с. 53. Автор розглядає питання кримінально-правової оцінки поведінки лікарів, які умертвляли за допомогою медикаментів психічно хворих пацієнтів, вбивства яких санкціонувало СС в межах акції «Т4», метою якої було вбити усіх тих, чиє «життя не має жодної цінності». Відбувалися також випадки позбавлення життя хворих руками медичного персоналу зі співчуття, безпосередньо перед приїздом до лікарні групи СС, що здійснювала страти. У таких випадках міркування, що враховували умову *sine qua non*, породжувало запитання, чи можна позбавлення життя пацієнта ін'єкцією, перш ніж його розстріляють, вважати причиною смерті, яка все одно настала б? Після падіння націонал-соціалістичного режиму це породило ще одне запитання: чи можна цю обставину вважати такою, що виключає провину лікарів, чи все ж їхня поведінка була протиправною? Див.: G. Spindel, *Der Conditio – sine-qua-non – Gedanke als Strafmitteilungsgrund*, [w:] *Festschrift für Karl Engisch*, Frankfurt am Main 1969, s. 509.

¹⁵⁹ Вирок від 19 червня 1956 року, IStR 50/56, BGHSt 10, s. 294, 298.

¹⁶⁰ В обґрунтуванні обвинувального вироку щодо суддів йдеться про те, що під час ухвалення ними вироку вони усвідомлювали свій вчинок, отже, діяли з прямим умислом. Тому ці судді вчинили злочин спотворення права відповідно до § 336 КК Німеччини. Також констатується, що оскільки вирок ухвалили висококваліфіковані юристи, то його помилковість (*Fehlerhaftigkeit*) не зумовлювалася їх власною помилкою (*Irrtum*), натомість ці судді повністю усвідомлювали несправедливість (*Ungerechtigkeit*) вироку, яким вони засудили обвинуваченого до страти.

злочину (з чим рецензент повністю погоджується), мав хорошу нагоду переглянути свою позицію, він цього все-таки не зробив.

У період, коли Верховний федеральний суд Німеччини підтримував свою позицію, що непрямий умисел є недостатнім для реалізації ознак *Rechtsbeugung*, її правильність у доктрині піддавалася сумнівам, зважаючи на те, що з точки зору гарантій суддівської незалежності також немає жодних переконливих підстав виключати непрямий умисел як передумову відповідальності судді¹⁶¹. Зверталася увага на те, що самокритичний суддя, який має сумніви щодо правильності свого рішення або застосовує закон, усвідомлюючи, що його вирок може бути скасований судом вищої інстанції, не робить цього з умислом непрямого спотворення права, адже після подолання своїх сумнівів він не вважає, що ухвалюваний ним вирок є помилковим, а навпаки – він вважає його правильним. У ситуації усвідомлення недоліків свого рішення, він не сприймає його схвально, а відтак – не діє з непрямым умислом на спотворення права.

Питання непрямого умислу, з яким суддя вчиняє заборонене діяння, однак, не з'явилось у висновку із рішення Верховного федерального суду, який визнав, що зважаючи на виявлені у змісті ухваленого ними вироку недоліки, недопустимим був висновок суду першої інстанції про те, що засуджені судді спеціального суду діяли з прямим умислом. Аналіз окремих недоліків вироку, що є актами спотворення права, може засвідчити, що деякі з них були спричинені помилкою суддів, які ухвалювали вирок, тому всі разом вони не могли вчинитися з прямим умислом. Умисел суддів – як аргументував Суд – має встановлюватися окремо стосовно кожного з виявлених недоліків їхнього вироку, а кількість тих недоліків може бути лише вказівкою для цього встановлення. З таким побажанням Верховний федеральний суд Німеччини направив справу на повторний розгляд до суду першої інстанції, скасовуючи вирок, що засуджував суддів за вбивство, вчинене через спотворення права з прямим умислом¹⁶².

¹⁶¹ F. Bauer, *Das «gesetzliche Unrecht» des Nationalsozialismus und die deutsche Strafrechtspflege*, [w:] A. Kaufmann (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Göttingen 1968, s. 306; G. Bemann, *Über die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Richters*, [w:]. Там само, с. 30; M. Seebode, *Das Verbrechen der Rechtsbeugung*, Neuwied und Berlin 1969, s. 105.

¹⁶² Погляди Верховного федерального суду Німеччини щодо того, чи спотворювали обвинувачувані судді право з прямим умислом, не були розвинуті на подальших стадіях провадження, яке, зважаючи на незадовільний стан здоров'я суддів, було закрито постановою від 20 серпня 1976 року. Див.: C.F. Rutler, D. Mildt, *Die Westdeutschen Strafverfahren wegen Nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945–1997*, Amsterdam-München 1998, s. 158.

2. Прямий умисел судді на спотворення права як умова кримінальної відповідальності за вбивство, вчинене у зв'язку зі спотворенням права (справа судді Народного трибуналу Рехсе)

2.1. Вирок Земельного суду Берліна від 3 липня 1967 року, яким було засуджено суддю за спотворення права¹⁶³

Питання кримінальної відповідальності судді, який ухвалював вирок як член суддівської колегії, аналізувалося у трьох судових провадженнях у справі Отто Юлія Рехсе, судді Народного трибуналу (*Volksgerichtshof*), члена колегії, що ухвалювала вироки в період з 10 листопада 1941 року до закінчення війни, який підписувався під смертними вирокami поряд із головою Трибуналу Роландом Фрейслером (помер у 1945 році). Суддю Рехсе Земельний суд Берліна обвинувачував у тому, що він брав участь в ухваленні завідомо неправосудних вироків, внаслідок чого було засуджено до страти 7 осіб (суддя належав до суддівської колегії, яка засудила до страти 231 особу), тим самим він вчинив 7 убивств.

У вирокax, що їх підписував Рехсе, правовою підставою покарань були два положення. Перше з них – § 91b КК Німеччини – передбачало страту або довічне позбавлення волі за «підтримку ворога» (*Feindbegünstigung*), тобто дії на користь ворога кожного, «хто на території Німеччини або як німець за кордоном під час війни або у зв'язку із загрозою початку війни вчинить дії, які сприятимуть ворогові або шкодитимуть воєнній силі Рейху» (абз. 1). Якщо ж «шкода для Рейху була незначною», або якщо винний тільки незначною мірою посприяв ворогові, то в такому разі він підлягав покаранню у вигляді позбавлення волі на строк не менше двох років (абз. 2).

Друге положення – § 5 абз. 1 розпорядження «Про спеціальне воєнне кримінальне право» (*Kriegssonderstrafrechtsverordnung*) 1938 року – передбачало, що підлягає страті за «послаблення обороноздатності» (*Wehrkraftzersetzung*) той, «хто публічно закликає або заохочує відмовлятися виконувати службовий обов'язок у німецьких або союзних збройних силах чи іншим чином намагається публічно пригнітити або

¹⁶³ Вирок, який ухвалив Земельний суд Берліна, 3Pks 1/67, наводиться у: J. Friedrich, *Freispruch...*, s. 590–595.

деморалізувати волю німецького або союзного народу в його боротьбі» (п. 1), а також той, «хто схиляє солдата або військовозобов'язаного, який перебуває у короткостроковій відпустці, до непослуху, до виступів проти або до рукоприкладства стосовно керівника, або до дезертирства чи відлучення з війська без дозволу, або іншим чином підриває дисципліну в німецькій або союзній армії» (п. 2). Той самий параграф розпорядження у другій частині передбачав, що за незначні проступки може бути призначене покарання у вигляді позбавлення волі у в'язниці суворого режиму або звичайного позбавлення волі.

В обвинувальному акті Рехсові інкримінували, що він порушив право, коли поставив свій підпис під вироками, що засуджували до страти осіб, яких визнали винними у злочині надання підтримки ворогові та послабленні обороноздатності. Ці особи за різних обставин звернулися до своїх співрозмовників словами¹⁶⁴:

– Гітлер мусить поступитися, він приніс стільки нещастя німецькому народові, що не зміг би цього виправити протягом усього свого життя. [...] його мусять розстріляти, якщо ніхто не хоче цього зробити – я це зроблю [підприємець до працівника ощадної каси];

– Геринг в Італії має вже шостий маєток, він збагатився на чужій власності [...]. Муссоліні мають арештувати, з Гітлером не трапиться нічого іншого, в січні [1944 року] він вже не житиме [залізничник до працівника пошти, фразу почула жінка, що проходила повз них];

– Члени НСДАП це – пронумеровані народні товариші [...]. Якщо Гітлер не може контролювати ситуацію, він мусить піти [...]. Серед російських військовополонених я не зустрів жодного, який був би незадоволений Сталінінм [...]. Не буде так погано [у випадку поразки Німеччини], можна вислати 5000 народних товаришів для відбудови Старої Росії [промисловець до представників кооперативу];

– Війна не має шансів на успіх і перемогу. Американці кожні 6 хвилин виготовляють один літак, кожного місяця – 20 000. Як засвідчила ситуація в Африці, вони мають над нами велику перевагу [...]. У світовій війні [першій] унтер-офіцери та офіцери були мучителями людей, сьогодні ситуація повторюється [...] Німецькі солдати вирізали саф'янову шкіру з картини театру в Ростові і робили собі з неї портмоне [берлінський професор до пораненого солдата в присутності медсестри];

¹⁶⁴ Подано скорочену версію змісту вироків Народного трибуналу. Див.: Там само, с. 603–611.

– Тепер [липень 1943 року] настане кінець Третього Рейху. Йдеться вже тільки про покарання винних і про те, наскільки суворо покарають лідерів. Від моменту шахрайства з підпалом Рейхстагу я знав, що до цього дійде, адже довше така гра брехнею тривати не може [професор берлінського університету до свого колишнього асистента];

– Бомбардування Берліну минулої ночі було найтяжче. Це страшно, що всі ми мусимо страждати, а інші сприймають нас зломленими [...] Звичайно, ми винні у цій війні, тепер ті, які завинили, будуть притягнуті до відповідальності [...] так як в Італії протягом трьох днів знищили Муссоліні, так само буде і в нас. Через чотири тижні все закінчиться [той самий до своєї подруги];

– Війну можна легко програти [серпень 1943 року], як старому вояці мені прикро, що молоде військове покоління мусить вертатися додому так, як колись [...] Італійський фашизм був кон'юнктурним явищем, національний соціалізм піде тим самим шляхом. Вмираючий поранений солдат просив, щоб по праву руку біля нього поставили портрет Гітлера, а зліва – Геринга. Коли так зробили, він сказав: «Тепер я вмираю як Христос» [католицький священник до ремісника на плебанії].

Обвинувачені автори наведених усних висловлювань під час судового провадження перед Народним трибуналом заперечували, що вони вживали ці слова, або виправдовувалися, що їхні слова не несли в собі жодного шкідливого змісту. Однак проти них одноставно й упевнено свідчили їхні співрозмовники, яких прокуратура викликала як свідків. Один з обвинувачених вказував на бомбардування Берліну як на причину свого роздратування, піддавшись якому він сказав слова, у яких його звинуватили. Інший на свій захист заявляв, що його слова про солдата, який помирав між портретами двох вождів Рейху, не мали жартівливого звучання – як хотів довести обвинувач.

Народний трибунал вірив свідкам і поділяв кримінально-правову кваліфікацію слів, на яку вказували обвинувачі-прокурори. Трибунал визнав повністю доведеним факт наявності у змісті всіх висловлювань ознак злочинів «надання підтримки ворогові» та «послаблення обороноздатності» Німеччини. Зазначалося, що розповідь про вмираючого солдата однозначно представляє Гітлера та Геринга як злочинців.

За висловлювання у письмовій формі засуджено сьомого підсудного – католицького священника, який навесні 1943 року видав свої роздуми із баченням Німеччини після падіння націонал-соціалістичної

державності Третього Рейху. Автор зазначав, що країна розділиться на демократичні й незалежні держави, що входитимуть до складу федерації, в межах якої держави-члени вестимуть спільну закордонну політику. Крім поліцейських сил, що забезпечуватимуть внутрішній порядок, будуть створені європейські збройні сили, що стало б корисним для німецьких держав. Ці держави будуть зобов'язані проводити суспільну політику, здійснити націоналізацію промисловості й природних ресурсів та великих земельних ділянок. Кожному громадянину мали б гарантуватися основні демократичні права, причому з політичного життя були б усунені члени НСДАП, СА та СС. До часу прийняття конституції законодавча влада належатиме т.зв. тимчасовому парламенту.

Автор хотів, щоб його роздуми потрапили до британського уряду за посередництва протестантського священика в Швеції та духовних осіб англіканської церкви. З цією метою він довірив текст особі, яка – як з'ясувалося під час слідства щодо автора – була агентом гестапо.

Обвинувачений підтвердив перед Народним трибуналом зміст своїх роздумів, що містилися в документі – речовому доказі у справі, а стосовно обвинувачення його у «підтримці ворога» пояснив, що він сподівався, що його роздуми потраплять до Англії вже після падіння Німеччини. Щодо обвинувачення у «послабленні обороноздатності» він заявив, що він не мав умислу таким чином впливати на когонебудь. Стосовно третього обвинувачення у готуванні державної зради (*Hochverrat* – § 80, § 82 КК Німеччини) він відповів, що ніколи не планував застосовувати насильство, а ознака планування «застосування насильства» є умовою відповідальності за готування зради в контексті положень § 80, § 82 КК Німеччини, що наводилися в обвинувальному акті щодо нього.

Суддівська колегія визнала обвинуваченого винним в інкримінованій йому злочинній підготовці державної зради. Обвинувачення було мотивовано тим, що – як зазначив голова Трибуналу Фрейслер – підсудний є як «чума» («*Pestbeule*»), яку треба «викорінити» («*ausgemerzt*»), адже він усвідомлював і щонайменше погоджувався з тим, що його роздуми можуть потрапити до ворога ще до завершення війни, і їх можуть використати з метою пропаганди. У письмовому обґрунтуванні вироку подавалася аргументація щодо правильності покарання підсудного за державну зраду та послаблення обороноздатності.

Земельний суд Берліна здійснив аналіз наведених вироків та врахував пояснення, які надав обвинувачуваний суддя Рехсе, який підписував вирок разом з головою суддівської колегії, а також показання

свідків, які описували спосіб проведення процесів перед Народним трибуналом. Результати аналізу засвідчували, що саме голові Трибуналу Фрейслеру належала основна роль при ухваленні цих вироків.

В обґрунтуванні свого вироку від 3 липня 1967 року суд написав, що Фрейслер при виконанні своїх суддівських обов'язків не керувався бажанням втілити в життя мету правосуддя, якою є правомірність, натомість будучи суддею, служив чужим, та й навіть ворожим правосуддю цілям. Головуючи на судових процесах, він принижував обвинувачених, які виступали перед ним, виявляв стосовно них ненависть та зневагу. Він часто кричав на обвинувачених, принижував їх та зневажав, позбавляв можливості висловитися, намагався їх залякати, показуючи на засіданні, що хоче їх знищити як ворогів національного соціалізму, а також виголошував політичні пропагандистські промови. Наряду щодо ухвалення вироку часто розпочинав словами: «Тут може братися до уваги тільки страта» або «голова мусить полетіти».

Що стосується судді Рехсе, який супроводжував Фрейслера на засіданнях, Земельний суд заявив, що незважаючи на неабиякі розумові здібності та добре знання права, він підкорявся авторитетові голови суду, не протидіяв його способові застосування права, мовчав як під час судових засідань, так і під час нарад щодо ухвалення вироків, які підписував, усвідомлюючи їхні недоліки. У всіх семи випадках він погодився на засудження обвинувачених до страти, яку запропонував голова суду, адже він також вбачав своє завдання не в тому, щоб застосувати право та карати пропорційно до провини, а в тому, щоб втілювати в життя волю керівництва держави та «знешкоджувати» осіб, які не хотіли підкорятися цій волі. Така поведінка судді була визнана семикратним спотворенням права відповідно до § 336 КК Німеччини.

Для того, щоб відтворити міркування Земельного суду, слід зазначити, що з усього висновку, який міститься в обґрунтуванні вироку від 3 липня 1967 року, випливає, що суд не побачив інкримінованого Рейхсові спотворення права ані у збиранні фактичного матеріалу, ані у правовій кваліфікації діянь, за вчинення яких нацистські судді ухвалювали обвинувальні вироків, що ґрунтувалися на розширеному тлумаченні положень про «надання підтримки ворогу» (§ 91b КК Німеччини) та «послаблення обороноздатності» (§ 5 абз. 1 розпорядження «Про спеціальне воєнне кримінальне право»). У вироків, які підписав Рехсе, на думку Земельного суду Берліна, немає фальсифікації обставин справи (*Sachverhaltsverfälschung*), а також не здійснюється неправомірна підтасовка (*Sachverhaltssubsumtion*). Суд звернув увагу на те, що до ознак розглядуваних злочинів належить «публічна» діяльність обвинуваче-

ного, наявності якої бракувало в аналізованих випадках засудження. Однак суд визнав, що тогочасні судді діяли відповідно до судової практики, яка передбачала, що публічно діє також той, хто звертається до певної особи, враховуючи, що ця особа передасть його слова більшому колу осіб, і тому зміст висловлювання стане відомим громадськості.

Крім того, суд констатував, що умисне спотворення права у вироках, під якими підписався Рехсе, полягало у виході за межі повноважень судді – не можна карати на власний розсуд – та у свідомому порушенні заборони застосовувати жорстокі і непропорційно суворі покарання (*Ermessensmißbrauch*). Суддя усвідомлював, що засудження до страти з точки зору усього юридичного порядку є «небачено непропорційним» порівняно з порушенням закону обвинуваченими, що мало місце, та все ж таки навіть не намагався схилити інших членів суддівської колегії, які виконували роль статистів у процесі, до докладного обговорення питання покарання обвинувачених під час наради щодо ухвалення вироку. При цьому суддя Рехсе керувався невластивою праву мотивацією і на першому місці ставив генеральну превенцію.

У наступному фрагменті обґрунтування суд звернув увагу на те, що обвинувачений не усвідомлював неправомірності своєї поведінки, оскільки міг вважати смертну кару відповідним покаранням, встановленим в інтересах Рейху¹⁶⁵. Таке неусвідомлення сваволі (*Rechtsblindheit*) не виключає умислу спотворити право – констатує суд, – а також не виключає суперечності праву вбивства, яке судді вчинили своїм вироком. Суддя, який ухвалював вирок, знав, що робить, і розумів наслідки своєї поведінки, а якщо навіть у своєму засліпленні (*Verblendung*) він вирішив, що мусить так поводитися, то це – звичайна помилка стосовно заборони (*ein reiner Verbotsirrtum*), яка не виключає умислу. Від обвинуваченого як висококваліфікованого судді можна було очікувати надійного відчуття справедливого покарання, отже, він міг і мусив бачити сваволю свого вчинку, тому його не звільняє від відповідаль-

¹⁶⁵ Наведений висновок з обґрунтування вироку Земельного суду в цьому місці вказує на пояснення обвинуваченого, який аргументував, що в своїй суддівській діяльності почувався безмежно зобов'язаним дотримуватися положень закону, що були основою обвинувальних вироків, під якими він підписався. У публікації, де було вміщено вирок Земельного суду, міститься також фрагмент протоколу засідання, що є показовим, коли йдеться про таку позицію обвинуваченого судді:

– Голова кримінальної палати Земельного суду Фрідріх Геус: «А якщо було б прийнято закон, згідно з яким з цього моменту всі, хто носить окуляри, заслуговували на суворе покарання...?». – Обвинувачений Рехсе: «Я не міг би ніяк цьому завадити. Ми мусили бути слухняними». – Геус: «Чому ви підписували смертні вирoki, які суперечили праву? Адже вас не можна було до цього змусити!». – Рехсе: «Можливо, нічого зі мною і не сталося б, якби я не підписав». Див.: J. Friedrich, *Freispruch...*, s. 588.

ності те, що він взагалі не здійснював суддівського міркування або дійшов помилкових висновків.

На увагу заслуговує полеміка Земельного суду Берліна з тезою Верховного федерального суду стосовно принципів, на яких ґрунтується кримінальна відповідальність суддів, які не усвідомлювали незаконності ухвалених вироків, та впливу цього браку усвідомлення на їхній умисел¹⁶⁶. Суд звернув увагу на відмінність ситуації, в якій суддя, ухвалюючи вирок в конкретній справі, одноразово помилково оцінює обставини справи або помилково ж тлумачить положення закону, та ситуації довготривалого «засліплення», у стані якого неодноразово і постійно суддя прагне втілювати в життя незаконні цілі. Опрацьоване у практиці Верховного федерального суду обмеження кримінальної відповідальності суддів не стосується другої зі згаданих ситуацій, адже – як зазначив Земельний суд – це призвело б до абсурдних наслідків. Якби перед судом постав у ролі обвинуваченого власне голова Трибуналу Фрейслер, який посилався б на те, що він не усвідомлював незаконності ухвалених вироків, то його виправдали б, якби не можна було мотивувати заперечення його аргументації, що він діяв, не розуміючи закону.

Наведене міркування призвело до того, що Земельний суд визнав обвинувачуваного суддю Рехсе винним у семи вбивствах, учинених з низьких мотивів, адже він повністю поділяв незаконну мотивацію, якою керувався голова суддівської колегії, що було видно під час судових проваджень та відображено в резолютивній частині і обґрунтуваннях ухвалюваних вироків. Однак, зважаючи на те, що в ухваленні цих вироків основна роль належала голові Трибуналу Фрейслеру, поведінка члена суддівської колегії кваліфікувалася як пособництво у вбивстві (*Beihilfe zum Mord* – § 211 КК Німеччини). Враховуючи те, що суду були надані документи на підтвердження виконання трьох ухвалених смертних вироків, дії обвинуваченого було кваліфіковано як трикратне пособництво у вбивстві. Що стосується решти чотирьох випадків, встановлено, що мало місце пособництво у замасі на вбивство, адже забракло доказів здійснення страт, хоча правилом було виконання смертних вироків невдовзі після їх ухвалення, адже вони не підлягали оскарженню, а випадки помилування або надзвичайного оскарження вироку були дуже рідкісним явищем.

Кримінально-правова кваліфікація дій судді Рехсе як пособництва у вчинених і запланованих вбивствах дозволила Земельному суду від-

¹⁶⁶ Вирок Верховного федерального суду Німеччини від 19 червня 1956 року 1 StR 50/56, BGHSt, 10, s. 294, 298.

мовитися від засудження його до довічного позбавлення волі (таке покарання передбачалося як безумовна санкція за вчинення вбивства відповідно до § 211 КК Німеччини). Застосувавши положення § 49 КК Німеччини, що визначало принципи для пом'якшення покарання у вигляді довічного позбавлення волі, суддю Рехсе було засуджено до 5 років позбавлення волі. Вирок не набрав законної сили, адже його оскаржив як прокурор, що вимагав зміни кваліфікації діяння засудженого із пособництва на вбивство і визнання його виконавцем цього злочину, так і власне обвинувачений, який вимагав виправдати його з огляду на відсутність доказів того, що він діяв, керуючись такими мотивами, що є ознакою вбивства з обтяжувальними обставинами. Справу направлено на розгляд до Верховного федерального суду.

30 квітня 1968 року Суд ухвалив рішення скасувати оскаржуваний вирок і направив справу до Земельного суду Берліна на повторний розгляд із вказівкою, що суддя – член суддівської колегії, який голосував за ухвалення вироку про страту всупереч своєму суддівському переконанню про правомірність покарання, робить свій особистий внесок в ухвалення незаконного вироку і тому може нести відповідальність як виконавець злочину вбивства, а не як пособник у вбивстві. Водночас зазначалося, що такий суддя може бути покараним за вбивство з обтяжуючими обставинами лише тоді, коли він сам керувався такими мотивами, що у випадку скасування вироку не було встановлено, адже висновок, який містився у вирокі, насамперед стосувався мотивів голови Трибуналу Фрейслера.

Недоліком критикованого вироку визнано те, що в ньому застосовано формулювання «брак усвідомлення сваволі» та «засліплення» судді, які в їх звичайному розумінні не були пов'язані з суддівським умислом спотворити право¹⁶⁷. Саме з'ясування питання суддівського умислу спотворити право стало ключовим під час повторного провадження в суді першої інстанції.

¹⁶⁷ Вирок Верховного федерального суду Німеччини 5 StR 670/67. Обґрунтування цього вироку див. у: J. Friedrich, *Freispruch...*, s. 594–595.

2.2. Вирок Земельного суду Берліна від 6 грудня 1968 року, яким було виправдано суддю, обвинувачуваного у спотворенні права¹⁶⁸

З обґрунтування вироку – варто зазначити, досить-таки дивного – ухваленого після другого провадження у Земельному суді Берліна у справі судді Рехсе, розглянемо ті його фрагменти, які містять підсумок підходів судової практики тих часів щодо питань кримінальної відповідальності нацистських суддів за злочин спотворення права і вчинене внаслідок цього вбивство особи, засудженої до страти.

Сучасного читача насамперед вражає те, що наприкінці шістдесятих років суд Федеративної Республіки Німеччина докладно обґрунтував правильність юридичних оцінок, сформульованих Народним трибуналом Третього Рейху стосовно наведених вище висловлювань як таких, зміст яких містить ознаки злочинної «підтримки ворога» (§ 91b КК Німеччини) та «послаблення обороноздатності» (§ 5 абз. 1 розпорядження «Про спеціальне воєнне кримінальне право»). Положення, на підставі яких ухвалено сім смертних вироків, які аналізувалися під час процесу, Земельний суд назвав такими «що не виходять за межі неписаного, надзаконного права», адже «до них звертається кожна держава в період існування зовнішньої загрози, щоб захистити своє існування суворими воєнними законами». Таким чином, як констатує суд, суддя Рехсе підкорявся цим положенням «та не міг спротивитися суворим покаранням, що їх ці положення передбачали».

Аналізуючи зміст висловлювань, які визнавалися злочинами згідно з цими положеннями, Земельний суд сформулював думку, що вони могли «об'єктивно обмежити обороноздатність», адже «в ті часи, коли наближалось воєнне та політичне падіння Німецького Рейху, вони могли розбудити або зміцнити сумніви співрозмовників, а у випадку їх подальшого поширення – сумніви невизначеної кількості осіб щодо характерологічних, політичних та військових здібностей осіб, які керували державою та армією, а також могли послабити віру в перемогу та знизити волю до витривалості й жертвність відданого цивільного населення, що, очевидно, впливало на війська, що боролися на фронтах».

Хоча умовою караності таких висловлювань було публічне їх виголошення, все ж Земельний суд схвально зазначив, що від початку сорокових років у судовій практиці було прийнято, що про публічну

¹⁶⁸ Вирок Земельного суду Берліна 3 RKs/67. Опубліковано: Там само, с. 597–632.

поведінку може йтися вже тоді, коли виконавець звертається до однієї особи, зважаючи на те, що його слова співрозмовник перекаже ширшому колу осіб, внаслідок чого ці слова стануть публічно відомими. Особливо суд обґрунтовував свою переконаність у вірній кримінально-правовій кваліфікації поведінки автора роздумів, в яких він формулював програму для повоєнної Німеччини і яку мав намір вручити британському урядові, як «намагання підтримати ворога», адже така поведінка «об'єктивно відповідала набору ознак» цього злочину (§ 91b КК Німеччини), тобто діяльності на користь ворога.

Тут варто зауважити, що Земельний суд відкинув позицію Верховного федерального суду, викладену у вироді від 28 червня 1956 року, згідно з якою означені роздуми не становили жодної цінності для союзних держав, адже вони і без них мусили знати думки членів руху опору про майбутнє Німеччини. Земельний суд аргументував, що з цього документу союзні держави дізналися б, що і в німецьких церковних колах існує опір націонал-соціалістичному пануванню, і могли б ці знання використати як засіб пропаганди у веденні психологічної війни, щоб зміцнити свою волю до перемоги і послабити волю до боротьби німецької сторони, з метою позитивного для себе і якнайшвидшого завершення війни. Земельний суд визнав, що висновок, якого дійшов Народний трибунал (*Volksgerichtshof*), що автор як священик та мисляча людина був свідомий того, що він втратить контроль над можливостями використання свого документу, ґрунтується на предметній оцінці наданих доказів. Зважаючи на це цілком обґрунтованою була інкримінація йому умислу вчинити злочин, вказаний у § 91b КК Німеччини.

Після прочитання висновку Земельного суду спадає на думку, що цей суд – схвально цитуючи фрагменти обґрунтувань обвинувальних вироків, ухвалених нацистським Народним трибуналом – по суті поділяв правоту кваліфікації усних і письмових висловлювань як злочинів послаблення обороноздатності та підтримки ворогів Третього Рейху. Земельний суд визнав формальним «спотворенням права» те, що у всіх семи випадках було призначено покарання у вигляді страти, адже засудження до такого покарання «об'єктивно порушувало німецьке кримінальне право та все ще чинну в період націонал-соціалістичного панування заборону призначати непропорційно суворі покарання» (*Ermessensmißbrauch*).

Вжите формулювання «об'єктивні порушення» меж власного розсуду при призначенні покарання свідчить про те, що Земельний суд в цьому фрагменті обґрунтування свого вироку використав об'єктивну

теорію спотворення права. Далі суд заявив, що «ці вироки є незаконними, адже з сучасної точки зору йшлося про випадки менш істотного послаблення обороноздатності згідно з § 5 абз. 2 розпорядження «Про спеціальне воєнне кримінальне право», що передбачало можливість засудження до позбавлення волі у в'язницях суворого і загального режиму. Свою переконаність у правильності такого можливого покарання суд висловив так:

Оскільки підсудні це – без винятку поважні особи з бездоганними біографіями, по суті вони вірно оцінювали політичний та воєнний стан та робили, в основному, правильні висновки. Інші висловлювання підсудних були нервовими зривами, породженими потрясіннями та особистими кривдами, яких вони зазнали під час війни, і тому їх по-людськи можна було б зрозуміти.

Стосовно вироку Народного трибуналу (*Volksgesichtshof*), що засуджував до страти автора роздумів про майбутнє Німеччини, Земельний суд стверджував, що цей вирок, ухвалений на підставі § 91b КК Німеччини, був незаконним, «адже існували підстави, визначені в абз. 2 [...], що вказували на доречність призначити йому покарання у вигляді довічного позбавлення волі замість страти».

Ключовим для розуміння усієї моделі притягнення до кримінальної відповідальності судді за ухвалення вироку про страту, на якій ґрунтувався аналізований вирок, є твердження про те, що

суддю можна покарати тільки тоді, коли він ухвалює рішення про страту всупереч своєму переконанню, свідомо і з бажанням невинувато широко розширити межі покарання. Ця умова стосовно обвинуваченого члена суддівської колегії, який ухвалив аналізовані вироки із покаранням у вигляді страти, не була виконана, адже Земельний суд не міг навести жодних фактів, які б обумовлювали висновок, що обвинувачений ухвалював вироки, ґрунтуючись на інших, ніж юридичні, міркуваннях, і застосовував право лише з політичного фанатизму або інших низьких мотивів, прагнучи знищити внутрішньополітичних противників національного соціалізму.

Суть наведеного висновку така: смертна кара в аналізованому випадку була надто суворим покаранням, однак власне факт засудження обвинувачених не був умисним спотворенням права. Отже, ознак зло-

чину *Rechtsbeugung* не було. Підсумовуючи, суд зазначив, що у разі, коли «не можна надати доказ спотворення права (§ 336 КК Німеччини), то обвинувачений не є винним ані у незаконному позбавленні життя в контексті § 211 та § 212 КК Німеччини, ані в замасі на вбивство».

Наведена аргументація доводить, що Земельний суд у цій частині користувався суб'єктивною теорією злочинного спотворення права, згідно з якою такий акт має місце лише тоді, коли суддя застосовує положення кримінального права, караючи обвинуваченого, всупереч своєму суддівському переконанню про закон, що став основою обвинувачення, та слухність його застосування в конкретному випадку. Тому виправдувальний вирок судді ґрунтувався на твердженні, що незважаючи на те, що він брав участь в ухваленні вироків, які визнано незаконними, все ж таки він при цьому не керувався неправомірною мотивацією і тому не вчинив злочину спотворення права, що виключало його відповідальність як за вбивство, так і за вбивство з обтяжуючими обставинами засудженого до страти, призначення якої суперечило забороні призначати покарання, непропорційно суворі порівняно зі вчинками.

В обґрунтуванні звільнення від кримінальної відповідальності судді Рехсе суд, що ухвалив рішення в його справі, посилався на те, що «відповідно до практики Верховного федерального суду та погляду, що наводиться в переважній більшості джерел наукової літератури, який суд вважає правильним, суддю можна покарати за те, що його суддівське рішення (смертний вирок) мало наслідком вбивство на підставі § 211 або § 212 КК Німеччини лише тоді, коли він прийняв рішення, умисно спотворюючи право (§ 336 КК Німеччини); при цьому необхідним є доказ прямого умислу (*der Nachweis des unbedingten Vorsatzes*)». У завершальній частині обґрунтування аналізованого вироку Земельний суд заперечив можливість інкримінації обвинуваченому судді не лише прямого, а й також не прямого умислу спотворити право (*den bedinhten Vorsatz einer Rechtsbeugung*) в ухвалених вироків, що дістало вияв у словах, які вказували на тодішню доктрину кримінального права та судову практику як надійні джерела оцінки суворості покарання:

Тим більш не доведено, що обвинувачений свої знання і переконання черпав з чогось іншого, ніж юридичні наукові джерела, що були в його розпорядженні, та порівнюючи своє рішення з іншими вироків, і що він всупереч своїм кращим знанням або свідомо заперечуючи свої переконання, спотворював право на шкоду засуджених.

Цей висновок Земельний суд ґрунтував на своєму переконанні, що Народний трибунал був у Третньому Рейху «незалежним судом, що підкорявся лише законіві», а також на поясненнях обвинуваченого судді цього суду Рехсе, що «як суддя звичайного суду він приймав рішення в процесах вільно і незалежно, згідно зі своїми уявленнями про право». Земельний суд при цьому наголосив, що цей суддя з публікацій, які знаходилися в бібліотеці Народного трибуналу (*Volksgesichtshof*), черпав знання про тлумачення положень, на підставі яких ухвалювалися смертні вироки, та про призначення страти – відлякувати інших від вчинення злочинів¹⁶⁹. Водночас додавалося, що хоча тодішні думки про призначення страти відлякувати інших «сьогодні нам здаються незрозумілими або взагалі нелюдськими», то все ж «кримінально-правове питання визначення провини обвинуваченого не підлягає нинішнім критеріям оцінки, а мусить досліджуватися з точки зору тих часів» (це вказувалося з посиланням на вирок Верховного федерального суду від 19 червня 1956 року)¹⁷⁰.

Основою резолютивної частини виправдувального вироку було твердження: «Лише такий підхід виправдує принцип визначення провини

¹⁶⁹ На обґрунтування цієї тези Земельний суд зазначив як основні публікації підручник Міттельбаха *Deutsches Recht* (1942 рік), що містив тлумачення § 91b КК Німеччини, а також коментар до § 91b КК Німеччини в *Schönke Kommentar*, 2. Aufl (1944 рік) та *Leipziger Kommentar*, J. Friedrich, *Freispruch...*, s. 623, 619, 620. При цьому суд докладно цитував лист-інструкцію Міністерства юстиції Рейху від 26 червня 1944 року, в якому наводилися конкретні висловлювання, які «однозначно заслугоували на засудження до страти»: «Ми програли війну; Німеччина або фюрер розпочали війну без потреби і нахабно, тому ми повинні були її програти; НСДАП повинна і буде відступати і на італійський зразок відкрити дорогу мирному порозумінню; мусить виникнути військова диктатура, і тоді буде підписано мирний договір; треба повільніше працювати, внаслідок чого прийде кінець; прихід більшовиків не буде таким поганим, як про це говорить пропаганда, і зашкодить тільки керівникам націонал-соціалістичної партії; англійці або американці затримають більшовиків на німецькому кордоні; [...] Фюрер хворий, неефективний, він – різник людей». Суддя Рехсе пояснював, що він не мав цієї інструкції на момент, коли ухвалював вироки в Народному трибуналі. Там само, с. 629.

¹⁷⁰ Вирок 1 StR 50/56 у справі Вальтера Хуппенкотена, керівника відділу в Головному управлінні безпеки Рейху (*RSHA*), який як обвинувач перед військово-польовим судом в концентраційному таборі Заксенхаузен вимагав страти арештованого після замаху на Гітлера у «Вовчому лігві» (20 липня 1944 року) судового радника Суду Рейху (*Reichsgericht*) Ганса фон Донаньї, а перед військово-польовим судом в концентраційному таборі Флоссенбюрг – страти генерала Остера, адмірала Канаріса, генерала Сака, капітана Гере та пастора Бонхоффера. Смертні вироки було ухвалено та виконано (в концентраційному Флоссенбюрг 9 квітня 1945 року шляхом повішання, незадовго до приходу американських військ). Обвинувачуваний у співучасті в ухваленні цих вироків Хуппенкотен засуджений до 6 років позбавлення волі. Виправдано другого обвинуваченого в цій справі – голову військово-польового суду в концтаборі Флоссенбюрг, який за клопотанням Хуппенкотена ухвалив смертний вирок. Див.: C.F. Rüter, W. de Mildt, *Die Westdeutschen Strafverfahren...*, s. 98.

в нашому кримінальному праві». І далі: «Однак тоді уявлення обвинуваченого про мету покарання відповідали домінуючому поглядові, що панував з 1933 року, а особливо від початку війни – про відлякування наступних потенційних порушників закону».

Основною тезою вироку, що виправдовував суддю Рехсе, була така: «Не доведено, що в семи випадках обвинувачений умисно неправильно застосовував (*vorsätzlich falsch andwandte*) положення закону в питанні прийняття судового рішення про винуватість». Для повноти картини провадження у справі виправданого судді, що наводилася у вирозі Земельного суду, слід додати і те, що цей суд не помітив також порушення обвинуваченим процедурних правил при ухваленні вироків. Хоча так само, як і під час першого провадження в аналізованій справі, суд встановив, що голова Трибуналу Фрейслер зазвичай розпочинав наради з питань ухвалення вироків словами «голова мусить полетіти» або «маківка мусить впасти», а обвинувачений – член суддівської колегії розумів смертну кару «як менш чи більш автоматичний наслідок суворих воєнних законів, слідувати яким він як суддя відчував себе зобов'язаним» і, як правило, підписував смертний вирок, взагалі не піднімаючи голосу в справі, то таке мовчання судді – відповідно до оцінки Земельного суду – хоча й «є морально недопустиме, зважаючи на важливість вироку», все ж не означає, що з точки зору процесуального права не відбувалася «нарада» з питань ухваленого вироку.

Наведення основних аспектів позиції Земельного суду Берліна дає змогу зрозуміти підстави, які породили думку, що вирок цього суду від 6 грудня 1968 року, який виправдовував суддю Народного трибуналу, що з 1936 року поряд з Судом Рейху був судом найвищої інстанції в нацистській Німеччині, «по суті був виправданням усього націонал-соціалістичного правосуддя»¹⁷¹. Міркування, які виправдовували суддю Рехсе, заперечуючи можливість інкримінувати йому умисел спотворити право, тобто стверджуючи про відсутність ознаки, визначеної обов'язковою щодо злочину проти правосуддя, відповідальність за який передбачена § 336 КК Німеччини, обумовлювали можливість сформулювати оцінку смертної кари, яку суддя присуджував без умислу вчинити несправедливість, як злочину проти життя засудженого (відповідно до § 211 або § 212 КК Німеччини). Таким чином, використано модель «суддівського привілею», яка передбачала, суддя, який ухвалює вирок, може нести відповідальність за позбавлення життя засудженого тільки тоді, коли, присуджуючи смертну кару, він одночасно вчинив злочин спотворення права. Таке використання суддівського приві-

¹⁷¹ Там само, с. 632.

лею з метою звільнити від відповідальності за вироки судді суду, що був призначений як знаряддя реалізації нацистської ідеології та для проведення фізичної ліквідації не лише її противників, а й тих, які висловлювали в будь-якій формі (навіть у приватній розмові) сумніви в її історичну перемогу, породило запитання, чи цей привілей належить кожному, хто в ролі судді підписує смертні вироки, тим самим виконуючи очікування влади.

3. Оскарження вироку Земельного суду Берліна від 6 грудня 1968 року, яким був виправданий суддя¹⁷²

На підставі аргументації, згідно з якою суддя не несе кримінальної відповідальності за смерть засудженого до страти (за винятком випадків, коли він ухвалив вирок умисно, спотворивши право з прямим умислом), сформульовано тезу, що такий привілей, що обмежував відповідальність судді за ухвалення незаконних вироків, не передбачений для кожного судді, а лише для такого, який ухвалює вирок незалежно, керуючись відчуттям, що він підкоряється тільки закону, а не політичній владі. На цій тезі прокуратура вибудувала касаційне подання у справі судді Рехсе, якого було виправдано вироком Земельного суду Берліна від 6 грудня 1968 року.

На обґрунтування оскарження цього вироку, що його прокуратура здійснила до Верховного федерального суду Німеччини на початку 1969 року, йшлося про те, що функцією § 336 КК Німеччини є обмеження відповідальності за наслідки вироку, ухваленого виключно таким суддею, який у своїй суддівській діяльності залишається повністю незалежним, і що це положення гарантує незалежне ухвалення вироків. Отже, застосування цього положення до судді ґрунтується на припущенні, що цей суддя користується свободою у прийнятті рішень з метою ухвалення справедливого вироку. Очевидною історичною та юридичною помилкою, яку зробив Земельний суд Берліна, було визнання Народного трибуналу (*Volksgesichtshof*) «незалежним судом, який підкоряється тільки закону» та винесення такої самої оцінки стосовно судді Рехсе, члена суддівської колегії у цьому суді. Адже суддя, який спільно з владою застосовує засоби, які до суддівських рішень уподібнює лише зовнішня форма вироку, а насправді вони є

¹⁷² Тези див.: Там само, с. 634–635.

актами адміністративного вбивства людини, не може користуватися суддівським привілеєм, передбаченим § 336 КК Німеччини. Причиною, з огляду на яку суддя зберігав мовчання під час розгляду справи та нарад щодо ухвалення вироку і підписував зазвичай вже задалегідь відомі смертні вироки, було прагнення суду вбивати усіх реальних або уявних інакомислячих (оскільки так наказувала влада у своїй пропаганді), застосовуючи засоби, що лише формально нагадували інструменти правосуддя.

У результаті прокурорської перевірки було заявлено, що «будь-який життєвий досвід» заперечує твердження, що обвинувачений – досвідчений професійний суддя – беручи участь в ухваленні смертних вироків за сказані або написані слова, визнавав (як було написано в мотивації його виправдання) ці вироки справедливими та був позбавлений можливості встановити суперечність між діянням, за яке він карав, та покаранням, яке він призначав. Тим більш, як власне суддя пояснював у суді, він діяв так, щоб «з усією суворістю боротися з небезпечною хвилею зневіри» і таким чином «забезпечити подальше існування Рейху». Таку мотивацію слід було б визнати низькою в контексті § 211 КК Німеччини і такою, що обумовлює відповідальність судді за вбивство засудженої особи.

Таким чином, метою прокурорської перевірки було здійснення безпосередньої кримінально-правової оцінки дій судді як вбивства з обтяжувальними обставинами, без пошуку доказів існування ознак злочину, передбаченого § 336 КК Німеччини (а саме того, що ухвалюючи вирок, суддя керувався умислом «спотворити право на шкоду стороні»). За такого підходу не можна звільняти від кримінальної відповідальності за реалізоване у суддівському вирокі свавілля того, хто виправдовує свої діяння тим, що ухвалював вирок згідно з буквою закону, який він застосовував, якщо він ухвалював вирок, керуючись ідеологічними вказівками націонал-соціалістичної партії, що повністю панувала в структурах держави, а не своїм покликанням неупередженими вирокami вершити справедливість. Верховний федеральний суд не використав аргументацію, на якій ґрунтувалося це твердження, адже судове провадження було закрито, зважаючи на смерть обвинуваченого судді Рехсе¹⁷³.

Далі йтиметься про те, що жоден з суддів-убивць часів Третього Рейху не був позбавлений привілеєм посилатися на § 336 КК Німеччини. Такий підхід піддавався критиці представниками доктрини, погляди яких ми наведемо у наступному розділі книги.

¹⁷³ Там само, с. 165.

Розділ VI

ПРАКТИКА ПРОКУРАТУРИ ФЕДЕРАТИВНОЇ РЕСПУБЛІКИ НІМЕЧЧИНА У СПРАВАХ ПРО ЗЛОЧИНИ, ВЧИНЕНІ СУДДЯМИ ТРЕТЬОГО РЕЙХУ, НА ПРИКЛАДАХ ПОЛОЖЕНЬ, ЩО ПЕРЕДБАЧАЮТЬ ВІДМОВУ ВІД ПЕРЕСЛІДУВАННЯ ВИКОНАВЦІВ

1. Постанова прокуратури при Земельному суді Вюрцбурга від 29 червня 1979 року про закриття провадження у справі¹⁷⁴

Ознайомлення з матеріалами стосовно переслідування німецькими прокуратурами суддів Третього Рейху засвідчило, що саме судова практика відвернула прокурорів від кримінального переслідування суддів, адже в чергових вироках, що виправдовували обвинувачених, зазначалося, що не можна довести, що судді свідомо спотворювали право. Тому «немає нічого дивного» в тому, що у більшості випадків розслідування, що могло б завершитися направленням обвинувальних актів до судів, завершувалося тим, що прокурори приймали рішення про закриття провадження.

Усі рішення, якими завершувалися провадження у справах, ґрунтувалися на одному і тому самому твердженні, що нацистські судді лише застосовували чинне на той час законодавство, і тому «їх не можна ні в чому звинуватити». Адже незважаючи на те, що вони присуджували дійсно жахливі і нелюдські покарання, останні все ж таки відповідали судовій практиці, що панувала в ті часи. Іншими словами, не можна було довести, що ухвалюючи вироки, вони спотворювали право, адже

¹⁷⁴ Архів Комісії з розслідування злочинів проти польського народу – IPN, sygn. 201 Js 17 373 / 78.

судді вважали, що покарання, які вони призначали, були такими, що повністю відповідали націонал-соціалістичному законодавству¹⁷⁵. Такі міркування німецьких прокуратур у науковій літературі часто ілюстрував докладний аналіз конкретних рішень про закриття проваджень у справах проти нацистських суддів¹⁷⁶. Тому вважаємо, що варто навести одне з таких прокурорських рішень (воно не було опубліковане), яким завершилося провадження, що його ініціювала Комісія з розслідування злочинів проти польського народу¹⁷⁷.

Під час розслідування, яке проводила Комісія, було встановлено, що серед вироків Земельного суду вищої інстанції в Познані

¹⁷⁵ Таку оцінку прокурорської практики див у: W. Dreßen, *Blinde Justiz – NS-Justizverbrechen vor Gericht*, [w:] J. Weber, M. Piazzolo (Hrsg.), *Justiz im Zwielicht. Ihre Rolle in Diktaturen und die Antwort des Rechtsstaates*, München 1998, s. 78–79.

¹⁷⁶ Правомірно закінчилися ухваленням вироків судами Федеративної Республіки Німеччина 22 кримінальні провадження в справах злочинів нацистського правосуддя (*Justizverbrechen*). Див.: C.F. Rüter, W. De Mildt, *Die Westdeutschen Strafverfahren wegen Nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945–1997*, Amsterdam, München 1998, s. 294. Матеріали цих проваджень публікувалися томами, що містили вирoki в справах нацистських злочинів убивств усіх категорій, в праці: Ch. Rüter (Hrsg.), *Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen*, Amsterdam 1968–1981, Bd. I–XXII. Постанови прокуратур про закриття проваджень на стадії попереднього слідства не публікувалися.

¹⁷⁷ Висновки Комісії в справі, що буде предметом подальшого дослідження, робилися у процесі у Верховному національному трибуналі проти Артура Грейзера, намісника Німецького Рейху та Гауляйтера т.зв. краю Варта. Цей процес тривав з 21 червня до 9 липня 1946 року в Познані. З метою ознайомлення варто навести фрагменти протоколу останнього дня процесу: «Прок. [Мечислав] Северські: Подаю запит на допит свідка Юзвяка Бернарда [...], який працював у Людвікові і може відтворити перебіг розмов між Грейзером та комендантом поліції Фейлем на тему репресій стосовно польського населення. [...] Свідок Юзвяк (жокей, під присягою): Я працював у Грейзера, об'їжджав коней. Одного разу Грейзер поїхав на полювання і зустрів якогось полоненого росіянина. Полоненого привезли у відділок і допитали. Він зізнався, що цивільний одяг він отримав у маєтку Чекали. Жандармерія туди поїхала і виявила, що одяг росіянину дали поляки, яких негайно арештували. Один з них дорогою втік, а другого привезли. Після допиту поляка лейтенант Фейл, комендант палацового відділку поліції, пішов до Грейзера, а коли повернувся, то заявив, що поляка повісять публічно. Через тиждень в маєтку збудували шибеницю, нагнали людей і повісили поляка. Вирок виконала поліція з Людвікова. [...] Обв. [Грейзер]: Я хочу зробити коротку заяву. Що стосується свідчень свідка Юзвяка, це – правда, що їдучи на полювання, у лісі неподалік Людвікова я зустрів російського військовополоненого, я забрав його на свій віз і передав в руки поліції в найближчому відділку. Також правда, що офіцерові жандармерії, який мене допитував, як це прийнято при поліцейському розслідуванні, я сказав, що не зносити голови цьому військовополоненому і тим, хто йому допомагав, адже мені відомо, що існує розпорядження Рейхсфюрера Гітлера, згідно з яким за таку допомогу загрожує страта у вигляді повішання. Я не мав жодного впливу ані на долю росіянина, ані на долю поляка, адже я не мав такої влади». Комісія з розслідування злочинів проти польського народу, *Proces Artura Greisera przed Najwyższym Trybunałem Narodowym*, Warszawa 1947, s. 299, 303.

(*Oberlandesgericht*), якими засуджувалися до страти поляки, є рішення від 27 червня 1942 року, ухвалене в складі: президент кримінальної палати Рекс (головуючий) та судді Фогель і Радке, за участі прокурора Кольба. У цьому вироку йдеться про те, що «польські сільськогосподарські робітники Антон Янковські та Людвіг Пшестацькі» покарані за допомогу, яку вони надали російському військовополоненому. Із запису в документі випливає, що вирок був виконаний через місяць після його ухвалення – 28 червня 1942 року (страта через повішання).

Зважаючи на ймовірність того, що учасники цього судового процесу проживають у Федеративній Республіці Німеччина, 28 травня 1978 року Комісія звернулася до Центральної штаб-квартири з питань розслідування націонал-соціалістичних злочинів¹⁷⁸ у Людвігсбургу з проханням продовжити слідство. У висновку, зокрема, вказувалося, що вирок, яким засудили поляків, був неправомірним, адже його було ухвалено на підставі положень розпорядження «Про кримінальний процес щодо поляків та євреїв на приєднаних східних територіях» від 4 грудня 1941 року (*Polenstrafrechtsverordnung*), де йшлося про смертну кару за «вороже ставлення до Німеччини».

Штаб-квартира з питань розслідування націонал-соціалістичних злочинів у Людвігсбургу здійснила попереднє слідство і, поділяючи оцінку вироку як злочину, передала доказову документацію – відповідно до постанови Верховного федерального суду Німеччини від 19 вересня 1978 року – до прокуратури при Земельному суді Вюрцбурга. Рішення цієї прокуратури про закриття провадження було ухвалене 29 червня 1979 року. Рішення на самому початку інформує про долю осіб, які брали участь в ухваленні вироку:

Головуючий суддя Лео Радке помер у 1945 році в російському полоні; не встановлено місця перебування Готфріда Фогеля; другий член суддівської колегії Генріх Рекс у віці 83 років не здатен взяти участь у провадженні, зважаючи на незадовільний стан здоров'я; помер прокурор Кольб.

Приймаючи рішення про відмову від пошуків судді Фогеля, прокуратура надала аргумент, з якого випливає, що вона визнала провадження в його справі таким, що позбавлене правових підстав, адже не

¹⁷⁸ Прийнята в польській літературі назва створеного у 1958 році органу прокуратури *Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen* – Центральний офіс державних адміністративних органів юстиції з питань розслідування націонал-соціалістичних злочинів.

можна було довести, що судді, які ухвалили вирок, учинили злочин. Аргументація, яка мала обґрунтувати це твердження, починалася зауваженням, що навіть якби вдалося знайти суддю Фогеля, то не можна було б довести, що він вчинив злочин позбавлення життя поляків, адже:

припускаючи, що Фогеля могли б знайти, і він відмовився б давати показання або навіть заявив, що під час наради щодо ухвалення вироку він не голосував за призначення смертної кари, слід було б визнати, що своєю поведінкою він не спричинив смерть обох поляків.

Далі обґрунтовується марність прокурорського провадження:

Якби навіть Фогель зізнався, що він голосував за призначення смертної кари, то не можна було б довести, що вирок від 27 червня 1942 року, яким було призначене таке покарання, був ухвалений зі спотворенням права – з умисним неправильним застосуванням чинного на той час законодавства (*einer vorzätzlich falschen Anwendung des damals gültigen Rechts*), а суддя, усвідомлюючи незаконність свого діяння, став співучасником вбивства двох поляків.

Далі натрапляємо на аналіз юридичної підстави засудження, якою було положення абз. 1 п. 3 розпорядження «Про кримінальний процес щодо поляків та євреїв на приєднаних східних територіях» (*Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen und Juden in den eingegliederten Ostgebieten – Polenstrafrechtsverordnung*) від 4 грудня 1941 року:

Вони [поляки та євреї] каратимуться смертю, а в менш тяжких випадках – позбавленням волі, якщо своєю ненависною (*gehässige*) або підбурливою (*hetzerische*) діяльністю виражатимуть своє вороже ставлення до німців (*deutschen-feindliche Gesinnung*), особливо якщо вони вороже висловлюються про німців, здирають або пошкоджують публічні оголошення німецької влади або служб, або якщо своєю іншою діяльністю принижують або шкодять (*herabsetzen oder schädigen*) честі (*Ansehen*) або благу (*Wohl*) Німецького Рейху чи німецького народу.

Можна було б сподіватися, що прокуратура розгляне питання обов'язкової сили *Polenstrafrechtsverordnung* крізь призму «формули

Радбруха», адже зміст положень цього розпорядження «взагалі позбавляв його правової природи». Це призвело б до визнання, що кожне застосування суддею цього «узаконеного безправ'я» як підстави для призначення покарання було актом спотворення права згідно з § 336 КК Німеччини. Цілком прийнятною була б думка, що положення, з посиланням на яке призначалося покарання у вигляді страти кожному полякові та євреєві за «вороже ставлення до Німеччини» або брак поваги до Рейху в час, коли проти цих народів німці вчиняли злочини проти людяності, у тому числі геноцид в небачених в історії масштабах, «ніколи не заслуговувало на те, щоб називатися обов'язковим законодавством».

Натомість прокуратура інакше оцінила *Polenstrafrechtsverordnung*, зазначаючи, що «обидва польські сільськогосподарські робітники, обвинувачувані Земельним судом вищої інстанції, безпосередньо підпадали під дію цього закону, а їхні діяння підлягали покаранню виключно відповідно до положень цього розпорядження». А судді, які посилалися на кримінально-правові положення розпорядження, «здійснили субсумцію діянь, інкримінованих обвинуваченим, як згідно з його мовним звучанням, так і за напрямом його дії». Після докладного дослідження підстав такої субсумції висловлювалася думка про те, що

в обґрунтуванні вироку від 27 червня 1942 року вичерпно пояснено, що свідомо підтримка втечі російського військовополоненого, зважаючи на посиленний партизанський рух в Генеральному губернаторстві і приєднаних східних територіях та на стан війни між Радянською Росією та Німецьким Рейхом, цілком може оцінюватися як виражене вороже ставлення до Німеччини (*massive deutsch-feindliche Gesinnung*), що підсилює ворога і є актом ворожості, що загрожує безпеці німців.

Зі свого боку прокуратура додала до обґрунтування обвинувального висновку аргументацію, що була сформульована в аспекті часу і ставила під сумнів основну тезу Радбруха:

Зважаючи на те, що 4 грудня 1941 року – день видання розпорядження «Про кримінальний процес щодо поляків та євреїв на приєднаних східних територіях» – Німецький Рейх перебував у стані війни з половиною світу, при тому не лише в сфері оборони та закордонної політики, а й у внутрішній сфері, зокрема політико-правовій, Німеччина для підтримки свого існування була змушена користуватися зовсім іншими засобами, ніж якби вона була в стані миру. Тому

залишається сумнівним, чи це розпорядження, незважаючи на всі порушення ним позитивного права (*überpositives Recht*), не могло і не може визнаватися обов'язковою нормою права.

Користуючись тезами, що їх сформулювали Федеральний конституційний суд (*Bundesverfassungsgericht*) та Верховний федеральний суд (*Bundesgerichtshof*), прокуратура здійснила дослідження, результати якого мали дати однозначну відповідь на питання, чи могло бути – в умовах правової держави – застосування суддями кримінально-правових положень розпорядження у тій формі, в якій вони були використані в аналізованій справі, підставою обвинувачення якогось з цих суддів.

Перша наведена теза Конституційного суду передбачала, що не можуть вважатися позбавленими юридичної сили усі націонал-соціалістичні закони (зокрема, аналізоване розпорядження щодо поляків та євреїв) без дослідження їхнього змісту та відповіді на запитання, чи сприймали їх як обов'язкове законодавство особи, яких вони стосувалися. Не слід не враховувати того, що несправедливе законодавство, яке через його несправедливість голосно відкидають, все ж таки може набувати обов'язкової сили, зважаючи на його здатність впорядковувати. Адже воно створює стан правової безпеки і, якщо втримується в певних крайніх межах, то запобігає повному юридичному хаосу, оскільки є меншим злом (*das geringere Übel*).

З іншого боку Конституційний суд висловив погляд, згідно з яким існує також «соціологічна» сила обов'язковості юридичних положень, яка припиняється тоді, коли зміст положень явно суперечить всім принципам справедливості, які керують процесуальним правом, що призводить до того, що суддя, який хотів би їх застосувати або визнати їхні правові наслідки, «виголошував би безправ'я замість закону» (*Unrecht statt Recht spräche*).

Третю тезу сформулював Верховний федеральний суд Німеччини, вбачаючи в історії та послідовній практиці усіх цивілізованих народів підтвердження права, що виводиться з суті держави, згідно з яким в часи найбільшої військової і політичної загрози суди виконують свої обов'язки, працюючи з найбільшою суворістю і використовуючи при цьому далекосяжні процесуальні спрощення, наслідком застосування яких є значно менший захист прав обвинувачених, ніж це прийнято в мирні часи.

Використовуючи ці три тези на користь обвинуваченого судді, прокуратура заявила, що вихідним пунктом для встановлення його відповідальності можна вважати те, що

норми розпорядження «Про кримінальний процес щодо поляків та євреїв на приєднаних східних територіях» характеризувалися щонайменше таким мінімальним моральним вмістом. Зважаючи на його оцінку за критеріями іншими, ніж націонал-соціалістичні, та його дотримування як обов'язкового закону, в період війни воно мусило і могло застосовуватися (*angewendet werden mußte und durfte*).

Зважаючи на це, висновок був сформульований так: не вчинив злочину спотворення права суддя, який засуджував до страти поляка чи єврея, адже зважаючи на «свою здатність впорядковувати», «мусили і могли» застосовуватися кримінально-правові положення, видані проти цих народів.

Однак прокуратура все ж піддала верифікації й протилежну гіпотезу. Були розглянуті наслідки відмови визнавати «правову природу» розпорядження від 4 грудня 1941 року, зважаючи на те, що воно порушувало усі принципи права, що є обов'язковими незалежно від того, визнає їх держава чи ні, адже вони мають більшу силу за державні акти, що їх заперечують.

На користь цієї гіпотези свідчила мета видання розпорядження, яка полягала у покаранні виключно злочинів, що їх вчинили поляки та євреї проти німців, що зовсім не узгоджувалося ані з військовою необхідністю, яку визначала Гаазька конвенція про закони і звичаї сухопутної війни, ані з обов'язковими заходами для збереження внутрішнього порядку на приєднаних територіях. На обґрунтування наводилися твердження, що сформувалися під час Нюрнберзького процесу над нацистськими юристами, щодо німецького законодавства, встановленого на територіях окупованої Польщі. Так, констатувалося, що це законодавство слугувало лише системній реалізації плану расових переслідувань.

Прийняття такої гіпотези, на думку прокуратури, «також виключало б відповідальність Фогеля», зважаючи на низку причин. Цей суддя виніс вирок через понад дев'ять років після того, як Гітлер прийшов до влади. Протягом цих років законодавство, виконавча влада та судова практика крок за кроком віддалялися від обов'язкових у вільному світі принципів, на яких ґрунтувалася Веймарська конституція, і порушували їх, стаючи звичайним інструментарієм на службі втілення в життя націонал-соціалістичної ідеї держави. Дуже багато чиновників та суддів Третього Рейху «спільно крокували цим шляхом, не будучи взмозі відрізнити право, що поважало загальноприйнятні моральні цінності, від уявного права, що слугувало лише націонал-соціалістичним цілям».

У наступному фрагменті мотивації звільнення суддів від кримінальної відповідальності за злочинну несправедливість написано речення, що містило *clou* усієї облудної конструкції, що унеможлиблювала приписування цим суддям умислу як необхідної умови кримінальної відповідальності за злочинне спотворення права. Це речення варто навести *in extenso*:

Оскільки цих чиновників та суддів опосередковано і не зовсім відкрито (оскільки це відбувалося через видання норм «узакононого безправ'я») примушували до неправомірних вчинків, на їхнє виправдання слід зазначити, що вони діяли з добрими умислами, і що їм ніколи ніхто не повідомляв, що їхня співучасть у збоченому адмініструванні та ухваленні вироків на користь націонал-соціалістичних цілей могла б бути закамфльованим безправ'ям (*könnte schlichtes Unrecht sein*).

Таке пояснення стану свідомості усіх юристів-чиновників Третього Рейху застосовано для виправдання поведінки конкретного судді («обвинувачений Фогель не усвідомлював безправ'я, яке він чинив»). Адже якщо право, яке він застосовував, не було для нього обов'язковим, «то зразком для нього був Суд Рейху (*Reichsgericht*), який вже раніше, до 27 червня 1942 року, застосував розпорядження «Про кримінальний процес щодо поляків та євреїв на приєднаних східних територіях», а вирок, що на ньому ґрунтувався, опинився в урядовому збірнику судочинства. Зважаючи на відсутність доказів протилежного, слід прийняти – як підсумовується в прокурорському висновку – що три члени суддівської колегії ухвалювали вирок, «маючи тверде переконання», що розпорядження, що було підставою засудження обвинувачених поляків, є «обов'язковим правом в якнайправильнішому розумінні цього слова» (*gültiges Recht im eigentlichen Sinn des Wortes*)). А таке переконання виключає прямий умисел, а разом з тим – каране відповідно до § 336 КК Німеччини спотворення права. З цього випливає наслідок – відмова від обвинувачення Фогеля в умисному вбивстві двох поляків.

Наступні аргументи наводяться гіпотетично – за умови, що обвинувачений виконав усі передбачені законом ознаки (як предметні, так і об'єктивні (суб'єктивні), що формують тип злочину *Rechtsbeugung*). Навіть тоді, згідно з оцінкою прокурора, забракло б підстав для висунення обвинувачення. Доступний доказовий матеріал не говорить нічого про те, чи могли б судді перейняти як первісну мету розпоря-

дження проти поляків та євреїв переслідування та знищення з расових причин, роблячи її власною і єдиною метою. Так само в актах справи відсутні докази того, що обвинувачений Фогель, віддаючи свій голос за засудження до страти, дозволив, щоб ним керувала расова ненависть, і що він брав участь в ухваленні смертного вироку, ставлячись зверхньо до людини або керуючись ілюзією всевладності (*Herrenmenschenwahn*).

Оцінюючи спосіб ведення процесу суддями, які ухвалювали вирок, прокуратура визнала, що не мали місця цілеспрямовані процесуальні порушення, спрямовані проти обвинувачених, принаймні на це не вказували доведені факти. Навіть якби принципи кримінального процесу були б проігноровані, на користь обвинувачуваних у цьому порушенні суддів свідчило б положення абз. XII розпорядження «Про кримінальний процес щодо поляків та євреїв на приєднаних східних територіях», де йшлося про те, що як суд, так і прокуратура можуть відступати від положень процесуального права Рейху там, «де таке порушення має на меті швидке та енергійне (*nachdrückliche*) ведення процесу».

Після таких висновків прокуратурі залишалося на останньому етапі дослідження вироку висловитися стосовно проблеми доказів, спираючись на які судді засудили поляків до страти. Встановлено, що в цій справі «не помічено» фальсифікації обставин справи (*Verfälschung des Sachverhalts*), що могло б бути наслідком неналежного відтворення або приховування роз'яснень обвинувачених, показань свідків або інших доказів. «Більш того, судді виклали в вирокі обґрунтування зовнішньої форми типу злочину», а щодо суб'єктивної сторони діяння відкинули пояснення польських обвинувачених як такі, що містять голослівні в аспекті подання доказів твердження, що їх вони наводили на свій захист (російський військовополонений в момент затримання частково був одягнений в речі, що належали обвинуваченим полякам, які засвідчили, що дали одяг напівголій людині, не запитуючи її, ким вона є). На думку прокуратури, судді, не повіривши обвинуваченим, при ухваленні вироку керувалися «своїм правом та обов'язком вільно здійснювати оцінку доказів».

Висновок, що стосувався усієї суддівської колегії, звучав так:

результати доказування, що містяться у вирокі, дають змогу зробити кінцевий висновок, що судді під час розгляду справи, наради та ухвалення вироку діяли відповідно до чинного на той час матеріального права, юридично та розумово не припустившись помилки (*denk- und rechtsfehlerfrei*).

Тому немає жодних підстав «підозрювати, що судді палати при підготовці та проведенні провадження дошукувалися правди однобічно, щоб зашкодити обом польським обвинуваченим, та/або свідомо порушили чинне тоді законодавство для того, щоб погіршити їх правове становище». Таким власне обґрунтуванням закривалося провадження у справі, відмовляючись від пошуків члена суддівської колегії Фогеля, стосовно якого окремо вказувалося, що його ні в якому разі не можна обвинувачувати в учиненні в співучасті з іншими двома суддями злочину спотворення права (*Rechtsbeugung*), що призвів до непрямого вчинення вбивства (*Totschlags*). Також стверджувалося, що з додатків до справи не випливає – «якщо дивитися об'єктивно» – що страта двох польських сільськогосподарських робітників мала відбутися в жахливий спосіб в контексті § 211 КК Німеччини (вбивство), що обґрунтувало те, що цей аспект залишився поза межами розгляду прокуратури.

Читач наведеної постанови про закриття провадження в цій справі помітить, що поза межами висновку про те, чи була страта поляків судовим вбивством, вчиненим через спотворення права, залишилося питання правової оцінки допомоги людині (росіянинові), якій всупереч міжнародному праву було відмовлено у статусі військовополоненого¹⁷⁹. Навіть якщо допустити, що Земельний суд вищої інстанції в Познані у своєму вирокі від 27 червня 1942 року не сфальсифікував обставин справи і не здійснив помилкової субсумції, то засудження до страти тих, які хотіли допомогти людині втекти від вірної смерті, мало б схилити прокуратуру до роздумів, зважаючи на елементарне відчуття справедливості, щодо непропорційності покарання та поняття об'єктивно несправедливого вироку.

Основна думка постанови про закриття провадження, без потреби знайти і допитати члена суддівської колегії, який ухвалював вирок (Фогеля), повністю співпадала з тим, що на свій захист говорив Грейзер перед польським Верховним національним трибуналом: «Я твердив, що мені було відоме розпорядження Гімлера, згідно з яким полонені-втікачі, як і особи, які надавали їм допомогу, мають бути повішені. Тому особисто я не міг давати жодних пропозицій»¹⁸⁰. Прокуратура у своєму висновку про суддів та право, яке «мусило і могло застосовуватися», по суті узаконила страти, що їх здійснювала поліція на виконання розпорядження Гімлера. Навіть якби жертви постали б перед Земельним судом вищої інстанції, то на підставі положення

¹⁷⁹ A. Streim, *Sowjetische Gafangene in Hitlers vernichtungskrieg*, Heidelberg 1982, s. 19.

¹⁸⁰ Комісія з розслідування злочинів проти польського народу, *Proces Artura Greisera...*, s. 306.

Polenstrafrechtsverordnung були б засуджені до страти, а суддів не можна було б обвинуватити в спотворенні права. Тому, здається, наведену постанову німецької прокуратури можна назвати актом, що надавав «повторну законність» вирокові, ухваленому судом Третього Рейху. Адже така її аргументація перебуває в межах нацистського кримінального права Третього Рейху та його ідеології, а також сучасного німецького правопорядку, де неможливим є здійснення оцінки аналізованого рішення в аспекті категорії судового вбивства.

2. Відмова засудити голову військово-польового суду в концентраційному таборі Аушвіц

2.1. Діяльність голови військово-польового суду в концентраційному таборі Аушвіц

Акт обвинувачення щодо Йоганнеса Тюммлера, начальника гестапо в Катовіцах, а у зв'язку з виконанням цієї функції – голови поліцейського військово-польового суду, 25 вересня 1969 року склала прокуратура при Земельному суді Штутгарта¹⁸¹. Як голова означеного суду в період з 1 жовтня 1943 року до 18 січня 1945 року в концентраційному таборі Аушвіц він засуджував поляків до страти або позбавлення волі в виправно-трудовах таборах (*Straflager*) на підставі *Polenstrafrechtsverordnung* від 4 грудня 1941 року. Обвинувачений Тюммлер головував у військово-польовому суді (*Standgericht*) за призначенням – як начальник гестапо в Катовіцах, де його підлеглі проводили слідство в справах осіб, яких пізніше перевозили до концтабору Аушвіц I і там судили. Щоденною практикою в штаб-квартирі гестапо були катування, метою яких було змусити арештованих зізнатися та свідчити проти інших осіб. Про такі методи роботи обвинуваченому начальникові гестапо було достеменно відомо, що в обвинувальному акті описується з посиланням на свідків:

¹⁸¹ Обвинувальний акт, шифр Ds. 17/65. Архів Комісії з розслідування злочинів проти польського народу в Катовіцах (шифр актів S 12/01/Zn.). (Т. Vк. 990 до 1025, внутрішня нумерація сторінок обвинувального акту 1–37), не публік.

свідок Вегле зізнається, що бачив Тюмлера, коли той виходив з приміщень, з яких долинали крики катованих осіб. Це підтверджує також інший свідок Клімес, показання якого заслуговують на особливу увагу, адже Клімес виконував роботи в приватній квартирі обвинуваченого [знаходилася в будинку гестапо в Катовіцах – В.К.]. Також обидва свідки одночасно пригадують [...], що катовані люди кидалися з незахищених ґратами вікон верхніх поверхів будинку, щоб уникнути подальших катувань. Завданням заслужаних свідків була ліквідація їхніх трупів¹⁸².

Після проведення слідства підозрюваних привозили до концтабору Аушвіц, де в приміщенні блоку 11 засідав поліцейський військово-польовий суд, до складу якого, крім Тюмлера, входили по одному співробітнику гестапо та кримінальної поліції в рангу комісара. На засіданні, в якому не брали участі ані обвинувач, ані захисник, ані перекладач, головуєчий Тюмлер запитував, чи підсудний визнає свою провину. На це запитання підсудні зазвичай не давали жодної відповіді, адже переважно вони не знали німецької мови. Далі суддя повідомляв про призначене покарання. Вирок займав половину або сторінку машинописного тексту.

В обвинувальному акті щодо Тюмлера зазначається, що «на одному засіданні поліцейського військово-польового суду протягом близько 2 годин засуджували 100 і більше осіб під час слухань, що тривали по кілька хвилин». Взагалі, за «приблизно 8–10 засідань той «суд» ухвалив, із порушенням принципів правової держави (*in rechtsstaatswidriger Weise*), від 700 до 1000 вироків із призначенням покарань, в основному, у вигляді страти»¹⁸³. Страти засуджених, що не підлягали відкладенню, відбувалися незабаром після вироку під «стіною смерті» поблизу блоку 11, а з квітня 1944 року – в газових камерах I–IV в Біркенау.

Обвинувальний акт щодо Тюмлера вирізняється тим, що в ньому про *Polenstrafrechtsverordnung* написано так: «Це розпорядження слід сприймати як неправомірне з огляду на його зміст, насамперед з огляду на спосіб провадження і покарання, що їх воно визначає»¹⁸⁴. Питання

¹⁸² Усі цитати наводяться із достовірної копії обвинувального акта.

¹⁸³ Обвинувальний акт ..., с. 21.

¹⁸⁴ *Diese Verordnung muss wegen ihres Inhalts, vor allem wegen des angeordneten verfahrens und der angedrohten Strafen als rechtswidrig angesehen werden* (акт обвинувачення..., с. 20). Слід зазначити, що це – один з небагатьох документів німецької прокуратури, що називає *Polenstrafrechtsverordnung* таким, що суперечить праву (*rechtswidrig*). Однак на підставі такого підходу не оцінюються як незаконні усі вирoki, ухвалені з посиленням на його положення, що обґрунтовувало б обвинувачення у злочині проти правосуддя,

щодо внутрішньої логіки висновку прокуратури пов'язане із застосуванням лапок у фрагменті, де йдеться про поліцейський військово-польовий суд, в якому головував Тюмлер («той «суд»). Таким чином слушно заперечено судовий характер цього знаряддя терору, водночас підставу, зважаючи на яку той «суд» приймав рішення про страти, названо такою, що суперечить праву (*rechtswidrig*).

В аспекті висновку Г. Радбруха «кримінальне право для поляків та євреїв» було яскравим прикладом «узаконеного безправ'я», що давало змогу констатувати, що його застосування у будь-якому випадку засудження до страти обвинуваченого поляка (навіть виконавцем, який діяв «як суддя») було актом вбивства людини через її національну приналежність. Тому несподіваною може здатися позиція прокуратури, яка визнала діяльність Тюмлера актом виконання суддівської діяльності з одночасним ненаданням їй кримінально-правової оцінки: «У зв'язку з обвинуваченнями, що стосуються його суддівської діяльності (*richterliche Tätigkeit*), з юридичних причин подано клопотання про звільнення від кримінального переслідування»¹⁸⁵.

Кримінальне переслідування – відповідно до концепції прокуратури – мало стосуватися інших діянь, а не тих, що їх обвинувачений вчинив у межах його «суддівської діяльності». Адже було встановлено, що, крім цієї діяльності, що полягала у засудженні військово-польовим поліцейським судом, де він головував, вбивць, шпигунів, партизан, бойовиків руху опору та інших осіб, затримували також членів їхніх сімей, яких засуджували до страти без проведення щодо них будь-яких слідчих дій. Далі зазначається: «Наказ на виконання цих вбивств давав обвинувачений», а жертви «обох статей і різного віку [...] були «його» в'язнями, над якими ніхто інший не мав влади». При цьому зазначалося, що, незважаючи на зізнання свідків про те, як «гинули цілі сім'ї з дітьми», а «одного разу навіть вагітна жінка», все-таки «не вдалося встановити, коли і як часто вчинялися такі «адміністративні» вбивства»¹⁸⁶.

Поведінку Тюмлера визначено як злочин з його власної і непримусованої ініціативи, основою якої було переконання про расову нижчість тих, кого він наказував вбивати, що є ницим мотивом. Тому його дії

який полягав у застосуванні «узаконеного безправ'я» в розумінні Г. Радбруха, статтю якого *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, «Süddeutsche Juristen Zeitung» 1946, № 5, прокуратура подала як додаток до обвинувального акту.

¹⁸⁵ Обвинувальний акт ..., с. 21.

¹⁸⁶ Там само, с. 23.

кваліфіковано як вбивства з обтяжувальними обставинами відповідно до § 211 КК Німеччини¹⁸⁷.

Про те, як засідав *Standgericht*, розповідав Тюмлер, виступаючи в якості свідка під час процесу над членами команди концтабору Аушвіц¹⁸⁸ (2 листопада 1964 року). Він твердив, що йому нічого не було відомо про допити із застосування сили (*verschärfte Verhöre*), які влаштовували під час слідства його підлеглі в гестапо, які таким чином примушували заарештованих визнавати себе винними і підтверджувати це власноручними підписами¹⁸⁹. На запитання судді: «Якщо вирок ґрунтується лише на зізнанні обвинуваченого, то суддя повинен мати чималі сумніви, тим більш що раніше вже застосовувалися допити з застосуванням катувань», обвинувачений відповів: «Так, звичайно. Під час усієї своєї служби я дбав про те, щоб не було випадків застосування насилля. Але я не міг бути відповідальним за те, що когось все-таки катували». Відповідаючи на запитання прокурора, він запевняв: «Ми запитували обвинувачених, чи все гаразд, і всі відповідали, що так». І далі: «Виправдання було практично неможливе. За моїх часів не було також жодних невинуватих. Судові провадження порушувалися лише в абсолютно зрозумілих випадках».

Суддя знову долучився до допиту свідка і запитав: «Я не можу собі уявити, що під час існування військово-польових судів було так багато випадків добровільного визнання провини». Свідок відповів: «В основному, це були молоді польські націоналісти. Їх затримували з американською або англійською зброєю в руках». Відповідаючи на наступне запитання, обвинувачений сказав про тих, кого він засуджував: «Жоден з них ніколи не відкликав свого підпису. Не думаю, що

¹⁸⁷ Там само, с. 36–37.

¹⁸⁸ Процес над 22 членами команди концтабору Аушвіц проведено у Земельному суді Франкфурта-на-Майні (20 грудня 1963 року – 20 серпня 1965 року). Див.: W. Kulesza, *Przedmowa do polskiego wydania*: H. Langbein, *Auschwitz przed sądem. Dokumentacja*, Wrocław–Warszawa–Oświęcim 2011, s. VII.

¹⁸⁹ H. Langbein, *Auschwitz przed sądem...*, s. 268–269. Обвинувачений в цьому процесі, Вільгельм Богер, який катував в'язнів в концтаборі Аушвіц перед їх засудженням військово-польовим судом, на запитання головуючого судді: «Чи ухвалення усіх численних смертних вироків було правомірним?» відповів: «Звичайно, так!» і додав: «Я не бив до смерті, я тільки виконував накази». Див.: Там само, с. 288. У зізнанні, зробленому 10 листопада 1966 року, Богер сказав: «Я можу наголосити, що допити з застосуванням сили були дозволені наказом згори [...] неможливо, щоб Тюмлер «не мав уявлення» про застосування сили на допитах». Цит. за: s. Steinbacher, *«nichts weiter als Mord»*. *Der Gestapo-Chef von Auschwitz und die bundesdeutsche Nachkriegsjustiz*, [w:] N. Frei, s. Steinbacher, B.C. Wagner (Hrsg.), *Ausbeutung, Vernichtung, Öffentlichkeit. Neue Studien zur nationalsozialistischen Lagerpolitik*, Institut für Zeitgeschichte, München 2000, s. 287, прим. 105.

під час складання протоколів застосовувалося насилля». Він додав, що засуджених до страти було «кілька сотень», що становило 60% обвинувачених, решту 40% покарано направленням до концентраційного табору на невизначений час¹⁹⁰.

Під час допиту у власній справі (5 березня 1968 року) як підозрюваний Тюмлер повторив у своїх поясненнях вищенаведене твердження: «Я і сьогодні не вважаю незаконними вироки військово-польового суду, які я ухвалив, адже вони були спрямовані виключно проти активних бойовиків руху опору», доповнюючи його (24 березня 1968 року) письмовим переліком 5 груп засуджених, щодо яких він ухвалив вироки. До цих груп належали поляки: які мали американську зброю; які здійснювали замах на залізничні лінії з використанням вибухових матеріалів; які підтримували радіозв'язок із шпигунськими організаціями союзних держав та видавали їм військові таємниці; які зв'язували окремі групи опору в ролі кур'єрів; які здійснювали замах на працівників гестапо в Катовіцах¹⁹¹. На завершення своїх висновків, вміщених у черговому листі до Земельного суду Ельвагена (1 квітня 1968 року) він заявляв, що як суддя керувався виключно «юридичними міркуваннями, а також благом німецького народу», тому як тоді, так і тепер він має «абсолютно чисту совість»¹⁹².

¹⁹⁰ Н. Langbein, *Auschwitz przed sądem...*, s. 269. Про спеціальний суд та військово-польовий суд в Катовіцах, які судили на підставі *Polenstrafrechtsverordnung* див. докладніше у: А. Konieczny, *Pod rządami wojennego prawa karnego Trzeciej Rzeczy. Górny Śląsk 1939–1945*, Warszawa–Wrocław 1972, s. 161, 329. Комендант Аушвіц–Біркенау Рудольф Хьосс писав: «Військово-польовий суд з Катовіц зазвичай приїжджав кожні 4–6 тижнів до концтабору Аушвіц і проводив засідання в приміщенні ізолятора. [...] Я бачив, як в'язні під час допитів зізнавалися у своїх вчинках широко та добровільно; особливо відважно поводитися деякі жінки. У більшості випадків ухвалювалися смертні вироки, після чого негайно відбувалася страта. Усі ці в'язні, так само як заручники, йшли на смерть сміливо і спокійно з переконанням, що вони кладуть своє життя на вівтар батьківщини. [...] По-іншому помирили кримінальні в'язні, яких військово-польовий суд судив за грабiжницькі напади, крадіжки, вчинені в банді». Див.: *Wspomnienia Rudolfa Hössa komendanta Obozu Oświęcimskiego*, Warszawa 1965, s. 124–125. У примітці до цього фрагменту Й. Сегн зазначає: «Під час слідства в справі злочинів, вчинених в Освенцімі, не вдалося встановити жодного випадку, коли «суд», що засідав в блоку 11, ухвалив виправдувальний вирок». Див.: Там само, с. 124, прим. 84. Це твердження стосувалося усього періоду діяльності поліцейського військово-польового суду, в якому перед Тюмлером головував Рудольф Мілднер (після війни не знайдений). Перше засідання поліцейського військово-польового суду в концтаборі Аушвіц, ймовірно, відбулося 2 липня 1942 року. Серед засуджених до страти за участь у конспіраційних організаціях були також члени Польської робітничої партії. Див.: А. Konieczny, *Podrządami...*, s. 362.

¹⁹¹ Пояснення підозрюваного Тюмлера та його виступ у Земельному суді Ельвагена цит. за: s. Steinbacher, *«nichtweiter als Mord»...*, s. 293.

¹⁹² Там само.

Прокуратура, якій була відома аргументація Тюмлера, яку він повторював від часу франкфуртського процесу над членами команди концтабору Аушвіц, визнала, що немає достатніх підстав, як правових, так і доказових, для того, щоб засудження до страти польських бойовиків руху опору (*Widerstandskämpfer*), партизан (*Partisanen*) та «вільних стрільців» (*Freischärler*) інкримінувати йому в аспекті категорії спотворення права та вчинених у зв'язку з цим вбивств з низьких мотивів, тобто вбивств з обтяжувальними обставинами (§ 211 КК Німеччини – *Mord*), а оскільки встановлено, що необов'язково в усіх випадках мало місце примушування їх до зізнань із застосуванням катувань, то не була можливою констатація відповідних тверджень у формі, яка відповідала б процесуальним вимогам.

При цьому оцінено, що немає доказів, які остаточно обґрунтовують звинувачення Тюмлера у засудженні до страти також за незначні проступки, такі як контрабанда, недозволена торгівля, злочини, пов'язані із недотриманням розпорядження про комендантську годину та обов'язкову реєстрацію, із заборонаю мати або слухати радіо, адже не збереглися ухвалені ним відповідні вирокі у письмовій формі і не вдалося знайти свідків, які могли б дати надійні показання, які знають про такі покарання від жертв, що очікували на смертний вирок за такого роду діяння¹⁹³.

У обвинувальному акті щодо Тюмлера, направленому до Земельного суду Ельвагена (належний суд, зважаючи на місце проживання обвинуваченого), міститься обвинувачення у видачі наказів розстрілювати членів сімей засуджених ним «реальних або уявних учасників руху опору, партизан, вільних стрільців та інших підозрілих осіб з огляду на їхню расову нижчість» (при цьому зазначалося, що обвинувачений сам брав часткову участь у тих розстрілах). У змісті другого обвинувачення вказувалося, що принаймні одного разу влітку 1944 року обвинувачений брав участь у відборі на помості концтабору Аушвіц II (Біркенау). Щоб довести судові, що обвинувачений бреше, коли заперечує усі висунуті щодо нього звинувачення, в обвинувальному акті наведено пояснення, які він надав під час публічного засідання 3 серпня 1948 року в рамках денацифікаційного процесу: «Я жодного разу не відвідав концентраційного табору... мені не було відомо про страти та знущання [...] сьогодні я шкодую, що ніколи не відвідав концтабору, адже якби я це зробив, мені щонайменше відкрилися б очі»¹⁹⁴.

¹⁹³ Там само, с. 292–293.

¹⁹⁴ В обвинувальному акті суцільною лінією підкреслено слова «ніколи» та «щонайменше відкрилися б очі», с. 31.

Земельний суд Ельвагена у постанові від 10 червня 1970 року дослідив важливі обставини, що стали підставами для обвинувачення, і назвав «нечуваним» те, що Тюмлер «заходив і виходив» з концтабору Аушвіц, «того найжорстокішого табору знищення в історії людства», і все одно «залишився прихильником нацистського режиму». Суд, однак, вирішив «відмовитися від переслідування обвинуваченого в усіх випадках». Рішення про закриття провадження мотивувалося тим, що прокуратура належним чином не довела вчинення обвинуваченим інкримінованих йому діянь, і тому слід більшою мірою враховувати те, що під час процесуального провадження обвинуваченого виправдають «відповідно до принципу «Усі сумніви – на користь обвинуваченого». 21 липня 1970 року прокуратура оскаржила цю постанову до Земельного суду Штутгарта першої інстанції, який 28 жовтня 1970 року визнав оскарження немотивованим і зберіг в силі рішення про закриття справи¹⁹⁵.

Підстави закриття провадження на судовому засіданні були наведені Міністерством юстиції землі Баден-Вюртемберг у відповідь на виступ німецького автора Дітера Шенка у зв'язку із інформацією в пресі від 1 червня 1999 року про завершення прокуратурою Штутгарта слідчих дій в справі Тюмлера¹⁹⁶. У листі Міністерства йдеться про те, що незважаючи на масштабні пошуки, особливо в архівах Варшави, Катовіц та концтабору Аушвіц, не можна було довести, що ухвалювані підозрюваним смертні вироки відповідали наборові ознак злочину вбивства¹⁹⁷. Постанова Земельного суду Ельвагена від 10 червня 1970 року, що припиняла кримінальне переслідування Тюмлера, ґрунтувалася на твердженні, що «не вдасться довести, що ухвалені ним смертні вироки відповідали наборові ознак злочину *Rechtsbeugung* у розумінні § 336 КК Німеччини (з прямим, а не лише евентуальним умислом), що відповідно до прийнятої в тодішній судовій практиці думки обумовлювало кримінальне переслідування на підставі інших положень, особливо за вбивство і позбавлення волі (§ 211, § 239 КК Німеччини)». Далі вказувалося, що Верховний федеральний суд змінив свою позицію з питання випадків *Rechtsbeugung* та форми умислу виконавця діяння, необхід-

¹⁹⁵ Цит. за: s. Steinbacher, «*nichts weiter...*». s. 290.

¹⁹⁶ Лист, надісланий Дітеру Шенку, щодо результатів попереднього слідства, що велося прокуратурою Штутгарта (справа 30 (2) Js 74984/96) щодо Йоганнеса Тюмлера, підозрюваного у вбивстві.

¹⁹⁷ Згідно з даними Комісії з розслідування злочинів проти польського народу на подвір'ї гестапо в Катовіцах перед евакуацією в січні 1945 року палили документи, зокрема матеріали слідств, що завершувалися ухваленням вироків військово-польового суду в концтаборі Аушвіц.

ного для того, аби діяння було каране, що дістало вияв у вирокі Суду від 16 листопада 1995 року (5 StR 747/94, BGHSt, 41, 317)¹⁹⁸.

Згідно з критеріями, що визначалися у цьому вирокі і набували чинності з часу його проголошення:

можуть переслідуватися виконавці, які вчинили вбивства шляхом ухвалення смертних вироків з явним порушенням обов'язкових на той момент приписів, а особливо *Polenstrafrechtsverordnung*, а також порушенням провадження у військово-польових судах (*Standgerichtsverordnung*), що полягало в ухваленні смертних вироків з свавільним розширенням сфери властивостей військово-польового суду, а також виконанням смертного вироку без його попереднього процесуального затвердження.

Водночас зазначалося, що зміна судової практики сама по собі не обумовить внесення нового обвинувального акту щодо підозрюваного Тюмлера – для цього знадобляться нові докази. Хоча такі докази відомі – це результати розслідувань, що ґрунтуються на показаннях свідків та наукових опрацюваннях актів провадження – то вони все одно зможуть довести, що Тюмлер вчинив злочин *Rechtsbeugung* (строк давності якого минув), а не непрострочений злочин вбивства. Тому провадження було закрито, однак на подальший розгляд залишено справи про страту двох дівчат віком 14 та 16 років та страту вагітної жінки (ця лінія слідства закінчилася у зв'язку зі смертю підозрюваного у 2002 році).

2.2. Оцінка відмови засудити голову військово-польового суду в концентраційному таборі Аушвіц

Оцінка діяльності Й. Тюмлера, здійснена на підставі права, прийнятого під час Нюрнберзького процесу над нацистськими юристами в 1947 році (Закон № 10 Союзної контрольної ради), не залишає жодних правових та фактичних сумнівів у питанні доцільності інкримінування йому вчинення злочину геноциду¹⁹⁹. Його б не звинуватили в учиненні вбивства конкретної особи, адже окремі випадки злочину не були б визнані вирішальними в його справі. Було б визнано, що усю його діяльність слід

¹⁹⁸ Цей вирок буде обговорюватися далі на сторінках книги.

¹⁹⁹ Див. Розділ I книги.

оцінювати як свідому участь в організованій системі звірств та несправедливості з порушенням правил ведення війни і принципів людяності, зокрема за допомогою військово-польового суду в концтаборі Аушвіц, в якому він головував. Відкинули б аргумент Тюмлера, що він тоді застосовував чинне законодавство, адже власне його положення за своїм змістом були військовим злочином та злочином проти людяності, а начальник поліцейського органу, яким був *Strandgericht*, діяв не як суддя, а як орган адміністрації відповідно до чітких директив влади. Його діяльність була спрямована на виконання урядового плану винищення поляків та євреїв. Зважаючи на це, для його кримінальної відповідальності не мало б значення, чи, приймаючи рішення про вбивства осіб, він спотворював *Polenstrarechtsverordnung*, чи діяв згідно з його положеннями.

Оцінка діяльності Тюмлера, здійснена Міністерством юстиції землі Баден-Вюртемберг в 1999 році в листі до Д. Шенка, ґрунтувалася на думці, що поліцейський військово-польовий суд в концтаборі Аушвіц був «судом», а його голова був «суддею» в контексті положення, що визначало кримінальну відповідальність за злочинне спотворення права. Тому було ухвалено, що для притягнення його до кримінальної відповідальності за вбивства, вчинені шляхом засудження до страти, необхідно, щоб було доведено, що в окремих вироках він спотворював право, тим самим вчиняючи суддівське заборонене діяння за § 336 КК Німеччини (*Rechtsbeugung*). З листа Міністерства випливає тлумачення, що до винесення Верховним федеральним судом вироку від 16 листопада 1995 року не було можливе засудження Тюмлера за вбивства, вчинені ним як суддею.

У судах Федеративної Республіки Німеччина взагалі було проведено 22 провадження щодо суддів та прокурорів Третього Рейху. Не було ухвалено жодного правомірного вироку, який засудив би суддю звичайного чи спеціального суду або Народного трибуналу, або прокурора, який виступав у цих судах. Натомість правомірні обвинувальні вирокі було ухвалено в справах обвинувачених у злочинах проти правосуддя (*Justizverbrechen*), які так само, як Тюмлер, приймали рішення про вбивства осіб, обвинувачених військово-польовими судами. Ці суди ухвалювали смертні вирокі до останніх днів війни, а військово-польовий суд в концтаборі Аушвіц востаннє засідав 18 січня 1945 року, тобто в день евакуації табору. Тому слід перелічити саме ці процеси, які, на відміну від справи Тюмлера, закінчилися правомірними обвинувальними вирокіми, що засуджували за співучасть у вбивствах німців у межах виконання вироків військово-польових судів, створених розпорядженням рейхсміністра юстиції від 15 лютого 1945 року «на територіях Рейху, що знаходилися під загрозою ворожого загарбання».

Земельний суд вищої інстанції в Нюрнберзі у вирокі від 2 листопада 1948 року підтвердив обвинувальний вирок, що призначав покарання у вигляді позбавлення волі строком на 5,5 років Й.Й. Шварцові та 1,5 роки В. Вейгертові за участь 24 квітня 1945 року в засудженні *Standgericht NSDAP* та публічному повішенні двох мешканців Регенсбурга за те, що вони під час зборів запропонували віддати місто без боротьби²⁰⁰.

Земельний суд вищої інстанції Баварії вироком від 15 березня 1950 року засудив до позбавлення волі строком на 5 років Зігфріда Т. і строком на 1,5 роки Бернарда фон Б. за участь 24 квітня 1945 року в Хаузен в засіданні військово-польового суду та страті працівника жандармерії, який зняв з форми відзнаки і висловлювався «песимістично»²⁰¹.

Земельний суд вищої інстанції Баварії вироком від 19 квітня 1950 року засудив до позбавлення волі строком на 1 рік та 4 місяці Йозефа К. за участь 2 квітня 1945 року в засудженні військово-польовим судом до страти лікаря Бранда за намагання віддати без боротьби місто Лор-на-Майні²⁰².

Земельний суд вищої інстанції у Вюрцбурзі вироком від 3 грудня 1949 року засудив до позбавлення волі строком на 4 роки Еміля Л. за участь в ухваленні військово-польовим судом в період 28 березня – 1 квітня 1945 року в Ашаффенбурзі смертних вироків та страту лейтенанта і інженера авіації²⁰³.

Земельний суд вищої інстанції Баварії вироком від 25 січня 1950 року засудив до позбавлення волі строком на 1 рік і 3 місяці Роберта Й. та строком на 9 місяців Вольфганга Б. за участь у засудженні в березні 1945 року військово-польовим судом до страти лейтенанта Вермахту «за незрозумілих обставин»²⁰⁴.

Верховний федеральний суд Німеччини у вирокі від 9 червня 1953 року підтвердив покарання у вигляді позбавлення волі строком на 6 років Вальтера Фернау та строком на 3 роки Енгельберта М. – членів «літаючого військово-польового суду» VII армії за участь у засудженні до смертної кари і страті:

²⁰⁰ OLG Nürnberg, Ss 123/48, C.F. Rüter, W. De Mildt, *Die Westdeutschen Strafverfahren wegen Nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945–1997*, Amsterdam, München 1998, s. 14.

²⁰¹ Bay ObLG, III 4A-B/50, [w:]. Там само, с. 40.

²⁰² Bay ObLG, III 8/50, [w:]. Там само, с. 52.

²⁰³ LG Würzburg Ks8/49, [w:]. Там само, с. 41.

²⁰⁴ Bay ObLG, III 35A-B/50, [w:]. Там само, с. 49.

- у Золлінген 28 березня 1945 року – члена Фольксштурму за негативне висловлювання про командира;
- у Кронах 8 квітня 1945 року – капрала за уявне дезертирство;
- у Фрюбас 20 квітня 1945 року – лейтенанта за те, що він без відповідного наказу разом зі своєю похідною групою вирушив на нічний спочинок²⁰⁵.

Верховний федеральний суд вироком від 19 червня 1956 року підтвердив юридичну силу покарання В. Хуппенкотена до позбавлення волі строком на 6 років за участь у ролі обвинувача у засудженні до страти військово-польовим судом СС в концтаборі Заксенхаузен арештованих після замаху на Гітлера (20 липня 1944 року) Ганса фон Донаньї (6 квітня 1945 року) та адмірала Канаріса, генерала Остера, генерала Сака, капітана Ґере та пастора Бонхоффера (страчені в концтаборі Флоссенбюрг 8 квітня 1945 року)²⁰⁶.

У контексті наведених обвинувальних вироків щодо членів військово-польових судів залишається незрозумілим з правової точки зору скасування засудження голови військово-польового суду в концтаборі Аушвіц, масового вбивці Тюмлера.

3. Зауваження щодо правосуддя у Федеративній Республіці Німеччина в аспекті розгляду справ про злочини проти правосуддя, вчинені за часів Третього Рейху

У здійсненому в літературі огляді кримінальних проваджень, проведених в Федеративній Республіці Німеччина в справах *Justizverbrechen* щодо юристів Третього Рейху, стверджується, що (за винятком обвинувальних вироків щодо членів військово-польових судів) жодне з них не завершилося правомірним вироком щодо судді чи прокурора²⁰⁷. Причиною такого стану вважаються високі вимоги, що ставляться в судовій практиці до суб'єктивних ознак злочину *Rechtsbeugung* (§ 336 КК Німеччини), за які міг би понести відповідальність суддя, що спотворював право, за умови, що було б доведено, що він діяв із прямим

²⁰⁵ BGH 1 StR 198/53, [w:]. Там само, с. 76.

²⁰⁶ BGH 1 StR 50/56, [w:]. Там само, с. 98.

²⁰⁷ Н. Schlüter, «...für die Menschlichkeit im Strafmaß bekannt...». *Das Sondergericht Litzmannstadt und sein Vorsitzender Richter*, «Juristische Zeitgeschichte» 2007, Bd.14, s. 181.

умислом. А довести під час провадження щодо підозрюваного судового юриста, що власне з таким умислом він спотворював право, було досить важко, зважаючи на відсутність достатнього доказового матеріалу²⁰⁸.

Загальну оцінку практики органів правосуддя Спендень подає в такому реченні: «Те, що серед великої кількості незаконних смертних вироків лише деякі з них правомірно названо такими, що спотворюють право (*Rechtsbeugung*), є справжнім банкрутством судочинства»²⁰⁹.

Суддів, які ухвалювали ці вирокі, названо уособленням поняття «кабінетного злочинця» (*Schreibtischtäter*), зважаючи на спосіб діяння та засоби, якими вони користувалися²¹⁰. В аспекті соціології права цей тип злочинця не відповідав звичайному типові виконавця злочину, з яким правосуддя зустрічається щодня і яким займалася наука про типологію злочинців²¹¹. Тому прокурори та судді повоєнної системи правосуддя неохоче бралися карати тих, які все ж належали до тієї самої професійної групи та суспільної верстви, до якої належали вони самі.

Розвиваючи цю думку, вказано на фактичну дію «кастового духу юристів», що поєднував підозрюваних у вчиненні злочинів проти правосуддя в період існування Третього Рейху з тими, які після війни мали їх переслідувати та судити (хоча вони й мали схожі до злочинців професійні, націонал-соціалістичні біографії).²¹²

²⁰⁸ Там само.

²⁰⁹ G. Spindel, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Großkommentar*, 11 Aufl., Berlin-New York 1999, § 339, Rdn. 12.

²¹⁰ H. Kramer, *Plädoyer für ein Forum zur juristischen Zeitgeschichte*, Bremen 1998, s. 15.

²¹¹ M. Stolleis, *Gerechtigkeit durch Strafrecht? – Die Bundesrepublik und ihre Zentrale Stelle, [w:] Festakt und Symposium aus Anlassdes 50 – jährigen Bestehens der Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen am 1. und 2. Dezember 2008 in Ludwigsburg, Die Ausstrahlung der Zentrale Stelle auf die juristische und gesellschaftliche Auseinandersetzung mit der NS. Verbrechensgeschichte*, Stuttgart 2009, s. 51.

²¹² D. Schenk, *Die Post von Danzig. Geschichte eines deutschen Justizmords*, Hamburg 1995, s. 232. Польське видання: *Polska Poczta w Gdańsku. Dzieje pewnego niemieckiego zabójstwa sądowego*, Gdańsk 1999, s. 242. У цій праці автор провів докладний юридичний аналіз процесу, що відбувся 28 та 29 вересня 1939 року в німецькому військово-польовому суді щодо «групи Еберхардта» та обвинувального вирокі, що засуджував до страти 38 захисників Польської пошти в Гданську (вирок виконано 5 жовтня 1939 року). Обвинувачених визнано злочинними партизанами, які стріляли в солдатів Вермахту (*Freischärlererei* – § 3, абз. 1 *Kriegssonderstrafrechtsverordnung* від 17 серпня 1938 року). Як і прокурор, який вимагав страти, так і триособова суддівська колегія усвідомлювали, що працівники пошти захищали будівлю пошти від нападу з боку гданської поліції та СС. Тому обвинувачення їх на підставі розпорядження «Про спеціальне воєнне кримінальне право», що передбачало покарання за напади на Вермахт, було однозначно неправомірним (а також зважаючи на те, що це розпорядження не було чинним у Гданську на момент процесу – воно набувало юридичної

Розділ VII

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СУДДІВ НІМЕЦЬКОЇ ДЕМОКРАТИЧНОЇ РЕСПУБЛІКИ ПІСЛЯ ОБ'ЄДНАННЯ НІМЕЧЧИНИ

1. Правові підстави кримінальної відповідальності суддів за спотворення права в Німецькій Демократичній Республіці

На початку дев'яностих років в об'єднаній Німеччині постало питання притягнення до кримінальної відповідальності комуністичних суддів за вчинення злочину спотворення права в період існування Німецької Демократичної Республіки (НДР). Підписання Договору між Федеративною Республікою Німеччина та Німецькою Демократичною Республікою про відновлення цілісності Німеччини від 31 серпня 1990 року надало можливість засуджувати діяння суддів, які при ухваленні вироків діяли несправедливо, вчиняючи тим самим злочин навіть за положеннями кримінального права, чинного в НДР.

У комуністичній Німеччині на момент виникнення Демократичної Республіки (1949 рік) все ще залишався чинним КК Німеччини

сили на анексованих територіях з 14 липня 1939 року). Захисники пошти мали право скористатися статусом комбатантів, адже навіть відповідно до взятого за основу вироку розпорядження «Про спеціальне воєнне кримінальне право» вони виконували всі умови, необхідні для визнання їх воюючою стороною (підпорядковувалися єдиному керівництву, носили уніформу, вели боротьбу відкрито, дотримувалися правил та звичаїв ведення війни – § 3 абз. 2 *Kriegssonderstrafrechtsverordnung*). Захисники пошти мали також право на крайній захист від неправомірного нападу, що виключало незаконність застосування зброї проти нападників. Незважаючи на очевидність цього судового вбивства, провадження, що проводилося у Федеративній Республіці Німеччина стосовно прокурора Гесека, 9 разів закривали (аж до смерті підозрюваного), а голова суддівської колегії Бодє брав участь у процесі лише як свідок. Перебіг провадження, що його вела німецька прокуратура, описує Шенк в розділі під назвою *Unter Kollegen oder die Kalte Amnestie*, s. 232, пол. версія: *Między kolegami albo cicha amnestia*, s. 242.

1871 року, що містив положення § 336 про караність *Rechtsbeugung*. Пізніше цей Кодекс був замінений на Кримінальний кодекс НДР 1968 року (далі – КК НДР), що містив § 244, де описувався злочин, що також носив назву *Rechtsbeugung*:

§ 244 «Спотворення права». Хто свідомо (*wissentlich*) під час ведення судового провадження або попереднього слідства як суддя, прокурор або працівник слідчого органу незаконно (*gesetzwidrig*) ухвалює рішення на користь або на шкоду учасника провадження, підлягає покаранню позбавленням волі на строк до п'яти років.

У коментарі до цього положення зазначається, що воно гарантує дотримання конституційного принципу рівності перед законом, а також забезпечує неупередженість під час ухвалення вироків, адже «декларування караності спотворення права вказує на те, що будь-яке зловживання у судовій діяльності тягне кримінально-правові наслідки»²¹³.

Встановлювалося покарання за зловживання державних суддів під час діяльності із розгляду кримінальних, цивільних справ, у сфері сімейного та трудового права, а також під час попереднього слідства кримінальних справ. Однак це положення не стосувалося мирових (третейських) суддів та суддів загальних судів.

Учасниками провадження, на шкоду або на користь яких діяв виконавець злочину, в коментарі названо осіб, «які особисто зацікавлені»: підозрюваний, умовно обвинувачений, потерпілий, процесуальна сторона. До цієї категорії не включено свідків, експертів, а також представників громадськості (колективу). До числа виконавців віднесено суддів, у тому числі тих, хто впливав на зміст рішення присяжних, прокурорів та працівників слідчих органів, за умови, що вони мали право приймати рішення в конкретній справі (технічні працівники могли нести відповідальність як пособники). Встановлення невідповідності поведінки виконавця закону мало відбуватися на основі обов'язкових юридичних норм, а також – відповідно до норм Конституції – на основі «загальноприйнятих норм права націй».

Про наявність події злочину свідчив «характер незаконно ухваленого рішення», а не фактично завдана шкода чи та вигода, що її отримувала сторона. Коментар, вказуючи на формулювання положення про свідому (*wissentlich*) поведінку виконавця, стверджував, що наслідко-

²¹³ Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik, *Lehrkommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. II, Berlin 1969, s. 284.

вий (непрямий) умисел не відповідає концепції караності, а виконавець мусить своїм умислом охоплювати суперечність свого рішення закону, тобто він має усвідомлювати можливість виникнення усіх її фактичних та юридичних передумов. Зазначалося, що тип цього злочину своїми ознаками не охоплює «порушення закону через недбалість і у зв'язку з тим, що виконавець недостатньо добре орієнтувався в нормах права»²¹⁴. У коментарі наголошувалося, що спотворення права (§ 224 КК НДР) може збігатися зі злочином незаконного позбавлення волі (§ 131 Кодексу), та що кримінальну відповідальність несуть також пособники і підбурювачі.

Підставою кримінально-правової кваліфікації несправедливості, яку чинили судді НДР, в об'єднаній Німеччині є положення § 336 КК Німеччини стосовно вироків, ухвалених до 1 липня 1968 року, тобто до моменту набрання чинності КК НДР, а стосовно вироків, ухвалених після цієї дати (і до 3 жовтня 1990 року, коли відбулося об'єднання Німеччини відповідно до Договору від 31 серпня 1990 року) підставою караності спотворення права визнається § 224 КК НДР²¹⁵. Необхідність порівняння змісту обох норм зумовлювалася змістом § 315 «Вступних положень» до Кримінального кодексу, що були додатком до Договору та встановлювали вимогу (зважаючи на тимчасові правила, сформульовані в § 2 КК Німеччини) застосовувати до злочинів, що були вчинені в НДР, більш м'які положення.

Результати аналізу в цьому контексті § 336 КК Німеччини, що діяв у Федеративній Республіці Німеччина, та § 224 КК НДР (що втратив чинність з часу об'єднання Німеччини) засвідчили, що у більшості випадків спотворення права більш прийнятним з позиції виконавця було кримінальне положення § 224 КК НДР. Це більш м'яке положення встановлювало залежність між кримінальною відповідальністю виконавця та його прямим умислом, у той час коли норми § 336 КК Німеччини після його оновлення у 1974 році тлумачилися як такі, що встановлюють кримінальну відповідальність за спотворення права, вчинене також і з непрямим умислом. Крім того, на основі § 224 КК НДР можливим було призначення найнижчого покарання у вигляді позбавлення волі строком на 6 місяців, у той час коли нижньою межею покарання згідно із суворішим § 336 КК Німеччини був 1 рік.

Водночас вказувалося, що для застосування того чи іншого положення слід враховувати у кожному конкретному випадку всі його

²¹⁴ Там само.

²¹⁵ Н. Tröndle, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze. Kommentar*, München 1997, вступні положення до § 3 КК Німеччини, Rdn. 96, 106.

фактичні й правові аспекти²¹⁶. Як наслідок порівняння обох положень виникло питання про доктринальні підстави, з огляду на які суди Федеративної Республіки Німеччина мають застосовувати цю норму власного кримінального права в ситуації, коли «§ 336 КК Німеччини заходить на місце § 224 КК НДР». Тому йшлося не лише про те, чи охоплює це положення своїм формулюванням такі самі випадки, а й також про те, чи санкціонує воно такий самий вид безправ'я, а точніше – чи збігається чинна на момент вчинення діяння норма кримінального права НДР щодо описаного в ній стрижня безправ'я (*Unrechtskern*) із нормою кримінального права Федеративної Республіки, що була чинною на момент ухвалення рішення.

Якби положення § 336 КК Німеччини, яке бралось за основу рішення у справі судді НДР, охоплювало інший вид безправ'я, то його застосування порушувало б заборону зворотної дії норми кримінального права. Це питання, що отримало назву питання «продовження стрижня безправ'я» стосовно обох положень, було предметом дискусії в доктрині, під час якої зверталася увага на те, що КК НДР визначав злочин спотворення права, акцентуючи на його формальній стороні (**незаконне** ухвалення рішення на користь або шкоду стороні)²¹⁷. Переміг підхід, сприйнятий також судовою практикою, що різниця у словесному звучанні обох положень не є настільки істотною, щоб можна було говорити про «різні типи безправ'я», яких ці положення стосуються. Адже обидва положення по суті описують нормативно порівнювані діяння та визначають ідентичне коло виконавців.

²¹⁶ Слід зазначити, що покарання у вигляді позбавлення волі, передбачене за злочин *Rechtsbeugung* в § 224 КК НДР Німеччини, не могло призначатися з умовним припиненням його виконання, тому, зважаючи на цей аспект, як більш м'яке в конкретній справі, могло застосовуватися положення § 336 КК Німеччини. Див.: К. Marxen, G. Werle, *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht. Eine Bilanz*, Berlin–New York 1999, s. 65.

²¹⁷ А. Eser, [w:] А. Schonke, Н. Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 1997, s. 87. Дискусія стосовно представлення злочину спотворення права в німецькому кримінальному праві як такого, що базується на продовженні опису «стрижня безправ'я» (*Unrechtskontinuität*), докладно розкривається в: А. Rost, *Rechtsbeugung*, [w:] А. Eser, J. Arnold (Hrsg.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht, Bd. 2, Deutschland*, Freiburg im Breisgau 2000, s. 121. Слід навести погляд, згідно з яким в НДР не лише користувалися «добрим правом у злих намірах», тобто спотворюючи це добре право, а й творилося нове право в дусі відповідної ідеології, надаючи цьому новому праву реальної сили, що зобов'язувала державні органи безпосередньо його застосовувати, не порушуючи його змісту. Див.: G. Jacobs, *Untaten des Staates – Unrecht um Staat. Strafe für die Tötungen an der Grenze der ehemaligen DDR?*, «Goldtamer's Archiv für Strafrecht» 1994, s. 1. Зважаючи на це робиться висновок, що покарання прокурорів і суддів за «спотворення» таким чином сформованого і обов'язкового для них права суперечить забороні зворотної дії, яку передбачала ст. 103 абз. 2 Конституції Федеративної Республіки Німеччина. Див.: В. Schlink, *Rechtsstaat und revolutionäre Gerechtigkeit*, «Neue Justiz» 1994, s. 433–435.

При цьому увага зверталася на відмінності стосовно предмету захисту. Зазначалося, що в реаліях НДР правосуддя з його практикою застосування положень КК з 1968 року використовувалося для цілей, які визначала соціалістична державна ідеологія, а положення § 336 КК Федеративної Республіки Німеччина має захищати застосування права незалежними суддями, які підкоряються тільки законам. Однак функціональне порівняння положень про злочин *Rechtsbeugung* в обох кодексах показало, що відмінності реалій, в яких вони діяли, не стають на заваді застосуванню § 336 КК Німеччини стосовно виконавців, які спотворювали право, підлягаючи дії § 224 КК НДР, тим більш що положення Конституції декларували, що соціалістичне законодавство втілює в життя захист свободи, прав та гідності людини, а також суддівську незалежність.

2. Спотворення права суддями в Німецькій Демократичній Республіці

Визначенню принципів, на яких базувалася кримінальна відповідальність суддів за ухвалення несправедливих рішень у період існування НДР, повинно передувати наведення вибраних (характерних і типових) випадків спотворення права в судових кримінальних провадженнях, з урахуванням загального стану політизованості, що впливав на ухвалення обвинувальних вироків. У науковій літературі відзначається, що у Східній Німеччині під комуністичною владою було ухвалено близько 250 тис. вироків у справах, що мали політичний характер²¹⁸. Кількість політичних в'язнів нараховує 200 тис. осіб²¹⁹. Показовим є факт відносно нечастого застосування судами смертної кари, яка присуджувалася у 72 випадках ухвалення вироків з політичним характером (виконано 52 вироків)²²⁰.

²¹⁸ F. Werkentin, *Instrumentalisierung der Strafjustiz durch die SED*, [w:] J. Weber, M. Piaolo (Hrsg.), *Justiz im Zwielicht*, München 1998, s. 211.

²¹⁹ Див.: s. Zimmerman, *Historisches und Politisches Vorverständnis*, [w:] A. Eser, J. Arnold (Hrsg.), *Strafrecht...*, Bd. 2, *Deutschland*, Freiburg im Breisgau 2000, s. 20.

²²⁰ Взагалі за політичні та неполітичні злочини було ухвалено 373 смертні вироків, з яких виконано 208 (відсутня інформація про виконання 8 вироків). Див.: F. Werkentin, *Souverän ist, wer über den Tod entscheidet*, [w:] R. Engelmann, s. Vollnhans, Clemens (Hrsg.), *Justiz im Dienste der Parteiherrschaft. Rechtspraxis und Staatssicherheit in der DDR*, Berlin 1999, s. 184.

У 1950–1958 роках ухвалювалося чимало вироків, якими особи засуджувалися до багаторічного позбавлення волі, а в окремих випадках – і до страти, за злочин, який називали «підбурюванням до бойкоту проти демократичних органів та організацій» (*Boykotthetze*). Все ще чинний на той час Кримінальний кодекс Рейху (КК Німеччини 1871 року) не містив такого типу родового злочину, тому «спотворюючи право», посилалися як на основу караності зазначеного діяння на зміст ст. 6 абз. 2 Конституції НДР, де вказувалося, що таке підбурювання «є злочином у розумінні Кримінального кодексу»²²¹.

Незважаючи на те, що конституційне положення не визначало ані ознак злочину *Boykotthetze*, ані покарання, що загрожувало за його вчинення, воно все ж застосовувалося з метою судових переслідувань громадян, які у будь-який спосіб виказували зневагу до влади та її ідеології, а також дисидентів із середовища партійних і свідків Єгови²²².

Прикладом застосування судом поняття *Boykotthetze*, що охоплювало також «фашистську пропаганду, яка становила загрозу для миру», було засудження Окружним судом у Дрездені 28 травня 1953 року до 8 років позбавлення волі офіцера народної воєнізованої поліції, який «неодноразово слухаючи ворожу західну радіостанцію, все більше відступав від прогресивних цілей трудящого люду нашої НДР і став ворогом робітничого класу». Учинений ним злочин полягав у тому, що під час обов'язкових політичних навчань він своїм висловленням поставив під сумнів потребу озброєння народної поліції, а в розмовах з колегами заперечував правдивість преси в НДР, культуру радянських людей, сумнівався у перевагах радянської техніки та озброєння і неправдиво висловлювався, що перемога Червоної армії у Другій світовій війні була результатом допомоги, отриманої від Америки, а кордон миру по лінії Одра – Ниса проходить через німецькі території, а також хвалив

²²¹ «Підбурювання до бойкоту (*Boykotthetze*) проти демократичних органів та організацій, підбурювання до вбивства (*Mordhetze*) демократичних політиків, пропагування ненависті з підстав віри, раси або національності, воєнна пропаганда, а також воєнне підбурювання (*Kriegshetze*) та усі інші діяння, спрямовані проти рівноправності, є злочинами в розумінні Кримінального кодексу».

²²² В обґрунтуванні обвинувального вироку, яким засудили академічного капелана, зазначено, що «тяжкою формою *Boykotthetze* є використання церковних інституцій з метою ведення підбурювальної діяльності проти держави робітників і селян. При цьому обсяг караності такого діяння докладніше не визначається. Див.: s. Zimmermann, *Historisches und Politisches Vorverständnis*, s. 22. У вирокі в справі «свідків Єгови» від 4 жовтня 1950 року (*Zeugen Jehovas Urteil*) Верховний суд НДР зазначив, що ст. 6 Конституції НДР є «безпосередньо застосовуваним кримінальним правом», а перелічені в ньому діяння є не окремими забороненими вчинками, а формами вчинення одного забороненого діяння» – *Boykotthetze*. Див.: *Entscheidungen des Obersten Gerichts der DDR in Strafsachen*, 1950, Bd. 1, s. 35.

танцювальну музику, яку транслювали західні радіостанції, називаючи її «хорошою та прогресивною».

В обґрунтуванні вироку суд зазначив, що обвинувачений «по суті» зізнався у вчиненні забороненого діяння, але при цьому намагався надати іншого значення окремим, ворожим стосовно держави висловлюванням. Таким виправданням суд не повірив і засудив обвинуваченого за прямий умисел, спрямований на послаблення ударної здатності народної поліції та дискредитацію дружби з Радянським Союзом в інтересах західних імперіалістів²²³.

Як один з типових обвинувальних вироків за цей злочин у літературі наводиться вирок від 26 червня 1953 року, ухвалений Окружним судом у Франкфурті-на-Одері. Вироком засуджені шість членів страйкового комітету будівельників, яких обрали на зборах комітету 17 червня 1953 року. Страйковий комітет «закликав до солідарного страйку з колегами з алеї Сталіна, до повалення уряду НДР, ліквідації воєнізованої народної поліції та звільнення усіх військовополонених і політичних в'язнів». На думку суду, засуджені до позбавлення волі строком від 9 місяців до 8 років вчинили злочин, передбачений ст. 6 Конституції, тому що

діючи спільно, підбурювали робітників провокаційними гаслами, поширювали анархістську брехню і користуючись провокаційними вимогами, змушували інших не працювати, а також намагалися звільнити в'язнів з виправного закладу²²⁴.

З метою визначення кола потенційних виконавців, які підлягали покаранню на основі ст. 6 Конституції НДР, суди користувалися положеннями директиви № 38 Союзної контрольної ради, де, зокрема, йшлося про те, що

активістом визнається той, хто після 8 травня 1945 року шляхом пропаганди національного соціалізму або мілітаризму чи вигадування і поширення тенденційних слухів, спровокував загрозу мирному життю німецького народу або мирові в усьому світі чи все ще їм загрожує.

²²³ Вирок опубліковано у: J. Weber (Hrsg.), *Der SED-Staat: Neues über eine vergangene Diktatur*, München 1994, s. 25–26.

²²⁴ F. Werketin, *Recht und Justiz im SED-Staat*, Bonn 1998, s. 32.

Як «небезпечну для миру фашистську пропаганду» кваліфіковано висловлювання, яке обвинувачений зробив 17 червня 1954 року на адресу працівників підприємства (за що отримав покарання у вигляді 4 років позбавлення волі), з тим, щоб вони припинили роботу і вимагали запровадження нового розпорядку робочого часу та норм праці, роззброєння промислової охорони, зниження цін, зміни уряду та проведення вільних виборів²²⁵. Із вказівкою на положення двох актів, а саме Конституції та зазначеної вище директиви, ухвалювалися численні обвинувальні вирокі, зокрема за усні висловлювання, що тлумачилися як злочинні «підбурювальні слухи». Серед таких варто згадати обвинувальний вирок від 9 червня 1953 року (ухвалений Окружним судом в Карл-Маркс-Штадті), що засуджував до 10 років позбавлення волі перукаря, який у зв'язку зі смертю Сталіна сказав: «Він наказав убити тисячі польських офіцерів в Катині»²²⁶.

Ті самі положення наводяться в обвинувальному вирокі (яким також було засуджено до 10 років позбавлення волі), ухваленому за те, що приватний підприємець привіз із Західного Берліну і користувався багатьма загальнодоступними там журналами та публікаціями, що містили економічну інформацію. Суд стверджував, що такі публікації в руках злочинця, «налаштованого лише на отримання максимального зиску, створюють особливу небезпеку»²²⁷.

Характерною ознакою обґрунтувань обвинувальних вироків було застосування суддями політичної фразеології, що заміняла висновок стосовно юридичних підстав засудження, адже крім твердження, що обвинувачений вчинив заборонене діяння, яке йому інкримінувало обвинувачення, відсутні були аргументи, що обґрунтовували субсумцію, тобто підтягування висловлення під кримінально-правове положення, в якому описувався злочин, за вчинення якого карав суд. Єдине в своєму роді касаційне рішення Верховного суду НДР (*das Oberste Gericht*) від 29 березня 1954 року, що містило обґрунтування звільнення від кримінальної відповідальності засудженого, «без врахування політичного тла справи», відоме під назвою «балади про вбитого собаку»²²⁸.

²²⁵ W. Pfister, *Die Aufhebung von Willkürurteilen*, [w:] J. Weber, M. Piazzolo, *Eine Diktatur vor Gericht*, München 1995, s. 188.

²²⁶ J. Weber, M. Piazzolo (Hrsg.), *Justiz...*, s. 194.

²²⁷ F. Werkentin, *Instrumentalisierung...*, s. 194.

²²⁸ Обставини справи такі: районний суд в Мюльхаузені вирокіом від 8 грудня 1953 року, який підтвердив своїм рішенням від 31 грудня 1953 року Окружний суд, покарав за знущання над твариною (§ 145b КК Німеччини) та за знищення чужої власності (§ 303 КК Німеччини) виконавця – «старого комуніста» (*Altkommunist*), який з особливою жорстокістю убив чужого собаку (*fremden Hund*). 21 жовтня 1953 року пізно ввечері чужий

Масштаби переслідування селян, які опиралися колективізації, а також власників середніх і малих підприємств, з застосуванням як підстави для ухвалення вироків розпорядження «Про господарське кримінальне право» (*Wirtschaftsstrafverordnung*), прийнятого в радянській окупаційній зоні у 1948 році, визначила Друга партійна конференція Соціалістичної єдиної партії Німеччини в червні 1952 року, на якій було видано директиву «Про відбудову основ соціалізму» із вказівкою на «державу як головний інструмент». На основі положень *Wirtschaftsstrafverordnung* на селян накладалися почасти непосильні норми обов'язкових поставок, а за їх невиконання вони каралися позбавленням волі та штрафом; також приймалися рішення про перехід господарства у власність держави²²⁹.

Наприкінці 1957 року було прийнято «закон, що доповнював кримінальне право», з метою «конкретизації» ст. 6 Конституції НДР, де йшлося про *Boykotttsetze*, із застереженням, що допускається зворотна дія нових кримінальних приписів у часі²³⁰. Цей закон визначав злочини «проти держави та діяльності її органів», «проти суспільного майна»

собака напав на собаку, який стеріг державне підприємство (*Wachhund*). Верховний суд, беручи до уваги касацію генерального прокурора, констатував, що «чужий собака відривав сторожового собаку від його обов'язку стерегти, щоб жодна стороння особа не проникла на територію підприємства», і дорікнув районному суду, що той «не врахував політичного тла кримінального провадження у цій справі». Адже, як було вказано у касаційному рішенні, районному судові «мало бути відомо, що вороги нашого устрою користуються різними методами, намагаючись призупинити нашу відбудову та наш соціальний розвиток [...], а одним із таких методів є паралізація роботи наших усупільнених промислових підприємств», тому «охорона наших підприємств мусить на високому рівні виконувати свої обов'язки, щоб гарантувати їхню безпеку». Тому, зважаючи на «політичні і юридичні помилки» має відбутися перегляд обвинувального вироку стосовно обвинуваченого, який убив чужого собаку, тим більш що «вороги нашого устрою використовують майстерно та підступно цю справу [...] як метод боротьби з владою робітників і селян». Висновок, що вказував на обов'язок судів зберігати «політичну пильність», наказував виправдати особу, яка вбила собаку. Цей висновок закінчується реченням: «Лише завдяки тому, що суд і прокуратура були політично сліпими, могло дійти до внесення обвинувачення та проведення судового слідства, а через це – до зловживання правосуддям проти обвинуваченого і проти інтересів нашої держави». Касаційне рішення опубліковане у: J. Weber (Hrsg.), *Der SED-Staat...*, s. 27–30 (визначення «балада про вбитого собаку» див.: Там само, прим. 6 на с. 27).

²²⁹ Невдовзі після прийняття директиви «Про відбудову основ соціалізму» у 1953 році кількість заарештованих і засуджених судами селян і дрібних підприємців у загальному становила 67 тис., що призвело до переповнення в'язниць і змусило тимчасово зменшити масштаби репресій щодо тих, які опиралися колективізації, що завершилася у 1960 році. Див.: F. Werkentin, *Recht und Justiz...*, s. 23–24.

²³⁰ Слова міністра юстиції НДР Хільди Бенджамін про «закон, що доповнював кримінальне право» від 11 грудня 1957 року, цит. за: Engelmann, s. Vollnhans (Hrsg.), *Justiz im Dienste der Parteiherrschaft*, Berlin 1999, s. 157.

та «військової дисципліни». Злочин державної зради (*Staatsverrat*) описується у двох еквівалентних з точки зору караності виявах – як «повалення з застосуванням насильства (*gewaltsamen Umsturz*) конституційного державного і суспільного порядку», що прирівнювалося до його «планового готування» (*planmäßigen Untergrabung* – § 13), що у «тяжких випадках» каралося довічним позбавленням волі або стратою.

Окремо від державної зради (що розумілася доволі широко) описуються шпигунство (§ 14), збір інформації з метою передати її чужій розвідці (§ 15) та підтримування зв'язків із «злочинними організаціями або службами» (§ 16; до них відносили різного виду органи та організації, що існували в капіталістичних державах). Висловлювання, що відповідали поняттю «політико-ідеологічної диверсії», мали каратися на підставі положень про «небезпечну для держави пропаганду і підбурювання» (§ 19), а також за «зневагу до держави» (§ 20).

На підставі нововведених кримінальних положень Окружний суд у місті Гера наприкінці 1958 року засудив 24 студентів та молодих працівників до позбавлення волі строком від півтора року до 15 років за «державну зраду» («*vollendenden Staatsverrats*») та «підбурювання» («*Hetze*»), що полягало в участі у зустрічах, на яких обговорювалися способи протидії політиці Соціалістичної єдиної партії Німеччини, та поширенні в поїздах на залізничній лінії Йена – Гера листівок і гасел, пов'язаних із подіями в Польщі та Угорщині у 1956 році.

Також за злочин державної зради (§ 13 «закона, що доповнював кримінальне право»), вчинений шляхом «планового підривання нашого конституційного державного і суспільного порядку», засуджено вироком Окружного суду в Галле від 15 серпня 1958 року до позбавлення волі строком на 7 років двох студентів історичного факультету, які називали себе «соціалістами» і висловлювалися у присутності свідків щодо реформи «реального соціалізму»²³¹. В обґрунтуванні обвинувального вироку йшлося про те, що неважливими є численні пояснення обвинувачених, в яких вони переконували, що «йшлося про відкриту дискусію», адже «перший секретар Центрального комітету Соціалістичної єдиної партії Німеччини Вальтер Ульбріхт окреслив, чим є «справжній науковий спір і боротьба». Ця категорія, на думку суду,

²³¹ У цій справі збереглися документи з наради представників окружної верхівки Соціалістичної єдиної партії Німеччини, прокуратури, університету та міністерства безпеки, під час якої визначено обсяг «покарання у вигляді позбавлення волі на строк від 7 до 8 років» і домовлено інсценувати процес, у тому числі дібравши представників громадськості, обговорювалася також потреба опрацювати «характеристику поведінки свідків щодо ліквідації групи державних зрадників». F. Werkentin, *Recht und Justiz...*, s. 46.

мала виводитися з висловлювання, направлено на академічній спільноті 21 квітня 1958 року:

Читайте наукові праці Маркса і Енгельса, як вони боролися, яку провели боротьбу з ідеологією буржуазії! Це – зразки для наслідування у боротьбі, яку вони мусили б провести в університеті. Бажаю, щоб така атмосфера панувала в усіх університетах. А якщо такий стан породили праці Маркса і Енгельса, то годі й говорити про праці Леніна.

Цю цитату суд назвав основою обвинувального вироку: «Це вже мало обов'язкову силу, коли обвинувачені розпочали свою злочинну діяльність»²³².

Слова, сказані на адресу тільки однієї особи під час приватної розмови, суди кваліфікували як небезпечну для держави пропаганду та підбурювання на підставі § 19 «закону, що доповнював кримінальне право». Типовим – насправді, одним з багатьох прикладів такої кваліфікації – є обвинувальний вирок, яким особа засуджувалася до трьох років позбавлення волі за тяжкий випадок цього злочину (вирок ухвалено 3 листопада 1961 року Округним судом в Галле). Злочин полягав у висловлюванні,

що підбурювало проти нашого Голови Державної ради, товариша Вальтера Ульбріхта, проти заходів, яких вжила наша держава робітників і селян з 13 серпня цього року [1961 рік – закінчення будівництва берлінської стіни та закриття прикордонних переходів з Федеративною Республікою Німеччина], а також проти інших соціалістичних держав, особливо проти Польської Народної Республіки і Радянського Союзу.

В обґрунтуванні обвинувачення йшлося про те, що обвинувачений, 41-річний шахтар, розповів своєму співрозмовникові (потім він був єдиним свідком у справі) «наклепницький анекдот, що висміював товариша Ульбріхта, [...], який в цьому місці не подобає повторювати». У присутності того ж свідка він сказав, що

²³² Вирок опубліковано у: J. Weber (Hrsg.), *Der SED-Staat...*, s. 35–37.

Росіяни довели на верхах до того, що тепер НДР перетворилася на одну велику в'язницю; тепер ми такі самі закриті, як і ви. Я не можу дивитися на росіян, на тих свиней. Я більше не буду кланятися жодному з них.

Хоча обвинувачений запевняв суд, що після 1945 року він сприйняв науку марксизму-ленінізму, все ж в обґрунтуванні вироку такі декларації визнано порожніми словами, що лише були спробою захистити себе та уникнути відповідальності. Стверджувалося, що обвинувачений під впливом західних радіостанцій став «знарядям боннських мілітаристів» і як «ворог атакував ззаду інтереси усіх людей, які є прихильниками миру». Його злочинні висловлювання «могли викликати плутанину і неспокій та вплинути на нестійких громадян, які ще міцно не стали на шлях політики партії і уряду»²³³.

Вироком того самого Окружного суду в Галле у 1963 році засуджено до 6 років позбавлення волі 40-річного робітника за те, що той перефразував дитячу віршовану молитву, що кваліфікувалося як антидержавні виступи («*Staatshetze*») – злочин відповідно до § 19 «закону, що доповнював кримінальне право»²³⁴.

Після того, як набув чинності КК НДР 1968 року, судова практика визнавала розповідання анекдотів про «першого секретаря та Голову Державної ради» злочином зневаги до держави (*Staatsverleumdung* – як вияв ворожого стосовно держави підбурювання згідно з § 110б) незва-

²³³ У подальшому висновку суд обґрунтовував значення слів обвинуваченого в контексті створення загрози для НДР. Проти обвинуваченого мали діяти «заходи, яких наш уряд вжив 13 серпня 1961 року [...], адже боннські мілітаристи запланували восени цього року здійснити агресію проти нашої Німецької Демократичної Республіки з метою її приєднання до Федеративної Республіки і, як наслідок, поширити відносини капіталістичної експлуатації на усю Німеччину». Вжиті заходи, «які підтримують і гарантують мир, зі зрозумінням та повагою сприйняли не лише трудящі нашої Республіки, а й усі люди, які є прихильниками миру». Після проведення аналізу перекреслених західних планів, «спрямованих не лише проти НДР, а й проти усього соціалістичного табору», суд дійшов висновку, що в ситуації, яка виникла, «підбурювання та наклепи були особливо спрямовані проти товариша Вальтера Ульбріхта, адже він послідовно веде політику миру і має великий досвід у боротьбі з фашизмом і мілітаризмом». Прочитання усього вироку дозволяє висунути припущення, що саме анекдот про «товариша Ульбріхта», не наведений в обґрунтуванні, суд визнав тим фрагментом висловлювання обвинуваченого, що найбільше заслуговує на покарання. Вирок опубліковано: Там само, с. 39.

²³⁴ Злочинний за оцінкою суду текст у вільному перекладі звучав так: «Добрий Боже, зроби мене сліпим, щоб я не бачив стіни. Добрий Боже, зроби мене глухим, щоб я не вірив західному радію. Добрий Боже, зроби мене німим, щоб я не пішов до в'язниці. Коли я стану сліпим, глухим і німим, то буду улюбленою дитиною Ульбріхта». Н.-J. Grasemann, *Die politische Straffjustiz als Instrument von SED und Staatssicherheit*, [w:] J. Weber (Hrsg.), *Der SED-Staat...*, s. 45.

жаючи на особу виконавця, обставини діяння та слухачів. У літературі як приклад наводиться обвинувальний вирок, що засуджував до 1 року позбавлення волі виконавця, який вже перебував у в'язниці, де розповів співкамерникам три невинні анекдоти про Ульбріхта²³⁵.

Важко визначити вид тлумачення положення § 106 КК НДР, що його застосував Окружний суд в Карл-Маркс-Штадті, засуджуючи 2 жовтня 1978 року до 2 років і 4 місяців позбавлення волі 27-річного працівника кладовища за те, що той «неодноразово вчинив та намагався знову вчинити вороже стосовно держави підбурювання» (як було сказано в резолютивній частині вироку). Із обґрунтування вироку випливає, що поведінка обвинуваченого полягала у тому, що той прочитав книжку Джорджа Оруелла «1984 рік», яку він отримав від знайомого з Західної Німеччини, а потім позичив її кільком знайомим. Роман Оруелла, написано кілька років до виникнення НДР, що могло породжувати запитання про логіку визнання його змісту таким, що підбурює проти НДР. Наведений в обґрунтуванні вироку висновок переконує, що суд здійснив аналіз роману Оруелла й відзначив, що він «об'єктивно дискримінує державні, політичні та економічні відносини соціалістичного суспільного порядку». Хоча суд назвав цю книгу словом «сміття» (*Machwerk*), все ж він заявив, що

останніми роками ця книга використовується в межах ідеологічної диверсії проти НДР, що ще раз доводить, що вороги соціалізму застосовують усе, що слугує реалізації їхньої мети підірвати зсередини соціалістичний суспільний порядок²³⁶.

КК НДР 1968 року, разом із положенням § 106 про караність «антидержавного підбурювання» (за вчинення якого в початковій формі загрожувало позбавлення волі строком від 1 до 8 років, а у випадку «запланованого діяння» – до 10 років позбавлення волі), окремо описував у § 220 заборонене діяння «публічного приниження державного устрою, органів державної влади та громадських організацій або їхньої

²³⁵ W. Pfister, *Die Aufhebung von Willkürurteilen*, [w:] J. Weber (Hrsg.), *Der SED-Staat...*, s. 39.

²³⁶ Вирок опубліковано в: J. Weber (Hrsg.), *Der SED-Staat...*, s. 41. Серед прикладів висловлювань, що були «антидержавними підбурюваннями» у розумінні § 106 КК НДР, зокрема наводиться жартівлива фраза, що «братня комуністична партія у Федеративній Республіці набирає на виборах стільки нуль десятих відсотка голосів, скільки Соціалістичній єдиній партії Німеччини бракує до 100%». Див.: Н.-J. Grasemann, *Die politische Strafjustiz...*, s. 39.

діяльності чи заходів, яких вони вживають» (за це загрожувало покарання на строк до 3 років позбавлення волі, а якщо діяння вчинено за кордоном – до 5 років позбавлення волі).

На положення § 220 КК НДР послався районний суд в Росток-Штадті у вирокі від 4 жовтня 1985 року як на основу кваліфікації висловлювання інженера, з яким він звернувся до членів робітничого колективу, «принижуючи генерального секретаря Соціалістичної єдиної партії Німеччини Еріха Гонеккера» словами: «Гонні їздить до Москви тільки для того, щоб отримувати там нові накази та доручення». Це висловлювання, на думку суду, було одним із багаторазових публічних актів караної поведінки, що засвідчували ставлення виконавця до «політичних і економічних відносин у НДР, до інших держав, а також до заходів, яких вживають органи та організації». Із другого висновку, що міститься в обґрунтуванні засудження обвинуваченого до 1 року та 6 місяців позбавлення волі, можна зробити висновок, що злочинне ставлення виконавця сформувалося під впливом західнонімецького телебачення і було мотивом того, що обвинувачений у 1982 році звертався з проханням дозволити йому переселитися до Федеративної Республіки Німеччина (його прохання було відхилене владою НДР).

Через три роки обвинувачений висловлювався у присутності членів робітничого колективу, показання яких дозволили суду відтворити зміст його формулювань, що наводилися у вирокі. Як «наклеп на урядову делегацію, що під керівництвом голови Державної ради вирушила з робочим візитом до Італії», суд оцінив слова обвинуваченого: «У світовій історії ті, на верхах, завжди волочилися за рахунок наших податків». Про НДР він казав, що «тут немає свободи пересування, тебе можуть тут закрити, й ти не зможеш нікуди виїхати», а також назвав її «великою тюрмою» та «*Scheiß*-державою, рабом якої він не хоче бути». Спосіб захисту західного кордону він назвав «нелюдським [...] і таким, що насамперед має стримувати громадян НДР від втечі». В одному з висловлювань обвинувачений «порівняв роботу органів правосуддя та безпеки НДР із практиками нацистської диктатури», а в черговому висловлюванні зневажав органи Міністерства безпеки, повторюючи інформацію, яку подавало західне телебачення, про застосування ними катувань, «побиття арештованих та погане харчування в'язнів». Перед колективом він виступив проти «політики дружби та єдності НДР з Радянським Союзом», принижуючи його громадян словом «москалі» та стверджуючи, що «НДР залежна від москалів»²³⁷.

Численні приклади порушення чинного в НДР права містить прак-

²³⁷ Вирок опубліковано в: J. Weber (Hrsg.), *Der SED-Staat...*, s. 42.

тика кримінального покарання громадян, які в різні способи намагалися переїхати до Західної Німеччини. «Закон, що доповнював кримінальне право», від 11 грудня 1957 року визначив кримінальну відповідальність за «намовляння та вербування до втечі з Республіки» та за надання допомоги у втечі. Було встановлено кримінально-правовий обов'язок доносити (*Anzeigepflicht*) про такі факти (§ 21). До оновленого (також 11 грудня 1957 року) «паспортного закону» запроваджено новий тип злочину – «втеча з Республіки» (*Republikflucht* – § 8), за який загрожувало покарання у вигляді позбавлення волі строком до 3 років. Ознаки цього злочину охоплювали «незаконний» виїзд за межі НДР, хоча ст. 10 Конституції 1949 року декларувала, що «кожен громадянин має право емігрувати»²³⁸. Після встановлення берлінської стіни особи, які намагалися перетнути кордон, підлягали покаранню на підставі положення про караність «небезпечних для держави актів насильства» (§ 17 «закону, що доповнював кримінальне право»).

У Конституції НДР з 1968 року вже не відтворювалися декларації щодо права громадянина залишити країну, натомість в новому КК, що набув чинності у тому самому році, вміщено положення, що посилювали кримінальну відповідальність за злочин *Republikflucht*. Ці положення прокурори й судді у багатьох випадках спотворювали з метою позбавити волі осіб, які намагалися різними способами «всупереч законам» перетнути державний кордон Німецької Демократичної Республіки – як про це йшлося у § 213 КК НДР 1968 року. У січні 1974 року Окружний суд в Дрездені своїм вироком засудив за цей злочин (та за фальсифікацію документів) до позбавлення волі строком на 3 роки і 2 місяці громадянина НДР, який із підробленим паспортом Федеративної Республіки намагався поїздом переїхати з Чехословаччини до Австрії.

Коли не відбувалася кваліфікація з порушенням змісту § 213 КК НДР, для мотивації засудження виконавців застосовувалося також спотворене положення § 214 Кодексу, що передбачало покарання тому, хто «перешкоджає діяльності державних органів, застосовуючи насильство або погрози, або виказує зневагу до законів, створюючи тим самим небезпеку порушення громадського порядку, або закликає зневажати

²³⁸ Як описує правове становище Ф. Веркентін, до набрання чинності цієї кримінально-правової норми засудження громадянина, який намагався виїхати з НДР, вимагало «спотворення шляхом розширеного тлумачення інших положень, аби створити видимість юридичної підстави». В обвинувальних вироках часто посилалися на директиву № 38 Союзної контрольної ради, на ст. 6 Конституції НДР 1949 року, розпорядження «Про господарське кримінальне право» та «Про повернення паспортів з 1953 року», що передбачало покарання у вигляді 2 років позбавлення волі за «неповернення паспорта при переїзді до Західної Німеччини». Див.: F. Werkentin, *Recht und Justiz...*, s. 44, 54.

закони». Окружний суд у Берліні визнав, що ознаки цього злочину має діяння обвинуваченого (засуджений до 1 року і 2 місяців позбавлення волі), який після отримання відмови у виїзді з НДР 28 травня 1985 року підійшов до прикордонного переходу в Берліні, де пред'явив свій паспорт, і вимагав, щоб йому дозволили перейти у західну частину міста, де проживала його хвора мати²³⁹. У вироку від 3 березня 1986 року цей суд ствердив, що таким самим злочином (порушення роботи державних органів – § 214 КК НДР) є поведінка двох обвинувачених, які, перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, спонтанно пред'явили на прикордонному переході свої паспорти і, посиляючись на права людини, вимагали від працівників прикордонної служби надати їм можливість переїхати до Західного Берліну. За таку поведінку суд засудив обох до 1 року і 5 місяців позбавлення волі (без можливості умовного зупинення виконання)²⁴⁰.

Друга частина положення § 214 КК НДР (визначало покарання за поведінку того, хто «виказує зневагу до законів, тим самим створюючи небезпеку порушення громадського порядку, або закликає зневажати закони») застосовувалася як підстава покарання осіб, що висловлювали невдоволення через відмову надати їм згоду на виїзд з НДР. Таким злочином районний суд в Магдебурзі у вироку від 30 січня 1985 року визнав поведінку обвинуваченого, який повторно отримавши відмову в дозволі на виїзд, у подальшому вивішував на дверях своєї квартири туристичний плакат Нової Зеландії, на якому написав слово «свобода», а крім того, багаторазово публічно носив причіплений до одягу «білий резистор», тим самим «виказуючи зневагу до закону НДР». За ці діяння обвинуваченого покарано до 1 року 8 місяців позбавлення волі.

Обидва положення, тобто § 214 та § 220 КК НДР, застосував той самий районний суд в Магдебурзі, засуджуючи 12 листопада 1985 року до року і двох місяців позбавлення волі жінку, яка «перешкоджала роботі органів і публічно їх зневажала». Обвинувачена, яку два чиновники поінформували, що їй вкотре (вп'яте) відмовлено у проханні надати дозвіл на виїзд з НДР, і що такого дозволу вона не отримає і в майбутньому, в їхній присутності сказала: «Нам не лишається нічого іншого, як перейти через зелений кордон або відкрити газ і лягти разом з дітьми [...] Я почувуюся як єврейка у Третьюму Рейху [...], як людина я не маю жодних прав»²⁴¹.

На думку Окружного суду в Берліні, злочин з § 214 КК НДР вчинив

²³⁹ Там само, с. 79.

²⁴⁰ A. Rost, *Rechtbeugung*, s. 113.

²⁴¹ F. Werkentin, *Recht und Justiz...*, s. 78.

також виконавець, який у момент подання прохання про виїзд з НДР обіцяв, що в разі відмови він стане перед будинком служби з плакатом із написом: «Я нарешті хочу виїхати», за що його покарали до року позбавлення волі²⁴². Ознакам цього злочину відповідала також участь у «мовчазній демонстрації» осіб, яким відмовили у видачі згоди на виїзд, і які, хоч і без гасел та транспарантів, все ж «демонстративно виказували зневагу до законів НДР». Так їхню поведінку кваліфікував районний суд у Магдебурзі, засуджуючи до 1 року і 5 місяців позбавлення волі учасника 14 таких «групових прогулянок». В обвинувальному вирокі суд заявляв, що злочин було вчинено, хоча «невтаємничені громадяни не могли відразу упізнати в кожній з тих «мовчазних демонстрацій» демонстраційну поведінку, метою якої було втілити в життя прохання виїхати до ФРН»²⁴³.

3. Принципи кримінальної відповідальності суддів Німецької Демократичної Республіки за спотворення права

У об'єднаній Німеччині вихідним пунктом засудження комуністичних суддів за спотворення ними права (як виконавців заборонених діянь відповідно до § 336 КК Німеччини (§ 224 КК НДР) стала теза, що сформувалася раніше і домінувала в доктрині та судовій практиці Федеративної Республіки, про те, що не кожне дефектне застосування права відповідає наборові ознак цього злочину, а лише таке, що об'єктивно є елементарним порушенням принципів правосуддя. Таке розуміння караного спотворення права формувалося, починаючи з 1984 року, і базувалося на підході, що караним є лише таке діяння судді, яке призводить до ухвалення вироку, зміст якого однозначно і очевидно суперечить праву²⁴⁴.

Якщо вирок, що розглядався крізь призму цих категорій, базувався на положенні закону, що вимагав тлумачення, яке могло призвести до його неоднокового розуміння, то уміщене в ньому рішення могло бути визнане таким, що спотворило право, лише тоді, коли не викликало

²⁴² Там само, с. 79.

²⁴³ Вирок опубліковано у: J. Weber (Hrsg.), *Der SED-Staat...*, s. 44.

²⁴⁴ U. Stein, H.-J. Rudolphi, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, актуалізація 2011, коментар до § 339 КК Німеччини, Rdn. 11a.

сумнівів, що рішення базувалося на тому, що суддя надав положенню закону таке значення, що його не можна було визнати прийнятним і обґрунтованим. Було запроваджено поняття обґрунтованого вироку (*Vertretbar*), що дало змогу – методом заперечення цієї категорії – констатувати, що вироком, який спотворює право, є лише такий вирок, зміст якого не піддається жодному обґрунтуванню (і тому він залишається *nicht Vertretbar*).

При оцінці тяжкості суддівського рішення, що спотворило право, вирішальне значення мала як об'єктивна, так і суб'єктивна сторона злочину. Тому, як правило, суддя вчиняв злочин *Rechtsbeugung* тоді, коли вирішення правового питання, що діставало вияву в його вироку, було порушенням суті норми права, що її він застосував, а також було свідомим²⁴⁵. Розвиваючи одну зі своїх тез щодо суті акту спотворення права (сформульовану в умовах незаполітизованості²⁴⁶), Верховний федеральний суд Німеччини у своїх чергових рішеннях обмежив покарання діянь несправедливих суддів, які засуджували громадян у період існування НДР з порушенням принципів, на яких повинно базуватися застосування кримінального права, що становить собою правосуддя. Такими, що заслуговують на покарання, визнано діяння, що полягали в ухваленні вироків, неправомірність яких була очевидною, адже становила настільки тяжке порушення прав людини, що зміст вироку зводився до акту суддівського свавілля. Рівень тяжкості такого порушення визначався шляхом виявлення суперечності змісту вироку з правовим відчуттям, що є спільним для усіх суспільств, а її мірою мало ставати очевидне порушення прав людини²⁴⁷.

Таке розуміння злочину проти правосуддя базувалося на принциповому твердженні, що ратифіковані в НДР Пакти про права людини (23 березня 1976 року), незважаючи на те, що їх положення не були

²⁴⁵ K. Lachner, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München 1995, коментар до § 336 5; P. Cramer, [w:] A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München 1997, s. 2280; H. Tröndle, *Strafgesetzbuch...*, § 336, Rdn. 5; J. Wessels, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, Heidelberg 1996, § 26 II 2; G. Spindel, [w:] *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch. Großkommentar*, Berlin-New York 1999, § 336, Rdn. 45; A. Rost, [w:] A. Eser, J. Arnold (Hrsg.), *Strafrecht in Reaktion...*, Bd. 2, s. 136. Рішення Верховного федерального суду див. у: NJW 1986, s. 3093; Там само, 1984, s. 2711; Там само, 1995, s. 64, 67; NJ 1996, s. 264.

²⁴⁶ G. Spindel, NJW 1996, s. 809–810; Рішення Верховного федерального суду див.: Там само, 1993, s. 605.

²⁴⁷ Цю лінію судової практики Верховного федерального суду Німеччини започаткував вирок від 13 грудня 1993 року, опублікований у: NJW 1994, s. 529. Див. обговорення такої судової практики у: G. Willnow, *Die Rechtsprechung der mit der deutschen Vereinigung verbundenen Probleme*, «Juristische Rundschau» 1997, s. 265.

запроваджені у внутрішнє право, мали обов'язкову силу. Тому держава не звільнялася від обов'язку поважати права людини, гарантовані правом націй. Те, що судді не мали права досліджувати, чи правове положення, що було взяте за основу ухваленого вироку, відповідає Конституції, не позбавляло їх можливості застосувати такий спосіб тлумачення та визначення юридичних наслідків застосованого закону, який дозволяв би уникати тяжкого порушення прав людини або хоча б давав змогу втримувати це порушення в певних межах²⁴⁸.

Констатовалося, що норми кримінального права НДР також піддавалися властивим для цього права методам тлумачення, при застосуванні яких можливим було надання їм значення, що не призводило б до актів очевидного свавілля при ухваленні вироків та до тяжких порушень прав людини. Таке розуміння поняття караного спотворення права, що базувалося на встановленні, чи міг суддя в НДР у конкретній справі застосувати тлумачення, що не порушувало б прав людини, диктувалося заборонаю зворотної дії положення кримінального закону, що стосувалося поведінки несправедливого судді (§ 336 КК Німеччини). Отже, кримінальну відповідальність тягнула лише поведінка судді, який у момент ухвалення вироку не зважав на існуючу можливість застосувати правову норму, не завдаючи значної шкоди правам людини, і не скористався цією можливістю, засуджуючи обвинуваченого з порушенням його прав.

4. Визначення принципів кримінальної відповідальності судді в судовій практиці Верховного федерального суду Німеччини

Особливо важливі висновки стосовно визначення конструкції відповідальності за спотворення права зробив Верховний федеральний суд Німеччини у вироку від 13 грудня 1993 року²⁴⁹. Тези його базувалися не лише на підсумовуванні поглядів, що висловлювалися раніше, а й додатково вводили тяжке порушення прав людини як показник, що визначав, чи заслуговує діяння судді на покарання (згодом цей показ-

²⁴⁸ A. Rost, *Rechtsbeugung*, s. 137.

²⁴⁹ Вирок Верховного федерального суду Німеччини від 13 грудня 1993 року – Az. 5 StR 76/93, BGHSt, 40, s. 30, 42.

ник застосовувався у чергових вироках)²⁵⁰. І тепер це рішення приймається за основу коментарів до § 339 КК Німеччини, залишаючись «віссю» дискусій щодо питання ступеня тяжкості судового безправ'я, з урахуванням якої приймається рішення, якою має бути кримінально-правова оцінка цього безправ'я в категоріях *Rechtsbeugung*.

На момент, коли Верховний федеральний суд Німеччини ухвалив це рішення, воно було вказівкою, що мала принципове значення, адже повинна була визначити практику загальних судів, що розглядали справи суддів, обвинувачених у призначенні покарань зі спотворенням права в період їх служби у судовій системі НДР. У відправній точці висновку Суду визначено спільний знаменник трьох виявів спотворення права, наслідком якого є тяжке порушення прав людини, крізь призму якого оцінюється поведінка судді або прокурора під час кримінального провадження. Визначення тяжкості цього порушення має допомогти з'ясувати, чи є суддівське рішення за своїм змістом актом свавілля (*Willkürakt*). На підставі такого підходу виокремлюються три групи випадків *Rechtsbeugung*.

Перша група охоплює рішення, в яких суддя, застосовуючи положення, викривив (*überdreht*) поданий у ньому законний опис забороненого діяння, виходячи за межі цього положення, або застосував невизначеність забороненого діяння у законі, й на підставі такого положення засудив до покарання, особливо до позбавлення волі, а це засудження є очевидним безправ'ям. До цієї категорії належать також випадки засудження внаслідок «фальсифікації» фактичного стану справи (*Sachverhalts-Verfälschung*). Вирішено, що при встановленні, чи відбулося під час судового вирішення справи спотворення права, мають враховуватися методи тлумачення, що були прийняті в НДР (із застереженням, що це повинно відбуватися лише в такому обсязі, в якому «вони очевидно не заперечують елементарних принципів справедливості та прав людини, які захищає право націй»²⁵¹).

Друга група охоплює випадки спотворення права, що полягають у призначенні суддею покарання (особливо позбавлення волі), яке є явно непропорційним вчинку засудженого, що призводить до того, що таке покарання мусить суперечити також положенням кримінального права НДР, оскільки, зважаючи на тягар несправедливості, воно є вод-

²⁵⁰ Вироки Верховного федерального суду Німеччини від 6 жовтня 1994 року – 4 stR 23/94, BGHSt, 40, s. 272; від 15 вересня 1995 року – 5 stR/94, BGHSt, 41, s. 247, 251; від 10 грудня 1998 року – 5 stR 322/98, NJW 1999, s. 3347, 3351.

²⁵¹ Вирок Верховного федерального суду Німеччини від 5 липня 1995 року – 3 stR 605/94, BGHSt, 41, s. 157, 164.

ночас тяжким порушенням прав людини. У випадках засудження за діяння меншої ваги, які «політизоване кримінальне право» визнавало злочинами, судова практика керувалася думкою, що очікування від комуністичних суддів стриманості в призначенні покарань може бути тим меншим, чим більшою мірою тлумачення ознак типу злочину, яке вони застосовували, містилося в «граничному обсягу» норми, яку вони застосовували²⁵².

Третю групу випадків *Rechtsbeugung* становлять тяжкі порушення прав людини, породжені видом і способом проведення судового провадження, особливо коли кримінальне переслідування та судове покарання взагалі слугували не втіленню в життя цілей правосуддя, а усуненню політичних противників або певної суспільної групи. У цих категоріях здійснено оцінку кримінальних процесів у НДР на основі сценарію, що визначав спосіб засудження в показових політичних процесах, інсценованих прокурорами і суддями.

Як приклад наводиться кримінальне провадження (що мало «усунути» політичного противника), під час якого суд в усіх важливих питаннях керувався докладними розпорядженнями Міністерства державної безпеки, втілюючи в життя підготовлений перед процесом «сценарій правосуддя»²⁵³. Прикладом діяльності суддів проти цілої групи осіб було «зловживання кримінальним правом з метою реалізації завдання, що суперечило цілям судового провадження в кримінальних справах, однак яке перед судами поставило політичне керівництво. Йшлося про позбавлення власників готелів» як суспільної групи²⁵⁴.

²⁵² L. Kuhlen, [w:] U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paefegen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, Baden-Baden 2005, s. 5781.

²⁵³ Це твердження, зокрема, стосується кримінальних проваджень 1976–1977 і 1979 років, під час яких проф. Роберт Гавеманн як критик режиму був покараний обмеженням місця перебування (*Aufenthaltsbeschränkung*), що означало заборону виїжджати за межі його нерухомості, де за ним велося постійне спостереження; пізніше на нього наклали високий штраф за нібито валютні проступки. Оскарження покарання суди визнавали «очевидно безпідставним». Рішення судів в цих справах наводилися в документі Міністерства державної безпеки. Див.: K. Marxen, G. Werle, *Die strafrechtliche Aufarbeitung...*, s. 50; BGHSt, 44, s. 275, 301. У вироку Верховного федерального суду Німеччини від 10 грудня 1998 року підтверджувалося, що під час провадження у справі Гавеманна відбулися тяжкі порушення прав людини з боку суддів і прокурорів, що відповідають об'єктивній стороні *Rechtsbeugung* в розумінні § 224 КК НДР та § 339 КК Німеччини. Див.: Вирок у справі 5 StR 322/98, NJW 1999, s. 3374, 3351.

²⁵⁴ Ця констатація стосується «*Aktion Rose*», яку провели у 1953 році з метою позбавлення власності та волі осіб, які володіли готелями, пансіонатами і мастками на узбережжі Балтійського моря. Юридичною підставою проваджень стало розпорядження «Про господарське кримінальне право» (*Wirtschaftsstrafverordnung*) від 20 жовтня 1948 року, на яке в обвинувальних вироках посилалися судді спеціально створеної з метою проведення «акції» кримінальної палати Округного суду в Бютцов. Засуджено 408 обви-

Конституційний суд ФРН (*Bundesverfassungsgericht*) у своєму єдиному рішенні (7 квітня 1998 року) стосовно питання *Rechtsbeugung* визнав таким, що відповідає Конституції, наведене вище визначення випадків, у яких суддя несе кримінальну відповідальність за заборонене законом спотворення права. На обґрунтування своєї позиції Суд заявив, що жодне положення Конституції не захищає суддю від відповідальності за неприпустиме порушення прав людини, яке він допустив у своїй судовій практиці²⁵⁵.

Отже, на думку обох судів, відповідність ознакам злочину спотворення права у кожному з описаних випадків забезпечують два елементи: акт суддівського свавілля у вирокі та зумовлене цим актом тяжке порушення прав людини. Надання такого *де-юре* і *де-факто* звужувального значення положенню, що визначає відповідальність за вчинення злочину проти правосуддя, та обмеження відповідальності наявністю цих елементів мало характер «необхідного застереження» в розумінні § 336 КК Німеччини, що мало б запобігти можливому повторному судовому розслідуванню усіх справ, що в НДР закінчилися ухваленням вироків, яким можна дорікнути, що за своїм змістом вони спотворювали право²⁵⁶.

Обмеження відповідальності суддів, здійснене Верховним федеральним судом Німеччини, базувалося на твердженні, що загальні («відкриті») юридичні поняття, якими користувалося кримінальне право НДР, давали можливість (за рахунок їх викривлення або підтягування) застосування положень того права як засобів політичних переслідувань. Тому мінімальне намагання судді при тлумаченні положення звизити його застосування в конкретній справі в контексті захисту прав людини може обґрунтувати сучасну оцінку ухваленого ним вироку

нувачених, яких заарештували до початку судових проваджень, в основному за те, що вони купували регламентовані продукти харчування без талонів і використовували їх на потреби своїх гостей, а також призначали на власні потреби продукти харчування, які їм виділяли на потреби підприємств, тим самим порушуючи податкове право, а крім того, вони контактували зі «штаб-квартирою агентів американського імперіалізму» в Західному Берліні. У засуджених конфісковано 440 готелів та пансіонатів і 181 маєтків та житлових будинків. Див.: K. Marxen, G. Werle, *Die strafrechtliche Aufarbeitung...*, s. 42. До цієї самої категорії в літературі зараховано організовані за дорученням влади процеси в Вальдхаймі, під час яких засуджено обвинувачених за приналежність до НСДАП або державної служби Третього Рейху, а також за участь у військових злочинах та злочинах проти людяності без проведення належного доказового слідства та без встановлення провини. Див.: L. Kuhlen, [w:] U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paefgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar...*, Bd. 2, s. 5782.

²⁵⁵ Рішення BVerfG 2BvR 2560/95 опубл. в NJW 1998, s. 2585; NJ 1998, s. 314.

²⁵⁶ A. Rost, *Rechtsbeugung*, s. 138.

як такого, що не містить ознак караного акту спотворення права. Натомість актом, що істотно порушує права людини, ставало застосування положення політичного характеру, якщо суддя не справдив навіть мінімального очікування щодо тлумачення, яке обмежило б його юридичні наслідки, а власне положення передбачало надзвичайно високе покарання за діяння, яке суддя кваліфікував на його основі.

Оригінальний погляд на випадки, в яких засудження відбувалося на підставі настільки загально сформульованого положення, що не було зрозуміло, за які діяння відповідно до цього положення загрожує покарання, зумовило формулювання Ф.Ш. Шрьодером висновку, який вирізняється на тлі поглядів доктрини, що усі випадки спотворення права суддями НДР можна звести до спільного знаменника – порушення принципу *nullum crimen, nulla poena sine lege*²⁵⁷.

Випадки караного спотворення права, що полягали у призначенні покарань, які через свою суворість були актами тяжкої (*groß*) несправедливості, Верховний федеральний суд Німеччини визначив, застосовуючи при цьому як об'єктивну теорію, так і додатково – основи суб'єктивної теорії. Злочинне спотворення права має місце тоді, коли визначене покарання настільки відчутно відходить від принципів пропорційності стосовно вчиненого діяння, що оцінка покарання як такого, що становить свавілля, виникає сама собою, навіть у політично заангажованого судді, і тому воно є недопустимим, зважаючи на відчуття справедливості. Орієнтиром для оцінки такого покарання – присудженого громадянинуві НДР – в аспекті тяжкого порушення прав людини, можуть бути положення Пактів про права людини, які забороняють застосовувати жорстокі і нелюдські покарання, а також свавільно арештовувати і безпідставно позбавляти волі (ст. 7 і ст. 9)²⁵⁸.

Застереження, яке зробив Верховний федеральний суд Німеччини щодо трьох типових виявів поведінки судді, що спотворюють право і заслуговують на покарання, не вичерпує усіх можливих форм, в яких може вчинятися злочин *Rechtsbeugung*, і це дозволило визнавати його виявом також бездіяльність суддів. У вироку від 21 серпня 1997 року Верховний федеральний суд Німеччини ствердив, що вчиняли заборонене діяння судді та прокурори НДР, які приймали рішення про закриття провадження, що мало б призвести до покарання винних у спотворенні права. Припинення переслідування заборонених діянь

²⁵⁷ F.Ch. Schroeder, *Der Bundesgerichtshof und der Grundsatz «nulla poena sine lege»*, NJW 1999, s. 89.

²⁵⁸ Вирок Верховного федерального суду Німеччини від 22 квітня 1998 року – 3 StR 644/97, NStZ-PR 1999, s. 43.

на угоду політичній системі може кваліфікуватися як вияв злочину спотворення права, причому вирішальним стає встановлення того, чи таке припинення (з врахуванням ступеню його незаконності) порушує права людини. Така оцінка повинна враховувати як вид і ступінь недотримання юридичного обов'язку, так і істотність юридичної цінності, що постраждала, та розмір шкоди, що загрожує цій цінності або вже їй була завдана²⁵⁹.

5. Критика судової практики Верховного федерального суду Німеччини в науковій літературі

Прийнята в судовій практиці концепція тлумачення положення § 336 КК Німеччини, згідно з якою заборонене діяння, описане в цьому положенні, становило сукупність двох елементів, що утворюють суддівське безправ'я, тобто акту свавілля в змісті вироку і спричиненого цим вироком тяжкого порушення прав людини, була схвалена окремими представниками доктрини²⁶⁰. Однак інші автори здійснили критику цієї лінії судової практики, зазначаючи, що концепція, на якій вона базується, звужує кримінальну відповідальність суддів по суті лише

²⁵⁹ Такий погляд Верховний федеральний суд Німеччини сформулював у вироку від 21 серпня 1997 року в справі стосовно кримінальної відповідальності прокурорів НДР, які спотворюючи право шляхом невиконання своїх обов'язків, ухилилися від порушення провадження у справі фальсифікування результатів місцевих виборів 7 травня 1989 року, незважаючи на те, що до прокуратури було подано повідомлення про вчинення такого злочину. В обґрунтуванні вироку йшлося про те, що відмова порушити провадження у цій справі та ухилення від проведення дій з перевірки повідомлення «має значення, яке можна прирівняти до фальсифікування обставин справи з метою досягнення запланованої політичної мети. Громадяни НДР, які під час виборів голосували проти, віддавали свої голоси проти усього списку Народного фронту, а у зв'язку з тим – також проти панування Соціалістичної єдиної партії Німеччини і в такий спосіб використовували рудиментарний елемент вільних парламентсько-демократичних виборів». Відмову порушити провадження у справі фальсифікування результатів виборів визнано «актом непрямого наступу на істотну юридичну цінність»; також стверджувалося, що «помітні, об'єктивні наслідки цього діяння були значними». Шифр 5 StR 652/96, BGHSt, 43, s. 183.

²⁶⁰ K. Amelung, *Die strafrechtliche Bewältigung des DDR-Unrechts durch die deutsche Justiz – ein Zwischenbericht*, GA 1996, s. 61; F. Sholderer, *Rechtsbeugung im demokratischen Rechtsstaat*, Baden-Baden 1993, s. 51; K.-H. Lehmann, *Recht muß Recht bleiben – Zur Verurteilung eines Richters des obersten Gerichts der DDR durch Richter des BGH*, NJ 1996, s. 561; H. Roggemann, *Richterstrafbarkeit und Wegsel der Rechtsordnung*, UZ 1994, s. 777; E.C. Rautenberg, *Anmerkung zu BG Potstam, Besonderer Senat, Bechluß vom 08.11.1993*, NJ 1994, s. 88.

до крайніх випадків спотворення права, незважаючи на те, що зміст положення § 336 КК Німеччини не містить нормативних підстав для такого обмеження відповідальності.

Очолив критиків Спендель, який назвав судову практику Верховного федерального суду Німеччини такою, що прагне не допустити надання іншого значення законному визначенню забороненого діяння *Rechtsbeugung*²⁶¹. Цей автор, послідовно будуючи свою оцінку злочинного спотворення права суддями Третього Рейху та суддями НДР на положеннях об'єктивної теорії, вказував, що для того, щоб стверджувати, що суддя вчинив злочин, описаний у § 336 КК, вирішальне значення має встановлення (яке не передбачає жодних сумнівів), що однозначно відбулося «неправильне застосування права» шляхом його «перекручування, тобто спотворення, без необхідності його повного порушення». Кримінальна відповідальність судді також не залежить від того, чи «перервав він усі стосунки» з правом у змісті ухваленого вироку, адже він його не врахував і не застосував. Тлумаченню Верховним федеральним судом положення про каране спотворення права Спендель дорікнув тим, що воно не відповідає змістові норми, яка забороняє таке діяння, адже ця норма не встановлює залежність відповідальності за її порушення від порушення прав людини²⁶².

Свою критику тез вироку від 13 грудня 1993 року здійснив Зібод, який дійшов висновку, що вони містять кумуляцію умов, що обмежують нормативний сенс «спотворення права», яке має підлягати покаранню, якщо є: порушенням прав людини, очевидним, тяжким, нестерпним, є актом свавілля. Поняття «свавілля», якому Суд надав значення ознаки злочину, охоплювало також політичний мотив судді, що таким чином ставав умовою караності за ухвалення несправедливого вироку. Якщо при формулюванні оцінки спотворення права у такому його розумінні врахувати ще й невизначеність у кримінальному праві НДР ознак злочинів, за вчинення яких засуджували судді, то кримінальна відповідальність останніх обмежується до крайніх випадків. Таке обмеження суперечить закону, що передбачає відпо-

²⁶¹ G. Spindel, *Rechtsbeugung und BGH – Eine Kritik*, NJW 1996, s. 809–812.

²⁶² Автор аргументує, що згідно з § 336 КК Німеччини суддя вчиняє заборонене діяння тоді, коли замість того, щоб «судити», що є його завданням, він робить з права «викривлену річ», навіть якщо це не призводить до «повного порушення» права, або ж до того, що він свавільним ви роком «зовсім зрікається права». Тому зміна значення змісту цього припису, що Верховний федеральний суд Німеччини зробив у вироку від 13 грудня 1993 року, призводить до позбавленого законних підстав встановлення привілею суддівської невідповідальності за усі діяння забороненого спотворення права, які водночас не є тяжкими порушеннями прав людини. Там само, с. 811.

відальність за умисну несправедливість (§ 336 КК Німеччини) або прийняття рішення з усвідомленням його незаконності (§ 224 КК НДР)²⁶³. До обвинувачень, що висновок Верховного федерального суду Німеччини «порушує правові традиції», долучився Бемманн, який зазначив, що в доктрині «прийнято і надалі приймається, що спотворення права підлягає покаранню незалежно від того, наскільки елементарним або неелементарним може бути порушення правосуддя²⁶⁴».

Одностайні у своїй критиці перелічені автори спільно запропонували оновити положення КК Німеччини про *Rechtsbeugung*. Оновлення мало стосуватися не лише стилістичної зміни опису цього забороненого діяння (що мало становити основний тип, що доповнювався б менш істотним випадком). Також передбачалося додати до § 336 КК Німеччини другу частину, яка містила б ознаки кваліфікації відповідальності судді. У проекті опису кваліфікованого типу автори використали деякі елементи тези, яку сформулював Верховний федеральний суд Німеччини, однак – всупереч його намірам – не як ознаки, дотримання яких є необхідним для існування суддівського забороненого діяння, а лише як обставини, які посилюють відповідальність за це діяння²⁶⁵. Якби законодавець, враховуючи постулат, змінив таким

²⁶³ М. Зібод підтримав раніше здійснювану критику і розвинув її. Див.: *DDR-Justiz vor Gericht*, [w:] *Festschrift für Theodor Lenckner*, München 1998, s. 611. Критику погляду Верховного федерального суду Німеччини, згідно з яким суддівське свавілля є ознакою забороненого діяння спотворення права, див також у: Н. Tröndle, *Strafgesetzbuch...*, § 336, Rdn. 5.

²⁶⁴ G. Bemann, *Zu aktuellen Problemen der Rechtsbeugung*, «Juristen Zeitung» 1995, s. 127.

²⁶⁵ Пропонувалося викласти § 336 КК Німеччини в такій редакції: «§ 336. 1. Суддя, інший чиновник або третейський суддя, який під час ведення провадження у справі або ухвалення вироку діє на користь або на шкоду одного з учасників справи, порушує право (*das Recht verletzt*) та підлягає за спотворення права (*Rechtsbeugung*) покаранню позбавленням волі на строк від року до п'яти років, а у випадку порушення меншого ступеня тяжкості – позбавленню волі на строк не менше шести місяців. 2. В особливо тяжких випадках покаранням є позбавлення волі на строк до десяти років. Випадок великої тяжкості зазвичай має місце тоді, коли право спотворене шляхом тяжкого порушення прав людини, присудження покарання, яке є нестерпно непропорційним порівняно зі вчиненим діянням, або таким, що учасник зазнав особливо великої шкоди». У пропонованому описі забороненого діяння, за збереження його назви «*Rechtsbeugung*», злочинне діяння визначалося за застосуванням слів «порушує право». Це нове формулювання мало прикривати незмінену конструкцію злочину проти правосуддя. Зазначалося, що кримінальній відповідальності за таким чином описане діяння насамперед має підлягати суддя, а потім інші особи, які обіймають державні посади й приймають рішення у справах «подібно до суддів», а також третейські судді. До ознак злочину не належить «тяжке» порушення права, адже ступінь порушення має значення тільки для визначення підвищеного покарання за цей злочин. Наголошувалося, що суддівське заборонене діяння може бути вчинене як з прямим, так і з непрямим умислом. Також зазначалося – на

власне чином зміст положення про *Rechtsbeugung*, то свою актуальність втратило б тлумачення цього положення, яке здійснив Суд і яке обмежувало караність несправедливого ухвалення вироків лише до по суті найтяжчих випадків спотворення права.

Узагальнюючи критику позиції Верховного федерального суду Німеччини щодо принципів кримінальної відповідальності судді за спотворення права, слід також звернути увагу на висловлювання авторів, які піддали сумнівам поняття суддівського «свавілля» (*Willkür*) у застосуванні права як однієї з передумов необхідних для констатації того, що суддя вчинив заборонене діяння. Аналіз змісту положень, посилаючись на які судді в НДР ухвалювали обвинувальні вирoki за різні діяння громадян, які сприймалися як вияви несубординації по відношенні до влади, призводив до висновку, що ці положення виражали «свавілля» влади і то такою мірою, що цілу систему права в державі Соціалістичної єдиної партії Німеччини слід назвати цим поняттям²⁶⁶. Якщо термін «свавілля» вживається у судовій практиці Верховного федерального суду Німеччини без його попереднього визначення, то це аж ніяк не конкретизує опису *Rechtsbeugung* у законі. У результаті навіть виникає сумнів, чи це незрозуміле поняття не суперечить постулатові визначеності забороненого діяння в кримінально-правовому положенні²⁶⁷.

Обмеження поняття караного спотворення права лише нестерпними, очевидними і тяжкими випадками свавілля і порушення прав людини, що зазнало критики в доктрині, все ж не завадило судовій практиці уникнути труднощів зі встановленням, чи суддя, який ухвалив вирок, діяв з умислом (прямим або непрямым – § 336 КК Німеччини, прямим – § 224 КК НДР), необхідним для притягнення його до кримінальної відповідальності за це заборонене діяння. Зважаючи на особливо високі вимоги щодо реалізації ознак об'єктивної сторони злочину, у

протипагу поглядів, що був представлений у судовій практиці – що політичний мотив, яким керується суддя, не є обов'язковим, щоб можна було б стверджувати, що суддівська поведінка відповідає ознакам забороненого діяння спотворення права, натомість цей мотив має враховуватися при визначенні ступеня покарання. Див.: G. Bemmman, M. Seebode, G. Spindel, *Rechtsbeugung – Vorschlag einer notwendigen Gesetzesreform*, ZRP 1997, s. 307–308.

²⁶⁶ R. Wassermann, *Wie Unrecht geschont wird. Zum Umgang mit der SED-Justiz*, «Recht und Politik» 1996, s. 132, 137.

²⁶⁷ Верховний федеральний суд Німеччини не визначив докладніше поняття акту свавілля (*Willkürakt*). Тому воно не конкретизує безправ'я *Rechtsbeugung*, натомість поєднане із порушенням прав людини може призводити до тлумачення, наслідки якого не відповідатимуть постулатові визначеності забороненого діяння. Див.: A. Rost, *Rechtsbeugung*, s. 154–155.

таких випадках стало «важко собі уявити, щоб для професійного судді очевидне безправ'я його рішення могло бути таємницею»²⁶⁸. Це твердження обґрунтовувало приписування судді прямого умислу і стосувалося також ситуацій, коли суддя суду загальної юрисдикції приймав рішення згідно із вказівками Верховного суду НДР²⁶⁹. Це стосувалося також суддів, які засуджували з переконанням, що вони таким чином захищають соціалістичний устрій держави та суспільний порядок. Їхні політичні переконання і зумовлене ними неусвідомлення безправ'я (*Rechtsblindheit*) не виключали їхнього умислу також в ситуаціях, коли вони вірили, що діють згідно з «правом і законом».

На думку Верховного федерального суду Німеччини, навіть якщо такого типу ідеї оцінювати крізь призму категорії помилки в забороні (*Verbotssirrtum*) у розумінні § 17 КК Німеччини, що є дуже сумнівним, то очевидним видається те, що такої помилки вони могли уникнути, тому вона не могла вплинути на притягнення їх до кримінальної відповідальності й не може бути обґрунтуванням пом'якшення призначеного їм покарання. Свою позицію Суд мотивував так:

Через покірність політичній владі «отупілі» виконавці спотворення права не звільняються з цієї причини від покарання. Було б недопустимим поліпшувати ситуацію винних за переконанням (*Überzeugungstäters*), зважаючи на існування тих, які [...] в умовах судового безправ'я зберегли у своїй свідомості рештки совісті та відчуття людяності. Суддя, який у сліпій покорі державній владі є переконаним, що він діє згідно з правом та законом, коли поза межами законної допустимості втілює в життя волю керівників держави і при цьому порушує права людини, не перебуває під впливом омани, що проєктується на його умисел²⁷⁰.

²⁶⁸ Вирок Верховного федерального суду Німеччини від 16 листопада 1995 року BGHSt, 41, s. 337.

²⁶⁹ Вирок Верховного федерального суду Німеччини від 21 серпня 1997 року, неопубліков. Цит. за: A. Rost, *Rechtsbeugung*, s. 149, прим. 190.

²⁷⁰ Вирок Верховного федерального суду Німеччини від 16 листопада 1995 року BGHSt, 41, s. 340.

6. Обвинувальний вирок, ухвалений щодо судді Німецької Демократичної Республіки за злочинне спотворення права

6.1. Суддя та діяння, за вчинення яких його було засуджено

Як приклад процесу, що завершився ухваленням обвинувального вироку щодо судді та ілюстрував наведені вище принципи кримінальної відповідальності за суддівську несправедливість, обрано кримінальне провадження щодо 74-річного судді НДР, якого Земельний суд Берліна 17 червня 1994 року²⁷¹ визнав винним у вчиненні злочину спотворення права (§ 336 КК Німеччини) у трьох випадках і призначив йому загальне покарання у вигляді позбавлення волі строком на 3 роки і 9 місяців. У свою чергу Верховний федеральний суд Німеччини підтвердив законну силу вироку своїм рішенням від 16 листопада 1995 року²⁷².

Обвинувачуваний суддя в період національного соціалізму закінчив професійне училище і став активістом у боротьбі з режимом, за що його помістили у концентраційний табір, а потім направили на фронт розмінювати території. У 1948 році він здобув освіту народного судді (Volksrichter) і почав виконувати цю професію (все ж він відмовився ухвалювати вирок в процесах у Вальдхаймі). З 1954 року був секретарем Соціалістичної єдиної партії Німеччини у Верховному суді НДР, після здачі державного екзамену з права з 1960 року став головою кримінальної палати цього суду, а з 1965 року – заступником голови з цивільних питань. З 1968 року обіймав посаду доцента цивільного і сімейного права в Академії наук про державу і право НДР, де у 1973 році став професором, а у 1980 році вийшов на пенсію. Як член суддівської колегії Верховного суду НДР у 1954–1956 роках брав участь в ухваленні трьох рішень, що підтримували смертні вирок, ухвалені судами першої інстанції на підставі ст. 6 абз. 2 Конституції НДР 1949 року в справах, обставини яких наводяться нижче.

²⁷¹ Az (528) 29/2 Js 283/92 Ks (1/94); K. Marxen, G. Werle, *Die strafrechtliche Aufarbeitung...*, s. 50, 44, прим. 183.

²⁷² BGHSt, 41, s. 317; NJW 1996, s. 857. Майже в повному обсязі обґрунтування вироку опубліковано – що є рідкісним явищем – в журналі «Frankfurter Rundschau» (5 січня 1996 року) під назвою: *Покарання має бути справедливо пропорційним до провини – про суддю НДР, його участь в ухваленні смертних вироків та новий підхід Верховного федерального суду Німеччини до націонал-соціалістичного правосуддя.*

У першій справі засуджено 51-річного Т., торговця за родом занять, якого обвинуватили у веденні діяльності, що полягала у роздаванні на вокзалах західної преси та інших підбурювальних документів, а також в участі у 1950 році у ворожих стосовно НДР організаціях, які постачали такі газети і листівки, а також мали у своєму розпорядженні ампули з фосфором для підпалювання транспарантів і плакатів, бомби зі смердючим газом та спорядження для самвидаву. У 1951 році він постачав французькій розвідці шпигунську інформацію про систему освіти в НДР, у 1952 році організував за дорученням британської розвідки шпигунську мережу, завданням якої було збирати військову інформацію, вивчати прикордонні переходи з метою переправлення агентів до Польщі та налагоджувати контакти з державними органами в НДР (оскільки не хотів відмовлятися від керівництва мережею, британська розвідка припинила з ним співпрацю).

Крім того, обвинуваченому інкримінували те, що він передав «організації Гехлена» 42 донесення про російські військові об'єкти та воєнізовану народну поліцію НДР, у 1953 році передав американській розвідці 120 донесень про пристрої руху та аеропорти (за кожен отримав до 40 дойчмарок винагороди), у тому самому році за посередництва агента переслав державній службі захисту конституції у Західному Берліні 25 донесень, присвячених фінансовим питанням в економіці та виробничим кооперативам у сільському господарстві НДР, а також 4 донесення про воєнізовану народну поліцію, у 1954 році передав данській розвідці 25 донесень (за що отримав винагороду у розмірі 500 дойчмарок), для написання яких він використав частково нові дані. За таку діяльність Окружний суд у Котбус засудив Т. 3 березня 1955 року до страти; цей вирок підтвердив Верховний суд за участю обвинуваченого як судді-доповідача (вирок виконано 26 липня 1955 року).

Суддю обвинувачено у спотворенні права, що мало наслідком вбивство Т. За це його в суді першої інстанції засуджено за злочин *Rechtsbeugung* (§ 244 КК НДР, § 336 КК Німеччини) та вбивство внаслідок спотворення права. Це рішення обвинувачений оскаржив до Верховного федерального суду Німеччини.

Розглядаючи апеляцію, яку подав засуджений суддя, Верховний федеральний суд Німеччини оцінив аргументи, якими той керувався, голосуючи у 1955 році за залишення в силі обвинувального вироку Т. за шпигунську діяльність, і дійшов висновку, що в цьому вирокі бракувало констатації розголошення державної таємниці на шкоду НДР. В обвинувальному вироку Т. йшлося тільки про нечітко визначені «донесення» із зовнішнім описом «об'єктів радянських військових частин», «технічних приладів руху», «аеропортів», які насправді бачили багато

осіб, а також про інформаційні матеріали, які у вирокі окреслено формулюваннями, що не несли жодної інформації про їхній зміст: «фінансово-економічні питання» та «сільськогосподарські виробничі кооперативи». Натомість у жодному фрагменті вирокі не було релевантних даних, зважаючи на як Т. можна було звинуватити у розголошенні державної таємниці.

Таку оцінку вирокі Суд доповнив твердженням, що карана шпигунська діяльність може полягати у передачі розвідці противника даних, які самі по собі не є важливими, а також інформації, що не має таємного характеру, тоді, коли разом і у зв'язку з іншими даними вони можуть стати важливими для таємних служб (масштаби цієї діяльності можуть обґрунтовувати її юридичну кваліфікацію як тяжкого злочину). Однак в аналізованому вирокі очевидною є відсутність обґрунтування присудження смертної кари за шпигунство, адже не зазначено, яку загрозу в пануючих тоді умовах «холодної війни» мала передача противникам інформації, і як ця загроза прирівнювала поведінку засудженого та його провини до вчинення найтяжчих злочинів, за які загрозувало таке покарання.

Це твердження Верховного федерального суду Німеччини має ключове значення, адже положення ст. 6 абз. 2 Конституції НДР 1949 року, на підставі якого засуджено обвинуваченого Т., не визначало покарання, яке можна було призначити за перелічені у ньому підбурювальні діяння (*Boykotthetze*). Аргументом для присудження найсуворішого покарання, на думку Суду, не може також бути те, що обвинувачений втягнув деяку кількість пересічних громадян НДР у діяльність, яка могла б здаватися шпигунством «на користь ворога» (*«feindbegünstigender» Spionage*). Натомість висновок, яким судді Верховного суду НДР мотивували залишення в силі вирокі, яким призначалося найсуворіше покарання, містив формулювання в «стилі Фрейслера»: на слова обвинуваченого, що його діяльність на місці діяння, тобто в Західному Берліні, не заслуговувала на покарання, пролунала відповідь, що він

ніхто інший, як тільки уособлення небаченого хамства [...] єдиного у своєму роді підкутого злочинця,

який відважився

вимагати для себе безкарності за всі свої нечувані злочини проти існування першої німецької держави робітників та селян і усього світового табору миру, лише тому, що ці злочини вчиняв з прикриттям

у безпечному для нього місці, за посередництва інших позбавлених совісті, слухняних йому елементів.

Залишення в силі смертного вироку мотивовано «інтенсивністю та масштабами вчинених злочинів, характер яких виявляє небачений ступінь суспільної шкідливості» (*Grad an Gesellschaftsgefährlichkeit*) та твердженням, що «від таких, як обвинувачений, елементів, людство, що прагне миру, може ефективно захиститися тільки шляхом їх знищення».

У своїх поясненнях обвинувачений суддя, який підписався під вирок, зазначав, що наведені формулювання в обґрунтування вироку вніс голова суддівської колегії, а він сам, хоча й вважав збережене у силі покарання неспівмірним провині, все ж не наважився висловити свою думку.

Верховний федеральний суд Німеччини визнав, що зміст вироку безперечно вказує на безумовне бажання суддів фізично знищити політичного противника, не враховуючи його провини, для досягнення мети налякати інших, ціною людського життя. З цих причин засудження визнано свавільним вбивством людини під прикриттям провадження, що формально нагадувало правосуддя.

Кілька місяців після ухвалення цього вироку той самий суддя Верховного суду НДР у тій самій ролі доповідача голосував за збереження вироку Окружного суду в Котбус, що засуджував до страти 40-річного інженера Ф. (вирок виконано 22 грудня 1955 року), незважаючи на те, що – як він сам пояснював у суді у 1994 році – вчинки засудженого оцінював як такі, що мають меншу ступінь тяжкості, ніж у першій справі страченого за шпигунство Т. Засудження Ф. мотивувалося тим, що у 1953–1955 роках він діяв на користь британської розвідки, вчиняв «ворожі стосовно держави діяння», що полягали у передачі кожного місяця від 10 до 30 донесень про автомобілі та їх пасажирів, що проїжджали «визначеною вулицею у визначений час», яка вела до «закритого об'єкту радянської частини», а цей об'єкт він накреслив на плані міста (за що отримував 25 дойчмарок кожного місяця). Із середини 1954 року він оглядав «контактні скриньки», здійснюючи кур'єрські поїздки автомобілем (на купівлю останнього він отримав 3000 дойчмарок, у рахунок чого було врахована винагорода 50 дойчмарок на місяць), а в середині 1955 року вступив до воєнізованої поліції і з огляду на це отримав контактну адресу для подальшої розвідувальної співпраці, до якої, однак, справа не дійшла.

Зберігаючи в силі обвинувальний вирок щодо Ф., судді Верхо-

вного суду НДР усвідомлювали – як заявив Верховний федеральний суд Німеччини – що в межах розвідувальної структури він був лише рядовим виконавцем. Крім того, бракувало даних щодо вмісту контактних скриньок та загрози для безпеки держави, яку міг спричинити його вступ до народної поліції. Зважаючи на це Суд визнав присуджену обвинуваченому смертну кару «санкцією, що, безперечно, не є пропорційною незаконності його вчинку». Відсутні аргументи призначення саме такого покарання судді Верховного суду НДР у рішенні 1955 року замінили загально сформульованою оцінкою, що обвинувачений «з 1953 року вів інтенсивну, багатосторонню і надзвичайно небезпечну для справи збереження миру шпигунську діяльність», при цьому «повністю усвідомлюючи її злочинний характер та загрози, які вона створює для усього людства, що прагне миру, адже він активно і без докорів совісті підтримував воєнних підбурювачів у їх ворожих стосовно народу прагненнях».

У контексті цих формулювань Суд визнав засудження Т. суддівським актом свавільного насильства, спрямованого проти «ворога народу» і продиктованого бажанням встановити панування насильства та підтримувати державну владу шляхом масового залякування її противників.

У справі, що становила третій пункт обвинувального акту щодо судді Верховного суду НДР, обвинувачуваний суддя знову ж таки пояснював, що хоча він вважав смертну кару, призначену судом першої інстанції 42-річному конструкторові Х. та 33-річному електрикові Р. (вирок від 27 січня 1956 року), непропорційною провині засуджених, то все ж мовчав у цьому питанні і долучився до думки голови суддівської колегії та судді-доповідача.

Обидва засуджені обвинувачувалися у шпигунській діяльності на замовлення американської розвідки, а також у намовлянні науковців та фахівців виїжджати з НДР. Р. обвинувачувався в участі в 1951–1955 роках у близько 100 шпигунських зустрічах, під час яких він широко інформував про заводи, де працював, звідки брав плани, креслення і документи, а інколи також про військові об'єкти, у тому числі про радянську авіачастину, що була розміщена в аеропорту в Дессау, а також у зборі інформації про 90 науковців, яких могла б завербувати американська секретна служба, за що отримав винагороду у розмірі 3500 західних марок.

Другого із засуджених обвинувачено в економічному шпигунстві, що полягало у передачі кількісних даних про виробництво на радіо-заводах в Ерфурті, де він працював, про проблеми з матеріалами та доставками сировини на заводах, у передачі креслень і зразків промис-

лових труб, інформації про експорт до Польщі, Китаю та Радянського Союзу, а також у наданні американській таємній службі інформації про 12 представників технічної інтелігенції з метою їх вербування та інформування про радянські авіачастини й про маневри радянської армії, за що отримав винагороду у розмірі 4000 західних марок.

Здійснюючи оцінку обвинувального вироку обох засуджених за злочинне шпигунство в аспекті спотворення права, що завдало їм шкоди, Верховний федеральний суд Німеччини дійшов висновку, що цей вирок містив лише терміни-гасла («надавання інформації», «донесення», «креслення», «конструкційні пояснення»), але в жодному місці не вказувалося, які загрози для економіки чи безпеки країни або союзної держави створювала діяльність, яку окреслювали за допомогою цієї термінології. Зі змісту вироку випливало, що «шпигунськими методами зібрані» дані та факти не були таємницею і не підлягали особливому захистові.

Процес, під час якого засуджено обвинувачених Х та Р., мав показовий характер, а його метою було відлякування за допомогою присудженої страти від «вербування» громадян НДР, хоча в процесі встановлено щодо першого з них ефективність його діяльності у трьох, а щодо другого – у шести випадках. Незважаючи на ці дані, в обґрунтуванні обвинувального вироку написано, що внаслідок діяльності обох обвинувачених «багато науковців та спеціалістів через брехливі обіцянки, примушування та підбурювання зреклися своїх обов'язків і виїхали з НДР».

Здійснена Верховним федеральним судом Німеччини оцінка усього вироку обумовила висновок, що призначене обом обвинуваченим покарання було явно непропорційне тяжкості діянь, що їх вони вчинили. Тому вирок визнано актом спотворення права. Оскільки присуджена страта не була виконана, і її через місяць після ухвалення вироку замінили довічним позбавленням волі (обох засуджених звільнено в 1964 році), вчинок судді, який засідав у суддівській колегії, кваліфіковано як злочин спотворення права, що збігся зі спробою вбивства.

6.2. Оцінка діянь судді як караного спотворення права

Наведені три обвинувальні вироки, ухвалення яких Верховний федеральний суд Німеччини визнав злочинами проти правосуддя, вимагають коментарів з метою окреслення суті поняття спотворення права. Було встановлено, що вироки ухвалювалися з попереднім погодженням із державним керівництвом НДР, яке здійснювало вплив на

їхній зміст. У кожній зі справ помітним є вплив політбюро Соціалістичної єдиної партії Німеччини, яке схвалювало інформацію про страти (справа Т.) або здійснювало вирішальний вплив на результати провадження перед його завершенням (справа Х.), або ж президент держави залишав без розгляду прохання про помилування (засуджений Ф.).

Оцінка цих вироків, яку Суд здійснив в аспекті категорії судового безправ'я, безперечно вказувала, що як підставу для засудження судді застосовували положення ст. 6 II Конституції НДР 1949 року, хоча це положення, у якому вживаються терміни «*Boykotthetze*» і «*Krieghetze*», не відповідало умовам норми кримінального матеріального права, адже лише в дуже загальних рисах вказувало, що «воєнне підбурювання [...] є злочином відповідно до Кримінального кодексу»²⁷³. У чинному в НДР Кримінальному кодексі Рейху 1871 року на момент, коли ухвалювалися аналізовані вирокі, не було положень, які описували б шпигунство та визначали покарання за такого роду діяння, адже усі положення «про захист держави», які застосовувалися в період національного соціалізму як формальне обґрунтування фактичних судових вбивств, були скасовані Законом № 11 Союзної контрольної ради від 20 січня 1946 року.

У такій ситуації – як зазначав Верховний суд НДР у рішенні від 4 жовтня 1950 року – суди повинні здійснювати субсумцію «шпигунських діянь» під конституційне поняття «*Krieghetze*» і призначати за них покарання, передбачені Кримінальним кодексом, у тому числі смертну кару. Зважаючи на це суддя, який брав участь у засудженнях на підставі ст. 6 II Конституції НДР, не обвинувачувався у спотворенні застосованого права, що полягало у «перекручуванні» (*Überdrehung*) змісту положення, на підставі якого він ухвалював вирок.

Аргументом для визнання судді НДР винним у злочині спотворення права Верховний федеральний суд Німеччини вказав очевидну і вражаючу непропорційність покарань, у призначенні яких суддя брав участь як член суддівської колегії у трьох наведених справах. Погляд, згідно з яким виявом суддівського забороненого діяння є очевидне, тяжке порушення прав людини, що полягало у призначенні надмірно суворого покарання, стосувався також злочину *Rechtsbeugung*, який описувався у § 244 КК НДР, де було сказано, що караним є ухвалення вироків, які суперечать законові (*gesetzwidrige*), що породжувало запитання про оцінку покарання, хоча й надто суворого, однак передбаченого законом.

У зв'язку з цим запитанням було вирішено, що принцип, згідно з

²⁷³ Зміст положення ст. 6 II Конституції НДР наведено на початку цього розділу.

яким покарання, призначене судом, не може бути нестерпно непропорційним (*in einem unerträglichen Mißverhältnis*) діяння, за яке відбувається покарання, є спільним надбанням усіх цивілізованих народів, і він діяв також в НДР, хоча й не був кодифікований у своєму дослівному звучанні (про принцип пропорційності покарання йшлося у підручнику з кримінального права НДР – Загальна частина, 1957, с. 543). Зважаючи на це був зроблений висновок, що цей принцип у положеннях Кримінального кодексу, а саме в його § 1, де йшлося про покарання за злочин, «був достатньо добре законодавчо передбачений» (*hinreichend deutliche gesetzliche Verankerung*), а відтак – застосування суддею законної відкритості меж караності у ст. 2 II Конституції НДР і призначення непропорційно високого покарання, безперечно, було незаконним рішенням (*gesetzwidrige Entscheidung* – на що вказувалося також у підручнику з кримінального права НДР, с. 602, 605).

Варто зазначити, що за рішенням Верховного федерального суду Німеччини заборона застосовувати покарання, які за «своєю суворістю виходять за межі справедливості або людяності», була сформульована у меморандумі № 3 від 20 жовтня 1945 року Союзної контрольної ради для всіх чотирьох окупаційних зон і тому зобов'язувала також суддів НДР. Підтвердженням змісту цієї заборони стало рішення від 26 серпня 1953 року пленуму Верховного суду НДР, що містило критику «надмірного наголошення на потребі захисту інтересів держави» та призначення судами «покарань з частково завищеною суворістю». Потребу застосування «надто яскравих» покарань іноді піддавали сумніву в своїх висловлюваннях навіть «найвищі представники правосуддя НДР», які вказували, що смертна кара має присуджуватися тільки за «найтяжчі злочини».

Ці зауваження Суд навів тому, що ключове для кримінальної відповідальності судді запитання, чи допустив він, засуджуючи, вчинення нестерпного акту свавілля (*ein unerträglicher Willkürakt*), вимагало відповіді, яка враховувала б пануючі в НДР на момент ухвалення вироку переконання про цінності, які захищаються законом, а також про зміни, які з часом відбулися у сфері розуміння покарання та його функцій.

Верховний федеральний суд Німеччини зазначав, що така вимога виникає тоді, коли осуд поведінки судді відбувається в реаліях правової держави, які визначені конституційним принципом довіри обвинуваченого до держави, громадянином якої він є. Цей осуд не може здійснюватися на підставі критеріїв, які є чужими для судді на момент вчинення ним діяння, у якому його обвинувачують. Реконструюючи елементи, що визначають атмосферу «холодної війни», яка панувала на

момент ухвалення обвинувальних вироків за шпигунство, Суд дійшов висновку, що власне атмосфера впливала на суддівські рішення, адже конфронтація та ідеологічна конкуренція двох блоків призводили до перетворення правосуддя на інструмент і до сприйняття смертної кари як «засобу класової боротьби».

Зважаючи на це, було прийнято тезу, згідно з якою призначення суворого покарання, у тому числі страти, не може з сучасної точки зору розглядатися як заборонене діяння спотворення права, адже така оцінка поведінки судді базувалася б на твердженні, що таке покарання не можна обґрунтувати в сучасних умовах, натомість воно все-таки присуджувалося в інших умовах. Однак межу розуміння ситуації судді, який у минулому призначав суворі покарання, визначають існуючі на момент вчинення суддею аналізованого діяння «надзаконні принципи» (*übergesetzliche Grundsätze*) та норми права націй, зважаючи на які дозволи на (судове) умисне вбивство стають неправомірними. Це впливає зі значення людського життя як правового надбання, що є вищим за положення права, а ця його «вищість» підтверджена вирокми щодо солдатів НДР, які стріляли в осіб, які намагалися нелегально перетнути кордон, визначений Берлінською стіною.²⁷⁴

Якщо припустити, що заборона вбивати виводиться зі спільного і вихідного переконання усіх цивілізованих народів, то слід її поширити не лише на солдата, який посилається на наказ стріляти у цивільних, а й на суддю, який, орієнтуючись на судову практику того часу, вчиняє заборонене діяння спотворення права, оскільки присуджує обвинуваченому смертну кару. Правосуддя в НДР у реаліях «холодної війни», зважаючи на осуд небаченого зловживання смертною карою покірними суддями і прокурорами в період національного соціалізму, повинно було обмежити застосування цього покарання – принаймні у сфері політизованого кримінального права – випадками найтяжчого безправ'я. Це означає, що неприпустимим було застосування цієї надзвичайної санкції, якщо караний вчинок не призвів до настання тяжких наслідків. Цю частину аргументації завершує очевидне зауваження, що ст. 6 II Конституції НДР, яку судова практика прийняла як положення матеріального права, і яка була основою покарання за *Boykotthetze* та

²⁷⁴ У цьому фрагменті висновку Федеральний суд згадує смертоносні постріли на внутрішньому німецькому кордоні, вказуючи, що теза про неправомірність дозволу на умисне вбивство була прийнята як основа оцінки обов'язкової сили наказу, адже протилежна позиція означала б, що військові накази слід беззаперечно виконувати, а стрільці на стіні в будь-якому випадку звільняються від кримінальної відповідальності. Це питання докладно розглядається у: J. Zajadło, *Odpowiedzialność za Mur. Procesy strzelców przy Murze Berlińskim*, Gdańsk 2003, s. 76.

Krieghetze (це поняття охоплювало також шпигунство), давала судді змогу обирати і присуджувати покарання інше, ніж страта.

У наведеній у скороченому вигляді позиції Верховного федерального суду Німеччини визначено об'єктивну сторону злочину спотворення права суддею. Цей злочин – в трьох аналізованих вироків – полягав у призначенні обвинуваченим покарання, що є найсуворішим з усіх можливих і є вражаюче та нестерпно непропорційним до діянь, що їх вони вчинили.

6.3. Умисел судді на спотворення права

Роздуми щодо суб'єктивної сторони злочину проти правосуддя Верховний федеральний суд Німеччини розпочав – як впливає зі вжитої в аргументації термінології – від заперечення суб'єктивної теорії, яка вбачає суть спотворення права в ухваленні суддею вироку всупереч його власним переконанням про зміст норми права, яку він застосував. Розмірковуючи *a contrario*, слід було б дійти висновку, що суддя не несе відповідальності за несправедливість у змісті ухваленого вироку, якщо при ухваленні вироку він керувався своїм переконанням про право, на якому і будував своє суддівське рішення. Про суддів, які застосовують право, керуючись своїми політичними переконаннями, у вирокі Верховного федерального суду написано так: «Судді, покірність яких політичній владі спричинила їхнє «отупіння», не можуть через це залишатися безкарними з суб'єктивних причин». Адже було б – читаємо в обґрунтуванні цього твердження –

важко погодитися з наданням привілею такому виконавцеві злочину за переконанням (*Überzeugungstäter*), особливо порівнюючи його із суддею, обвинуваченим у цій справі, який, хоча й був покірним системі судочинства в умовах безправ'я, все ж зберіг рештки совісті та відчуття людяності.

Ці зауваження дали змогу відповісти на запитання про умисел виконавця, встановлення якого є необхідною умовою існування злочину спотворення права, що залежить від умисності вчинення несправедливості. Відповідь на це запитання, а також на питання щодо значення переконання судді в тому, що він ухвалює вирок в межах права, вміщена у таких фрагментах міркувань Суду:

Суддя, який сліпо підкорюючись державному керівництву, вважає, що він діє згідно з правом та законом (*Recht und Gesetz*), коли поза межами дозволеної законом допустимості втілює в життя волю керівництва держави і при цьому порушує права людини, не перебуває в стані омани, яка виключає його умисел. Це стосується також ситуації, коли він, керуючись слухняністю державі, проголошує (*spricht*) право (*Recht*) у спосіб, який з очевидністю виходить за межі відомих йому основних і непорушних принципів права.

Виникає питання, чи таке уявлення судді можна визнати помилкою щодо права (*Verbotsirrtum*)? Відповіддю є те, що така помилка, враховуючи, що її можна було б уникнути, ані не виключає кримінальної відповідальності судді, ані не обґрунтовує пом'якшення його покарання. Застосувавши таким чином сформульовані міркування до судді, який обвинувачувався під час аналізованого процесу, Верховний федеральний суд Німеччини зазначив:

доведено, що обвинувачений діяв, знаючи про всі вірогідні обставини, а також був свідомий того, що присуджені ним смертні вироки були яскраво непропорційними провині засуджених і тому були неправомірними. Таким чином, обвинувачений, незважаючи на свою свідомість, погоджувався на настання цих правових наслідків, зважаючи на свій обов'язок бути слухняним стосовно держави. Така помилкова оцінка власної поведінки все ж не виключає умислу (також прямого) на спотворення права.

Питання умислу на спотворення права у вироках, якими засуджувалися особи, обвинувачувані у протидії політичній системі, було розвинуте далі (скорочено роздуми з цього приводу наводяться тут).

У тоталітарних системах суддівські переслідування противників режиму з використанням зовнішніх форм судового провадження не обмежуються окремими випадками, а становлять поширену практику безправ'я правосуддя. Натомість в умовах правової держави випадки порушення заборони присуджувати непропорційно високі покарання трапляються рідко. Тому в судовій практиці, орієнтованій на захист прав людини, формуються однозначні вказівки щодо того, як встановлювати умисел та ступінь усвідомлення безправ'я чиновником, який, оцінюючи об'єктивно, порушує елементарну заборону.

У реаліях правосуддя, що керувалося виконавцями державної влади,

усвідомлення суддею вчиненого безправ'я було не таким чітким. А в межах набору ознак злочину спотворення права усвідомлення все-таки є частиною умислу. На тлі фундаментальної різниці між судочинством у НДР та третьою владою, зобов'язаною дотримуватися принципів правової держави, виникла особлива форма суддівського «засліплення» («*Verblendung*»), у межах якої відбувалося спотворення права.

Суддя, який не усвідомлював об'єктивно існуючого правового становища, незважаючи на безправ'я, що з цього становища випливало, сам перед собою виправдовував ухвалення вироків, що були актами терору (*Terrorurteile*), уявленнями про політичні цілі, яким він підкорявся, і пріоритетом для нього була реалізація саме їх. Така поведінка судді була наслідком того, що він загруз у системі вказівок-розпоряджень і підпорядкувався схемам колективної поведінки. Підпорядкованість системі безправ'я могла у визначених умовах заходити настільки далеко, що суддя, який ухвалював вирок всупереч праву, незважаючи на обставини та оцінки, що вказували на безправ'я його поведінки, дозволяв, щоб ним керували неправові мотиви, здійснюючи разом з тим їх помилкову субсумцію під поняття «право». Таким чином, описане «засліплення» судді – підсумовував Суд – не дає можливості сумніватися у його умислі (також прямому), з яким він вчиняв заборонене діяння спотворення права.

Цю аргументацію підсилювало нагадування, що згідно з позицією Верховного федерального суду Німеччини нормативний зміст ознаки об'єктивної сторони злочину, який міститься в словах «спотворює право», був обмежений лише такими діями судді, що є очевидними і тяжкими порушеннями прав людини, вчиненими в актах свавільних засуджень. Тому важко було б уявити, що очевидне безправ'я таких вироків могло б бути непомічене професійним суддею, який ухвалив обвинувальний вирок. Такі роздуми Суд застосував у справі обвинуваченого судді, зазначаючи, що при цьому він враховував перебіг його професійної діяльності, а також те, що обвинувачений здобув лише освіту народного судді. Водночас Суд зазначив, що суддя як член триособової суддівської колегії, залишається співвідповідальним за злочини вбивства, «прибрані у зовнішню форму судових вироків», адже усвідомлюючи безправ'я своїх рішень, він вчинив злочин спотворення права, коли голосував за ухвалення таких вироків. Для юридичної оцінки його поведінки не має значення, чи набула згода на колегіальне рішення форми явного схвалення його змісту, чи вона логічно випливала з того, що суддя своїм голосом лише мовчки приєднався до голосів решти суддів.

Ситуація, в якій опинився суддя, який ухвалював обвинувальний вирок, що був актом свідомого порушення права і безправ'я якого не було для судді таємницею, має враховуватися при призначенні покарання за вчинену несправедливість – ось над чим замислювався Верховний федеральний суд Німеччини у прикінцевій частині свого вироку.

Обвинувачуваний суддя був залучений до системи безправ'я, в якій, так само, як і в аналізованих випадках, засуджували до страти для т.зв. блага держави і під впливом державних та партійних органів, що призводило до того, що долучаючись до голосів за таке покарання, суддя діяв так, як від нього очікували його колеги-судді. У таких умовах обвинуваченому було б значно важче захищати право, ніж – незважаючи на свій суддівський статус – піддатися зовнішнім впливам і голосувати так, як від нього очікували. Поведінка, яка відповідала праву, вимагала б відваги; суддя мусив би змиритися із щонайменше неприємностями, які могли дістати вияв у перешкодах у його подальшій професійній кар'єрі.

Усе це – підсумував Верховний федеральний суд Німеччини – не зменшує здатності судді нести відповідальність, хоча водночас такі «конфлікти» суддів, що спотворюють право, могли бути «типовими» для ситуацій, коли вони ухвалюють вироки всередині системи безправ'я. Все ж ці «конфлікти» слід визнати «атиповими» в аспекті ідеї, на якій базується набір ознак, що створюють тип злочину суддівського спотворення права, і тому вони значно зменшують тягар провини.

6.4. Засудження судді за злочинне спотворення права

У роздумах з приводу кримінально-правової кваліфікації діянь, що визнані доведеними і обґрунтовують визначення покарання за їх учинення, Верховний федеральний суд Німеччини зазначив, що обвинувачення звернуло увагу на факт визнання суддею вини як домінуючу пом'якшувальну обставину, а надані у суді першої інстанції пояснення були однозначним доказом відчуття відповідальності за діяння, про вчинення яких суддя шкодував. Додано, що не змінює такої оцінки поведінки судді під час процесу щодо нього те, що він захищався від обвинувачень у спотворенні права в смертних вироків, у схваленні яких він зізнався.

Звертаючись до біографії судді, зазначалося, що він сам був жертвою нацистського панування насильства і тому був налаштований принципово проти смертної кари, а також до його свідомості прони-

кала потреба повторно виступити проти очікування системи з метою захисту обвинувачених від цього покарання і від усіх несправедливих засуджень. Взнявши усе це до уваги, Суд зберіг як кваліфікацію діянь, яку суд першої інстанції назвав злочином спотворення права, що збіглося із вбивством меншого ступеня тяжкості (§ 213 КК Німеччини), так і покарання у вигляді трьох років і дев'яти місяців позбавлення волі.

Перелічені пом'якшувальні обставини Верховний федеральний суд Німеччини розтлумачив як такі, що винятково спонукають відійти від типової у таких випадках кваліфікації діяння судді. Адже, як правило, свідоме позбавлення людини життя шляхом прийняття свавільного суддівського рішення, що спотворює право, є настільки тяжким і умисним злочином (тим більш, що виконавець цього злочину мав би захищати право), який мав би кваліфікуватися, якщо не як вбивство з обтяжувальними обставинами, то принаймні як особливо тяжкий випадок звичайного вбивства (§ 212 абз. 2 КК Німеччини).

7. Кримінальна відповідальність прокурора за спотворення права

Відповідальність прокурора за злочин *Rechtsbeugung* відповідно до висновків Верховного федерального суду Німеччини, які той надав у вирокі від 15 вересня 1995 року²⁷⁵, залежала від стадії кримінального процесу, на якій він спотворив право. Прокурор як виконавець забороненого діяння, описаного у § 336 КК Німеччини, ніс кримінальну відповідальність за діяння на тій стадії провадження, в якій він «панував» над процесом, тобто тоді, коли, ведучи слідство, подавав клопотання про арешт підозрюваного, направляв обвинувальний акт до суду або закривав провадження. У вирокі від 21 серпня 1997 року²⁷⁶ Верховний федеральний суд Німеччини визнав виконавцями спотворення права внаслідок бездіяльності прокурорів, які всупереч своєму обов'язку не порушили провадження у справі фальсифікування результатів місцевих виборів 7 травня 1989 року.

На стадії судового провадження «панування» над провадженням ставало атрибутом суду, що ухвалював вирок у справі. Тому прокурор,

²⁷⁵ Az. 5 StR 713/94, BGHSt, 41, s. 247, 249.

²⁷⁶ 5 StR 652/96, BGHSt, 43, s.183.

який під час процесу підтримував обвинувальний акт і подавав клопотання стосовно покарання, не діяв як співвиконавець ухвалення вироку, у змісті якого спотворено право. Приписування прокуророві відповідальності за підбурювання (*Anstiftung*) суду як елементу спотворення права у вироку зазвичай було неможливим, адже не можна було виключити, що судді ще до прокурорського клопотання щодо покарання для обвинуваченого вже прийняли рішення покарати його, яке потім висловили у змісті свого обвинувального вироку²⁷⁷. Тому відповідальність прокурора, який брав участь у судовому провадженні, яке закінчилося ухваленням судом вироку, що спотворював право, обмежувалася пособництвом (*Beihilfe*) у вчиненні суддівського злочину *Rechtsbeugung*.

Прикладом застосування саме такої конструкції відповідальності прокурора за пособництво є вирок Земельного суду Ерфурта від 5 липня 1994 року, яким було засуджено обвинувача за те, що під час процесу 1960 року він вимагав страти для обвинуваченого у шпигунстві. Оскільки обвинувальний вирок, що визначав таке покарання, визнано таким, що спотворює право, поведінку прокурора в цьому судовому процесі кваліфіковано як пособництво у суддівському спотворенні права та вбивстві засудженого²⁷⁸.

8. Обвинувальні вирок, ухвалення яких не становило суддівського злочину спотворення права

8.1. Вирок, що спотворив право, за ухвалення якого суддя не несе відповідальності

Щоб показати повну картину відповідальності суддів за вирок, що ухвалювалися в НДР, варто згадати також ті випадки засуджень, щодо яких Верховний федеральний суд Німеччини встановив, що вони не були актами караного спотворення права. В аналізованому вище вироку Верховного федерального суду Німеччини від 16 лис-

²⁷⁷ G. Willnow, *Die Rechtsprechung des 5. (Berliner) Strafsenat des Bundesgerichtshofs zur strafrechtlichen Bewältigung der mit der deutschen Vereinigung verbundenen Probleme*, «*Juristische Rundschau*» 1997, s. 265.

²⁷⁸ Az. 510 Js 463/90-1 Ks. Суд призначив засудженому прокуророві покарання у вигляді 10 місяців позбавлення волі умовно. Вирок набрав законної сили. Див.: K. Marxen, G. Werle, *Die strafrechtliche Aufarbeitung...*, s. 47, прим. 198.

топада 1995 року²⁷⁹, разом з підставами засудження судді за злочин *Rechtsbeugung* (§ 336 КК Німеччини), що збігався із вбивством, згадано інші три вирокі (в ухваленні яких цей суддя брав участь), які обидві інстанції визнали незлочинними (всупереч тезам обвинувального акту).

В обвинувальному акті обвинувачуваному судді інкримінувалося те, що він брав участь в інстанційному провадженні у Верховному суді НДР, що завершилося 4 серпня 1955 року ухваленням обвинувального вироку, внаслідок чого до страти (виконана 14 вересня 1955 року) було засуджено подружжя – 31-річного перукаря Б. та 29-річну помічницю адвоката С., які, будучи працівниками «державного секретаріату з питань безпеки держави» в окрузі Шверін, втекли з НДР і подали «американській таємній службі вичерпні описи» свого робочого місця. Потім їх викрали з Західного Берліну і звинуватили у шпигунстві на підставі ст. 6 II Конституції НДР 1949 року.

Здійснюючи оцінку процесу над подружжям Б. та С. в аспекті категорії спотворення права, Суд дійшов висновку і вичерпно обґрунтував, що факт їхнього викрадення зі схованки після втечі не був абсолютною процесуальною перешкодою для їх засудження судом НДР, адже затримання підозрюваних з порушенням чужої території не визнавалося (ані з точки зору принципів правової держави, ані з позиції права націй) таким, що унеможливує ведення провадження проти них. Також не було порушення права проведення судового розгляду без участі адвоката (за відповідною заявою обвинувачених), адже така можливість була передбачена законом, і не було встановлено, що таку заяву обвинувачені подали під примусом, і що суд, який ухвалював вирок в їхній справі, про це знав.

Відсутність захисника у судовому процесі сама собою ще не вказувала на суддівську свавільність у частині засудження, зважаючи, зокрема, на те, що в системі правосуддя НДР захисник по суті не впливав на результат провадження, а в справах державної безпеки адвокатський захист не був гарантією поваги до прав людини. Проте об'єктивне порушення прав людини щодо обвинуваченого подружжя Б. та С. відбулося, зважаючи на вид та спосіб кримінального провадження, адже засудження їх до страти в серпні 1955 року базувалося на директиві політбюро Соціалістичної єдиної партії Німеччини (серпень 1955 року), до якого «відділ державних органів» направив подання з пропозицією присудження «смертної кари для обох зрадників». Випереджаючи судовий розгляд у Верховному суді НДР, політбюро роз-

²⁷⁹ Вирок Верховного федерального суду Німеччини від 16 листопада 1995 року – 5 StR 747/94, BGHSt, 41, s. 17.

порядилося: «Вирок слід виконати одразу ж після того, як він набуде законної сили, Президент НДР відмовить у помилюванні».

При виправданні судді Верховного суду НДР, обвинуваченого у злочинному спотворенні права, враховано, що він не знав про «подання» щодо покарання, на що вказувала його поведінка під час розгляду справи. Матеріали судового провадження у триособовій суддівській колегії, у складі якої він засідав, засвідчили, що обвинувачені розкрили таємниці, які на той момент мали істотне значення, проте цей суддя голосував проти присудження смертної кари, виступаючи за призначення подружжю покарання у вигляді довічного позбавлення волі, а після оголошення вироку він переконав голову суддівської колегії й другого її члена підписати клопотання про помилювання засуджених. Така поведінка, хоча й виявилася даремною спробою врятувати життя засуджених, у тодішніх умовах була єдиною можливістю зупинити виконання смертних вироків, що спотворювали право. У цій конкретній ситуації суддя, який повівся саме таким чином, зробив для засуджених більше, ніж якби він, щонайменше ставлячи під удар своє професійне становище, здійснював безнадійні спроби запобігти ухваленню вироку, які відразу звели б нанівець його непозбавлені шансів намагання відвернути покарання у вигляді страти.

8.2. Обвинувальні вирoki, що передбачають покарання у вигляді позбавлення волі, в контексті справ, де не було виявлено спотворення права

У другій справі, в якій не було підтверджено факту спотворення права, обвинувачений суддя входив до складу суддівської колегії Верховного суду НДР, що 11 липня 1956 року ухвалила обвинувальний вирок, який засудив до 4 років позбавлення волі 26-річного журналіста Р., який підготував для агента західних таємних служб два донесення про виробництво палива та вантажівок і тракторів у НДР. У ході слідства проти підозрюваного, якого викрали і привезли в НДР з західної частини Берліна, дійшло до очевидного, тяжкого порушення прав людини, що полягало у застосування стосовно нього недозволених слідчих методів, а саме щоденних багатогодинних допитів, які спочатку проводили навіть вночі, а також утримування підозрюваного в повній ізоляції в камері без вікна. Під час одного з нічних допитів підозрюваний надав пояснення, які згодом стали підставою його засудження.

Стверджувалося, що не можна було довести, що суддя, який брав участь в ухваленні обвинувального вироку, знав про ці методи допитів, хоча Верховний федеральний суд Німеччини зазначив, що незважаючи на пояснення, що їх суддя надав у суді першої інстанції, існує ймовірність, що він був свідомий того, які методи застосовувалися під час слідства. Однак не було процесуальних можливостей – зважаючи на відсутність достатніх підстав – поставити під сумнів оцінку зібраного у справі доказового матеріалу в шпигунстві та висновків, які зробив суддя на підставі наданих доказів.

Правова кваліфікація поведінки журналіста (у якій він сам зізнався), зазначена у вироку, який засуджував його за шпигунство, не базувалася на суддівській довільній оцінці, незважаючи на невелике значення тієї інформації, що була його предметом. Що стосується покарання у вигляді позбавлення волі, яке призначили журналістові, засудженому за шпигунство, Верховний федеральний суд Німеччини визнав, що, хоча це покарання є непропорційним відповідно до критеріїв, прийнятих у правовій державі, то все ж, зважаючи на час і умови, а особливо на обсяги покарань, що їх тоді присуджували, його не можна визнати очевидним довільним порушенням прав людини. Тому слід виправдати суддю, обвинувачуваного у спотворенні права в ухваленому за його участю вироку.

Суд дійшов такого самого висновку стосовно обвинувального вироку, ухваленого 1 грудня 1954 року, яким було засуджено 27-річного чиновника Л. до 15 років позбавлення волі за тяжкий випадок зловживання довірою та пасивне хабарництво. У контексті цього вироку Верховний федеральний суд Німеччини не розвинув своєї позиції в обґрунтуванні виправдання судді, а лише додав, що засудження стосувалося також надання «імперіалістичній таємній службі», що знаходилася в Західному Берліні, інформації про відділення народної поліції у Франкенберзі та Пренцлау.

Здається, що Верховний федеральний суд Німеччини не помітив спотворення права, що полягало у присудженні непропорційно високого покарання, в усіх тих випадках, в яких суди в НДР засуджували (навіть до багаторічного позбавлення волі) обвинувачених у шпигунстві, якщо підставою засудження була фактична діяльність, незалежно від її розмірів та шкоди, яку така діяльність завдала або могла завдати інтересам держави.

9. Покарання громадян, які прагнули виїхати з Німецької Демократичної Республіки, згідно з оцінкою Верховного федерального суду Німеччини

Спотворення права шляхом перекручування змісту кримінально-правових положень, що застосовувалися судами НДР, було предметом неоднакових висловлювань Верховного федерального суду Німеччини стосовно випадків засудження громадян, які, не отримавши офіційної згоди на переїзд до Західної Німеччини, і надалі виявляли бажання залишити свою країну народної демократії. Вони демонстрували це бажання, використовуючи символ «А» (*«Ausreisewillig»* – той, хто бажає виїхати), носячи білі хустки або прапорці, беручи участь з такими або схожими символами у мовчазній демонстрації «під липами» в Берліні, вимагаючи пропустити їх через прикордонний перехід до західної частини міста лише на підставі пред'явленого паспорту.

Правовою підставою обвинувальних вироків, які ухвалювалися у справах громадян, що поводитися таким чином, був § 214 КК НДР 1968 року, що визначав покарання до 2, а у випадку масової дії – до 5 років позбавлення волі за злочин «порушення державної або суспільної діяльності»²⁸⁰.

Незважаючи на ратифікацію міжнародних Пактів про права людини, що передбачали гарантії можливості залишити власну країну, практика надання дозволів на виїзд громадянам НДР була обмежена застосуванням принципу цілеспрямованості та опортунізму²⁸¹. Після об'єднання Німеччини Верховний федеральний суд Німеччини оцінив цю практику як неправомірну, хоча й не таку, що «несе в собі нестерпне безправ'я» в розумінні «формули Радбруха», що призвело до дослідження кожного обвинувального вироку, ухваленого на підставі § 214 КК НДР, в індивідуальному порядку, з урахуванням усіх обставин діяння, за який карали, суворості присудженого покарання та зі встановленням, чи суддя, ухвалюючи вирок, діяв з умислом на спотворення права²⁸².

На думку Земельного суду Магдебурга (вирок від 15 лютого 1994 року), діяли з умислом на спотворення права суддя і прокурор,

²⁸⁰ Положення § 214 абз. 1: «Хто порушує діяльність державного органу із застосування насильства (*Gewalt*) або погроз (*Drohungen*) або порушуючи громадський спокій, виявляє неповагу до законів або намовляє їх легковажити, підлягає покаранню...».

²⁸¹ Про репресії щодо бажаних виїхати з НДР докладно див. у: К. Marxen, G. Werle, *Die strafrechtliche Aufarbeitung...*, s. 80.

²⁸² Вирок Верховного федерального суду Німеччини від 5 липня 1995 року – 3 StR 605/94, BGHSt, 41, s. 157.

зокрема в справі, що завершилася призначенням покарання у вигляді двох років позбавлення волі громадянину НДР, який у вісімдесятих роках подав 21 прохання про дозвіл виїхати до Федеративної Республіки Німеччина, де проживав його син, інформував за посередництва родини про перешкоди, які йому створювали, адвокатську канцелярію в Західному Берліні й погрожував, що звернеться до громадської думки та здійснить інші, навіть нелегальні, дії, щоб отримати згоду на виїзд з країни. Обоє юристів визнано винними у вчиненні злочину спотворення права, що збігся із позбавленням волі, та засудили з умовною відстрочкою виконання присудженого їм покарання. Ухвалюючи вирок як друга інстанція, Верховний федеральний суд Німеччини виправдав обоє вироком із таким обґрунтуванням:

З точки зору правової держави присуджені у всіх випадках покарання, визначені на основі іншого уявлення про цінність права на свободу особи, яка перебуває під державним наглядом, безперечно порушують принцип пропорційності. Однак вони не є нестерпними порушеннями (*unerträglicher Verstoß*) відчуття справедливості, що не підлягає ідеологічним впливам, і тому не становлять спотворення права (*Rechtsbeugung*)²⁸³.

Схожу аргументацію застосовано до вироків за критику правового становища в НДР, в якому громадяни фактично були позбавлені можливості виїхати до Західної Німеччини. Такі засудження визнано недопустимими, якщо вони були реакцією на, наприклад, виставлення плакату з написом: «НДР! Твої кордони не є для мене внеском у справу миру», що зробив громадянин після того, як багаторазово і безрезультатно подавав прохання про виїзд. Визнання засудження за таку і схожу поведінку недопустимим ще не означало визнання караності суддів за злочин спотворення права в розумінні § 214 КК НДР, адже прийняте в НДР тлумачення (яке Верховний федеральний суд Німеччини брав до уваги) передбачало, що для того, щоб могло йтися про вчинення цього злочину, необхідним є очевидне і тяжке порушення прав людини, що призвело до неправомірного засудження обвинуваченого. З цієї точки зору після об'єднання Німеччини не визнано спотворенням права, що заслуговує на покарання, ані застосування судьями НДР кримінальних

²⁸³ Вирок Верховного федерального суду Німеччини від 30 листопада 1995 року – 4 StR 777/94, NStZ-RR 1996, s. 65.

положень «виїзного права», ані встановлення покарання за публічну критику цього законодавства²⁸⁴.

У інших категоріях – хоча і в частині випадків із тими самими наслідками у формі звільнення від кримінальної відповідальності суддів – оцінено конкретні засудження на підставі § 214 КК НДР, де судді застосували розширене тлумачення цього положення або призначали на його підставі покарання, що були непропорційно суворими до вчинених дій. Щодо випадків засудження за публічне виставлення знаку «А» було прийнято рішення, що, хоча суддя здійснював розширене тлумачення положення про «порушення діяльності державних органів та виказування зневаги щодо права», все-таки, зважаючи на нечіткість межі між допустимим екстенсивним тлумаченням та недопустимим перекручуванням звучання положення, не можна цього суддю обвинувачувати у злочинному спотворенні права, зважаючи на відсутність з його боку такого умислу²⁸⁵. Пізніше до цього твердження додали застереження, що воно не стосується ситуації, коли суддя присуджував суворе покарання за дрібну провину, що, наприклад, полягала у пред'явленні паспорту на прикордонному пункті пропуску або в участі у прогулянці громадян НДР, які хотіли виїхати. У таких випадках неприпустимим було присуджувати покарання у вигляді позбавлення волі, а якщо суддя все ж призначав таке покарання, то він має підлягати відповідальності за злочинне спотворення права, вчинене шляхом умисного призначення непропорційного за своєю суворістю покарання²⁸⁶.

Ці погляди застосовано також до прокурора, який виступав як обвинувач, зокрема, в справі, що завершилася у 1985 році ухваленням вироку, який засуджував на підставі § 214 КК НДР до 1 року позбавлення волі за порушення діяльності державного органу 21-річного виконавця за те, що він у приміщенні районної ради в Берліні заявив, що у випадку отримання відмови на виїзд стане перед будинком

²⁸⁴ Вирок Верховного федерального суду Німеччини від 6 жовтня 1994 року – 4 StR 23/94, BGHSt, 40, s. 272, NJW 1995, s. 64. Див. також вирок Верховного федерального суду Німеччини від 5 липня 1995 року, BGHSt. 41, s. 157, NJW 1995, s. 2734.

²⁸⁵ Вирок Верховного федерального суду Німеччини від 22 жовтня 1996 року – 5 StR 232/96, NJ 1997, s. 264.

²⁸⁶ Вироки Верховного федерального суду Німеччини (п'ятої палати) від 21 серпня 1997 року – 120/97, NSTZ – RR 1997, 359 і від цієї самої дати у справі 403/96, не публік. Цит. за: A. Rost, *Rechtsbeugung*, s. 169, прим. 281, 282. Авторка вказує на розбіжності позицій четвертої та п'ятої палат Верховного федерального суду Німеччини, що сформулював далекоглядну позицію щодо приписування суддям НДР умислу на спотворення права, вважаючи, що існують для цього підстави у всіх випадках присудження особливо суворих покарань за дії осіб, які хотіли виїхати з країни, адже ці дії мали дріб'язковий характер або перебували «на межі кримінально-правової норми». Там само, с. 169–170.

ради або на прикордонному пункті пропуску з плакатом на шиї, де буде написано: «Я нарешті хочу виїхати». Земельний суд Берліна, який ухвалював вирок як суд першої інстанції, визнав прокурора-обвинувача винним у забороненому спотворенні права. Це рішення пізніше скасував Верховний федеральний суд Німеччини, виправдовуючи обвинуваченого та водночас зберігаючи в силі обвинувальний вирок, ухвалений за вчинення другого інкримінованого йому діяння.

Так, було визнано злочином спотворення права те, що у 1985 році цей прокурор вимагав покарання за власне пред'явлення паспорту на прикордонному пункті пропуску в Берліні та вимогу пропустити на Захід. Таке клопотання прокурора суд задовольнив, покаравши обвинуваченого за порушення діяльності органу (§ 214 КК НДР) позбавленням волі строком на рік і два місяці²⁸⁷.

Відповідно до домінуючої лінії судочинства Верховного федерального суду не мало місця свідоме спотворення права суддями НДР у тих випадках, коли судді засуджували за дії, вчинені з обтяжувальними обставинами в розумінні тогочасного правосуддя, наприклад за виставлення знаку «А» і білого прапора у вікні квартири, що знаходилася навпроти будинку школи, або за порушення діяльності державного органу всупереч офіційній вимозі залишити місце події. Тому умисел на спотворення права приписувався суддям та прокурорам у випадках перекручування змісту положення і засудження до нестерпно суворого покарання за дії, які не супроводжувалися згаданими обтяжувальними обставинами (наприклад, за участь у «прогулянці під липами» осіб, які хотіли виїхати з НДР, пред'явлення паспорту на прикордонному пропуску особою, яка хотіла перейти на другий бік кордону), навіть якщо засудження за такі діяння не порушували вказівок та рекомендацій Верховного суду НДР.

На суддівський умисел на спотворення права вказувало також те, що суддя не скористався можливістю, яку створювало положення матеріального права, щодо присудження покарання у вигляді позбавлення волі у найнижчій передбаченій законом межі. Такий умисел мав місце тоді, коли суддя присуджував високе покарання у вигляді позбавлення волі для того, щоб залякати інших неугодних владі інакомислячих громадян.

При цьому слід звернути увагу на двоелементне застереження Верховного федерального суду Німеччини, яке мало принципове значення для засудження безправ'я суддів НДР. Адже припускалося, що оцінка

²⁸⁷ Вирок Верховного федерального суду Німеччини від 15 вересня 1995 року – 5 StR 713/94. NJW 1995, s. 3324.

непропорційного покарання як акту караного спотворення права має базуватися на встановленні в кожному окремому випадку, чи його призначення аж настільки порушувало принципи пропорційності (які зобов'язували і в НДР), що навіть політично зомбований суддя сприймав його як довільне і тому нестерпне для його відчуття справедливості²⁸⁸. Водночас додавалося, що для кримінально-правової оцінки такого покарання, що містило ознаки спотворення права суддею в конкретному вирокі, не має релевантного значення те, що інші судді НДР у схожих справах також присуджували так само суворі покарання²⁸⁹.

10. Порівняння судового безправ'я в Німецькій Демократичній Республіці із безправ'ям Третього Рейху, здійснене Верховним федеральним судом Німеччини

У вищенаведеному вирокі від 16 листопада 1995 року Верховний федеральний суд Німеччини провів дослідження, в якому порівняв практику суддів Третього Рейху, які ухваленням своїх вироків вчиняли злочин *Rechtsbeugung*, із діями суддів в НДР, які вчиняли такий самий злочин спотворення права. Суд дійшов таких висновків:

Державне безправ'я в НДР, зважаючи на непорівнювальні масштаби, не можна зрівняти з тим безправ'ям, що його чинив націонал-соціалістичний режим. Настільки повна зневага ідей справедливості і людяності, яку несло в собі нацистське судочинство, все ж не мала місця в НДР (за винятком процесів у Вальдхаймі). На відміну від націонал-соціалістичної диктаторської держави в НДР не діяла доктрина, згідно з якою воля виконавця державної влади могла бути правом. Тому правова свідомість суддів, які ухвалювали вирокі в НДР, –

²⁸⁸ Вирок Верховного федерального суду Німеччини від 11 квітня 1997 року – 3 StR 576/96, NJ 1997, s. 375.

²⁸⁹ Вирок Верховного федерального суду Німеччини від 6 жовтня 1994 року – 4 StR 23/94, BGHSt, 40, s. 272; NJW 1995, s. 64 і вирок Верховного федерального суду Німеччини, вказаний у прим. 76.

може власне в умовах жакливого досвіду відправлення судочинства у переможній нацистській державі, – не зовсім зникла²⁹⁰.

Якщо говорити про принципи, якими послуговувалося правосуддя у Федеративній Республіці Німеччина з метою засудження судового безправ'я Третього Рейху, Суд зізнався: ці принципи були «значно менш суворими» від тих, що їх він застосовував з метою засудження суддів, які ухвалювали вироки в період існування НДР. Розвиваючи цю думку, Верховний федеральний суд Німеччини зазначав, що якби опрацьований принцип, згідно з яким присудження смертної кари лише тоді не відповідає вчиненню суддею злочину спотворення права, якщо воно слугує справі покарання найтяжчого безправ'я, зробити підставою для засудження діянь суддів і прокурорів нацистського режиму, то його застосування мусило б призвести до засудження «багатьох» з них. Суд констатував, що, незважаючи на численні випадки зловживання смертною карою у 1939–1945 роках, засуджено «дуже незначну кількість» виконавців. Тут Верховний федеральний суд Німеччини відсилає до праці послідовного критика такої ситуації Гюнтера Спенделя «Спотворення права у судочинстві»²⁹¹.

Такий висновок Верховний федеральний суд Німеччини розвинув і в подальшому використав як аргумент для пом'якшення покарання судді Верховного суду НДР, який у наведеному вище вирокі визнавався винним у вчиненні трьох злочинів спотворення права, що збіглося із вбивством (у двох випадках) і спробою вбивства (в одному випадку), шляхом голосування за присудження смертної кари, яка була різюче непропорційним покаранням стосовно вчинків обвинувачених. На момент, коли обвинувачений суддя брав участь в ухваленні тих вироків у НДР, – як розмірковував Верховний федеральний суд Німеччини, – у Федеративній Республіці не притягувалися до кримінальної відповідальності судді, які в період національного соціалізму вчинили величезну кількість судових вбивств, тому що стосовно них було прийнято надто обмежене застосування положення § 336 КК Німеччини, що визначало караність спотворення права. Якби тоді або пізніше стосовно них були закріплені такі критерії відповідальності, що їх окрес-

²⁹⁰ Вирок Верховного федерального суду Німеччини від 16 листопада 1995 року – 5 StR 747/94, BGHSt, 41, s. 317.

²⁹¹ *Rechtsbeugung durch Rechtsprechung*, Berlin-New York 1984 – праця, на яку ми посилаємося у цьому розділі книги. Із висновку, вміщеного у цій праці, випливає, що автор відносив її назву «Спотворення права у судочинстві» до вироків, ухвалених Верховним федеральним судом Німеччини, що звільняли від кримінальної відповідальності суддів за *Justizmord durch Rechtsbeugung*.

лив Верховний федеральний суд Німеччини у своїй практиці в справах суддів НДР, то дуже багато з них було б засуджено за злочинне спотворення права, що збіглося із злочинами проти життя і здоров'я. Натомість деякі з них й надалі залишилися працювати у сфері правосуддя, а інколи робили кар'єру на державних посадах.

Таким чином, – підсумував Суд, – вони мали бути засуджені у відновленому провадженні так само, як і обвинувачений у цьому процесі, й з урахуванням переважно більш тяжких випадків непропорційності смертної кари стосовно «діяння», яка характеризувала їхні вироки. У тому, що так не сталося, винна відмова (*Versagen*) федерального правосуддя в кримінальних справах²⁹². Щоправда це не може призвести до засудження згідно з тими самими – надто вузькими критеріями відповідальності – обвинуваченого судді, який ухвалював вироки в НДР. Однак тут виникає питання щодо справедливості його засудження, що не було б можливим без принципової зміни позиції судової практики стосовно тих критеріїв. Зважаючи на ці умови, Суд визнав обґрунтованим призначити обвинувачуваному судді пом'якшене покарання.

Коментуючи позицію Верховного федерального суду Німеччини з питання засудження злочинів проти правосуддя, які вчинили судді і прокурори в НДР, Спендель критично зауважив, що значна частина виконавців залишилася безкарною, тому що їхню відповідальність обмежувалася лише випадками тяжкого порушення прав людини (хоча § 336 КК Німеччини не створював для цього нормативної підстави), крім того, застосовувалися «соціалістичні» методи тлумачення при встановленні того, чи відбулося спотворення права (§ 244 КК НДР)²⁹³. Зазначив він також і те, що при осуді юристів на службі правосуддя в НДР не застосовувалася «формула Радбруха» для встановлення, що застосування визначених положень позитивного права може бути *per se* неправомірним їх застосуванням у розумінні § 244 КК НДР²⁹⁴.

Спендель дорікнув Суду, що у своїй ревізійній судовій практиці той не розробив рекомендації щодо визначення покарання за злочин *Rechtsbeugung*, вбачаючи в цьому причини, що зумовили практику судів першої інстанції відстрочувати виконання присудженого пока-

²⁹² Цей висновок в літературі коментувався як «запізніла відповідь Верховного федерального суду Німеччини». Див.: O. Gritschneider, *Rechtsbeugung. Die späte Beichte des Bundesgerichtshofs*, NJW 1996, s. 1239.

²⁹³ G. Spindel, *Rechtsbeugung und Bundesgerichtshof – Eine Kritik*, [w:] U. Drobnig (Hrsg.), *Die Strafrechtsjustiz der DDR im Systemwechsel*, Berlin 1998, s. 103.

²⁹⁴ H. Horstkotte, *Rechtsbeugung durch Richter und Staatsanwälte in der DDR. Ein Bericht über die neuere Rechtsprechung*, [w:] *Die Strafrechtsjustiz...*, s. 71.

рання у вигляді позбавлення волі виконавцям, яких визнано винними у багатократному спотворенні права в ухвалених вирокіах. На обґрунтування свого докору автор зазначив, що загальні суди, керуючись стереотипами, присуджували покарання до двох років позбавлення волі, засуджуючи:

- суддю, який, ухвалюючи вирокіа в процесіах у Вальдхаймі, 7 разів вчинив злочин *Rechtsbeugung* (вирок Земельного суду Лейпцига від 1 вересня 1993 року);
- за 8-кратне спотворення права в ухвалених обвинувальних вирокіах (вирок Земельного суду Берліна від 31 жовтня 1994 року)²⁹⁵.

Критичні зауваження Спендель завершує запитанням на адресу Верховного федерального суду Німеччини: чи треба буде чекати 50 років на те, щоб судді найвищої судової інстанції самокритично заявили, що злочини, які вчинили юристи у правосудді НДР, не переслідувалися належним чином (так само, як вони заявили стосовно непокараних судових злочинів, вчинених у період Третього Рейху).

Наслідком засудження 301 юриста із 618 обвинувачуваних у спотворенні права в період їхньої служби в НДР було ухвалення обвинувального вирокіа для 181 з них та виправдання 120. Штрафом покарано 5 засуджених юристів, позбавленням волі – 176, умовно зупиняючи виконання цього покарання стосовно 169 засуджених²⁹⁶.

²⁹⁵ G. Spindel, *Rechtsbeugung...*, s. 108.

²⁹⁶ K. Marxen, G. Werle, P. Schäfter, *Die Stafoerfolgung von DDR-Unrecht. Fakten und Zahlen*, Berlin 2007, s. 41, 43. Для описання кримінально-правового переслідування безправ'я, яке чинили чиновники НДР, використано термін «*Siegerjustiz*» (таким самим названо Нюрнберзький процес над нацистськими юристами у 1947 році), що визначається, з огляду на статистику засуджень, як «смішна» оцінка. Див.: R. Eppelman, [w.] K. Marxen, G. Werle, P. Schäfter, *Die Stafverfolgung von DDR- Unrecht. Fakten und Zahlen*, Berlin 2007, s. 4.

Розділ VIII

НЕУСВІДОМЛЕННЯ СУДДЯМИ НЕПРАВОМІРНОСТІ ДІЯНЬ, ЩО НИМИ ВЧИНЯЛИСЯ, І УМИСЕЛ НА СПОТВОРЕННЯ ПРАВА ЯК КЛЮЧОВІ ДОКТРИНАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ. СУЧАСНИЙ СТАН ДОКТРИНАЛЬНИХ ПОГЛЯДІВ ЩОДО УМОВ КАРАНОСТІ ЗА *RECHTSBEUGUNG*

1. Неусвідомлення судьями неправомірності вироків

1.1. Правове значення неусвідомлення неправомірності діянь

Нацистські судді, які після війни обвинувачувалися в учиненні злочину спотворення права (§ 336) та у зв'язку з цим – у вчиненні вбивства (§ 212) або вбивства з обтяжувальними обставинами (§ 211 КК Німеччини) неправомірно засуджених до страти осіб, на своє виправдання переважно посилалися на своє переконання, що за часів Третього Рейху вони ухвалювали вирокі згідно з чинним тоді законом. Таке переконання суди Федеративної Республіки Німеччина, які ухвалювали вирокі в справах нацистських суддів, тлумачили в аспекті категорії неусвідомлення неправомірності дії (*Rechtsblindheit*), що звільняло юристів від кримінальної відповідальності²⁹⁷.

²⁹⁷ Історик права, оцінюючи судову практику Верховного федерального суду Німеччини й практику переслідування виконавців нацистських судових вбивств, іронічно висловився, що «*Rechtsblindheit* це – хвороба, на яку хворіють висококваліфіковані юристи», і яку їхні колеги після війни визнали обставиною, що звільняє від кримінальної відповідальності за злочини, вчинені в Третньому Рейху. Див.: M. Stolleis, *Gerechtigkeit durch Strafrecht? – Die Bundesrepublik und ihre «Zentrale Stelle»*, [w:] *Festakt und Symposium aus Anlass des 50 – jährigen Bestehens der Zentralen Stelle der Landesjustizverwaltungen zur*

У вироку від 19 червня 1956 року Верховний федеральний суд Німеччини зазначив, що ухвалення неправомірних вироків з правової точки зору може оцінюватися як позбавлення волі, вбивство або вбивство з обтяжувальними обставинами лише у тих випадках, коли вдається довести, що суддя, ухвалюючи вирок, водночас умисно (*vorsätzlich*) спотворив право²⁹⁸. У зв'язку з таким твердженням виникло запитання, чи суддівське неусвідомлення неправомірності дії є помилкою стосовно законної ознаки *Rechtsbeugung*, а отже, чи як *Tatbestandsirrtum* у будь-якому випадку, навіть якщо є невиправданим, виключає умисел та, відповідно – умисність вчинення забороненого діяння (§ 16 КК Німеччини)²⁹⁹, чи помилка стосовно заборони – *Verbotsirrtum* лише виключає відповідальність, якщо суддя не міг уникнути такої помилки, тобто якщо його помилка була виправданою (§ 17 КК Німеччини)³⁰⁰. Від вирішення цього питання та встановлення умислу залежало притягнення до кримінальної відповідальності суддів, які призначали жахливі покарання як за злочини, що сприймалися як політичні, так і за дрібні звичайні проступки, при цьому посилаючись на те, що вони діяли з переконання, що застосовують чинне на той момент право і не спотворюють його³⁰¹.

Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen am 1. und 2. Dezember 2008 in Ludwigsburg. Dokumentation, Stuttgart 2009, s. 51.

²⁹⁸ 1 StR 50/56 BGHSt, 10, s. 294.

²⁹⁹ «§ 16 «Помилка в обставинах дії». 1. Хто при вчиненні дії не усвідомлює (*nicht kennt*) обставини, що належить до набору законних ознак забороненої дії (*Tatbestand*), не діє умисно (*handelt nicht vorsätzlich*)».

³⁰⁰ «§ 17 «Помилка в забороні». Виконавець, [якому] при вчиненні дії бракувало знань, [що] він чинить безправ'я (*Einsicht, Unrecht z tun*), не має провини, якщо цієї помилки (*Irrium*) він не міг би уникнути (*nicht vermeiden konnte*). Виконавцеві, [який] міг би уникнути помилки, покарання може бути пом'якшене згідно з § 49 абз. 1».

³⁰¹ Як типове можна навести думку голови *Sondergericht* в Лодзі Й. Нойбауера, який пояснював потребу збереження спокою та порядку (*Ruhe und Ordnung*), зокрема шляхом застосування найсуворішого покарання до виконавців крадіжок зі зломом, живою яких став домашній інвентар: унеможливлення таких серійних крадіжок не було реальним зважаючи на міську забудову, а за межами міста – зважаючи на брак поліцейських сил. З іншого боку, вирощування курок, кроликів та дрібної худоби було не лише додатковим джерелом отримання м'яса для зубожілого населення в часи війни – це також було для нього джерелом насолоди, і як можна було б сказати сьогодні – це було їхнє хобі. Це заняття ефективно захищалося [...]. Ми, судді, дійшли переконання, що встановимо належну пропорцію між дією особи та розміром покарання, якщо вчинено карану дію будемо вимірювати не лише згідно з провинною та досягнутим або запланованим виконавцем наслідком, а й враховуючи небезпеку (*Gefährlichkeit*) для інших людей, яку несло в собі діяння. Метою був захист загалу від злочинності згідно з ідеєю загальної превенції, що стримувала нестійких від вчинення злочинів і вказувала на потребу **ефективного** захисту прихильників порядку від злочинної діяльності інших. [...]. Не можна [сьогодні] дорікнути судді, що [тоді] він порушував обов'язок проведення справедливого зістав-

Прийняття позиції, що *Rechtsblindheit* не виключає умислу виконавця, автоматично ще не передбачало його кримінальної відповідальності, адже спірним залишалося питання, чи є караним спотворення права лише за умови, що суддя діяв, маючи прямий умисел, чи для реалізації ознак злочину *Rechtsbeugung* достатнім є непрямий умисел.

Обидва аспекти, тобто неусвідомлення суддею неправомірності його дій та відсутність з його боку умислу на спотворення права, наводилися в обґрунтуваннях вироків, що виправдовували нацистських суддів, як «суб'єктивні» причини, що виключали їхню кримінальну відповідальність за ухвалення «об'єктивно» злочинних вироків. Прокуратура, керуючись тезами таких вироків, у переважній більшості випадків закривала кримінальні провадження проти юристів, посиляючись на брак достатніх підстав для підозрювання їх у вчиненні злочину, описаного у § 336 КК Німеччини. Лише в поодиноких випадках кримінальні провадження велися, однак жодне з них не закінчилося правомірним засудженням нацистського судді. Причиною цього було те, що судова практика ставила надто високі вимоги стосовно суб'єктивних ознак, що визначали тип злочину *Rechtsbeugung*, що породжувало серйозні труднощі доказового характеру³⁰².

Відповідно, предметом дослідження представниками доктрини стали питання юридичного значення неусвідомлення суддею неправомірності своїх дій, вчинених при ухваленні обвинувального вироку, що присуджував жорстоке покарання, а також умислу судді на спотворення права. Нижче представимо найважливіші теоретичні концепції, адже вони зробили значний внесок у розвиток доктрини, на якому базуються сучасні коментарі до § 339 КК Німеччини (до оновлення у 1997 року – § 336).

1.2. Неусвідомлення суддями спотворення права в контексті суб'єктивної та об'єктивної теорій

Пригадаймо: відповідно до суб'єктивної теорії суть спотворення права полягає в ухваленні суддею вироку, зміст якого суперечить його власним переконанням про те, що є правом, а що – безправ'ям. За

лення провини та покарання [...]. У часи і місцях надзвичайного стану необхідності (*Notstand*) недостатнім виявлялося «кримінальне право, що ґрунтувалося на провині» (*Schuldstrafrecht*). Див.: Н. Schliiter, «... für die Menschlichkeit im Strafmaß bekannt...». *Das Sondergericht Litzmannstadt und sein Vorsitzender Richter*, «Juristische Zeitgeschichte Nordhein – Westfalen» 2007, Bd. 14, s. 203–204.

³⁰² Там само, с. 181.

такого підходу суддя, який помилково застосовує право, тобто ухваляє вирок, що суперечить праву, якщо чинить це без злого умислу стосовно змісту права, яке він спотворює, не несе кримінальної відповідальності. У такій ситуації вчинок судді не містить у собі усіх ознак злочину спотворення права, адже набір ознак, що утворюють тип цього злочину, є неповним, зважаючи на суддівське «юридичне засліплення».

Більшість представників доктрини заперечили придатність суб'єктивної теорії³⁰³ з огляду на те, що згідно з нею суб'єктивний елемент визначає обсяг неправомірності поведінки судді³⁰⁴, а також ця теорія породжує наслідки, з якими важко погодитися. Йдеться про недостатній захист правового надбання, яким є «панування реального права» (*Herrschaft des wirklichen Rechts*)³⁰⁵.

Однак те, що більшість авторів дотримувалися альтернативної теорії, згідно з якою набір ознак типу злочину містить в собі поведінка судді, що полягає у об'єктивно неналежному, тобто неправильному застосуванні права на користь або шкоду однієї зі сторін судового провадження³⁰⁶, ще не спричиняло притягнення до кримінальної відповідальності судді на підставі § 336 КК Німеччини. Адже, як зазначив Вельзель, оскільки неправильне застосування права є ознакою типу злочину, помилка в ознаці «право» виключає умисел виконавця, а як наслідок – його кримінальну відповідальність за спотворення права, умовою якої є саме приписування судді умислу вчинити суддівське заборонене діяння³⁰⁷.

Керуючись цим поглядом, Верховний федеральний суд Німеччини зазначив, що суддя, який визнає неправомірну норму закону

³⁰³ Представниками меншості, які підтримувала постулати суб'єктивної теорії, насамперед були: W. Sauer, *System des Strafrechts*, Besonderer Teil, Köln-Berlin 1954, s. 519; H.-J. Musielak, *Die Rechtsbeugung*, Köln 1960 (дис.). Цит. за: P. Seeman, *Rechtsbeugung – Die Strafbarkeit des Richters*, Aachen 1996, s. 23, прим. 40; M. Seebode, *Das Verbrechen der Rechtsbeugung*, Neuwied und Berlin 1969, s. 13, прим. 25.

³⁰⁴ На суб'єктивний елемент безправ'я як на такий, що необхідний для існування злочину спотворення права, вказував *Leipziger Kommentar* у вид. 8 1957 року (Е. Мезгер в зауваженнях 5e до § 50 та Вернер в зауваженнях II до § 336). Див. також: E. Heinitz, *Probleme d. er Rechtsbeugung*, Berlin 1963, s. 8, 16.

³⁰⁵ P. Seemann, *Rechtsbeugung...*, s. 70; O. Schmidt-Speicher, *Hauptprobleme der Rechtsbeugung unter besonderer Berücksichtigung der historischen Entwicklung des Tatbestandes*, Berlin 1982, s. 67.

³⁰⁶ A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 14. Aufl., München 1969, § 336, Rdn. 2b.

³⁰⁷ Теза, згідно з якою «*Irrtum über das Recht*» виключає умисел (*Tatbestandsvorsatz*) відзначена знаком оклику. H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 5. Aufl., Berlin 1956, s. 425–426.

обов'язковою, а ухвалене на її основі неправомірне рішення – таким, що ґрунтується на обов'язковому праві, не несе кримінальної відповідальності, якщо він не усвідомлював, що його суддівське рішення суперечить праву і тому характеризується об'єктивними (предметними) ознаками злочину, описаного у § 336 КК Німеччини. Оскільки в Кодексі не передбачено кримінальної відповідальності за ненавмисне спотворення права, не має юридичного значення, чи суддя, ухвалюючи вирок у конкретній справі і не маючи при цьому умислу спотворити норму права, яку він застосував, відмовився від належної оцінки дії обвинуваченого, чи, недбало розглядаючи правові аспекти цієї дії, не виконав – хоча й мав таку можливість – свого обов'язку передбачити, що резолютивна частина вироку не враховуватиме фундаментальних принципів права³⁰⁸.

Наслідком неусвідомлення неправомірності як помилки щодо факту, що становить законну ознаку злочину спотворення права, є виключення кримінальної відповідальності «юридично засліплених» суддів. Цей наслідок у науковій літературі піддали сумніву, зазначаючи, що з ним не можна погодитися, адже він цілком безпідставно захищає «катів у тогах» від відповідальності, яку в той самий час на загальних засадах заслужено несуть «посіпаки націонал-соціалістичних вождів, які не були суддями»³⁰⁹.

1.3. Спотворення права як відкритий тип злочину

Відкидаючи тезу, згідно з якою неусвідомлення неправомірності є помилкою стосовно законної ознаки, доктрина опрацювала інше вирішення питання щодо кримінальної відповідальності судді, який на свій захист від обвинувачення у вчиненні злочину проти правосуддя заявляв, що на момент ухвалення вироку він був переконаний у тому, що його суддівське рішення щодо провини засудженого та присудженого йому покарання відповідає праву.

Варто наголосити, що, хоча наявні в доктрині концепції, що визначають принципи відповідальності суддів, які не усвідомлювали безправ'я, яке самі чинили, формувалися на підставі вироків, що звільняли від відповідальності нацистських суддів, яких визнавали такими, що зазнали «юридичного засліплення», що виключало їхній умисел на спотворення права, то все ж, за задумом авторів цих концепцій, вони

³⁰⁸ Вирок Верховного федерального суду Німеччини від 29 травня 1952 року – 2 StR 45/50, «Monatsschrift für Deutsches Recht» 11/1952, s. 695.

³⁰⁹ M. Seebode, *Rechtsblindheit und bedingter Vorsatz bei der Rechtsbeugung*, «Juristische Schulung» 1969, s. 204.

мали б визначати обсяг застосування § 336 КК Німеччини також до суддів, які в теперішні часи спотворюють право у своїх вироках.

Розгляд еволюції поглядів представників доктрини вимагає збереження хронології висловлювань окремих авторів, які формулювали свої думки за відсутності схвалення тез попередників або виводили свої переконання з критики стану доктрини та судової практики, свідками якого вони стали.

Розвиваючи погляди Вельзля про т.зв. відкриті родові типи злочинів і співвідносячи цей погляд зі злочином спотворення права, що описаний у § 336 КК Німеччини, Маурах зазначив, що відповідність поведінки судді описові забороненої у цьому положенні Кодексу дії сама по собі ще не означає неправомірності суддівської поведінки. У конструкції «відкритого типу злочину», описаного у § 336 КК Німеччини, з набору ознак, що визначають дію («спотворює») та предмет дії («право»), за межі опису цього злочину винесено ознаку порушення суддею його «правового обов'язку» (*Rechtspflichtmerkmal*), що все ж є необхідною для існування саме цього злочину і охоплює неналежне застосування права. Ця «зовнішня» ознака підлягає окремій оцінці при притягненні до кримінальної відповідальності судді за спотворення права, але – якщо є предметом помилки виконавця – вона не розглядається в аспекті категорії помилки щодо факту, що становить ознаку забороненої дії, що виключає умисність вчинення цієї дії. Помилка судді щодо ознаки обов'язкового для нього «правового обов'язку» правильно застосовувати право за своєю природою є неусвідомленням неправомірності дії, а кримінальна відповідальність судді залежить від того, чи він міг уникнути цієї помилки (*Vermeidbarkeitsprüfung*).

Тому якщо під час процесу щодо судді, який обвинувачується в учиненні злочину спотворення права, буде встановлено, що, ухвалюючи неправомірний вирок, він міг уникнути помилки, на яку тепер посиляється, стверджуючи, що був переконаний у тому, що його обвинувальний вирок не суперечить праву, слід констатувати, що суддя умисно вчинив злочин проти правосуддя, за який підлягає покаранню.

Маурах також зазначав, що у більшості випадків судді буде дуже важко довести, що, ухвалюючи вирок, він не міг уникнути помилки, вчиненої при застосуванні права, внаслідок чого відбудеться бажане усунення суддівського «юридичного засліплення» як обставини, що стоїть на заваді покарання судді за вчинений злочин³¹⁰.

³¹⁰ R. Maurach, *Zur Problematik der Rechtsbeugung durch Anwendung sowietzonalen Rechts*, «Recht in Ost und West, Zeitschrift für Rechtsvergleichung und interzonale Rechtsprobleme» 1958, s. 177.

Концепція Маураха зазнала критики не стільки з огляду на висновок, до якого вона призводила, скільки з огляду на припущення доктрини, на підставі якої цей висновок сформувався. Адже в доктрині заперечувався сенс твердження про існування категорії «відкритих типів злочинів», які, будучи самі собою «нейтральними», не вказують на неправомірність дій, що мають у собі їхні ознаки³¹¹. Тому відмова від цієї категорії мусила призвести до висновку, що помилку щодо ознаки правового обов'язку не спотворювати право слід тлумачити як помилку у визначенні ознаки, яка належить до набору ознак, що визначають тип злочину, описаний у § 336 КК Німеччини, а не як помилку щодо права³¹².

Водночас критично зауважено, що навіть якщо прийняти тезу, згідно з якою суддівське спотворення права є «відкритим типом злочину», то міркування Маураха, що виводять за межі «об'єктивного набору ознак» правопорушення судді, розхитує усю конструкцію злочину, яка починає зводитися до ознак «ухвалення вироку в справі на користь або шкоду однієї зі сторін» і через це стає незрозумілою. Так відбувається тому, що поняття користі, як і шкоди, яку отримала (якої зазнала) сторона у судовому провадженні, базуються на стані, визначеному як суддівська несправедливість у значенні, яке їй надає § 336 КК Німеччини.

Отже, слід погодитися з тим, що тільки необхідний причинний зв'язок між суддівським безправ'ям та шкодою, якої зазнала сторона судового провадження (або користю, яку отримала сторона), призводить до наслідку, що відповідає наборові ознак злочину спотворення права. А якщо з цього набору усунути – як предмет умислу судді – ознаку, яка визначає поведінку судді як виступ проти права, то за розширеного тлумачення можна було б отримати результат *contra legem* на шкоду виконавця – судді, який ухвалює вирок у конкретній справі. Тож можна дійти висновку, який суперечить задуму законодавця, про те, що § 336 КК Німеччини встановлює покарання не лише за умисні, а й за обумовлені помилкою судді ненавмисні порушення права у змісті ухваленого вироку, адже «відкрите», а по суті – обмежене до рудиментарного нормативного вмісту положення не вимагало б для притягнення до кримінальної відповідальності виконавця, щоб той діяв з умислом. Це позбавило б це положення функції обмеження відповідальності судді випадками умисного спотворення права³¹³.

³¹¹ На думку роксіна, «набір законних ознак цього злочину (*Tatbestand*) охоплює усі умови, що достовірно вказують на каране безправ'я (*strafbare Unrecht*), а не на неправомірність діянь взагалі (*Rechtswidrigkeit*)». Див.: С. Roxin, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Berlin 1970, s. 187.

³¹² P. Seemann, *Rechtsbeugung...*, s. 73.

³¹³ Там само, с. 74–75.

1.4. Неусвідомлення суддею того, що він спотворює право, як неістотна обставина

1.4.1. Гельмут Бегеманн

Шукаючи вирішення проблеми кримінальної відповідальності суддів, які в стані «юридичного засліплення» слугували системі безправ'я, Бегеманн дійшов висновку, що, хоча їх не можна засуджувати за вчинення злочину проти правосуддя, описаного у § 336 КК Німеччини, оскільки вони не порушували права свідомо, то все ж це не виключає їх відповідальності на підставі інших положень КК, в яких йдеться про позбавлення людини (жертви неправомірного засудження) життя або волі³¹⁴.

Як впливає зі змісту положення про суддівське спотворення права, привілей виконавця (засудження судді за «наслідки» вироку може мати місце лише після притягнення його до відповідальності за злочинне спотворення права) стосується тільки тих суддів, вироки яких, хоча й помилкові, але мають юридичну силу (*Rechtskraft*) і характеризуються можливістю їх виконати (*Vollstreckbarkeit*). Ці дві ознаки вироку обґрунтовують потребу встановлення суддівського привілею, що захищає суддю, який ухвалив вирок. Прийняття цієї тези дає змогу уникнути внутрішньої суперечності правопорядку, яка виникла б, якби, з одного боку, визнати, що він вимагає виконання вироку, що має юридичну силу, яка робить це виконання таким, що відповідає праву, а з іншого боку, допускала би можливість покарати суддю, який цей вирок ухвалив.

Обмеження відповідальності судді за наслідки його помилкового рішення має як предметний, так і об'єктний характер, тобто стосується тільки судді, який ухвалив вирок, що містить помилкове рішення, яке все ж має юридичну силу в сенсі настання юридичних наслідків. Натомість не захищається положенням про обмеження відповідальності суддя, який, ухвалюючи вирок, порушив «територію стрижня права» (*rechtliches Kernbereich*), адже цей вирок не можна визнати юридично результативним. Якщо рішення, що міститься в такому неправомірному вирокі, буде виконане, то суддя, який ухвалив вирок, нестиме кримінальну відповідальність за злочин на підставі відповідного положення КК так само, як і кожен інший виконавець вбивства людини або позбавлення її волі.

³¹⁴ Н. Begemann, *Das Haftungsprivileg des Richters im Strafrecht*, NJW 1968, s. 1361.

Висновок Бегеманна мав обґрунтовувати заперечення аргументації суддів Третього Рейху, що вони умисно не вчинили злочину спотворення права, описаного в § 336 КК Німеччини, адже були – як лише пізніше мало виявитися – помилково переконані, що ухвалюють вирок згідно з правом. Адже якщо на момент ухвалення вироку вони порушили «стрижень права», то позбавили свої вироки «юридичної сили», а внаслідок виконання таких вироків підлягають кримінальній відповідальності як звичайні виконавці злочинів (вбивства з обтяжувальними обставинами, вбивства, позбавлення волі), а не як судді, захищені «суддівським привілеєм» у розумінні, що сформувалося на основі тези Радбруха про функції § 336 КК Німеччини.

Як головне критичне зауваження Зібод використав скасування привілею, що має місце, виходячи зі змісту цього положення. Він посилався на твердження Біндінга, що положення, яке описує караність судді за умисне спотворення права, має захищати його від обвинувачень в учиненні (шляхом ухвалення вироку) будь-якого ненавмисного злочину³¹⁵. Якщо припустити, що у визначених випадках можна оминати це положення при притягненні до кримінальної відповідальності судді за ухвалення вироку посиланням на інше положення Особливої частини Кримінального кодексу, наприклад про відповідальність за ненавмисне спричинення смерті людини, то це звало б нанівець закріплену законодавцем функцію гарантування положення про караність лише умисного вчинення суддівської несправедливості³¹⁶.

1.4.2. Манфред Зібод, Йорг Фрідріх

Зі свого боку Зібод обмежує суддівський привілей саме «суддею» у розумінні § 336 КК Німеччини. Під цим поняттям слід розуміти лише суддю, який є незалежним у ухваленні вироків, вільним від впливу і безстороннім. За задумом законодавця, за діяння такого судді, який спотворює право, загрожує суворе покарання (від одного року позбавлення волі), що має запобігати його свавіллю при ухваленні вироків, водночас чиновників виконавчої влади можуть стримувати від свавілля відповідні вказівки керівництва.

Караність судді, який спотворює право – наголошує автор – відпо-

³¹⁵ «Die fahrlässige Rechtsbeugung bleibt straflos» – «ненавмисне спотворення права залишається безкарним». Див.: К Binding, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, besonderer Teil*, Bd. 2, Aalen 1969, s. 563.

³¹⁶ М. Seebode, *Rechtsblindheit...*, s. 205.

відає його незалежності³¹⁷. Зважаючи на наведені думки, Зібод про- тиставляє свою позицію думці більшості представників доктрини й загальноприйнятій судовій практиці, відповідно до якої на усіх суддів, тобто навіть на тих, які слугували тоталітарному режимові й були слух- няними з примусу або із власної волі, слід поширювати положення про суддю, який умисно спотворює право. У кожному конкретному випадку – зазначає він – слід встановити, чи ухвалював обвинувачу- ваний у спотворенні права суддя вирок, залишаючись в аналізованій справі вільним від впливу та вказівок щодо змісту вироку, тобто чи як «суддя» був суб'єктом, «здатним» до вчинення цього злочину. Адже лише такий виконавець може скористатися привілеєм, що обмежує його відповідальність умисними забороненими діями, що їх він вчинив під час ухвалення вироку.

Важливою думкою автора є те, що вчинений у період національного соціалізму замах на структуру поділу влади на три гілки не позбав- ляв німецьких суддів фактичної незалежності, а отже, не зробив їх суб'єктами, нездатними нести відповідальність за спотворення права. Так само, як лише теоретична незалежність судді не могла обгрунту- вати його кримінальну відповідальність, визначену в § 336 КК Німеч- чини, так і залежність судді, визначена лише неправовим становищем, не може бути остаточною підставою виключення кваліфікації дій їх усіх як виконавців злочину проти правосуддя³¹⁸.

Таке міркування призводить до висновку, що суддівський привілей, з якого виводиться необхідність встановлення, чи не діяв виконавець, який ухвалив неправомірний вирок, керуючись помилкою, що виклю- чає його умисність і як наслідок – кримінальну відповідальність, не поширюється на того, хто не був «суддею» у пропонованому автором розумінні³¹⁹. Водночас автор висловлює здивування, що Земельний суд Берліна визнав незалежним в ухваленні вироків суддю Рехсе, члена

³¹⁷ Там само, с. 206. Цей автор заперечив постулати суб'єктивної теорії відповідаль- ності судді за спотворення права, беручи за основу притягнення до відповідальності об'єктивну теорію. Див.: М. Seebode, *Das Verbrechen...*, s. 13–17.

³¹⁸ Як приклад Зібод зазначає, що директива, що її прийняв Рейхстаг 26 квітня 1942 року, яка встановлювала, що «кожного суддю [...] можна без порушення процесуального про- вадження звільнити з посади [...]», сама по собі не позбавляла усіх суддів можливості самостійного та безстороннього ухвалення вироків у всіх справах, тобто не позбавляла їх властивостей, що робили їх здатними вчиняти заборонену дію спотворення права і тому не виключала їхньої кримінальної відповідальності за ухвалення конкретного не- правомірного вироку. Див.: М. Seebode, *Rechtsblindheit...*, s. 206–207.

³¹⁹ На тезі, яку сформулював Зібод, базується аргументація, вміщена в касаційному поданні прокуратури на вирок Земельного суду Берліна від 6 грудня 1968 року, який ви- правдав суддю Рехсе. Див.: Розділ V книги.

Народного трибуналу (*Volksgerichtshof*) в Берліні, не враховуючи того, що як обставини створення цього спеціального суду, так і вся його діяльність вказують, що він більшою мірою був знаряддям політичної влади, ніж органом, що ухвалює вироки згідно з правом³²⁰. Тому незрозумілим є охоплення суддівським привілеєм § 336 КК Німеччини члена суддівської колегії цього суду як «судді» та визнання його в цій ролі суб'єктом, який, діючи згідно з переконанням, що базується на його роздумах, міг «проголошувати право».

Найбільш далекоглядний погляд, згідно з яким § 336 КК Німеччини з його привілеєм, що полягав у обмеженні відповідальності судді, не може застосовуватися стосовно жодного з нацистських суддів, які насправді були не суддями, а прихованими суддівськими тогами «довгими руками» злочинного режиму, які творили «правосуддя терору», було сформульовано на основі критики судових рішень, що звільняли суддів від кримінальної відповідальності. Правоту охоплення цих суддів привілеєм піддав під сумнів Фрідріх, здійснивши порівняння їх поведінки із поведінкою лікарів, які діяли з умислом на вчинення вбивства, коли втілюючи в життя нацистську програму евтаназії, позбавляли життя своїх жертв за допомогою ін'єкцій з отрутою. При здійсненні кримінально-правової оцінки не можна відмежовувати оцінку поведінки лікарів, які користувалися шприцом для реалізації умислу вбити людину, від поведінки суддів, які діяли з тим самим умислом, користуючись як знаряддям вбивства параграфами законів³²¹.

Оцінюючи судову практику, що звільняла нацистських суддів від відповідальності за умисні вбивства, вчинені шляхом засудження невинуватих до страти, згаданий автор доходить висновку, що «суддівський привілей» по суті є твердженням, яке законодавець закріпив у положенні § 211 КК Німеччини, що визначає караність вбивства з обтяжувальними обставинами, проте має пункт «а» такого змісту: «Судове вбивство не підлягає покаранню» (§ 211a: *Der Justizmord ist Straffrei*)³²².

³²⁰ В ухвалі від 25 січня 1985 року Бундестаг заявив, що «Народний трибунал (*Volksgerichtshof*) був не судом в розумінні, прийнятому в правовій державі, а інструментом терору, що слугував втіленню у життя свавілля націонал-соціалістичного панування». Див.: *Budestagsdrucksachen, Wahlperiode 10, 10/2368 і 10/116*. У цей період вже не здійснювався жоден судовий процес щодо судді Третього Рейху.

³²¹ J. Friedrich, *Freispruch für die Nazi-Justiz. Die Urteile gegen NS-Richter seit 1948. Eine Dokumentation*, Berlin 1998, s. 17, 77.

³²² Там само, с. 15–18.

1.5. Неусвідомлення неправомірності та помилка субсумції

1.5.1. Гюнтер Спендель

Іншим чином шукав вирішення проблеми зв'язку між суддівською помилкою та його умислом на спотворення права Спендель, який на початку своїх роздумів написав: «Було б дійсно гротескно і тому, як слушно зазначав Маурах, «несправедливо», якби судді, який через «байдужість, неусвідомлення неправомірності та й навіть через вороже ставлення до права» не розпізнав, що він об'єктивно порушує право, не висунули обвинувачення в умисному спотворенні права»³²³.

Однак, не поділяючи погляду Маураха про те, що § 336 КК Німеччини, де визначається злочин проти правосуддя, містить відкритий набір ознак типу такого злочину, Спендель заявив, що це положення одночасно визначає «спотворення права» як об'єктивну ознаку, що належить до набору ознак типу цього злочину, та вказує на потребу розрізнити вияви істотної та неістотної помилки, якої припускається суддя, який спотворює право. Ознака «право» в конструкції цього злочину є нормативною ознакою типу, відтак, його нормативний зміст мусить охопити свідомість судді, якому мають приписати умисел це право спотворити. Тому в свідомості судді має відобразитися не лише власне поняття права, яке він порушує, а й його нормативно-суспільне значення, що визначає зміст права та його правильне розуміння.

Отже, суддя мусить усвідомлювати як існування норми, що визначає основу для ухвалення вироку (оновлення КК може запроваджувати нові типи злочинів, а також позбавляти «статусу» злочину певні діяння), так і розуміти *ratio legis* цієї норми. Автор наводить такий приклад: якщо суддя помилково вважає, що він на підставі чинного положення права засуджує за дію, що полягає у намаганні дати неправдиві показання, не знаючи, що положення, яке визначає караність такої поведінки, було скасоване новим законом, який видано у «Законодавчому віснику», що ще не потрапив до судді офіційним шляхом, то така помилка в «екзистенції» норми є помилкою в ознаці «право» (*Tatbestandsirrtum*) і як істотна помилка виключає умисел виконавця на «спотворення права» в розумінні § 339 КК Німеччини.

Помилкою щодо законної ознаки типу злочину, що виключає суддів-

³²³ G. Spindel, *Zur Problematik der Rechtsbeugung*, [w:] *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Göttingen 1968, s. 320.

ський умисел на спотворення права, а отже, є істотною, виступає також неправильне розуміння сенсу правової норми та надання їй іншого значення, ніж те, що визначене *ratio legis*. Прикладом може бути помилкове застосування молодим і недосвідченим суддею положення Кримінального кодексу, що визначає кримінальну відповідальність за зловживання довірою (§ 266 КК Німеччини, ст. 296 § 1 КК Польщі), стосовно боржника, який своєчасно не повернув боргу. Така помилка найчастіше виникає через недостатню обізнаність у судовій практиці та юридичній науці й зумовлює помилкове оцінювання суддею фактичних обставин, що є предметом його вироку. Незважаючи на те, що ступінь легковажності судді в такій ситуації є високим, а суддівська недбалість буває навіть вражаючою, що робить поведінку судді гідною критики і такою, що заслуговує на осуд, все ж помилка у значенні застосованої юридичної норми виключає умисел, а тому і кримінальну відповідальність за спотворення права. Так відбувається тому, що помилкове розуміння юридичної норми (*Bedeutungsirrtum*), яку суддя взяв за основу свого рішення, – як стверджує Спендель, – є також (так само, як і помилка в існуванні норми) помилкою у ознаці типу і як така виключає суддівський умисел на спотворення права, а відтак – відповідальність за злочин згідно з § 339 КК Німеччини.

Натомість не виключає умислу, що є передумовою кримінальної відповідальності судді за злочинне спотворення права, помилка, яку автор назвав «помилкою субсумції» (*Subsumtionsirrtum*). Цю форму помилки автор описує так:

Суддя знає обставини (факти), що є предметом справи, та юридичні норми, що їх стосуються, однак не здійснює субсумції обставин (фактів) під норми, адже [...] помилково вважає положення закону такими, що застаріли за змістом або є несправедливими³²⁴.

Цю гіпотезу автор відносить до поведінки судді, фанатичного нациста, який у 1935 році за кілька тижнів до виходу т.зв. Нюрнберзького закону «Про захист німецької крові та гідності» не дав згоди на шлюб між «арійцем» та «єврейкою», посилаючись у своєму рішенні на націонал-соціалістичну ідеологію та «головне право», яке з неї випливало³²⁵. Спендель пише, що рішення є прикладом помилкової субсум-

³²⁴ Там само, с. 321.

³²⁵ Це рішення, прийняте громадським суддею, членом НСДАП у Ветцлар, у літературі часом наводиться за назвою як «*Wetzlarer Aufgebotsfall*». У справі оскаржувалося рішення чиновника органу цивільного стану, фанатичного нациста, який не дав дозвіл на шлюб

ції, адже суддя свідомо і за власним бажанням не застосував права, яке було обов'язковим на момент прийняття рішення (не забороняло давати згоду на шлюб в аналізованій ситуації) і зробив це на шкоду заявника. Така «помилка субсумції», на якій, на думку судді, базується правильне рішення, не виключає того, що з боку судді мав місце умисел вчинити злочин спотворення права, тому така помилка впливає на кримінальну відповідальність за цей злочин.

Підсумовуючи наведені погляди, слід констатувати, що не вчиняє злочину проти правосуддя суддя, який ухвалює несправедливе рішення, оскільки помиляється щодо існування юридичної норми, на яку він посилається як на основу свого рішення, а також щодо значення застосованої норми, адже предметом обох форм помилки є законна ознака «право», і такі помилки виключають умисел його спотворення, а відтак – виключають приписування судді умисності, що зумовлює кримінальну відповідальність, визначену в змісті положення § 339 КК Німеччини. Натомість вчиняє умисний злочин спотворення права суддя, що чинить несправедливість, яка впливає із помилкової субсумції під норму права фактів, охоплених його рішенням, навіть якщо такий суддя переконаний у правильності свого рішення, адже таку помилку слід визнати неістотною для існування злочину проти правосуддя.

Сформульована Спенделем концепція дає змогу за допомогою поняття «помилки субсумції» виключити з категорії суддів, які не несуть кримінальної відповідальності за вчинену через помилку несправедливість, тих, які, ухвалюючи вироки, вчинили акти «явного і такого, що його не можна вибачити, спотворення права». Таке виключення має стосуватися виконавців, які, керуючись кримінально-політичними, етичними, моральними аргументами або іншими уявленнями про правильність, переконані, що їм при ухваленні вироків можна не

(*Aufgebot*), мотивуючи відмову тим, що шлюб є порушенням націонал-соціалістичного основоположного «права». Поділяючи цю мотивацію, суддя підтримав своїм рішенням від 17 червня 1935 року (всупереч чинному на той момент праву) рішення чиновника, що передбачало заборону укладати шлюб особам, яких стосувалися обмеження виданого пізніше (15 вересня 1935 року) Нюрнберзького закону «Про захист німецької крові та гідності». Обґрунтування рішення починалося словами: «Коли до влади в Німеччині прийшов національний соціалізм, розвинулися основи націонал-соціалістичного світогляду [...], в якому закорінені правнича думка та розуміння права...». Заборону одруження, що була позбавлена підстав у чинному тоді праві, зберегла в силі касаційна палата Земельного суду Лімбург-Лан 19 серпня 1935 року. Копії судових документів у цій справі див. у додатку до: G. Spendel, *Rechtsbeugung durch Rechtsprechung*, Berlin, New York 1984, s. 117.

зважати на обов'язкове право³²⁶. При цьому автор концепції зазначив, що при встановленні того, чи ухвалював суддя вирок з умислом на спотворення права, часом важко відмежувати істотну помилку щодо значення норми (*Bedeutungsirrtum*), яка виключає – як помилка у ознаці типу злочину – суддівський умисел, від неістотної помилки субсумції (*Subsumtionsirrtum*)³²⁷.

1.5.2. Петер Зіманн, Ганс-Людвіг Шрайбер

Концепція Спенделя була піддана критиці в працях Зіманна. Він дорікнув їй на дисфункційність, особливо стосовно наведеного автором як приклад, що ілюструє вчинення суддею Третього Рейху з ідеологічних мотивів злочину спотворення права, випадку відмови у шлюбі особам, яких стосувалися заборони положень «Нюрнберзьких законів», до набуття ними чинності. Гіпотетично допускаючи, що інший суддя, незважаючи на набрання чинності цих положень, не здійснив би під них субсумції конкретного випадку і надав би згоду на одруження осіб німецької та єврейської національності, керуючись у своєму рішенні моральним відчуттям, що чинна нацистська заборона в контексті норм суддівської етики є неприпустимою (*unerträglich*), слід було б визнати, що діючи з умислом вчинити суддівське заборонене діяння, його вчинок відповідав би усім ознакам типу злочину спотворення права.

Критик зазначає, що для уникнення такого розширеного тлумачення караності необхідно пояснити, де проходить межа правового позитивізму, а також визначити межі відповідності чинному праву. Зі свого боку автор критики стверджує, що принципом є чітке зобов'язування судді законом, і тому не допускається диференціація діянь залежно від мотивів окремого державного чиновника, який приймає рішення у судових справах.

Як тезу, що має ключове значення, Зіманн повторює погляд, який сформулював Сакер, що «лише в крайніх випадках судді дозволено обережно розвинути право, піклуючись про необхідність його пристосування до змінених умов життя»³²⁸. За Маурахом Зіманн повторює, що «якщо норми та системи норм нестерпно суперечать фундаменталь-

³²⁶ P. Seemann, *Rechtsbeugung...*, s. 78.

³²⁷ G. Spindel, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Grofkommentar*, 11 AufL, Berlin-New York 1999, § 339, Rdn. 87.

³²⁸ P. Seemann, *Rechtsbeugung...*, s. 82; H. Säcker, *Herrschaft der Richter? Zur Bedeutung der dritten Gewalt im Rechtsstaat*, München 1978, s. 15.

ним принципам справедливості, їх слід позбавити сили або характеру права»³²⁹, що матиме наслідком те, що в такій ситуації суддя може не зважати на існуючий закон, який містить такі норми.

Основний аспект критики стосується, однак, браку належного наукового обґрунтування поняття «помилки субсумції», яка повинна породжувати кримінальну відповідальність за спотворення права. У наведеному прикладі цієї помилки суддя, який не дав згоди на одруження, не помиляється ані щодо існування норми цивільного права, ані щодо її змісту, що не становить перешкод для такого подружжя, а видана ним заборона є не наслідком помилки, а втіленням у життя його власного і за змістом нескладного умислу на спотворення права, що породжений його націонал-соціалістичними переконаннями.

Як зазначає Шрайбер стосовно судді, який ухвалює вироки в умовах сучасності:

якщо він знає, що обов'язковий правовий порядок не допускає прийняття певного рішення, однак все одно приймає його, оскільки вважає його таким, що дійсно суперечить цьому правовому порядку, але є правильним з політичних, релігійних або інших причин, то він спотворює право з умислом вчинити злочин, описаний у § 336 КК Німеччини. Якщо він вважає, що йому можна так вчиняти, то береться до уваги виключно помилка у забороні (*Verbotsirrtum*)³³⁰.

Розвиваючи такий погляд, зазначається, що суддя повинен ухвалювати вироки, поважаючи рішення законодавця щодо цінностей, які охороняються правом, до чого його зобов'язують положення Конституції, в якій йдеться про те, що суддя зв'язаний законом та правом (*Gesetz und Recht*). У конкретній справі він може мати інший погляд, ніж законодавець, а в певних умовах може особисто обвинувачуватися в тому, що застосовує чинний закон, однак він не має права (якщо ззовні розглядати його мотиваційну ситуацію) не зважати на рішення законодавця, що подане у змісті закону. Якщо він діє по-іншому, то умисно вчиняє злочин спотворення права в розумінні § 336 КК Німеччини. Якщо ж через своє «засліплення» (*Verblendung*) він відчуває, що має право поводитися таким чином, то підлягає оцінці як виконавець забо-

³²⁹ Маурах зазначав, що в таких випадках «буквальне застосування права охоплює собою об'єктивну сторону *Rechtsbeugung*. Див.: R. Maurach. *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*, Karlsruhe 1956, s. 623.

³³⁰ H.L. Schreiber, *Probleme der Rechtsbeugung*, «Goltdammer's Archiv für Strafrecht» 1972, s. 193.

роненого діяння, вчиненого без усвідомлення його неправомірності, а його кримінальна відповідальність залежить від того, чи буде встановлено, що він міг уникнути такої помилки.

Співвідносячи ці міркування із міркуваннями судді Третього Рейху, який, усвідомлюючи положення чинного на той час законодавства, прийняв рішення про заборону одруження, яке в свою чергу тим положенням суперечило, а своє рішення ґрунтував на переконанні, що він має право ухвалювати вирок з огляду на націонал-соціалістичну ідеологію, критики твердять, що цей *casus* породжує запитання про помилку щодо однієї з ознак, які утворюють тип злочину, адже виконавець є свідомий, що своїм діянням він виконує усі ознаки, з яких складається тип злочину *Rechtsbeugung*, проте ставить питання про усвідомлення неправомірності³³¹.

На підтвердження цього в сучасних правових реаліях наводиться позиція Верховного федерального суду Німеччини, який у рішенні 1986 року заявив, що діяв з умислом на спотворення права прокурор, який, ведучи провадження в справі неповнолітнього виконавця забороненого діяння, застосував до нього тілесне покарання, а провадження закрит, незважаючи на його провину³³². У коментарі наголошувалося, що якщо вважати, що в такій ситуації прокурор припускався помилки, будучи переконаним у правильності своєї поведінки із виховною метою та за власними уявленнями про справедливість, що призвело до того, що він відчув себе вільним від обов'язку поводитися згідно з нормами провадження в справах неповнолітніх, то таку помилку слід визнати такою, якої можна було уникнути, в розумінні § 17 КК Німеччини. Натомість за цих конкретних обставин не виникає питання про існування помилки щодо ознаки, яка утворює тип злочину, тому для обґрунтування кримінальної відповідальності прокурора не потрібно застосовувати конструкцію неістотної «помилки субсумції»³³³.

³³¹ T. Vormbaum, *Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils. Untersuchungen zum Strafrechtsschutz des strafprozessualen Verfahrenszieles*, Berlin 1987, s. 370; U. Schmidt-Speicher, *Hauptprobleme der Rechtsbeugung...*, s. 111; P. Seemann, *Rechtsbeugung...*, s. 81.

³³² Вирок Верховного федерального суду Німеччини див. у: «*Neue Zeitschrift für Strafrecht*» 1968, s. 28.

³³³ P. Seemann, *Rechtsbeugung...*, s. 82–83.

1.6. «Виконавці за переконанням» та «виконавці, що помиляються», які спотворювали право – Урсула Шмідт-Спайхер

Свою пропозицію щодо вирішення питання притягнення до кримінальної відповідальності суддів Шмідт-Спайхер побудувала на дихотомічному поділі суддів як виконавців, які виправдовувалися своїми переконаннями про відповідність закону їхніх вироків, в яких спотворювалося право. Авторка розвинула поняття суддів, які спотворюють право, розрізняючи «виконавців за переконанням» (*Überzeugungstäter*) та «виконавців, що помиляються» (*Irrtumstäter*). Стосовно кожної з цих категорій вона по-різному відповідає на запитання, чи поводитися вони, ухвалюючи неправомірний вирок, з умислом вчинити заборонене діяння.

Виконавцем за переконанням є, згідно з прикладом, що наводиться у міркуваннях авторки, суддя, який ухвалює вирок, резолютивна частина якого порушує право, однак він робить це, керуючись переконанням, що базується на кримінально-політичних міркуваннях про те, що його вирок є кращим, ніж той, який допускає право. До такої категорії належить кожен суддя, «який з політичних, релігійних або моральних переконань виходить за межі відомої йому кримінально-правової норми»³³⁴. Умисел, який супроводжує акт спотворення права суддею, впливає з його знання, що ідея цього «кращого права», в яку він вірить і приймає її за основу свого рішення, не міститься в межах чинного правопорядку. У такій ситуації суддя не може ставити себе в ролі законодавця, а повинен поважати його рішення, що вирішують колізії цінностей, які захищає правова система, адже ставлення їх під сумнів «не є справою юристів як таких». Йдеться про такі рішення, «стрижень» яких не має правової природи, натомість вони слугують визначеним цілям, оцінка яких залишається за межами завдань, що їх ввірено виконувати судді. Тому діє з умислом на спотворення права суддя, який, почувачись уповноваженим до цього, тобто відповідно до свого переконання, однак всупереч обов'язковому праву, змінює або формулює нові його цілі.

Якщо, наприклад, суддя ухвалює постанову про тимчасове затримання підозрюваного, керуючись іншими цілями, ніж ті, що вказані в законі, заперечуючи здійснене законодавцем вирішення колізії між презумпцією невинуватості та потребами кримінального провадження,

³³⁴ U. Schmidt-Speicher, *Hauptprobleme der Rechtsbeugung...*, s. 108.

то він умисно вчиняє заборонену дію спотворення права, навіть якщо чинне право вимагає внесення змін. Виконавцем за переконанням, який умисно спотворює право, є також суддя, який «дивлячись відкритими очима» на зрозуміле за змістом положення, що визначає належний суддівський обов'язок, не зважає на нього, ухвалюючи свій вирок. У таких ситуаціях свідомість судді може бути дуже сильно обтяженою, тому що він мусить застосовувати закон, який вважає несправедливим, засуджуючи, наприклад, за заборонені дії, за які загрожує кримінальне покарання, визначене в положеннях (які пізніше скасовано або змінено) щодо розлучення подружжя через зраду, гомосексуалізм або аборт. Однак доки ці діяння заборонені законом, доти суддя зобов'язаний ухвалювати вирок згідно зі змістом цих норм закону, якщо він не може посилатися на суперечність їх Конституції.

Законні поняття можуть відображати погляди та оцінки, що виникають у суспільстві, хоча рідко трапляється, щоб у важливих питаннях мав місце повний суспільний консенсус. Відмінність оцінок у тій самій справі призводить до формування різних позицій, тому допускається, щоб суддя міг «зійти зі шляху права», зважаючи на те, що воно виводиться із цінностей, яких суддя не може поділяти як людина певної суспільної групи. У таких ситуаціях він також зв'язаний правом і діє з умислом його спотворити, якщо ухвалює вирок всупереч законній нормі, керуючись при цьому своїм особистим поглядом на справедливість рішення. В інтересах надійності права слід заперечити можливість успішного посилання суддею на помилку, що мала б виключити його умисел, щодо ознаки «право» як елемента, що визначає заборонену дію, якщо суддя, керуючись власними думками про правильність, не зважає при ухваленні вироку на однозначне законне врегулювання.

На завершення наведеної частини роздумів авторка заявляє, що в судовій практиці прийнятим є погляд, згідно з яким ані економічні, ані інші аргументи, які звертаються до поняття правильності, не можуть бути визнані обґрунтуванням для рішення, що суперечить зрозумілим формулюванням положень закону. Усунення суспільно несправедливих рішень, а також створення правових підстав суспільної справедливості є завданням власне законодавця. Висновок завершується тезою, що суддя, який, не дбаючи про застосування обов'язкового права, ставить себе над ним, бажаючи таким чином служити нібито кращій – на його переконання – ідеї, що, однак, не дістала відображення в законі, є виконавцем за переконанням (*Überzeugungstäter*). Такий суддя, який спотворює право за переконанням, не може посилатися на те, що його уми-

сел за змістом § 16 КК Німеччини був виключений, адже він умисно вчиняє суддівську заборонену дію³³⁵.

Від суддів, які зважаючи на зміст своїх вироків, ставлять себе проти права з огляду на свої переконання, авторка відрізняє суддів, які у своїх вироків відходять від положень чинного права, оскільки припускаються помилки. Вона разом з цим проводить аналіз ситуацій, у яких помилка судді – як така, що стосується факту, що є ознакою забороненої дії, – виключає умисел судді вчинити цю дію та, відповідно, виключає і кримінальну відповідальність за спотворення права. Так відбувається особливо тоді, коли суддя здійснює неправильну правову оцінку фактів, адже не знає, що застосовуване ним правове положення нещодавно зазнало змін або було скасоване, а також тоді, коли він ще не ознайомився зі змістом нового положення закону.

Також помилка, що полягає у нерозумінні значення норми закону, виключає умисел на спотворення права тоді, коли суддя ухвалює вирок, належним чином не розуміючи *ratio legis*, здійснює абсолютно помилкове тлумачення особливо складного положення закону, перекручує його нормативний зміст або змінює правила його застосування. Натомість з умислом на спотворення права діє суддя (відповідно, він несе кримінальну відповідальність за свій вчинок), який розуміє суперечність ухвалюваного вироку обов'язковій нормі позитивного права, усвідомлює, що норма, яку він порушує, не є очевидним безправ'ям, і як така вона не позбавлена обов'язкової сили.

На думку авторки, окремо слід розглядати ситуацію, в якій суддя спотворює обов'язкове право, адже він дійшов висновку, що його зміст не відповідає наказові або забороні «надпозитивного» права. Керуючись таким переконанням, суддя діє умисно, що породжує потребу встановити, чи усвідомлює він неправомірність своєї поведінки. У такому випадку виконавець розуміє суть ознаки типу забороненої дії «право» і помиляється щодо субсумції: він знає факти справи, в якій він ухвалює вирок, а також юридичні норми, що вказують на зміст вироку, який має бути ухвалений, однак не здійснює субсумції, адже вважає, що на ґрунті «надпозитивного» права йому можна прийняти інше рішення. Суддя, який міркує таким чином, припускається помилки в забороні, а отже, не усвідомлює неправомірності своєї дії, що може виключати його кримінальну відповідальність, якщо буде встановлено, що він не міг уникнути помилки. Авторка все ж зазначає, що стосовно юристів слід взяти за правило, що кожен з них може уникнути помилок цього

³³⁵ Там само, с. 110.

типу, і зважаючи на це остаточно не виключається караність їх дій як забороненого спотворення права.

Метою концепції, що базується на розрізненні виконавців за переконанням та виконавців, що помиляються, як наголошує Шмідт-Спайхер у висновку свого дослідження кримінальної відповідальності судді за спотворення права, є заперечення погляду, що сформувався в доктрині й був сприйнятий на підставі вироків, що виправдовували суддів, згідно з яким кожне неправильне уявлення судді про нормативну ознаку «право» – що належить до набору ознак, які визначають суддівську заборонену дію – виключає можливість обвинувачувати його в наявності умислу вчинити цю дію, а відтак – виключає його кримінальну відповідальність за спотворення права.

Хоча мета наведеної концепції дістала схвалення в науковій літературі, все ж авторці дорікнули значну непослідовність у контексті нацистських суддів, адже до категорії «виконавців, що помиляються» вона зарахувала також суддю, який у 1935 році – як описував Спендель – видав заборону на одруження «арійця» з «єврейкою», перш ніж заборона таких шлюбів набула форми закону. У результаті оцінка того, чи вчинив він злочин спотворення права, за який повинен нести кримінальну відповідальність, мала б залежати від того, чи міг він уникнути помилки, тобто неусвідомлення неправомірності своєї дії.

Цей «сумний приклад з історії німецького права» в доктрині визнається зразком «виконавця за переконанням», який, засліплений у своїй націонал-соціалістичній свідомості, всупереч знанню спотворює право, щоб залишатися вірним своєму політичному світогляду³³⁶. Спендель констатує: його помилка у неправомірності усієї своєї поведінки, «така «*Verbotsirrtum*», була усім іншим, крім чогось, чого не можна було уникнути, і безневинного». Автор додає: «Цей суддя не був звільненим від покаранням несвідомим виконавцем, натомість він був виконавцем за переконанням, який підлягав покаранню» (*Überzeugungstäter*)³³⁷. Право не дає жодних підстав, щоб вважати його «виконавцем, що помилявся», але так його визначає авторка, яка зазнала критики за доктринальну слабкість опрацьованої концепції, що поляризує поняття виконавця спотворення права³³⁸.

³³⁶ P. Seemann, *Rechtsbeugung...*, s. 86.

³³⁷ G. Spindel, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar...*, § 339, Rdn. 99a. Автор все ж визнає, що Шмідт-Спайхер, схоже, розмірковує «щодо суті» (тобто караності дії судді). Див.: Там само, прим. 124.

³³⁸ P. Seemann, *Rechtsbeugung...*, s. 86.

1.7. Помилка у визначенні ознаки суддівського діяння та неусвідомлення незаконності спотворення права

Аргументи, що їх навів Зіманн, ставлять під сумнів сформульовані в доктрині тези і дають змогу її критикові констатувати, що специфіка типу злочину спотворення права полягає у тому, що порушення обов'язкового права є ознакою, що належить до набору ознак, які описують суть дії судді. У зв'язку з цим суддя, який не усвідомлює обов'язкової сили або значення законного регулювання, що є релевантним для його вироку, помиляється щодо ознаки забороненої дії, описаної у § 16 КК Німеччини (що виключає його умисел). Натомість суддя, який з якихось мотивів свідомо не зважає на обов'язкове право, вчиняє заборонену дію з умислом на спотворення права і в такому випадку припускається помилки в забороні, у разі, якщо такої помилки можна уникнути, це не виключає кримінальної відповідальності, як це впливає зі змісту § 17 КК Німеччини.

Як пропозицію «суто технічно-правового» характеру Зіманн наводить твердження, що помилку судді щодо основ, на яких базується юридична норма, а також помилкове розуміння значення правової матерії, що регулюється нормою, слід підводити під поняття помилки в нормативній ознаці «право, що спотворюється», що міститься в § 336 КК Німеччини, де описано заборонену дію. Суддя, який веде справу або ухвалює вирок у справі і припускається такої помилки в ознаці типу злочину, умисно не вчиняє забороненої дії, адже ця помилка виключає його умисел на спотворення права, що має юридичним наслідком звільнення його від кримінальної відповідальності за *Rechtsbeugung*, відповідно до § 16 КК Німеччини. Прикладом є ситуація, коли Земельний суд та Верховний федеральний суд Німеччини дійшли висновку про некараність поведінки судді, який під час судового розгляду, на якому він головував, без згоди обвинуваченого закрив провадження щодо нього у справі про вчинення проступку, за який загрожувало покарання у вигляді штрафу, і наклав на нього обов'язок щодо надання грошової допомоги на суспільні цілі. Суди, які ухвалювали вирок у справі судді, який обвинувачувався в таким чином спотвореному праві, встановили, що цей суддя не знав змісту відповідного положення процедури, що забороняє закривати провадження в такій процесуальній ситуації, і тому дійшли висновку, що він припустився помилки щодо факту, що становить ознаку забороненої дії, а відтак – діяв без умислу на спотворення права³³⁹.

³³⁹ Зіманн згадує обставини, щодо яких у своєму вирокі висловився Верховний федеральний суд Німеччини, NSTZ 1988, s. 218.

На основі такого розуміння проблеми відповідальності за спотворення права виникає питання, чи кожен суддя, який обвинувачується в спотворенні права в ухваленому вирокі, може заявляти, що він не усвідомлював існування норми права, яку слід було взяти за основу при вирішенні справи, або що він належним чином не зрозумів її *ratio*. Хоча, як пише Спендель, у будь-якому випадку суддя на свій захист може посилатися на зміст положення § 16 КК Німеччини, що виключає його кримінальну відповідальність, однак через це не можна змінювати доктринальної кваліфікації помилки і запроваджувати особливе вирішення, яке стосувалося б судді – виконавця спотворення права. Суд, що розглядає справу судді, обвинувачуваного в тому, що в ухваленому вирокі він у злочинний спосіб спотворив право, повинен встановити та оцінити, чи цей юрист дійсно перебував під впливом помилки, коли вчиняв дію, в якій його обвинувачують, чи його посилання на нібито спричинену помилкою відсутність умислу вчинити заборонену дію є лише захисною аргументацією, що не заслуговує на довіру. Оцінюючи достовірність пояснень обвинуваченого, слід пам'ятати, наскільки довгим та інтенсивним є процес набуття освіти кожним юристом, скільки іспитів він мусить скласти під час навчання на юридичному факультеті, а також пройти практику в суді, перш ніж здобуде суддівських повноважень. Тому жоден суд не повинен бути готовим у будь-якому випадку вірити обвинувачуваному юристові, який стверджує, що ухвалюючи вирок, який спотворив право, він припустився помилки щодо законної ознаки «право».

Особливо у випадках «явного і неприпустимого» спотворення права щодо аналізу обставин (фактів) справи та призначення обвинуваченому покарання суд не повинен припускати достовірності. Адже суд не може вірити жодному обвинувачуваному юристові, який на свій захист заявляє, що, ухвалюючи смертні вирокі щодо тих, хто розповідав анекдоти про Гітлера, або тих, хто слухав закордонні радіостанції, він вважав страту покаранням, яке втілює в життя «право». Тому завдання суду – відкинути таку аргументацію і заперечити можливість застосування до обвинувачуваного судді положення § 16 КК Німеччини, що звільняє виконавця, який діяв, помиляючись щодо ознаки забороненої дії, від відповідальності за умисний злочин. Такої умисності виконавця вимагає § 336 КК, що не передбачає караності за ненавмисне спотворення права. Натомість не є завданням доктрини творити концепцію «спеціального тлумачення питання помилки», яка мала б призводити до засудження виконавця, який спотворив право в ухваленому вирокі³⁴⁰.

³⁴⁰ P. Seemann, *Rechtsbeugung...*, s. 95.

Чіткі роздуми Зіманна стосовно судді, який посилається на помилку в законній ознаці «право, що спотворюється», не продовжує такий самий переконливий аналіз ситуації, в якій суддя ухвалює вирок, помиляючись «щодо права», а, точніше, щодо законної заборони (*Verbotsirrtum*). На початку своїх роздумів автор стверджує, що суддя, який – байдуже з яких мотивів – не дбає про відповідність його вироку обов'язковому праву, в будь-якому випадку помиляється «щодо права», а такої помилки, як правило, можна уникнути в розумінні § 17 КК Німеччини. Як висновок до роздумів автор переконливо стверджує, що з умислом на спотворення права «в принципі» діє кожен суддя, який у своєму вирокі не зважає на обов'язкове право, керуючись переконаннями, що базуються на його ідеологічних чи політичних роздумах або уявленнях про слушність ставлення свого рішення понад правом. У таких випадках, хоча суддя розуміє як обставини (факти), так і сутнісний зміст норми права, то все ж з його мотивації народжується уявлення, що він може ухвалювати вирокі всупереч обов'язковому праву. Такий суддя свідомо (*bewußt*) протиставляється чинному правопорядкові, що не може пробачатися в правовій державі.

Тут варто звернути увагу на свого роду пастку, до якої призводить міркування, що його провів Зіманн. Адже якщо суддя свідомо протиставляє себе нормі права, тобто не розуміє її змісту, то незрозумілою є вказівка на положення про помилку щодо права (§ 16 КК Німеччини) для притягнення його до кримінальної відповідальності за спотворення права, яку це положення робить залежною від того, чи виконавець міг уникнути помилки. Ця пастка стає особливо помітною тоді, коли до суддів Третього Рейху, які ухвалювали злочинні вирокі, застосовують тезу щодо судді, який ухвалював вирок під впливом своїх переконань, припускаючись помилки щодо права. Їхня кримінальна відповідальність за реалізацію набору ознак злочину спотворення права, що описаний у § 336 КК Німеччини, залежить від результату роздумів на тему, чи вони могли розпізнати безправ'я, яке чинили.

Отже, проведення оцінки поведінки нацистських суддів на підставі положення § 17 КК Німеччини про помилку щодо заборони вимагає встановлення, чи могли вони уникнути помилки, під впливом якої ухвалювали вирокі (*Vermeidbarkeitsprüfung*), а це в свою чергу вимагає застосування своєрідного зразка «доброго судді», тобто судді, який ухвалює справедливі вирокі. Стосовно конкретного судді можна визнати, що він міг уникнути помилки щодо права, під впливом якої ухвалював вирок, якщо зразковий «добрий суддя» у разі, якщо б знаходився на його місці, розпізнав би неправомірність у змісті ухваленого вироку.

Спроба визначення такого зразкового «доброго, тобто справедливого судді», який ухвалював вироки в реаліях функціонування судочинства Третього Рейху, мусить призвести до твердження, що ним був суддя, який під впливом власних переконань, зважаючи на моральні мотиви і власне відчуття справедливості і незважаючи на чинне тоді нелюдське право, ухвалював вироки, спотворюючи норми жорстокого права на користь обвинувачених. Він робив так власне тому, що знав факти і сутнісний зміст цих юридичних норм, що мало наслідком свідоме його протиставлення обов'язковому тогочасному правопорядкові й спотворення за його власним бажанням норм, що його утворювали.

Щоб уникнути парадоксу, який полягає у тому, що сучасне засудження судді – націонал-соціаліста за злочин спотворення права із вказівкою, що він вчинив його, не усвідомлюючи неправомірності, що мала місце в ухваленому ним вирокі, має базуватися на міркуваннях про зразкового доброго суддю Третього Рейху (а доброго тому, що спотворював право), Зіманн застерігає, що його концепція не стосується суддів тоталітарних систем. При цьому він пояснює, що іншої оцінки вимагає поведінка судді в ситуації, коли тоталітарні режими приймають закони, що помітно йдуть врозрід з правом і справедливістю. Особливо в часи національного соціалізму бажаним було етично мотивоване «підривання» законів, що становили безправ'я, і тому така поведінка суддів не може сприйматися як умисне спотворення «права». Лише після 1945 року у Федеративній Республіці Німеччина мусить оцінюватися як умисне спотворення права кожне ідеологічно чи морально мотивоване суддівське порушення права в розумінні § 336 КК Німеччини³⁴¹.

Із поглядів сучасності також здається можливою ситуація, в якій суддя ухвалює вирок, будучи помилково переконаним, що, зважаючи на справедливість, він може судити всупереч встановленому праву, що слід оцінювати в аспекті категорії помилки щодо законної заборони, із наслідками, зазначеними у § 17 КК Німеччини (тобто його визнають винним, якщо він міг уникнути такої помилки).

Якщо такий суддя не усвідомлював на момент ухвалення вироку, що він чинить безправ'я, то його відповідальність залежить від однозначного встановлення, чи міг він уникнути своєї помилки «щодо права». При цьому слід зазначити – стосовно виконавців, які мають юридичну освіту, – що визнання їхньої помилки щодо законної заборони такою, якої не можна було уникнути, а тому такою, що звільняє їх від кримінальної відповідальності, може відбуватися лише за «надзвичайно

³⁴¹ Там само, с. 96.

виняткових» обставин. Натомість зазвичай обвинувачуваний за § 336 КК Німеччини суддя для того, щоб його захист був успішним, мусить довести, що ухвалюючи вирок у справі, що є предметом інкримінованого йому обвинувачення, «він активізував свою свідомість і напружив усі інтелектуальні пізнавальні здібності», розпізнаючи моральні основи права, що його він застосовував, і не керувався своїми власними політичними, ідеологічними чи етичними переконаннями, які могли б породити його переконаність у тому, що він може не зважати на обов'язкове право. На завершення автор додає: «Караність за спотворення права не можна виключати і в таких ситуаціях»³⁴².

Оцінюючи концепцію Зіманна, зазначимо, що застосування її в конкретних випадках не дозволяє розрізняти ситуації, в яких суддя, який спотворює право, не реалізує ознак цієї забороненої дії умисно, оскільки припускається помилки щодо ознаки «право», і ситуації, коли його помилку слід визнати такою, що рівнозначна неусвідомленню неправомірності дії. Згідно з цією концепцією помиляється суддя, коли не розпізнає основ юридичної норми – її *ratio*, а також коли помилково розуміє значення правової матерії, що регулюється нормою. Слід, однак, зазначити, що таке неправильне мислення судді може ґрунтуватися на його власних ідеологічних, політичних, моральних переконаннях, що дозволяють йому зневажати нормою і не досліджувати ані її значення, ані значення матерії, що її та норма регулює. Однак така ситуація, на думку Зіманна, це – помилка щодо законної заборони, що вимагає оцінки в контексті можливості її уникнення. Отже здається, що аналізована концепція може мати наслідком оцінювання міркування судді, який спотворює право, у двох площинах одночасно – як помилки щодо факту і як помилки щодо права, що створює труднощі з притягненням до кримінальної відповідальності за вчинення суддівської забороненої дії – із виконанням завдання, що його первісно вона мала вирішити.

³⁴² Там само.

2. Суддівський умисел на вчинення спотворення права

2.1. Прямий умисел як обов'язкова умова відповідальності судді

Черговим аспектом проблеми визначення меж кримінальної відповідальності судді за ухвалення несправедливого вироку, разом із усвідомленням неправомірності, є питання щодо форми умислу, з яким цей суддя спотворює право на користь або на шкоду однієї зі сторін провадження. Щоб мати уявлення про погляди, прийняті в доктрині та судовій практиці, слід показати їхню еволюцію й скорочено навести аргументи, зважаючи на які вважалося, що необхідною умовою відповідальності судді є його діяльність із прямим умислом, а також протилежні аргументи, відповідно до яких непрямий умисел, що супроводжує спотворення права, є достатнім для встановлення того, що суддя вчинив акт несправедливості, за що заслуговує на покарання.

Здійснюючи тлумачення формулювання, що міститься у § 336 КК Німеччини, де описуються діяння судді, який під час провадження у справі або ухвалення вироку «умисно (*vorsätzlich*) діє на користь або шкоду стороні», Ольсхаузен стверджував, що «воно виражає суб'єктивну орієнтацію» чиновника, який для того, щоб нести відповідальність, «мусить чинити несправедливість свідомо і за власним бажанням» («*gewußt und gewolt*»)³⁴³. Повторюючи це формулювання, Верховний федеральний суд Німеччини у своєму вирокі від 19 червня 1956 року, доходить висновку, що

немає сумнівів, що спотворює право той, хто [...] свідомим і бажаним (*bewußter und gewolter*) застосуванням широких меж покарання, всупереч своєму кращому переконанню і за обставин, що не обґрунтовують засудження до страти, ухвалює смертний вирок або його затверджує.

Це твердження ілюструвало погляд, згідно з яким тільки прямий умисел на спотворення права обґрунтовує караність такої поведінки судді. Означений принцип мав захищати суддю, який у силу своєї посади не може ухилитися від вирішення аналізованої справи, до чого

³⁴³ J. Olshausen, *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlin 1901, s. 1254.

він зобов'язаний і змушений. При цьому він може помилятися, здійснюючи тлумачення права в ситуації, коли у нього виникають сумніви щодо тлумачення. Тому якби допустити можливість притягнення його до відповідальності за спотворення справа з непрямым умислом, він мусив би враховувати ризик виникнення підозр, що з таким умислом він неналежно ухвалюватиме вирок у справі.

Суд заявив, що суддю слід ефективно захищати від такої загрози підлягати покаранню. Відтак, покарання повинно загрожувати тільки судді, який взагалі не хоче застосовувати право (в оригіналі – «взагалі не хоче промовляти права» – *gar nicht Recht sprechen will*) і користується формою суддівського провадження лише для досягнення інших цілей, що призводить до того, що він не може посилатися на те, що дотримується чинного права³⁴⁴.

Погляд, згідно з яким «непрямий умисел є недостатнім» для притягнення до кримінальної відповідальності судді, наводив Маурах, зазначаючи при цьому, що це – спірне питання³⁴⁵. Основні сумніви виникають при порівнянні положень § 336 КК Німеччини, що визначає відповідальність за спотворення права, з положеннями цього самого Кодексу, що встановлювали інші типи умисних злочинів і так само, як злочин суддівської несправедливості, не мали ненавмисних варіантів, однак незважаючи на це, переважно не виникало сумнівів щодо того, що ці інші злочини може вчиняти виконавець, який діє не лише з прямим, а й з непрямым умислом. У зв'язку з цим автори, які були прихильниками обмеження притягнення до відповідальності судді лише випадками, коли той з прямим умислом «зійшов зі шляху права», зверталися до «суті спотворення права» («*Wesen der Rechtsbeugung*»)³⁴⁶. Тодішню позицію доктрини та судової практики можна підсумувати так:

Оскільки для реалізації набору ознак злочину спотворення права досі вимагається прямий умисел виконавця, проведено прозору, загальнозрозумілу і етично виправдану межу між караною дією та

³⁴⁴ 1 StR 50/56, BGHSt, 10, s. 294.

³⁴⁵ R. Maurach, *Deutsches Strafrecht...*, s. 626. Автор повторив тезу вироку Земельного суду вищої інстанції в Бамбергу від 27 липня 1949 року, який висловився щодо можливості засудження судді за злочин спотворення права: «Непрямий умисел (*bedingter Vorsatz*) тут є недостатнім», що «однозначно» впливає із формулювання § 336 КК Німеччини. Див.: «*Süddeutsche Juristen Zeitung*» 1949, s. 491, 492.

³⁴⁶ H.J. Rudolphi, *Zum Wesen der Rechtsbeugung*, «*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*» 1968, s. 611.

поведінкою, що не підлягає покаранню. Покарання загрожує лише за свідоме і вчинене з власної волі спотворення права³⁴⁷.

Вказувалося, що відхід від цього принципу міг би створити загрозу принципу надійності права, адже підозри щодо того, що правомірний вирок у конкретній кримінальній справі ухвалено суддею з непрямым умислом на спотворення права, породжувало б провадження, в якому той самий вирок підлягав би дослідженню іншим судом, однак не в порядку інстанційного контролю, а в порядку кримінального процесу щодо судді, який його ухвалив. Це мало б наслідком не тільки нічим не обмежене розширення правового захисту, а й втрату довіри до судових вироків, а також до знищення їхнього державного авторитету³⁴⁸.

Аргументи, які зумовили тезу про те, що тільки прямий умисел на спотворення права обґрунтовує кримінальну відповідальність, призвели до розуміння злочину проти правосуддя як «чистого делікту за переконанням» («*reines überzeugungsdelikt*»)³⁴⁹. Таким чином, відбулося відсилання до суб'єктивної теорії з її підходом, що суть поведінки судді, який заслуговує на покарання, може бути визначена лише через його прямий умисел застосувати право всупереч власному переконанню про значення права та його зв'язок з істиною, що встановлюється в процесі.

Функцією тези про те, що тільки *dolus directus* зумовлює існування злочину спотворення права, мало бути створення додаткової гарантії суддівської незалежності шляхом звільнення судді від побоювань, що його можуть притягнути до кримінальної відповідальності за вчинену у вирок несправедливість, хоча він повною мірою не усвідомлював її й не охоплював її власною волею у вигляді «бажання» чинити таку несправедливість.

2.2. Непрямий умисел як достатня умова кримінальної відповідальності судді

Спендель, послідовний прихильник об'єктивної теорії, окреслив думку про гарантію суддівської незалежності як аргумент для обмеження відповідальності судді випадками спотворення ним права з пря-

³⁴⁷ W. Beckenkamp, *Rechtsbeugung mit bedingtem Vorsatz*, «Zeitschrift für Rechtspolitik» 1969, Bd. 51, s. 168.

³⁴⁸ E. Steffen, *Richterprivileg bei bedingtem Vorsatz*, «Deutsche Richterzeitung» 1969, s. 45.

³⁴⁹ H.J. Rudolphi, *Zum Wesen...*, s. 625.

ним умислом як звичайне «перевертання справи з ніг на голову»³⁵⁰. Положення § 336 КК Німеччини, як стверджує Спендель, повинно захищати не незалежність судді від дій з боку третіх осіб, а навпаки: має захищати того, хто шукає справедливості, від судді, точніше – від зловживання ним суддівською владою при ухваленні вироків. Тому метою положення є забезпечення відповідальності судді за ухвалені вирок, а не гарантування йому безвідповідальності за рішення, що спотворює право.

Невиправданою видається теза про те, що можна приписати критично мислячому і свідомому в частині підготовки вироку судді непрямий умисел на спотворення права. Насправді такий суддя усвідомлює фактичні й правові сумніви, що виникають у зв'язку зі справою, яка ним розглядається, і тому враховує можливість ухвалення неналежного вироку. У такій ситуації взагалі немає потреби досліджувати умисел як елемент суб'єктивної конструкції злочину спотворення права, адже таке дослідження має сенс тільки тоді, коли раніше буде встановлено, що мають місце об'єктивні ознаки злочину, тобто порушується право.

Як заявляє Хірш, «усі вирокі, які ще перебувають у межах можливого тлумачення обов'язкового права, об'єктивно вже не становлять порушення права в розумінні § 336 КК Німеччини»³⁵¹. Це твердження Спендель зробив головним аргументом на доказ того, що визнання непрямого умислу є достатньою передумовою кримінальної відповідальності за спотворення права і не призводить до надмірного розширення обсягу відповідальності суддів за вчинення караної несправедливості. Обвинувачення в учиненні забороненого діяння не загрожує судді, який, передбачаючи можливість ухвалення помилкового вироку, здійснив вибір одного з об'єктивно існуючих способів тлумачення права, на яке посилається у вирок, і зробив це незалежно від власних мотивів та переконань. У такій ситуації його вирок є таким, «який можна обґрунтувати» (*vertretbar*) аргументами, що виводяться з обраного ним одного з визнаних допустимими способу юридичного міркування щодо положення права, яким він користується, застосовуючи його до конкретних обставин.

Відтак, автор стверджує, що в жодному разі обвинувачення в учиненні забороненої дії не загрожує судді, який, передбачаючи можливість ухвалення помилкового вироку, ухвалює вирок під тягарем

³⁵⁰ G. Spindel, *Die Vorsatzform bei der Rechtsbeugung*, [w:] *Festschrift für Ernst Heinitz*, Berlin 1972, s. 449.

³⁵¹ H.J. Hirsch, *Literaturbericht*, «*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*», Bd. 82, s. 435.

обов'язку завершити справу і приймає рішення, яке можна обґрунтувати (з цим рішенням можна погодитися, виходячи із застосування одного із можливих способів тлумачення права)³⁵².

Що стосується суддів, які не впевнені у правильності своїх вироків, то, як зауважував Зібод, лише зарозумні судді ніколи не мають сумнівів щодо свого рішення, і уточнював, що суддя, який помиляється при ухваленні вироку, лише тоді діє з непрямим умислом, коли вважає можливим спотворення права в резолютивній частині свого вироку і внутрішньо з цією можливістю погоджується. Отже, розуміння можливості вчинення злочину при ухваленні вироку стає елементом суддівського непрямого умислу лише в сукупності з іншим його елементом, яким є внутрішня згода судді на несправедливість в ухваленому вироку, що є неприпустимим для судді, який виявляє турботу про застосування права. Тому не спотворює права з непрямим умислом суддя, який застосовує право згідно зі своїми найкращими переконаннями, навіть якщо він при цьому усвідомлює ймовірність визнання вищою інстанцією його вироку помилковим. Так відбувається тому, що він не погоджується із можливою помилковістю свого рішення, а вважає його правильним.

Наведені аргументи позбавляють обґрунтованості твердження щодо потреби встановлення додаткового захисту суддівської незалежності шляхом такого тлумачення § 336 КК Німеччини, внаслідок якого усуватиметься непрямий умисел на спотворення права, який мав би поро-

³⁵² Поняття вироку, який «можна обґрунтувати» (*vertretbar*), зазнало критики з тих підстав, що воно базується на припущенні, що положення § 336 КК Німеччини передбачає відповідальність за «спотворення права та ухвалення вироку, якого не можна обґрунтувати», що означає запровадження додаткової ознаки до опису суддівського забороненого діяння. Власне поняття «необґрунтованості рішення» («*Unvertretbarkeit Einer Entscheidung*») позбавлене сутнісних контурів, а тому не можна визначити чітку межу між некараною та караною поведінкою судді, внаслідок чого тлумачення його як прийнятої законодавцем ознаки забороненої дії спотворення права суперечить гарантованому конституцією принципу визначеності злочину. І. Мюллер вбачає можливість уникнення цієї суперечності шляхом підтримування погляду, що караним є лише спотворення права, що супроводжує *dolus directus* судді. Див.: *Der Vorsatz der Rechtsbeugung*, NJW 1980, s. 2393. Спендель, який послідовно підтримував свою позицію, аргументував твердження про кримінальну відповідальність суддів, які мали непрямий умисел, адже враховували можливість помилки, коли здійснювали правосуддя, у цьому разі звертається до емоцій. Автор повторює та підкреслює у черговому, одинадцятому, виданні *Leipziger Kommentar*, що «коли обставини (факти) і стан правового забезпечення «обумовлюють сумніви» і «не є однозначними», коли багато рішень можна об'єктивно обґрунтувати, тоді згідно з об'єктивною теорією спотворення права, яка цим підтверджує свою придатність, не реалізуються об'єктивні ознаки цього забороненого діяння». Див.: G. Spendel, *Strfgesetzbuch. Leipziger Kommentar...*, § 339, Rdn. 80. У такій ситуації, коли реалізовані ознаки об'єктивної сторони (право не зазнало спотворення), взагалі не виникає питання про ознаки суб'єктивної сторони (а отже, про прямий чи непрямий умисел).

джувати побоювання суддів, що їх звинуватять у ньому у випадку ухвалення помилкового вироку³⁵³. Аргументацію судової практики з цього приводу Зібод визначає як форму «самозахисту на полі» відповідальності за спотворення права, що здійснюється за допомогою тлумачення *contra legem*, що заперечує караність дії судді, який «погоджується говорити безправ'я» («*billigend in Kauf nimmt, Unrecht zu sprechen*»). Визнання доктриною та судовою практикою того, що злочин спотворення права може вчинятися з умислом обох форм, виключало б – як наголошує автор у прикінцевих висновках – можливість обмежити кримінальну відповідальність нацистських суддів, які з непрямим умислом вчиняли вбивства шляхом ухвалення своїх вироків³⁵⁴.

Здійснена вказаними авторами на чолі зі Спенделем критика домінуючої на той час позиції доктрини, що вважала суддівський прямий умисел необхідною умовою караності спотворення права і впливала на оцінку вироків судів, що звільняли від відповідальності суддів Третього Рейху, дістала вияв у проектах оновлення § 336 КК Німеччини 1972 та 1974 років.

Ідеєю першого з проектів було законно санкціонувати позицію доктрини та лінію судової практики, адже він передбачав заміну в положенні норми слова «умисно» (*vorsätzlich*), яке описувало суб'єктивну сторону злочину, формулюваннями «цілеспрямовано або свідомо» («*absichtlich oder wissentlich*»), що могло однозначно вказувати, що умовою караності суддівського спотворення права є його вчинення із прямим умислом³⁵⁵.

Цю пропозицію відхилив законодавець, який згідно з другим проектом вирішив усунути зі змісту положення норми слово «умисно», що стояло перед дієсловом «спотворює» (право), а на обґрунтування цієї зміни зазначалося, що заборонена дія може вчинятися як з прямим, так і з непрямим умислом³⁵⁶. Так само зрозуміли цю зміну представники доктрини, проголошуючи: «Стало зрозуміло, що непрямого умислу

³⁵³ M. Seebode, *Rechtsblindheit...*, s. 207. З приводу судді, який побоюється, що йому припишуть непрямий умисел на спотворення права, якщо виявиться, що встановлені ним під час судового розгляду обставини справи (факти) відрізняються від «реального стану», див. критику у: W. Saerstedt, *Fragen zur Rechtsbeugung*, [w:] *Festschrift für Ernest Heinitz*, s. 427.

³⁵⁴ Автор наводить думку, сформульовану комісією, яка опрацювала проект оновлення положень КК Німеччини, щодо законодавчого визначення злочину «*Rechtsbeugung*»: «Положення існує тільки на папері. Внутрішній бік дії в будь-якому разі не можна буде довести». Див.: M. Seebode, *Rechtsblindheit...*, s. 207, прим. 48.

³⁵⁵ G. Spindel, *Strfgesetzbuch. Leipziger Kommentar...*, 11 Aufl., § 339, Rdn. 77.

³⁵⁶ Цит. за: M. Seebode, *Rechtsblindheit...*, s. 20, 28.

достатньо, щоб покарати за спотворення права»³⁵⁷, хоча деякі автори, незважаючи на те, що опинилися у меншості, дотримувалися протилежного погляду.

Критика судової практики, що звільняла нацистських суддів від кримінальної відповідальності з огляду на їхнє уявне неусвідомлення безправ'я, яке вони чинили (тлумачилося як помилка щодо законної ознаки типу забороненої дії, що виключає умисність), а також з огляду на відсутність з їхнього боку прямого умислу (вважався необхідною умовою існування суддівського злочину), була повністю підтримана Верховним федеральним судом Німеччини в його вирокі від 16 листопада 1995 року³⁵⁸. На особливу увагу заслуговує той фрагмент обґрунтування вироку, де посилаються на Спенделя як головного критика попередньої лінії юрисдикції Суду, а його тези визнаються слушними (із зазначенням місць їх публікації).

В обґрунтуванні стверджується, що повною мірою не мало успіху юридичне вирішення питання щодо відповідальності суддів, які в період небаченої персвазії правопорядку під пануванням націонал-соціалістичного насильства масово засуджували до страти, що призвело до того, що тодішню судову практику називають «кривавим правосуддям» (*Blutjustiz*). Незважаючи на те, що корумпованість суддів лідерами націонал-соціалістичного режиму була очевидною, однак подальше їх переслідування в кримінальному процесі зіткнулося із серйозними труднощами, які призвели до того, що смертні вирокі, які ухвалював Народний трибунал, не зазнали відплати. Адже жоден суддя та прокурор цього суду не був засуджений за спотворення права; так само не було ухвалено обвинувальних вироків за цей злочин, вчинений суддями спеціальних і військових судів. Принциповий фрагмент цієї частини обґрунтування містить сформульовану самокритику:

У тому, що так сталося, істотною та чималою є провина судової практики Верховного федерального суду Німеччини. Ця судова практика зазнала серйозної критики, яку Суд визнає справедливою. Взагалі Суд схильний визнати, що поразка в справі переслідування нацистських суддів була зумовлена обмеженням їхньої відповідальності завдяки тлумаченню суб'єктивної сторони забороненої дії спотворення права³⁵⁹.

³⁵⁷ G. Spindel, [w:] *Stfagesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 10 Aufl, Berlin-New York 1982, § 336, Rdn. 77, прим. 57.

³⁵⁸ Вирок у справі 5 StR747/94, BGHSt, 41, s. 317.

³⁵⁹ Вирок також опубліковано в NJW 1996, s. 863.

2.3. Зміст непрямого умислу на спотворення права

Визнання доктриною та судовою практикою непрямого умислу як достатньої передумови для кримінальної відповідальності судді за ухвалення вироку, що спотворює право, зумовило потребу розмежувати обидві форми умисності, тобто прямий та наслідковий умисел, а також провести лінію, яка б розмежовувала умисність та свідому ненавмисність, тобто легковажність, з якою суддя (який у такій ситуації не підлягає покаранню) ухвалює несправедливий вирок. Адже КК Німеччини не визначає й не характеризує форм умисності, тобто ані прямий, ані непрямий умисел, обмежуючись твердженням у § 15 Кодексу під назвою «Умисна та ненавмисна поведінка» (*Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln*), що «караною є тільки умисна поведінка, якщо закон чітко не визначає покарання за ненавмисну поведінку».

Сформульоване таким чином положення відкрило шлях для висновків судової практики та наукових пошуків з приводу змісту непрямого умислу, який назвали «*bedingter Vorsatz*» для того, щоб, з одного боку, відрізнити його від прямого умислу (*direkter Vorsatz*), а з іншого – від свідомої ненавмисності (*Fahrlässigkeit*). Враховуючи те, що закон не передбачає покарання за ненавмисне спотворення права, питанням принципового значення стало розуміння непрямого умислу як такого, що визначає караність поведінки судді, який перекучує право.

Не викликало сумнівів твердження, що із прямим умислом вчиняє заборонену дію той суддя, який цілеспрямовано спотворює право на шкоду або користь сторони провадження, а також той, який знає або свідомо передбачає, що його поведінка має наслідком утілення в життя передбачених законом ознак цього злочину³⁶⁰. В таких ситуаціях суддя усвідомлює існування норми права, а також те, що мають місце обставини (факти), що регулюються цією нормою. Прикладом є поведінка судді, який знає зміст положення про давність притягнення до кримінальної відповідальності за злочин і розуміє його юридичні наслідки

³⁶⁰ Про таке розуміння непрямого умислу див. у: J. Wessel, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Heidelberg 1989, коментар до § 7 (II 2). У доктрині вирізняються як форми умислу «*Absicht*» (називають також прямим умислом – «*unmittelbarer Vorsatz*»), або «*dolus directus* першого ступеня»), що характеризується прагненням виконавця своєю поведінкою втілити в життя набір ознак забороненої дії стосовно наслідку, що є ознакою такої дії (домінує чинник волі), а також прямий умисел «*direkter Vorsatz*» (називають також *mittelbarer Vorsatz*, або *dolus directus* другого ступеня), за наявності якого виконавець упевнений, що ознаки забороненої дії будуть втілені в життя під час його поведінки, а особливо він вважає беззаперечним те, що з'явиться наслідок, який належить до набору ознак забороненої дії (домінує чинник обізнаності). Див: Н.-Н. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin 1972, s. 220–221.

стосовно аналізованої справи, однак все одно хоче покарати обвинуваченого (за злочин, стосовно якого суддя встановив, що він фактично є простроченим) і присуджує йому покарання у вигляді штрафу. Доктрині було дуже важко окреслити суддівський непрямий умисел на спотворення права, зважаючи як на специфічну конструкцію відповідного злочину, так і на різноманіття теоретичних концепцій цієї форми умислу.

У судовій практиці вважалося загальноприйнятим, що з непрямим умислом вчиняє заборонену дію виконавець, який розуміє близьку можливість появи наслідку і схвально її враховує (*billgend in Kauf nimmt*) або погоджується на втілення цього наслідку в життя (*mit dessen Verwirklichung einverstanden ist*). Зважаючи на специфіку злочину, описаного у § 336 КК Німеччини, а також на істотну різницю між доктринальними концепціями непрямого умислу, Лакнер нагальним завданням науки та судової практики вважав уточнення того, у чому полягає непрямий умисел, з яким суддя вчиняє каране порушення свого покликання вершити правосуддя.

Спендель описав суддівський непрямий умисел на спотворення права як такий, що складається із усвідомленої можливості неправильного застосування права та врахування цього, тобто по суті згоди на це, додаючи, що іншою стороною цієї форми умислу є невпевненість судді, що наслідок не настане, тобто іншими словами – брак упевненості з його боку, що провадження у справі та ухвалення вироку будуть відповідати праву.

У черговому виданні *Leipziger Kommentar* Хердеген відступив від позиції, яку він поділяв раніше в питанні прямого умислу як необхідної умови існування злочину проти правосуддя, й описав непрямий умисел на спотворення права так: суддя, який спотворює право, враховує появу наслідку, яким є завдання шкоди підсудному, за одночасної відсутності впевненості, що такий наслідок настане³⁶¹.

Як наголошувала Шмідт-Спайхер, передбачення можливості ухвалення помилкового вироку не може саме собою обґрунтовувати приписування судді непрямого умислу, якщо, незважаючи на всі свої старання, цей суддя не поборов сумнівів щодо правильності рішення, поданого у вирок, але при цьому був переконаний, що, шукаючи вирішення, він виконав свій суддівський обов'язок. Тому встановлення того, чи суддя діяв *cum dolo eventuali*, має концентруватися на спосіб, як суддя доходить формулювання резолютивної частини вироку.

³⁶¹ M. Herdegen, [w:] *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 9 Aufl, Berlin-New York 1977, § 336 КК Німеччини, Rdn 13.

Лише тоді, коли буде встановлено, що суддя враховував те, що спосіб його поведінки при ухваленні вироку суперечив його обов'язкам, «він опиняється в площині поняття *dolus eventualis*», при цьому необхідно, щоб він внутрішньо схвалював свою поведінку, що суперечить його обов'язкові.

Щоб проілюструвати свою аргументацію, авторка наводить приклад ситуації, в якій опиняється суддя, який усвідомлює юридичні сумніви, що виникають при пошуку відповіді на запитання, чи створення небезпеки для життя під час здійснення наміру вчинити самогубство є нещасним випадком (*Unglücksfall*) у розумінні положень Кримінального кодексу, що визначають відповідальність за ненадання допомоги жертві такого випадку (§ 323c КК Німеччини). Суддя, який розглядає таку справу, ніколи не буде впевненим, чи він дійсно застосував право правильно, адже сильні аргументи обґрунтовують слушність двох протилежних позицій у цій справі, що призводить до того, що суддя ніколи не зможе здолати свої сумніви щодо правильності погляду, який він приймає за основу вироку.

Однак доки суддя переконаний, що резолютивну частину вироку він вибудовує, виходячи зі змісту права, користуючись правильним методом міркування, доти він не враховує того, що погляд, який він презентує, є «непоєднуваним» з правом, та, відповідно, він не діє з непрямим умислом на спотворення права. Лише коли він надалі вже не може залишатися переконаним, що поводиться *lege artis*, а отже, коли він повинен враховувати, що порушує свій обов'язок, виникає ситуація, в якій формується його непрямий умисел на спотворення права як передумова кримінальної відповідальності за цю заборонену дію. Отже, покаранню підлягає тільки такий суддя, який схвально враховує те (*billigend in Kauf nimmt*), що вирішення, яке він знайшов, не базується на правилах, що є обов'язковими при здійсненні тлумачення закону³⁶².

Представлені погляди про суть суддівського непрямого умислу посилалися на т.зв. теорію згоди (*Einwilligungstheorie*), конкуренцію якій склала концепція, що вбачала суть непрямого умислу в усвідомленій виконавцем реальній і серйозній можливості вчинення забороненої дії³⁶³. Ця концепція пояснювала, що з непрямим умислом діє виконавець, який оцінює як відносно високий ризик втілення в життя

³⁶² U. Schmidt-Speicher, *Hauptprobleme...*, s. 104

³⁶³ Критичний аналіз основ «*Einwilligungstheorie*» та інших концепцій непрямого умислу див. у: С. Roxin, *Strafrecht. Allgemeine Teil*, Bd. S, München 1997, s. 378. У межах нашого дослідження згадуються тільки ті концепції, які послужили цитованим вище авторам в справі уточнення поняття непрямого умислу, з яким суддя може вчинити заборонену дію спотворення права.

своєю поведінкою набору ознак забороненої дії, і, не оминаючи внаслідок своєї легковажності такої можливості, погоджується з нею (*Ernstnahmetheorie*)³⁶⁴.

Звертаючись до постулатів цієї теорії, Зіманн формулює особливе, таке, що впливає зі специфіки спотворення права, розуміння вольового елемента в конструкції непрямого умислу, з яким суддя вчиняє заборонену дію. Караність спотворення права з непрямим умислом починається там, де суддя помічає небезпеку ухвалення неправильного вироку і оцінює її як реальну, проте все одно ухвалює вирок без переконання, що він знайшов вирішення юридичного питання, яке можна прийняти щодо аналізованих обставин (фактів). За цього підходу приписування судді непрямого умислу на спотворення права не може обмежуватися констатацією того, що, передбачаючи можливість помилкового вирішення, суддя погоджувався на таку опосередкованість (евентуальність) або схвалював її. Необхідним є заперечення як його впевненості, так і переконання, що, ухвалюючи вирок у конкретній справі, він реалізує набір ознак забороненої дії.

Натомість якщо він ухвалює вирок з такою впевненістю та переконанням, то виключається приписування йому того, що він схвалював вирок, який містив помилку, адже його поведінку в такій ситуації характеризує некарана у випадку спотворення права свідомо ненавмисність. Цього твердження не змінює пізніший вирок вищої судової інстанції, яка оцінює вирок як такий, що не може залишатися в силі, зважаючи на спотворення права у ньому.

Тому не є обґрунтованим приписування непрямого умислу на спотворення права судді, який помилково вирішує не брати до уваги заяву про надання доказів, незважаючи на свої сумніви стосовно того, чи є таке рішення припустимим у контексті положень Кримінально-процесуального кодексу, що визначає ситуації, в яких «відхиляється заява про надання доказів», якщо цей суддя водночас вірить, що він діє в межах прийнятого тлумачення цього положення, і що навіть без доказу, якого стосувалася відхилена заява, він ухвалить правомірний вирок.

Однак якщо він відмовиться від надання доказів, керуючись лише особистим мотивом, що схиляє його до ухвалення вироку, що виправдовує обвинуваченого в справі, то, хоча ухвалення вироку супроводжувала надія, що він буде правомірним, не можна припускати, що суддя був у цьому переконаний через надто високу ймовірність ухвалення в такій ситуації помилкового вироку. Сама тільки «надія», а не

³⁶⁴ Н.-Н. Jescheck, *Lehrbuch...*, s. 222–223.

«впевненість» (у значенні переконання), що керує суддею-виконавцем, не забезпечує того, що суддя ухвалюватиме вирок з вірою, що йому вдасться здолати ризик прийняття помилкового рішення. У такій ситуації суддя діє з непрямим умислом, адже він покладається на випадок – чи знаходиться він у площині закону, ухвалюючи вирок, чи спотворює право.

Отже, суддівський непрямий умисел на спотворення права – в розумінні, що його пропонує Зіманн – утворюють три елементи: усвідомлення суддею, який ухвалює вирок, конкретної небезпеки, що загрожує юридичному надбанню, оцінка цієї небезпеки як реальної, а також відсутність упевненості (переконання), що своєю дією він уникне реалізації набору ознак забороненого спотворення права. Правильне застосування положення § 336 КК Німеччини, що містить опис цього забороненого діяння, вимагає особливого акцентування на третьому, тобто вольовому, елементі умислу. Суддя, який має сумніви, зазвичай усвідомлює небезпеку порушення права при ухваленні вироку і тлумачить її як реальну, однак намагається при цьому досягнути вирішення, що позбавлене юридичних помилок, адже вірить, що вирок, який він ухвалює, буде правильним, принаймні прийнятним.

Спільною позицією наведених концепцій непрямого умислу на спотворення права було надання йому такого змісту, що виключає приписування умислу цієї форми судді, який, маючи сумніви щодо встановлених обставин (фактів) справи і застосовуваного права, ухвалює вирок з вірою, що він слугує справедливості, хоч би виявилось *ex post*, що його вирок був неправильним і як такий спотворював право. Модифікуючи теоретичні концепції наслідкового умислу, доктрина враховувала специфіку ситуації, в якій перебуває суддя, який ухвалює вирок під впливом обставин і передбачає можливість ухвалення помилкового вироку, та визначала, що встановлення цієї форми умислу не повинне зводитися лише до припущення, що суддя погоджувався на таку опосередкованість. До уваги також було взято і те, що приписування непрямого умислу на спотворення права судді, який не впевнений у своєму рішенні, зумовлює поширення караності цього діяння на етап, що передує вчиненню, тобто на спробу спотворити право³⁶⁵.

³⁶⁵ P. Cramer, [w:] A. Schonke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 1997, s. 2281.

3. Сучасний стан доктрини

Вищенаведений стан доктрини, що опікувалася ключовими проблемами кримінальної відповідальності за спотворення права, досі залишається актуальним, і важко прогнозувати, чи зазнаватиме він принципових змін щодо основних питань у майбутньому. Відбувається так тому, що погляди доктрини значною мірою сформувалися стосовно судових рішень у справах нацистських суддів, а після об'єднання Німеччини – у справах комуністичних юристів. На сьогодні вже не ведуться такі процеси, зважаючи на «біологічну амністію» юристів Третього Рейху та абсолютне прострочення переслідування юристів НДР (з 2 жовтня 2000 року). У сучасній літературі, в основному, відбувається рекапітуляція (повторення) позицій, раніше сформульованих практикою, та поглядів доктрини, а також опрацьовуються міркування з питань, які залишаються спірними.

Водночас наголошується, що спотворення права в розумінні *Rechtsbeugung* – § 339 КК Німеччини у різних формах реалізується і в наші дні – в реаліях демократичної правової держави – що актуалізує тези, сформовані в доктрині та судовій практиці раніше.

Оновлений *Leipziger Kommentar* у дванадцятому виданні 2009 року продовжує головні сюжети теоретичної творчості та оцінки судових вироків, які раніше представив Гюнтер Спендель в одинадцятому виданні 1999 року. При цьому стверджується, що і тепер зовсім нерідко трапляються випадки спотворення права, які щонайменше відповідають об'єктивній стороні злочину *Rechtsbeugung* за § 339 КК Німеччини, однак вони рідко стають предметом проваджень, натомість доктрина – як свого часу зазначав Спендель – займається загальним пошуком «суті спотворення права» (*«Wesen der Rechtsbeugung»*), критично не аналізуючи випадків з практики правозастосування³⁶⁶.

Раніше прийнято і надалі повторюється, що юридичним надбанням, що його захищає норма, вміщена у § 339 КК Німеччини, є правосуддя, що розуміється як таке, що визнане державою «правильним» (*richtige*), та безстороннє застосування права при ухваленні вироків, якому загрожують замахи «з середини». У демократичній державі, що ґрунтується на поділі влади, цей захист має два аспекти: захищає інтереси держави, що полягають у тому, щоб суддя як представник органу судочинства (або інший чиновник, який застосовує право так само, як це робить

³⁶⁶ E. Hilgendorf, [w:] *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12 Aufl., Bd. 13, Berlin 2009, § 339, Rdn. 3.

суддя) виконував принцип зумовленості правом його рішень, а також інтереси громадянина, який шукає юридичного захисту та очікує, що суддя (або інший чиновник) виконає своє завдання із належного застосування права, яке в ухваленому рішенні не зазнаватиме спотворення³⁶⁷.

У цілому спотворенням права є надання праву протилежного сенсу (*Verkehrung*), що полягає у перетворенні його на безправ'я (*Unrecht*). Згідно з поглядом, що сформувався вже давно, це – найгірше, що може зробити суддя: тяжкий гріх проти суддівського духу. Для судді, що перейнявся повагою до своєї посади та усвідомлює її значення, *Rechtsbeugung* є найбільшою та неприпустимою ганьбою³⁶⁸. Передбачення в Кримінальному кодексі такого типу злочину та встановлення у зв'язку з цим відповідальності судді – найважливіші кореляти, а також противага гарантованій свободі від відповідальності за ухвалені рішення, а відповідно – і противага суддівській незалежності.

Принципом є те, що суддя не несе відповідальності за свої рішення, які він реалізує у вироків у справах інших громадян. Це, власне, і є його обов'язком, а його поведінка під час ухвалення вироків не підлягає кримінально-правовій оцінці. Лише тоді, коли його свобода від відповідальності призводить до безвідповідальності за те, що при застосуванні права він об'єктивно не «визначив право» в аналізованій справі, а його «спотворив», він несе відповідальність за своє рішення. Тому норма, на якій базується § 339 КК Німеччини, є формою самоконтролю правосуддя, яке представляє суддя, який спотворює право, що має наслідком його кримінальну відповідальність³⁶⁹.

Відповідальність можуть нести судді та присяжні, які ухвалюють вирок в кримінальних, цивільних, адміністративних, трудових справах, а також прокурори і третейські судді, що працюють на підставі закону³⁷⁰.

³⁶⁷ Там само, Rdn. 8.

³⁶⁸ Там само, Rdn. 10.

³⁶⁹ Там само, Rdn. 11.

³⁷⁰ Новим є питання відповідальності за спотворення права парламентарем як державним службовцем (*Amtstrager*), членом слідчої комісії, а особливо – головою слідчої комісії, який діє «як суддя». Хоча парламентська слідча комісія не є судом, а її члени – суддями в конституційному розумінні цього слова, все ж вона виконує завдання, схожі до завдань суду: має встановлювати обставини справи, для з'ясування яких вона була створена, що має таке саме значення, як і слідчі дії під час кримінального провадження. У процедурі доказування, що її проводить комісія, застосовуються положення Кримінально-процесуального кодексу, а її голова наділений правами судді, який головує на судовому засіданні. Отже, він презентує державну владу, в межах якої, зокрема, може карати свідка дисциплінарним стягненням за його неналежну поведінку під час допиту. Повноваження голови слідчої комісії мають не тільки адміністративний характер, а й,

Якщо йдеться про розуміння поняття спотворення права, то доктрина визнала першість об'єктивної теорії, що обґрунтовувала тезу, згідно з якою § 339 КК Німеччини містить своєрідний «наслідковий злочин» («*Erfolgsdelikt*») – його ознакою є поліпшення або погіршення ситуації однієї зі сторін провадження, спричинене неправомірним або несправедливим розглядом справи або рішенням у ній. Спотворення права розуміється як таке, що об'єктивно відповідає наборові ознак забороненої дії, лише (і завжди) у випадку, коли суддя застосовує право об'єктивно неправильно, причому вчинення ним порушення є однозначним. Там, де існує багато можливостей щодо провадження та прийняття рішень, які об'єктивно можна обґрунтувати, або при тлумаченні застосовуваного у справі права існують мотивовані сумніви, вибір одного з можливих тлумачень права не є спотворенням права (за зовнішньої об'єктивної оцінки), незважаючи на те, якими мотивами чи переконаннями керувався суддя, адже він залишався в межах правової допустимості своєї поведінки³⁷¹.

Поняття права в сенсі, в якому воно вживається в § 339 КК Німеччини, насамперед охоплює право, вміщене в законах, тобто принципи матеріального і процесуального права, державного права і загальні принципи права націй, а також визнані судовою практикою принципи звичаєвого права та створене сторонами у визначених законом межах право угод, у тому числі колективних угод, що базуються на принципах трудового права.

Крім того, право як нормативне поняття охоплює «надзаконне право», точніше «надпозитивне право», яке утворюють наддержавні правові принципи та неписані засади. Провідною є засада справедливості, згідно з якою під час провадження рівне мусить тлумачитися однаково («таке саме – так само»), натомість нерівне – по-різному. При цьому «золоте правило» таке: *Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris*. До цієї категорії зараховується також «заборона непропорційності» (*Verbot der Unverhältnismäßigkeit*), що дістає вияв у вислові: «Не слід стріляти з гармати по горобцях». До надпозитивного права належать

так само, як усієї комісії, можуть використовуватися з метою визнання конкретної особи як «обвинуваченого», при цьому рішення комісії не підлягає судовому нагляду. З огляду на зазначене вище слід визнати, що кінцевий висновок комісії, в змісті якого відбулося об'єктивно однозначне і суб'єктивно умисне спотворення права, може оцінюватися в контексті категорій *Rechtsbeugung*. Таким чином, діяльність парламентської комісії, під час якої порушуються основні принципи провадження на шкоду громадянина, якого допитували, може відповідати наборові ознак § 339 КК Німеччини. Див.: Там само, Rdn. 25–29.

³⁷¹ Там само, Rdn. 47.

також принципи: «*Venire contra factum proprium*»; «*Audiatur et altera pars*» та «*In dubio pro reo*».

Що стосується «формули Радбруха», зазначається, що вона не містить надпозитивного права, а визначає правило першості, згідно з яким вражаюче за змістом порушення позитивним, тобто законним, правом права надпозитивного призводить до того, що право, уміщене в законі, втрачає свою силу³⁷². Застосування такого права є «узаконеним безправ'ям» і є об'єктивно актом спотворення права в розумінні § 339 КК Німеччини. Ця констатація супроводжується застереженням, що впливає із недостатньої визначеності самого поняття «узаконене безправ'я»³⁷³.

Щодо тих випадків, у яких «узаконене безправ'я» як таке не викликає сумнівів (наприклад, засудження на підставі положень Закону «Про захист німецької крові та гідності» (*Blutschutzgesetz*) 1935 року), хибним вважається погляд, згідно з яким суддя, який користується такими положеннями в націонал-соціалістичному режимі, не може притягатися до відповідальності, оскільки в державі, що ґрунтується на такому режимі, не існувало права судді досліджувати (*richterliches Prüfungsrecht*), чи закон, який ним застосовується, відповідає принципам моральності, а його положення – моральним настановам. Такий погляд призводить до висновку, що в правовій державі не можна було б засудити та покарати вбивцю, «якщо і адже» в попередньому режимі безправ'я, який такий суддя захищав та схвалював, знизуючи плечима він застосовував найгірші ганебні закони, за умови, що він діяв у межах санкціонованого державою безправ'я і не виходив за ці межі³⁷⁴.

Коментар до поняття спотворення права вказує на три основні функції виконання суддівських обов'язків та ухвалення вироків: встановлення обставин (фактів) (*Tatsachenfestellung*), точне застосування права до встановлених обставин (фактів) (*Rechtsanwendung im engeren Sinn*), тобто здійснення їх правової оцінки (*Sachverhaltswürdigung*) та встановлення правових наслідків, а особливо встановлення покарання (*Strazumessung*). З цього виводиться теза, що спотворення

³⁷² Там само, Rdn. 55–56.

³⁷³ Там само, Rdn. 57. Як приклад «узаконеного безправ'я» наводиться ст. 6 Конституції НДР 1949 року (на що, зокрема, вказував Маурах), де йдеться про «бойкот» (*Boykotthetze*) проти демократичних органів та організацій. Згадується також Закон «Про захист німецької крові та гідності» (*Blutschutzgesetz*) 1935 року. У цьому контексті не згадується розпорядження від 4 грудня 1941 року «Про кримінальний процес щодо поляків та євреїв на приєднаних східних територіях» (*Polenstrafrechtsverordnung*), хоча воно, безперечно, має характер «узаконеного безправ'я» за Радбрухом.

³⁷⁴ Там само, Rdn. 60.

права можливе у трьох формах: перекручування (*Verdrechung*) фактів (*Sachverhaltsverfälschung*); порушення права у точному його значенні (*Rechtsverletzung in enegeren Sinn*); зловживання вільним вибором, особливо щодо встановлення покарання (*Ermessensmissbrauch bie der Strafzumessung*)³⁷⁵.

Кожна з цих форм обговорюється в коментарях, що представляють судову практику в справах юристів Третього Рейху та НДР, зі скороченим наведенням поглядів доктрини, що стосується цих судових вироків³⁷⁶. Стосовно судової практики Верховного федерального суду Німеччини 90-х років, що звужувала поняття караного спотворення права «лише до порушення права як елементарного порушення справедливості»³⁷⁷ і до тяжких випадків очевидних порушень прав людини, позначених суддівським свавіллям³⁷⁸, зазначається, що мовне тлумачення § 339 КК Німеччини не дає підстав для такої «конкретизації»³⁷⁹. Однак висловлюється думка, що за усієї справедливої критики постійні намагання судової практики обмежено застосувати тип злочину *Rechtsbeugung* все ж заслуговують на підтримку³⁸⁰.

У коментарі наводять приклади актів спотворення процесуального права, що їх як такі визнає сучасна практика:

– тяжке порушення положень закону щодо застосування думки експертів у кримінальному провадженні та принципу *in dubio pro reo* (*Zweifelsgrundsatz*);

– протизаконна поведінка щодо заяви про надання доказів, що порушує § 244 Кримінально-процесуального кодексу Німеччини щодо надання доказів під час судового розгляду;

– свавільне (*willkürliche*) застосування власної суддівської компетенції в справі, яка не терпить зволікань (*Eilsache*);

– порушення положення закону про відсторонення судді та ухвалення вироку суддею, що не був компетентним розглядати справу;

³⁷⁵ Там само, Rdn. 67.

³⁷⁶ Оскільки судова практика та пов'язана з нею література були представлені у попередніх розділах книги, зайвим було б їх наводити знову.

³⁷⁷ Вирок Верховного федерального суду Німеччини від 15 вересня 1995 року – 5 StR 713/94, BGHSt, 41, s. 247, 251.

³⁷⁸ Цю тезу сформульовано у першому вирокі Верховного федерального суду Німеччини в справі *Rechtsbeugung*, який ухвалено після об'єднання Німеччини 13 грудня 1993 року – 5 StR 76/93, BGHSt, 40, s. 30, 41 і повторено у багатьох чергових вирокіах.

³⁷⁹ E. Hilgendorf, [w:] *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar...*, s. 212.

³⁸⁰ M. Uebele, [w:] *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4. München 2006, s. 1933.

– ухвалення постанови про затримання підозрюваного всупереч встановленим обставинам справи, базуючись на суддівському свавіллі (*Willkür*);

– відмова передати справу, рішення в якій оскаржується, компетентному органу на його розгляд;

– відмова призначити захисника в провадженні, де захист обвинуваченого є необхідним;

– неправомірне порушення принципу прискороного розгляду в справі щодо затримання підозрюваного, коли суддя вчиняє бездіяльність, хоча повинен діяти у визначені законом строки³⁸¹.

Наводяться також приклади діянь, щодо яких практика встановила, що вони не були караним спотворенням права:

– закриття провадження в справі про вчинення проступку, за який загрожувало покарання штрафом, при виході за межі власного розсуду;

– процесуальний допит затриманого прокурором лише на наступний день після затримання, що пояснювалося потребою проведення ґрунтовного вивчення актів справи (може становити дисциплінарний проступок);

– перенесення розгляду справи, у тому числі кримінальної (крім «справи затримання»);

– застосування стосовно адвоката заходів дисциплінарного впливу, зважаючи на довготривале порушення ним правил ведення провадження, навіть якщо це остаточно не буде вмотивоване, а також адвоката, який, виступаючи в цивільній справі, не одягнув тоги³⁸².

Згідно із пануючим у доктрині поглядом *Rechtsbeugung* як суддівська заборонена дія може вчинятися не тільки з прямим, а й з непрямим умислом, а обмеження відповідальності судді лише випадками спотворення права *cum dolo directo* було б неправильним та дивним привілеєм суддів³⁸³. При цьому зазначається, що судові рішення 90-х років свідчать про опір, який судова практика чинить караності

³⁸¹ M. Bange, L. Witteck, [w:] B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*. München 2010, § 339 Rdn. 14.1. Якщо діяння судді відбувається в передбачених законом часових межах, але суддя керується неправомірною мотивацією, щоб без необхідності утримувати в слідчому ізоляторі підозрюваного (приклад наводить M. Uebele, [w:] *Münchener Kommentar...*, Rdn. 50), то вказується на можливість притягнення до відповідальності за невдалу спробу *Rechtsbeugung*, адже суддя «суб'єктивно виходить з неправильного застосування права». Див.: M. Bange, L. Witteck, [w:] B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Strafgesetzbuch...*, nb. 14.1.

³⁸² M. Bange, L. Witteck, [w:] B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.) *Strafgesetzbuch...*, Rdn. 14. 2.

³⁸³ E. Hilgendorf, [w:] *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar...*, Rdn. 92.

спотворення права з непрямым умислом, і це помітно в тезі Верховного федерального суду Німеччини, в якій акцентується на тому, що суддівське рішення, яке спотворює право, є «свідомим» («bewußt») і «дуже віддаленим від права» («*in schewer Weise von Recht und Gesetz entfernt*»)³⁸⁴. Таких умов, очевидно, не виконує спотворення права *cum dolo eventuali*³⁸⁵.

Прийнято тезу, яку сформулював Спендель, що «юридичне засліплення» (*Rechtsblindheit*), у стані якого нацистські судді ухвалювали вироки, що засуджували до страти, не виключає ані усвідомлення ними безправ'я, що його вони чинили (*Unrechtsbewusstsein*), ані можливості приписати їм умисел на спотворення права (*Rechtsbeugungsvorsatz*)³⁸⁶.

Більшість представників доктрини погоджуються щодо доцільності притягнення до відповідальності прокурора як виконавця (*Täter*) злочину, описаного у § 339 КК Німеччини, на стадії попереднього слідства, коли саме він є його «паном» («*Herr des Ermittlungsverfahrens*»), а також як учасника (*Teilnehmer*) у суддівському злочині *Rechtsbeugung* на стадії судового розгляду.

Як виконавець прокурор може вчинити заборонену дію, що полягає у відмові розпочати попереднє слідство, хоча існують фактичні та правові передумови, які його до цього зобов'язують. Спотворення права може мати в собі також рішення зупинити кримінальне провадження. Ознаки *Rechtsbeugung* можуть бути втілені в життя шляхом внесення обвинувального акту, а також клопотання про покарання платіжним наказом. Виконавцем забороненої дії є прокурор, який спотворює право, подаючи до суду клопотання про тимчасове затримання підозрюваного або продовження тимчасового заходу разом із поданим до суду обвинувальним актом. У такому випадку зазначається, що обвинувачення на підставі § 339 КК Німеччини може висуватися також щодо начальника прокурора.

Прокурор, який бере участь у судовому розгляді справи і подає клопотання про присудження настільки суворого покарання, що таке клопотання є актом спотворення права, може нести відповідальність за пособництво (*Beihilfe*) у вчиненні *Rechtsbeugung*. У випадку, якщо суддя раніше не схилився до присудження надмірно високого покарання, що своєю суворістю виходить за розумні межі, прокурор

³⁸⁴ Вирок Верховного федерального суду Німеччини від 29 жовтня 1992 року – 4 StR 353/92, BGHSt, 38, s. 381, 383.

³⁸⁵ E. Hilgendorf, [w:] *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar...*, Rdn. 87.

³⁸⁶ Там само, Rdn. 112; L. Kuhlen, [w:] U. Kindhauser, U. Neumann, H-U. Paeffgen (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar*; Bd. 2, Baden-Baden 2005, Rdn. 79, 80.

може нести відповідальність за підбурювання (*Anstiftung*) до суддівської забороненої дії. У цілому прийнято, що т.зв. пропозиції про покарання (*Strafvorschläge*), які направляє начальник прокурора або він сам, будучи автором обвинувачення, до головуючого на слуханні судді, кваліфікуються як пособництво у спотворенні права. У випадку погоджених дій та домовленостей прокуратури і суду щодо перебігу та результату процесу (*Vefahrensabsprachen*) вважається, що відбувається співучасть у злочині³⁸⁷.

Окремим є погляд, що відкидає прийняту в доктрині та судовій практиці тезу стосовно функції § 339 КК Німеччини, що полягає у тому, що реалізація усіх ознак як об'єктивної, так і суб'єктивної сторони злочину *Rechtsbeugung* є необхідною умовою, від настання якої залежить кримінальна відповідальність судді за наслідки його вироку, в змісті якого спотворюється право, якими може бути вбивство з обтяжувальними обставинами, вбивство або позбавлення людини волі (*Sperrwirkungsthese*). Пригадується, що теза про «закриття» шляху до кримінальної відповідальності судді за наслідки виконання його рішення стосувалася також суддів спеціальних та військово-польових судів, що діяли в Третньому Рейху, де натомість не розглядалися «правові справи» в розумінні § 339 КК Німеччини. Визнання умовою кримінальної відповідальності за вбивство того, аби було доведено, що нацистські судді, які ухвалювали смертні вироки, діяли з прямим умислом на спотворення права (який рідко вдається довести), вберегло їх від кримінальної відповідальності за вчинені стосовно засуджених злочини³⁸⁸. Заперечення *Sperrwirkungsthese* обґрунтовується тим, що вона призводить до звільнення від кримінальної відповідальності виконавця, який діє як суддя в момент, коли діє з умислом вбити людину, але без одночасного умислу на спотворення права, адже він не усвідомлює неправомірності застосування засобу, яким він скористався, аби вбити засудженого³⁸⁹.

Ставлячи під сумнів *Sperrwirkungsthese*, за основу береться те, що заборона створення загрози функціональної здатності правосуддя поведінкою судді, що описана у § 339 КК Німеччини, санкціонується в дуже вузькому обсязі. Адже нормативна ознака «спотворення права» означає методичну неправильність застосування норми права суддею, яке відносно не можна обґрунтувати, і, крім того, умисел має стосу-

³⁸⁷ M. Uebele, [w:] *Münchener Kommentar...*, Rdn. 12.

³⁸⁸ U. Stein, H.-J. Rudolph, [w:] *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 339, Rdn. 1j, 3c.

³⁸⁹ Там само, Rdn. 1c.

ватися тільки суддівського проступку, що вимагається для караності *Rechtsbeugung*. З цього, однак, не можна зробити висновок щодо аргументів на користь покарання за одночасне порушення іншої кримінально-правової норми.

Тому якщо суддя конкретною дією об'єктивно вчиняє спотворення права, але це діяння не супроводжує умисел (*ohne Rechtsbeugungsvorsatz*), то його поведінка є караною, якщо він незаконно втілює в життя набір ознак іншого типу забороненої дії. Це міркування призводить до висновку, що підлягає покаранню за умисне позбавлення волі суддя, який діє без умислу на спотворення права, якщо він об'єктивно право спотворює, наприклад, розпоряджаючись щодо затримання на основі розширеного тлумачення поняття пропорційності, яку не можна обґрунтувати (*Verhältnismaßigkeitsbegriff*), або засуджуючи до позбавлення волі внаслідок невинуватого вузького тлумачення права обвинуваченого на мовчання і нерозголошення правди (*Notrecht*). Подальшим кроком є також визнання караності завдання ненавмисної шкоди здоров'ю підозрюваного, яке спровокував суддя тим, що легковажно розсудив, що існує достатньо сильна підозра, і розпорядився застосувати засіб, який завдає шкоди здоров'ю підозрюваного, про що йдеться у § 81a КК Німеччини (положення щодо обстеження тіла підозрюваного, у тому числі взяття на аналіз його крові)³⁹⁰.

Тепер прийнятим є таке розуміння ролі та способу тлумачення § 339 – *Rechtsbeugung*:

Положення слугує захистові внутрішньодержавного правосуддя з його завданням виголошувати слушне право. Правомірне засудження за спотворення права призводить (в силу права) до втрати суддівського або чиновницького статусу. Тому набір ознак, що формують тип цього злочину, на практиці підлягає особливо прискіпливому тлумаченню³⁹¹.

³⁹⁰ Там само, Rdn. 1i.

³⁹¹ U. Kindhauser, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, Baden-Baden 2012, s. 453.

Розділ ІХ

НАЦИСТСЬКЕ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО В АВСТРІЇ У 1938–1945 РОКАХ ТА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЮРИСТІВ ЗА ЙОГО ЗАСТОСУВАННЯ

1. Кримінальне право Третього Рейху та його дія в Австрії після аншлюсу

Закон «Про возз'єднання (*Wiedervereinigung*) Австрії та Німецької імперії», який було прийнято та опубліковано 13 березня 1938 року, формально надав можливості запровадження в цій державі кримінального права Рейху. При цьому не було втілено наміру замінити Кримінальний закон Австрії 1852 року на КК Німеччини 1871 року, однак поширено територіальну дію положень німецького права про державну зраду (*Hochverrat*, §§ 80–87), зраду (*Landesverrat*, §§ 88–93a), зневагу до Рейху та його символів (§ 134a), а також зневагу до НСДАП та її символів (134b КК Німеччини).

В Австрії обов'язковими стали також розпорядження «Щодо зрадницьких замахів на державу та партію» (*Heimtückeverordnung*) 1934 року, а також Закон «Про захист німецької крові та гідності» (*Blutschutzgesetz*) 1935 року. Положення кримінального права, що з'явилися пізніше, тобто з моменту приєднання Австрії, з часу їх прийняття мали обов'язкову силу як на території «старого Рейху», так і на території новоствореної землі Австрія. Зокрема, до них належали розпорядження «Про спеціальне воєнне кримінальне право» (*Kriegssonderstrafrechtsverordnung*) 1938 року та «Про надзвичайні радіо заходи» (*Rundfunkmaßnahmenverordnung*) 1939 року.

Для запровадження цих положень у діяльності судів новоствореної землі Рейху вже 15 березня 1938 року було видано «директиву Фюрера та рейхсканцлера про присягу чиновників землі Австрія», виконувати яку усі судді та прокурори (за винятком євреїв) особисто обіцяли

Адольфові Гітлеру³⁹². Одночасно було проведено расову «чистку», відправлено у відставку або у відпустку «політично неблагонадійних» чиновників правосуддя³⁹³.

Розпорядженням від 22 березня 1938 року наказувалося, щоб вироки усіх судів ухвалювалися «Іменем німецького народу» («*im Namen des Deutschen Volkes*»). Потім було ліквідовано Верховний суд та Генеральну прокуратуру, функції яких взяли на себе Суд Рейху (*Reichsgericht*) та прокуратура Рейху, а в Міністерстві юстиції Рейху утворено відділ з питань Австрії, що замінив колишнє відомство юстиції Австрії. Слід зазначити, що ці зміни відбувалися за активної участі австрійських юристів, багато з яких були членами націонал-соціалістичної партії, і які як судді та прокурори гарантували застосування кримінального права Третього Рейху відповідно до націонал-соціалістичної ідеології, що її вони визнавали.

Щоб у подальшій частині цього розділу показати принципи, на яких після війни базувалася в Австрії кримінальна відповідальність нацистських суддів та прокурорів, слід зазначити, що багато з них були фактичними членами НСДАП, хоча діяльність цієї партії та її «озброєних формувань» (СА та СС) була заборонена в цій державі 15 червня 1933 року. Після приєднання Австрії колишнє членство в партії відкривало дорогу до професійного зростання (у посвідченнях, що видавалися, підтверджувалася попередня партійна приналежність шляхом надання відповідного номеру), водночас стосовно усіх чиновників було прийнято, що ними можуть бути лише особи «німецької або спорідненої крові» (ця умова стосувалася також дружин чиновників), що гарантувало «абсолютну відданість націонал-соціалістичній державі» (положення щодо державної служби в Третьому Рейху запроваджено на території землі Австрія 28 вересня 1938 року). Приналежність до організацій націонал-соціалістичного руху стала в цих реаліях необхідною умовою призначення на державні посади, у тому числі суддівські та прокурорські³⁹⁴.

³⁹² W. Neugebauer, *Richterliche Unabhängigkeit 1934–1945, unter Berücksichtigung der Standgerichte und Militärgerichte*, [w:] R.G. Ardelt, s. Mattl, O. Rathkolb, E. Weinzierl (Hrsg.), *Justiz und Zeitgeschichte*, Bd. 2, Wien 1995, s. 65.

³⁹³ Внаслідок «чистки» 205 суддів (з 1550) було звільнено з посад. Див.: W. Neugebauer, *Der NS-Terrorapparat*, [w:] E. Talos, E. Hanisch, W. Neugebauer, R. Sieder (Hrsg.), *NS-Herrschaft in Österreich*, Wien 2000, s. 735. Встановлювалося «єврейське походження» усіх чиновників судової системи, що спричинило усунення до лютого 1941 року лише в окрузі Земельного суду вищої інстанції у Відні 146 осіб. Див.: L. Gruchmann, *Justiz im Dritten Reich 1933–1940. Quellen und Darstellungen zur Zeitgeschichte*, Bd. 28, München 2001, s. 174.

³⁹⁴ Високий рівень «партійності» характеризував суддів у кримінальних справах Третього Рейху, з яких у червні 1941 року майже 78% належало до НСДАП, що не лише по-

2. Застосування кримінального права судьями землі Австрія

Вироки, які ухвалювалися австрійськими судді на момент, коли вони функціонували в структурі націонал-соціалістичної держави і на підставі кримінального права Третього Рейху, за своїм змістом не відрізнялися від рішень німецьких судів цього самого періоду. Засудження до страти за готування злочину державної зради, а також послаблення обороноздатності Рейху мали таке саме обґрунтування, якого послідовно дотримувалися судді та прокурори й після Декларації незалежності Австрії 27 квітня 1945 року та визнання акту приєднання Австрії недійсним («*null und nichtig*»).

Приклад такого міркування містить лист, надісланий 26 квітня 1946 року до прокуратури у Відні суддею (Руссергером), який у ролі голови спеціальної колегії Земельного суду у Відні брав участь в ухваленні щонайменше 12 смертних вироків у справах про злочини, які він тлумачив як тяжкі політичні. Коли повоєнна прокуратура проводила слідство, яке мало перевірити, чи цей суддя, зокрема, не перевищив у конкретній справі своїх повноважень, засуджуючи до страти, хоча прокурор вносив клопотання про присудження покарання «лише» у вигляді 10 років позбавлення волі за словесний злочин проти Рейху, суддя мотивував свій вирок таким чином:

Що стосується інкримінованого мені вироку щодо Августина Гросера, хочу зазначити, що він, якщо й не зізнався сам, то його вина була доведена на підставі показань свідків (вони не викликають сумнівів), які засвідчили, що він займався пропагандою, а його поведінка була виявом зрадницького ставлення до держави (*Hochverräterisch*) та надання підтримки ворогові (*Feindbegünstigung*), зокрема шляхом промов – інколи в кав'ярнях, інколи на ринках, які відчутно послаблювали обороноздатність; також він поширював деструктивні чутки, що їх частково вигадував сам.

Далі суддя писав: така поведінка обвинуваченого, оскільки є тяжкою формою злочину, сама собою унеможливила суддівській колегії застосувати положення § 5 абз. 2 розпорядження «Про спеціальне воєнне

яснювалося їхнім опортунізмом та орієнтацією на професійну кар'єру, а й могло також свідчити про те, що ця група юристів міцно ідентифікувала себе з націонал-соціалістичною державою та її цілями. Див.: L. Gruchmann, *Justiz im Dritten Reich...*, s. 220.

кримінальне право», де йшлося про менш тяжкі випадки послаблення обороноздатності, і передбачалася можливість призначення покарання у вигляді позбавлення волі, що як наслідок змусило суд застосувати абз. 1 цього параграфу, який наказував призначити покарання у вигляді страти³⁹⁵.

Підставами засуджень до суворих покарань за такі діяння, в тому числі якщо йшлося про поодинокі випадки висловлювань, які суд визнавав зневагою до націонал-соціалістичної партії або виявом сумнівів у 1000-річному існуванні власне Рейху та землі Австрія в його державних кордонах, а також твердження або припущання щодо нещасливого повороту подій на фронтах, суди визнавали положення про злочини державної зради (*Hochverrat*), зради (*Landesverrat*) та ослаблення обороноздатності (*Wehrkraftersetzung*)³⁹⁶. Слід наголосити, що смертна кара присуджувалася також за поведінку, яку суд кваліфікував як готування державної зради (*Vorbereitung zum Hochverrat*)³⁹⁷. Обвинувальні вироки ухвалювались також за слухання закордонного радіо (з червня 1941 року в Рейху транслювалася одна програма «великонімецької радіостанції»), а також поширення почутих таким чином новин. Страта, яка тлумачилася як засіб залякування, присуджувалася виконавцям звичайних злочинів у показових процесгах, один з яких – щодо обвинувачуваної в крадіжці посилок – було проведено в залі пошти південного вокзалу у Відні у присутності близько тисячі працівників пошти³⁹⁸.

Прокурори, так само як і чиновники судової системи в Рейху, керувалися «здоровим національним почуттям», яке у випадку «особливої обвинувальної сили діяння» мало мотивувати засудження обвинуваченого до страти, навіть якщо це покарання не передбачувалося положенням, що було підставою ухвалення вироку. Власне з таким обґрунтуванням прокурор (В. Лілліх) вимагав присудження смертної

³⁹⁵ W. Stadler, «...Juristisch bin ich nicht zu fassen». *Die Verfahren des Volksgerichtes Wien gegen Richter und Staatsanwälte 1945–1955*, Wien 2007, s. 198.

³⁹⁶ Згідно з останніми дослідженнями земельними судами у Відні та Граці за злочини *Hochverrat*, *Landesverrat* або *Wehrkraftersetzung* було засуджено 4163 особи. Часто одним провадженням охоплювалося кілька осіб, які обвинувачувалися в спільному вчиненні цих злочинів. Там само, с. 43, прим. 120.

³⁹⁷ Там само, с. 44–45.

³⁹⁸ Суд військової комендатури у Відні вироком від 16 березня 1942 року засудив до розстрілу інспектора військової адміністрації за крадіжку хутряної куртки, що була серед речей, призначених для армії. Див.: Там само, с. 239. У період 1938–1945 років лише у в'язниці Земельного суду у Відні виконано понад 1189 смертних вироків «за злочини проти публічної безпеки» шляхом гільйотинування, а «за мародерство» (*Plünderung*) – шляхом повішання. Там само, с. 58.

кари обвинувачуваному польському примусовому робітникові (Антону Ольхава) за дію, описану як «одягання без дозволу роботодавця його речей», якими були старі шкарпетки, вживані підтяжки до штанів та інші речі, максимальна вартість яких не перевищувала 16 марок, «так довго, аж поки вони стали непридатними до користування». Вироком спеціального суду при Земельному суді у Відні від 4 грудня 1942 року дію обвинуваченого кваліфіковано на підставі ст. II та ст. III розпорядження «Про кримінальний процес щодо поляків та євреїв на приєднаних східних територіях» (*Polenstrafrechtsverordnung*) від 4 грудня 1941 року. Перше з положень визначало, що зазначені у назві цього розпорядження особи можуть бути покарані не лише тоді, коли порушують німецькі закони, а й тоді, коли «вчиняють діяння, що заслуговує на покарання, зважаючи на державну необхідність, згідно з провідною думкою німецького закону». Друге положення визначало таке покарання за подібні діяння: концентраційний табір від трьох місяців до 10 років, а в тяжких випадках – концентраційний табір посиленого режиму від двох до п'ятнадцяти років³⁹⁹. Триособовою колегією (головавав О. Едер) суд визнав діяння обвинуваченого «тяжким випадком» і призначив йому покарання у вигляді п'яти років концентраційного табору посиленого режиму, не задовольнивши клопотання прокурора про присудження страти⁴⁰⁰.

Не знайдено жодного вироку, який був би ухвалений згідно з суддівською свідомістю і який як надто м'який наражав би на небезпеку життя, здоров'я або свободу судді у зв'язку з тим, що його рішення помітила б та осудила влада Рейху як такі, що суперечать націонал-соціалістичній ідеології. Головне управління безпеки Рейху все ж реагувало на виправдувальні вирoki, застосовуючи щодо виправданих судом «захисний арешт» («*Schutzhaft*»), а потім, не дотримуючись навіть видимості правових підстав, розпоряджалося про їхню страту. У літературі наводиться випадок переведеного до Відня судді у кримінальних

³⁹⁹ Метою розпорядження про призначення покарання у вигляді поміщення до концтаборів поляків від 7 січня 1942 року (*Polenvollzugsanordnung*) була підтримка завдяки роботі засуджених «справи німецької розбудови на Сході». У розпорядженні вказувалося, що робочий час у концтаборі (*Straflager*) має становити 11 годин на день і «за використання усіх сил засуджених». Концтабор суворого режиму (*verschärftes Straflager*) передбачав «за особливо важкої роботи» один вихідний на місяць, тверде ліжко та обмеження харчування до хліба і води (*strenger Tag*). На завершальній стадії існування Третього Рейху в концентраційних таборах перебували 15 774 засуджених поляків. Див.: G. Weckbecker, *Zwischen Freispruch und Todesstrafe. Die Rechtsprechung der nationalsozialistischen Sondergerichte Frankfurt/Main und Bromberg*, Baden-Baden 1998, s. 370.

⁴⁰⁰ Там само, с. 197, прим. 662.

справах (Франца Кальтенбруннера) з правом приймати рішення лише в цивільних справах внаслідок того, що кримінальна палата Земельного суду Корнебурга під його керівництвом ухвалила 24 січня 1941 року вирок, що виправдовував «польського цивільного робітника» (Владислава Пету), обвинувачуваного у спробі згвалтування. На обґрунтування виправдання суд зазначив, що в поведінці обвинуваченого не було жодного доведеного вияву насильства, що відповідало б законній ознаці злочину, у спробі вчинення якого його обвинувачували. Рекомендацію щодо страти поляка, яку таки виконали 15 травня 1942 року, видав рейхсфюрер СС Гімлер, «запрошуючи на ешафот» як свідка суддю, що головував у суддівській колегії, яка ухвалила виправдувальний вирок. Відсутність судді у зв'язку з його хворобою Гімлер назвав обґрунтуванням вимоги щодо відправлення його у відставку або направлення судити лише в цивільних справах, що було оформлене рішенням держсекретаря (Р. Фрейслера) в Міністерстві юстиції Рейху⁴⁰¹.

На завершальному етапі війни військово-польові суди найчастіше засуджували до страти за дезертирство, розкрадання військового майна, підтримку ворога, зраду на користь Червоної армії. Зустрічі кількох осіб з метою здійснення спроби зв'язатися із радянськими військами, щоб таким чином захистити від знищення населені пункти, що їх займала Червона армія (Санкт-Пьольтен, Кремс), зазвичай кваліфікувалися як злочини, що каралися негайно шляхом страти учасників наради⁴⁰².

Іншим прикладом є вирок військово-польового суду (*Standgericht*)⁴⁰³ від 27 квітня 1945 року, яким засуджено п'ятьох мешканців Пальштайна, які з побоювання, що їхні будинки зазнають знищення внаслідок воєнних дій, намагалися зняти протитанкове загородження, однак передумали і повторно його встановили. Слід зазначити, що суд, який

⁴⁰¹ У своєму листі Гімлер пригрозив, що «якщо такі вирокі будуть повторюватися, то в майбутньому злочинців слід вішати на площі перед судом». Див.: W. Stadler, «... Juristisch...», s. 69. Він пише, що суддя Кальтенбруннер після 1945 року відіграв важливу роль у процесі денацифікації правосуддя в Австрії, прим. 233.

⁴⁰² За таке готування зради розстріляно у зв'язку із виконанням вироку *Standgericht* 15 квітня 1945 року перукаря з Кремсу Джозефа Челота та лікаря Густава Куллінга. Див.: W.R. Garscha, K. Kuretsidis-Haider, *Die Räumung der Justizhaftanstalten 1945 als Gegenstand von Nachkriegsprozessen*, [w:] Stein, 6. April 1945. *Das Urteil des Volksgenchts Wien (August 1946) gegen die Verantwortlichen des Massakers im Zuchthaus Stein*, Bundesministerium für Justiz. Dokumentationsarchiv des österreichischen Widerstandes, Wien 1995, s. 32, 33.

⁴⁰³ Військово-польові суди створені відповідно до розпорядження міністра юстиції Рейху від 15 лютого 1945 року «на територіях Рейху, що перебувають під ворожою загрозою».

ухвалював вирок у цій справі (головував Рудольф Льорденер), ухвалював смертні вироки за готування зради Рейху навіть у день оголошення Австрією недійсності акту приєднання (27 квітня 1945 року) – ухвалено шість таких вироків, які виконано наступного дня⁴⁰⁴.

3. Правові підстави кримінальної відповідальності нацистських суддів та прокурорів у повоєнній Австрії

Визначення правових підстав, на яких після війни ґрунтувалися кримінальні провадження щодо юристів, які брали участь в ухваленні вироків «Іменем німецького народу» з посиланням на положення кримінального права Третього Рейху, слід розпочати з наведення дати – 27 квітня 1945 року, коли Декларація незалежності Австрії визнала акт приєднання Австрії до Рейху недейсним («*null und nichtig*») і призначила тимчасовий уряд. Тоді на території землі Австрія обов'язковим (так само, як і в часи війни) залишався § 101 Кримінального закону Австрії 1852 року. Це положення визначало відповідальність за злочин у вигляді зловживання владою (*Missbrauch der Amtsgewalt*) «кожного державного службовця», у тому числі судді та прокурора, який «будь-яким чином зловживає довіреною йому владою», незважаючи на те, з яким мотивом «він дозволив себе до такої поведінки схилити», тобто «бажанням нажитися, пристрастю або іншим побічним умислом». Положення § 102а Закону уточнювало, що за таких обставин вчиняє злочин, зокрема, суддя або прокурор, який дозволяє себе намовити виконувати свій державний обов'язок всупереч законі.

Хоча ці положення становили самостійну основу кримінально-правової оцінки поведінки нацистських юристів, які брали участь в ухваленні нелюдських вироків (з цієї точки зору положення можна порівнювати з § 336 КК Німеччини про спотворення права – *Rechtsbeugung*), то все ж під час попереднього слідства щодо чиновників судової системи та прокуратури Третього Рейху на них зазвичай посилалися разом з іншими положеннями, які було прийнято вже після визнання недейсним аншлюсу. Адже під час слідства як правова основа бралися положення Конституційного закону від 8 травня 1945 року, що забороняв діяльність НСДАП в Австрійській республіці (*Verbotsgesetz*) та визна-

⁴⁰⁴ W. Stadler, «...*Juristisch...*», s. 80. В останні чотири місяці війни в Рейху виконано від 7 до 8 тис. смертних вироків, ухвалених військово-польовими судами, та виконано близько 800 страт на підставі вироків, ухвалених «звичайними» судами. Див.: W.R. Garscha, K. Kuretsidis-Haider. *Die Räumung der Justizhaftanstalten 1945...*, s. 17.

чав принципи кримінальної відповідальності за дії, вчинені членами цієї партії «на її користь».

Цей Закон насамперед наказував зареєструватися усім особам, які були членами НСДАП або озброєних формувань цієї партії (особливо СС та СА) в період з 1 червня 1933 року до 27 квітня 1945 року. За недотримання обов'язку щодо реєстрації, так само як за подання неправдивих або неповних даних, загрожувало покарання від 1 до 10 років позбавлення волі (§ 8). Положення § 10 абз. 1 цього Закону, посилаючись на § 58 – *Hochverrat* Кримінального закону Австрії 1852 року, стверджувало, що вчинив злочин державної зради той, хто в період дії законної заборони діяльності НСДАП в Австрії, тобто з 1 червня 1933 року і до приєднання Австрії до Рейху 13 березня 1938 року, належав до цієї партії або її озброєних формувань, стаючи таким чином «нелегальним» її членом («*Illegaler*»).

Зміни від 16 листопада 1945 року встановили, що злочин *Hochverrat* вчиняв «нелегальний» член НСДАП, якщо до 27 квітня 1945 року він діяв на користь націонал-соціалістичного руху, будучи визнаний НСДАП «старим партійним товаришем» («*Altparteigenosse*») або «старим бойовиком» («*Alter Kämpfer*»). Визначена таким чином «нелегальність» виконавця державної зради мала обґрунтовувати його покарання у вигляді позбавлення волі на строк від 5 до 10 років. У § 8 абз. 2 Закону містилося застереження про те, що кримінальні провадження щодо конкретних осіб будуть розпочинатися після того, як уряд Федерації видасть відповідне розпорядження, у випадку зростання в державі кількості випадків «практики державної зради», або якщо виконавець надалі продовжуватиме діяльність на користь забороненої НСДАП або її озброєних формувань, керуючись бажанням наживи чи іншими низькими мотивами.

Натомість безумовно мали підлягати переслідуванню усі «нелегальні» члени НСДАП, «у тяжкому ступені обтяжені» своїм нацистським минулим, яких у § 11 Закону названо діячами (*tätig*), які виконували політичні керівні функції в організаційних одиницях партії (від місцевих і вище) або рівнозначних утвореннях, у партійних озброєних формуваннях (від рангу унтерштурмфюрера і вище), а також ті «нелегальні» члени НСДАП, які вчинили «дії з мотивів, що мають особливу обвинувальну силу, або особливо ганебні дії, або дії, що є тяжким порушенням вимог людяності». Наведене положення визначає, що перелічені у ньому виконавці підлягають покаранню у вигляді позбавлення волі строком від 10 до 20 років, якщо дія не підлягає суворішому покаранню на підставі іншого положення.

Положення, що стосувалися усіх виконавців військових злочинів та інших націонал-соціалістичних злочинів, що підлягали покаранню, були включені до Конституційного закону від 26 червня 1945 року (*Kriegsverbrechergesetz*), який (в редакції *Nationalsozialistengesetz* від 17 лютого 1947 року) в § 1 абз. 1 встановлював кримінальну відповідальність того,

хто під час війни, яку розпочали націонал-соціалісти, умисно вчинив або спричинився до вчинення дій проти солдатів військового противника або цивільного населення держави чи країни, охопленої війною чи окупованої Третім Рейхом, хто заперечує природні вимоги людяності та загальноприйняті принципи права націй або правила ведення війни.

Далі § 1 в абз. 2 Конституційного закону від 26 червня 1945 року (*Kriegsverbrechergesetz*) зазначалося, що

у такому самому злочині винен той, хто в реальних або уявних інтересах німецького Вермахту або панування націонал-соціалістичного насильства із застосуванням воєнних дій [...] вчинив або спричинився до вчинення дій проти іншої особи, що суперечить природним вимогам людяності.

Вчинення таким чином описаних дій на виконання наказу не виключало провини виконавця, при цьому той, хто видав наказ, підлягав суворішому, ніж виконавець, покаранню (§ 1 абз. 3 та 5 Закону). Конституційний закон від 26 червня 1945 року (*Kriegsverbrechergesetz*) передбачав покарання у вигляді позбавлення волі в тюрмі суворого режиму строком від 10 до 20 років або довічного позбавлення волі, а якщо наслідком дій була смерть людини – навіть смертну кару (§ 1 абз. 4)⁴⁰⁵. Суддів та прокурорів Народного трибуналу (*Volksgerichtshof*),

⁴⁰⁵ Слід зазначити, що § 1 абз. 6 Конституційного закону від 26 червня 1945 року (*Kriegsverbrechergesetz*) визначав, що смертній карі підлягають як лідери та ініціатори військових злочинів: члени уряду Рейху (також рейхсміністр юстиції), високопосадовці НСДАП від керівника повіту (*Kreisleiter*) і вище (у першій редакції – від гауляйтера), намісники Рейху (*Reichsstathalter*), комісари оборони Рейху (*Reichsverteidigungskommissare*), командири СС у тому числі *Waffen-SS* від рангу штандартенфюрера (відповідає званню полковника) і вище. Кримінальна відповідальність кожної з перелічених осіб була пов'язана із посадою, яку вони обіймали, а не з конкретними військовими злочинами, які вони вчинили при виконанні своїх службових обов'язків. Див.: W. Stadler, «...Juristisch...», s. 138.

які перераховувалися серед інших виконавців, стосувався § 1 *Kriegsverbrechergesetz*, де їхня карана поведінка описувалася як «доведення людини до стану божевілля або болісне знуцання над нею» з використанням службових повноважень. Усіх суддів та прокурорів, а також інших чиновників націонал-соціалістичної влади стосувалися положення § 4, що встановлювали кримінальну відповідальність за приниження людини та зневажання людської гідності при виконанні службових обов'язків. Обидва положення передбачали покарання у вигляді позбавлення волі строком від 1 року до 20 років, залежно від вказаних у законі обставин, а якщо наслідком дій була смерть людини – також смертну кару.

4. Судовий процес над нацистськими суддями та прокурорами

4.1. *Обов'язкова сила права Третього Рейху*

На підставі вищезгаданих положень у 1945–1955 роках відбулися процеси щодо 52 суддів та прокурорів. У 2007 році опубліковано докладні матеріали щодо цих процесів, у тому числі прокурорські акти закритих проваджень⁴⁰⁶. Базуючись на цих матеріалах та поданих у них документах, розглянемо важливі, на нашу думку, питання кримінальної відповідальності нацистських юристів за вчинену ними несправедливість.

Як вступ до тез, уміщених у вироках, ухвалених у справах суддів та прокурорів, слід звернути увагу на рішення, прийняте «влітку 1945 року» Державною службою з питань юстиції (виконувала функції Міністерства юстиції), яким Стадлер пояснює спосіб застосування прокуратурою кримінально-правових положень, що визначали обсяг кримінальної відповідальності нацистських юристів. Тоді було вирішено, що не будуть відкриватися кримінальні провадження щодо юристів, які виконували свої обов'язки в період панування національного

⁴⁰⁶ Проаналізовано усі кримінальні провадження щодо суддів та прокурорів, як ті, що завершилися на етапі перевірки, так і ті, що завершилися винесенням обвинувальних актів і ухваленням вироків. Враховано також випадки, в яких після набрання обвинувальним вироком законної сили відбувалося повторне відкриття провадження. Див.: Там само.

соціалізму, якщо при виконанні своїх обов'язків вони «стовідсотково дотримувалися положень чинного на той час націонал-соціалістичного права»⁴⁰⁷.

Така позиція сама собою ще не означала, що всі положення цього права, на які містилися посилання в ухвалюваних на території землі Австрія вироків, в нових умовах надалі мають тлумачитися як підстава для здійснення акту правосуддя – тоді, коли ці положення узаконювали страти за висловлення сумнівів у «тисячолітньому існуванні Третього Рейху» або за неповагу до органів влади. Визнання цих положень безправ'ям саме по собі ще не означало кримінальної відповідальності юристів за співучасть при ухваленні вироків, адже під час попереднього слідства почасти отримувалися заяви цих юристів, в яких вони заявляли, що не усвідомлювати безправ'я, яке чинили. Саме на такому міркуванні ґрунтувалося звернення прокуратури (26 березня 1947 року) у Відні до Міністерства юстиції про погодження на закриття провадження щодо судді, який брав участь як член суддівської колегії в засудженні до страти (6 червня 1944 року) вчительки, яка обвинувачувалася в послабленні обороноздатності (*Wehrkraftzeretzung*). Прокуратура оцінювала положення, на підставі якого було ухвалено вирок, так:

Безперечно, враховані [у вирокі] правові положення об'єктивно були безправ'ям. Після того, як знаходячись у стані миру, німецький Рейх окупував Австрію, хоч і намагався здійснити лише її анексію, насправді згідно із правом націй не можна було досягнути запланованої легалізації фактичних відносин насилля та визнання їх усіма іншими державами. Тому усі засоби, закони, вирокі німецького Рейху, німецької влади, німецьких судів, які слугували справі підтримки та збереження умов панування насилля, були об'єктивним безправ'ям (*objektives Unrecht*).

Стосовно участі судді у засудженні до страти на підставі положення, що є «об'єктивним безправ'ям», прокуратура зазначала:

Не можна довести, що підозрюваний на момент, коли віддавав свій голос у складі суддівської колегії, усвідомлював це безправ'я,

⁴⁰⁷ Наводячи зміст цього рішення, В. Стадлер (див.: Там само, с. 223, прим. 742; с. 235, 296) відсилає до публікації, що вийшла друком раніше і в якій містилося посилання на повідомлення у цій справі тогочасного генерального прокурора (Карла Маршалла). Див.: Н. Butterweck, *Verurteilt und begnadigt. Österreich und seine NS- Straftäter*, Wien 2003, s. 30, прим. 35.

а отже, повівся всупереч своєму суддівському переконанню і всупереч своїй свідомості. [...] Отже, якби він таки дійсно голосував за присудження страти, то неможливим є надання доказів того, що він усвідомлював неправомірність своєї поведінки. Тому немає доказів того, що він діяв зі злим умислом, що є необхідною умовою кожного злочину⁴⁰⁸.

На неусвідомлення безправ'я діянь, у яких їх обвинувачували, посилалися у своїх поясненнях усі юристи, щодо яких були розпочаті кримінальні провадження, і це Стадлер визнає характерним та таким, що не залежить від різниці в обставинах справ, на яких базувалися обвинувальні акти. Однак питання юридичного усвідомлення безправ'я не дістало ширшого обговорення в постановках прокуратури про подальше ведення кримінальних процесів стосовно суддів та прокурорів, адже остаточно було прийнято тезу про обов'язкову силу положень кримінального права Третього Рейху на території землі Австрія, що позбавляло підстав окреслення цього права поняттям «*objektives Unrecht*».

Питання оцінки права, на підставі якого ухвалювалися смертні вироки «*In Namen Des Deutschen Volkes*», вирішила повоєнна прокуратура у Відні під час кримінального провадження, під час якого було встановлено, що суддя видав розпорядження катувати арештованих для того, щоб засудження тих, хто зізнався, відлякувало інших потенційних злочинців⁴⁰⁹. Як засвідчила процедура доведення, військово-польовий суддя Карл Евертс у серпні 1944 року (в період посилення дезертирства

⁴⁰⁸ W. Stadler, «...*Juristisch...*», s. 194–195. У наведеному висновку міститься ціла низка аргументів, які мали мотивувати твердження, що австрійські судді, які ухвалювали вироки на підставі встановлених Третім Рейхом кримінально-правових положень, не усвідомлювати безправ'я цих положень. Зокрема, вказувалося, що на момент, коли вони засуджували, ані в юридичній літературі, ані в пресі не піддавалося сумнівам твердження про «законність возз'єднання». Вказувалося також, що не виникав австрійський еміграційний уряд, існування якого могло б тоді бути аргументом для визнання, що застосування в Австрії німецького кримінального законодавства є безправ'ям.

⁴⁰⁹ Процес над 8 виконавцями суддівського доручення відбувся в австрійському Верховному суді (16 лютого – 25 березня 1948 року). Обвинувачені були членами спеціальної патрульної частини, що мала повноваження жандармерії, зокрема, коли йшлося про переслідування та проведення слідств щодо підозрюваних у дезертирстві та самокаліченні, а також проти цивільних осіб, що ухилялися від військової служби. Засуджено 6 обвинувачених членів *Heeresstreife Groß-Wien* до позбавлення волі строком від 8 місяців до 6 років. В обґрунтуванні зазначається, що обвинувачені не керувалися політичною агресією стосовно катованих осіб, яких вони вважали не політичними супротивниками, а звичайними злочинцями. Основою засудження став § 1 Конституційного закону від 26 червня 1945 року (*Kriegsverbrechergesetz*). Інформацію про перебіг процесу див. у: H. Butterweck, *Verurteilt und begnadigt...*, s. 160–164.

та самокалічення) направив до спецчастини Вермахту (*Heeresstreife Groß-Wien*) двох своїх підлеглих, яким доручив провести «загострені допити» (*verschärfte Verhöre*) з метою отримання зізнання підозрюваних у тому, що вони не хотіли продовжувати боротися за Третій Рейх. Під час попереднього слідства у цій справі прокуратура аналізувала «фактичні та правові» аспекти обвинувачення, крім безпосередніх виконавців катувань, також суддів, які засуджували обвинувачених, визнавали себе винними, й безпосереднім начальником яких був суддя вищої інстанції Евертс. Міркування прокуратури наводяться у звіті від 15 серпня 1948 року, який опрацьовано до направлення обвинувального акту проти членів *Heeresstreife* до суду. Вважаємо, що варто тут коротко навести основні тези цього звіту⁴¹⁰.

Вихідним пунктом прокурорського звіту була вказівка на потребу дотримуватися «абсолютно виняткової обережності» при здійсненні юридичної оцінки обставин справи *Heeresstreife Groß-Wien*, адже у ній збіглися «непрості питання щодо військової слухняності, ефективної боротьби зі звичайною злочинністю з дотриманням при цьому правил людяності та тиск політичної агресії». Суддю Евертса викрив «тяжко обтяжений свідок»⁴¹¹, який засвідчив, що про доручення катувати арештованих йому сказав власне суддя. Однак, що стосується решти суддів та судових чиновників, які підпорядковувалися Евертсу, не знайдено доказів того, що своєю поведінкою вони втілили у життя ознаки караної дії.

Обґрунтування цієї ключової позиції починається вказівкою на наведені в актах судових справ прізвища тих суддів, які «і сьогодні знову виконують функції в австрійській системі правосуддя». Що стосується усіх підозрюваних суддів, то стверджується, що перегляд актів справ, у яких вони ухвалювали вироки, не дає змоги обвинувачувати їх у тому, що зважаючи на свою покірність націонал-соціалістичному режимові та зловживаючи службовими повноваженнями, вони ухвалювали вироки, які були немотивованими або надмірно суворими. У справах, які розміщено в аналізованих актах, відповідно до тогочасного правового становища «хоч-не-хоч» мусили ухвалюватися обвинувальні

⁴¹⁰ Документ у: W. Stadler, «...Juristisch...», s. 237–238.

⁴¹¹ Цим свідком був Гюртлер, адвокат одного із засуджених до страти, якому суддя Евертс сказав про своє розпорядження застосовувати «загострені методи допитів» та схилив цього адвоката, щоб він переконав свого підзахисного вказати інших осіб, які з ним співпрацювали. Цей суддя рекомендував переводити засуджених для виконання страти до спеціальної частини *Heeresstreife Groß-Wien*, де відкладалося виконання смертних вироків стосовно тих, кого можна було використати як свідків у чергових процесах, якби вони видали своїх співучасників.

вироки, які, зокрема, засуджували осіб до страти. Принципово важлива теза формулюється так:

Власне застосування положень закону, який прийняло керівництво країни, не може обтяжувати чиновника чи суддю до моменту, коли буде доведено, що він зловживав владою або керувався агресією.

Далі прокуратура відповідає на питання, чи було виходом за межі суддівської влади присудження жорстоких покарань підсудним, усвідомлюючи, що вони визнали себе винними, зважаючи на катування під час слідства. Щодо цього питання в звіті зазначається:

Підозрювані судді повністю усвідомлювали, що зізнання обвинувачених, принаймні частково, відбувалися або могли відбутися під примусом, хоча, може, так беззаперечно це і не було в усіх випадках. Однак не можна довести, що зізнання могли бути неправдивими, а отже, не базувалися на результатах, що впливали з інших доказів, і як такі не були істотними для ухвалення вироків. Так само немає доказів того, що власне обвинувачені судді [як було у випадку судді Евертса] вимагали застосування катувань чи хоча б схвалювали такі методи.

Із таким обґрунтуванням було відмовлено у висуненні обвинувачення щодо суддів, які підкорялися Евертсові, а власне суддю Евертса знайти не вдалося⁴¹².

Наведена позиція прокуратури, яку прийняли за основу вироків у справах, акти яких аналізував Стадлер, мала наслідком коментар цього автора, який той сформулював у підсумку свого дослідження. Зважаючи на значення цього коментаря для вирішення проблеми відповідальності суддів за вчинену несправедливість, наведемо його повністю:

Чиновник гестапо, який катував в'язня, щоб змусити його визнати себе винним, на думку австрійського правосуддя, підлягав покаранню, незважаючи на те, що діяв відповідно до своїх службових інструкцій. Натомість суддя, який засуджував цього в'язня на підставі зізнань, отриманих унаслідок результату застосування катувань,

⁴¹² W. Stadler, «...Juristisch...», s. 239; H. Butterweck, *Verurteilt und begnadigt...*, s. 76–77.

на думку того самого австрійського правосуддя, не підлягав покаранню, за умови якщо не вийшов за межі того, що визначав або принаймні дозволяв закон⁴¹³.

4.2. Судові процеси над суддями та прокурорами

А. У першому судовому процесі вироком Народного суду у Відні (*Volksgesicht Wien*) від 22 червня 1946 року засуджено суддю, який здійснював службовий нагляд за провадженнями у справах неповнолітніх (Антон Штайнінгер). Цього суддю визнано винним у тому, що він за обов'язкової реєстрації нацистів подав неправдиві дані про себе. У резолютивній частині вироку зазначається:

10. VII.1945 [...] при реєстрації націонал-соціалістів він приховав свою приналежність до НСДАП в період від 1.07.1933 до 13.03.1938, адже подав неповну інформацію про істотні обставини.

Сформульована таким чином теза вироку базувалася на показаннях свідків, які засвідчили, що обвинувачений як керівник відділу з питань неповнолітніх примушував підлеглий судовий персонал, у тому числі колег-суддів, користуватися «німецьким привітанням» («*Deutschen Gruß*»), заборонив приватні контакти із примусово відправленим у відставку суддею єврейського походження, а також примушував до участі у численних «добровільних» грошових внесках шляхом сплачування відповідних сум у розмірах, які він встановлював⁴¹⁴. Водночас у зв'язку зі своєю діяльністю в інтересах НСДАП, при здійсненні нагляду за провадженнями у справах неповнолітніх, цей суддя – як обґрунтовувало обвинувачення – вчиняв дії під впливом особливо обтяжувальних мотивів.

Коментуючи цей вирок, Стадлер зазначає, що це було єдине рішення, в контексті якого обговорювалися порушення нацистського права, адже

⁴¹³ W. Stadler, «...*Juristisch...*», s. 291.

⁴¹⁴ Під час процесу в ролі свідків обвинувачення виступили численні судді, у яких огидна діяльність обвинуваченого як керівника викликала відразу. У своїх показаннях вони розвинули обґрунтування другого (разом із «шахрайством при реєстрації») пункту обвинувачення, описуючи поведінку обвинуваченого судді під впливом націонал-соціалістичних переконань, що полягала у прийнятті неправомірних рішень на шкоду єврейським дітям. Див.: W. Stadler, «...*Juristisch...*», s. 266–267. У контексті дослідження, що охоплює собою всі процеси над юристами, слід зазначити, що лише у цьому судовому процесі допитувані як свідки юристи одноставно і повністю підтримали обвинувальний акт.

в обґрунтуванні вироку оцінюються правові аргументи, якими керувався обвинувачений суддя при ухваленні в цілому 386 постанов, що відхиляли скарги, які подавали особи єврейської національності. Для встановлення та опису цих порушень в обґрунтуванні обвинувального вироку вирішальне значення мали показання іншого судді, члена касаційної колегії суду у справах неповнолітніх, який як свідок зазначав, у чому саме в окремих справах полягало порушення права Штайнінгером. Коментатор наголошує, що з власне актів не випливало, що обвинувачений у своїх рішеннях порушував положення права, яке діяло в період націонал-соціалізму⁴¹⁵.

Як правову підставу засудження було застосовано положення про «шахрайство під час реєстрації» (§ 8 Конституційного закону від 8 травня 1945 року (*Verbotsgesetz*) та про державну зраду (§ 58 Кримінального закону Австрії з урахуванням положень § 10 та § *Verbotsgesetz*, на підставі яких судді було призначено покарання у вигляді позбавлення волі строком на 8 років. Це покарання було залишено в силі вироком Верховного суду Австрії від 13 травня 1947 року⁴¹⁶.

Б. Прикладом кваліфікації дій судді як злочинного зловживання державною владою є обвинувальний акт від 24 липня 1946 року щодо судді спеціального суду у Відні (Руперт Швелле), в якому, крім § 101 та § 102а Кримінального закону Австрії, є також посилання на положення Конституційного закону від 26 червня 1945 року (*Kriegsverbrechergesetz*) про караність знущань (§ 3), а також приниження людської гідності (§ 4). Як член суддівської колегії обвинувачений брав участь в ухваленні щонайменше трьох смертних вироків, причому під час засідань суду він фактично головував, кричав на обвинувачених, залякував свідків, які свідчили на користь обвинувачених, зводячи таким чином провадження до ухвалення смертної кари, а при ухваленні вироків у політичних справах він завжди виступав за присудження найсуворіших покарань.

Це обвинувачення, зокрема, базувалося на показаннях адвокатів, які в ролі захисників виступали перед спеціальним судом, а під час провадження щодо судді Швелле назвали його «горезвісним та жахливим» суддею. Згідно з обвинувальним актом мотивом поведінки судді була

⁴¹⁵ Там само, с. 225.

⁴¹⁶ Вирок, згідно з яким обвинуваченого суддю Штайнінгера визнано винним у вчиненні інкримінованих йому діянь, був одним із трьох вироків, що засуджували юристів та не були скасовані Верховним судом Австрії. Після трьох з половиною років позбавлення волі засудженого суддю помилював Президент Республіки.

політична ненависть, адже з 1931 року він був членом НСДАП, а після приєднання Австрії його нагородили званням «старого бойовика», перевели до Міністерства юстиції Рейху, де він провів націонал-соціалістичну «чистку» серед адвокатів землі Австрія (що було окремим пунктом обвинувачення у державній зраді – § 58 Кримінального закону Австрії з урахуванням положень § 10 та § 11 Конституційного закону від 8 травня 1945 року (*Verbotsgesetz*)).

Під час процесу обвинувачений суддя заперечував усі обвинувачення, зазначаючи, що як член суддівської колегії спеціального суду (що керувався під час проваджень Кримінально-процесуальним кодексом Німеччини) він мав ширші повноваження, ніж ті, які визначала австрійська процедура, та користувався цими повноваженнями, оскільки голова суддівської колегії був глухуватий, а сам він «будь-якою ціною хотів встановити істину». У справах про шкідливі для Рейху та його влади висловлювання він присуджував покарання у вигляді позбавлення волі строком до трьох років, а смертну кару – лише у випадку серйозних кримінально-караних проступків.

Що стосується його нелегальної діяльності в НСДАП, суддя Швелле заявив, що він такої діяльності не проводив, а надання йому звання «старого бойовика» було помилкою, так само як і звинувачення його у проведенні «чистки» в адвокатурі, адже він лише ділив кабінет у міністерстві з іншим чиновником, якому доручили проведення цієї справи, і абсолютно випадково розмовляв із адвокатами, яких туди викликали. Народний суд у Відні повірив обвинуваченому та свідкам його захисту і висловив погляд, що адвокати як свідки обвинувачення говорили про справи, які вони програли, і тому вироки, що ухвалювалися за участю судді Швелле, вони не оцінювали об'єктивно, коли називали їх надто суворими.

Ухвалюючи 3 грудня 1946 року вирок, що виправдовував суддю, обвинувачуваного у зловживанні службовими повноваженнями, знущанні над обвинуваченими та приниженні свідків, суд визнав, що решта діянь, які були описані в обвинувальному акті («нелегальність»), самі по собі не підлягають переслідуванню⁴¹⁷. Через три роки після ухвалення цього вироку було знайдено документацію, яка доводила,

⁴¹⁷ Прокуратура визнала виправдання відірваним від доказового матеріалу, зібраного у справі, однак не подала апеляції до Верховного суду Австрії. Всупереч позиції Міністерства юстиції прокуратура також не пред'явила обвинувачення судді Швелле у «арізації» квартири сім'ї Люстіг, якій він наказав сидіти в обідню пору на вулиці після того, як зайняв їхнє помешкання. Свою позицію прокуратура мотивувала тим, що підозрюваний, зізнаючись у тому, що він таки зайняв квартиру, водночас заперечив, що віддав відповідний наказ сім'ї Люстіг, яку не вдалося віднайти. Див.: W. Stadler, «...Juristisch...», s. 249.

що суддя спеціального суду Швелле брав участь у засудженні та голосував за присудження страти обвинуваченому у поширюванні новин (Франц Ціканек), які той почув по закордонному радіо. Однак прокуратура у Відні відмовилася подавати обвинувальний акт у цій справі, посилаючись на те, що положення § 2 розпорядження «Про надзвичайні радіо заходи», на підставі якого Швелле ухвалював свій вирок, передбачало можливість присуджувати таке покарання. На думку прокуратури, суддя, ухвалюючи вирок у цій справі, не діяв ані під впливом особливо обтяжувальної мотивації, ані його голос у справі покарання не був наслідком діяльності у складі НСДАП, натомість він був виявом виконання ним своїх державних обов'язків. Тому було визнано, що безпідставною була б оцінка його дій як зловживання владою у розумінні § 101 та § 102a Кримінального закону Австрії.

В. Звільнення від обвинувачень у зловживанні державною владою в окремих випадках відбувалося вже на стадії попереднього слідства, якщо прокуратура доходила висновку, що суддя *Sondergericht*, хоч і брав участь у засудженні до страти виконавців навіть дрібних злочинів, наприклад крадіжки, однак діяв так на підставі положення, що мало обов'язкову силу на момент ухвалення вироку та передбачало можливість присудження саме такого покарання. Тому як у постановках про закриття провадження, так і в судових вироках не подано міркувань стосовно необхідності збереження суддею, який ухвалював вирок, пропорції між суворістю покарання (у тому числі страти) та вчинком обвинуваченого.

Приклад подібної мотивації відмови прокуратури подавати обвинувальний акт щодо судді містять матеріали попереднього слідства щодо голови суддівської колегії спеціального суду при Земельному суді у Відні Алойзи Ватави, який брав участь в ухваленні щонайменше трьох смертних вироків. Засудження працівниці пошти до страти за крадіжку посилки у показовому процесі, де головував цей суддя, у 1947 році прокуратура назвала таким, що «з кримінально-правової точки зору не викликає зауважень» («*strafrechtlich unbedenklich*»).

У свою чергу докладному правовому аналізу піддано присудження страти у повторному процесі 18 червня 1942 року католицькому священикові, якого раніше правомірним вироком суду засуджено до 6 років позбавлення волі за зґвалтування та перелюбство. Цей вирок як надто поблажливий Суд Рейху скасував, зважаючи на клопотання про визнання його недійсним (*Nichtigkeitsbeschwerde*). У повторно проведеному процесі ухвалено вирок, що відповідав очікуванням. При цьому суддя

Ватава посилався на положення німецького права, що обтяжували покарання для злочинців, які керувалися своїми потягами та діяли проти принципів моралі. Обов'язкова сила цього положення поширювалася на Австрію як частину Рейху з 24 вересня 1941 року, адже в аналізованій суддею справі австрійський кримінальний закон передбачав найсуворіше покарання у вигляді 20 років позбавлення волі.

Засуджуючи до страти у новому процесі, суддя все ж порушив заборону, яку визначав § 50 Кримінального закону Австрії, – двічі карати за одну і ту саму дію. Пізніше своє рішення суддя пояснював тим, що він був переконаний, що німецьке право, що його він застосовував, «мало пріоритет» порівняно з відповідним параграфом Кримінального закону Австрії.

Прокуратура, яка вела слідство щодо судді, висловила думку, згідно з якою цей суддя міг уникнути присудження страти людині, яку вдруге обвинувачували в тій самій дії, однак він припустився помилки щодо права (*Rechtsirrtum*), яку не можна визнати такою, що тягне кримінальну відповідальність. Закриваючи провадження, прокуратура вказувала, що цей суддя в інших процесах не присуджував найсуворіших покарань, тобто ухвалював вироки на користь обвинувачених. Згідно з показаннями свідків суддя Ватава, головуючи на засіданнях, кричав на обвинувачених та зневажав їх. Цю брутальну поведінку на обґрунтування закриття провадження прокуратура пояснювала нездатністю судді тримати себе в руках, його нервовістю та поганим станом здоров'я. При цьому бракувало обґрунтованості факту приниження осіб, яке заслуговувало б на покарання у розумінні § 3 та § 4 Конституційного закону від 26 червня 1945 року (*Kriegsverbrechergesetz*)⁴¹⁸.

Г. Одним із прикладів закриття провадження щодо нацистського прокурора є справа, в якій прокуратура знала, що підозрюваний брав участь у засудженні до страти за готування державної зради та послаблення обороноздатності. Підозрюваний прокурор Леопольд Маковські представляв обвинувачення та клопотав про присудження саме страти у щонайменше трьох процесах, причому огидний за своїм змістом обвинувальний вирок щодо вчительки (Герміни Логрінгер) із його прізвиськом як обвинувача став загальновідомим із виданої у 1946 році офіційної публікації документів періоду націонал-соціалізму.

Прокурор Маковські (член НСДАП з 1932 року, носив партійну відзнаку) «відразу після того, як у 1938 році прийшли німці, вима-

⁴¹⁸ Там само, с. 200–203.

гав у своєму житловому будинку [...], щоб усі його мешканці довели своє арійське походження». А в 1944 році, усвідомлюючи наближення падіння націонал-соціалістичної влади, він своїми діями «обумовив перенесення судового розгляду, після завершення якого очікувалося ухвалення 6 смертних вироків», які внаслідок подальшого перебігу подій все ж не було ухвалені. Два інші прокурори, які виступали у спеціальному суді у справах, які завершувалися смертними вироками, зізналися, що вони та Маковські домовилися саботувати суворі розпорядження Міністерства юстиції Рейху.

У постанові від 12 квітня 1947 року про закриття попереднього слідства наведено оцінку прокурорської діяльності Маковські, яку Стадлер назвав шокуючою:

За одностайними свідченнями майже всіх допитаних свідків, він виконував свої обов'язки як хороший прокурор, дуже людяний; майже в усіх випадках він намагався (часто успішно) уникати суворості та оминати доручення Міністерства юстиції Рейху.

Далі всупереч уже на той час відомим документам зазначалося, що

не доведено жодного випадку судового провадження, в якому він представляв обвинувачення і яке б закінчилося ухваленням смертного вироку. Не доведено також, що він виконував свої обов'язки, нелюдськи ставлячись до кого-небудь і спричиняючи тим самим чийсь страждання.

Постанова про закриття провадження, яку Міністерство юстиції затвердило 28 квітня 1947 року, закінчується реченням: проведене провадження «дало змогу із впевненістю стверджувати, що він ніколи не зловживав своєю посадою»⁴¹⁹.

⁴¹⁹ Там само, с. 192–193. Так само завершилося попереднє слідство щодо судді, який ухвалював вирoki у справах *Hoch-* і *Landesverrat* (Август Делліч). В обґрунтуванні зазначається, що знайдено усі вирoki, в ухваленні яких він брав участь, та виявлено, що найсуворішим із покарань, які він призначив, було 12 років позбавлення волі, а усі його засудження були «свідомими» і належним чином опрацьованими, жодне з них не вказувало на будь-яке ненависницьке ставлення до обвинувачених». В обґрунтуванні не згадується смертний вирок, який було ухвалено за участі цього судді і який пізніше було опубліковано в офіційному повоєнному виданні, натомість ймовірно, що інші такі самі вирoki перед закінченням війни були спеціально вилучені з судових архівів та спалені. Там само, с. 224.

Д. Підхід щодо способу застосування повоєнною системою правосуддя кримінально-правових положень, що стосувалися нацистських юристів, повною мірою ілюструє кримінальне провадження щодо голови сьомої палати Земельного суду вищої інстанції у Відні (Фрідріха Руссетгера), компетентного розглядати справи злочинів *Hoch- i Landesverrat*, який засудив до страти щонайменше 12 осіб за політичні злочини, вчинені у формі висловлювань та контактів з іншими особами, за які багатьом обвинуваченим присуджував багаторічне позбавлення волі. В обвинувальному акті від 15 квітня 1947 року жодне із цих засуджень не стало предметом кримінально-правової оцінки по суті справ; натомість обвинувачення стосувалися його приналежності до НСДАП в період дії заборони її діяльності та поведінки в судовій залі, де під час засідань він принижував людську гідність обвинувачених⁴²⁰.

Під час процесу обвинувачений Руссетгер стверджував, що присвоєне йому після приєднання Австрії звання «старого партійного товариша» він отримав через ввічливість вже покійного знайомого, а він сам у період нелегальної діяльності партії ніяких заслуг перед нею не мав. Він також заперечив, що нібито ображав і принижував кого-небудь із підсудних. Оскільки в обвинувальному акті не сформульовано обвинувачення, що стосувалося б змісту якогось із ухвалених ним вироків та присуджених покарань, адже приймалося, що вони не порушували чинного на момент ухвалення вироків права, то в результаті під час процесу не досліджувались аргументи, що були вирішальними при ухваленні обвинувальних вироків.

Зі свого боку обвинувачений Руссетгер заявляв, що у своїй суддів-

⁴²⁰ Аналіз прокурорських актів, а особливо проекту обвинувального акту, засвідчує, що 12 смертних вироків не було визнано достатньою підставою для того, щоб суддя Руссетгер постав перед судом і відповідав за їхнє ухвалення. Мотивацією правової кваліфікації його поведінки як злочину, описаного у § 10 і § 11 Конституційного закону від 8 травня 1945 року, було те, що головуючи під час судових засідань, він зневажив та принизив 5 осіб. Стадлер коментує: «Якби Руссетгер засудив обвинувачених, не зневажаючи їх, ймовірно, взагалі не велося б судове провадження щодо нього». Див.: Там само, с. 199. Під час попереднього слідства було зупинено лінію слідства, що ґрунтувалася на змісті § 102а Кримінального закону Австрії (зловживання суддівськими офіційними повноваженнями), адже враховано заперечування підозрюваним того, що він коли-небудь «призначав покарання, яке не відповідало б його суддівському переконанню і не було б передбачене законом». Другу лінію слідства, в якій з'ясувалося, чи призвели діяння підозрюваного судді до страждань та мучення осіб, яких він засудив, закрито з огляду на визнання того, що його поведінка не була причиною такого стану засуджених, що належить до ознак злочину, описаного у § 3 Конституційного закону від 26 червня 1945 року (*Kriegsverbrechergesetz*). Цей висновок вміщено у такому фрагменті акту прокуратури: «Страждання обвинувачених спричинив не Руссетгер, а власне факт їх арешту та внесення обвинувального акту щодо злочину, за вчинення якого загрозувала страта». Див.: Там само, с. 198–199.

ській практиці він зважав на небезпеку, яка загрожувала б підсудним, якби він не засуджував їх до багаторічного позбавлення волі, адже це дало б можливість скасувати його вироки як надто поблажливі та їх оскарження у надзвичайному порядку в Народному трибуналі, що неодмінно мало б наслідком присудження Трибуналом покарання у вигляді страти⁴²¹.

Вважаючи доведеними факти активної діяльності в нацистській партії та пов'язане із нею приниження людської гідності чотирьох обвинувачених противників режиму, суд визнав суддю винним у державній зраді в розумінні § 10 та § 11 Конституційного закону від 8 травня 1945 року (*Verbotsgesetz*) та у порушенні прав людської гідності в сенсі § 4 Конституційного закону від 26 червня 1945 року (*Kriegsverbrechergesetz*) і призначив покарання у вигляді 18 місяців позбавлення волі. В обґрунтуванні вироку як пом'якшувальні обставини зазначалося, що, хоча суддю визнано «нелегальним» членом НСДАП, він все ж «у минулому був зразковим суддею»⁴²². У документації стосовно цього вироку зазначено, що головуючий суддя попередив обвинуваченого Руссеггера про його право на подання апеляції до Верховного суду Австрії, додавши: «Я Вам бажаю, щоб вирок було скасовано, що мене особисто надзвичайно втішило б»⁴²³.

На думку прокуратури, присуджене покарання було надто поблажливим, якщо брати до уваги доведені під час процесу «численні факти однозначної брехні обвинуваченого». Верховний суд Австрії, розглядаючи апеляцію прокуратури, окреслив обвинуваченого як «фанатичного націонал-соціаліста», дорікнув судові першої інстанції, що той сплутав звання «старого партійного товариша» і «старого бойовика», а також неправильно встановив сенс ознаки забороненої дії «у зв'язку із його діяльністю на користь НСДАП». Цю ознаку законодавець застосував у § 11 Конституційного закону від 8 травня 1945 року (*Verbotsgesetz*), де йдеться про караність «особливо ганебних вчинків» та «дій, що є тяжким порушенням прав людини» за умови, що ці дії вчинено «у зв'язку із діяльністю» виконавця на користь НСДАП.

Критикуючи вирок Народного суду у Відні, Верховний суд Австрії дійшов висновку, що з цього вироку випливає, що обвинувачений суддя, засуджуючи політичних противників, дійсно «був корисним»

⁴²¹ Там само, с. 227, прим. 756.

⁴²² Там само, с. 264–266.

⁴²³ Міністр юстиції Республіки Австрії (Йозеф Геро) зробив заяву, згідно з якою це висловлювання судді «слід розуміти іронічно». Н. Butterweck, *Verurteilt und begnadigt...*, s. 133.

для партії, але водночас поведився як державний чиновник. Тому його поведінка в ролі судді у зв'язку із ухваленням вироків не могла бути предметом засудження на підставі § 11 Конституційного закону від 8 травня 1945 року (*Verbotsgesetz*). Далі зазначалося, що, хоча доведено, що висловлювання судді в ролі головуючого під час засідань у спеціальному судді підпадають під категорію зневаги і образи, які порушують людську гідність, то все ж у випадку вироку, що перевірявся, бракувало ширшої мотивації подібної кримінально-правової кваліфікації, що стало причиною рішення скасувати вирок в повному обсязі та відправити його на повторний розгляд до суду першої інстанції.

У повторному провадженні в Народному суді у Відні як свідки виступили лише окремі жертви вироків, що їх ухвалював суддя Руссетгер, які підтверджували пункти обвинувального акту. Натомість численні його колеги – судді та прокурори – заперечували, що суддя, головуючи під час судових процесів, порушував права підсудних, а окремі інциденти його поведінки виправдовували його нервовістю⁴²⁴. Тези виправдувального вироку Народного суду у Відні від 21 травня 1948 року, згідно з яким суддя Руссетгер не вчинив дій, у яких його обвинувачували, базувалися на такому обґрунтуванні:

Те, що він політично підтримував дух націонал-соціалізму, зробило його суворим стосовно обвинувачених, а його нервовість надмірно підсилила цю суворість. Небезпеку, яку породжувала така форма поведінки у суддівському кріслі, все ж компенсувала його об'єктивність (він тоді мав понад 50 років стажу), хоча через невідповідні висловлювання він справляв враження того, хто підтримує панування насилля як його довірених прихильник⁴²⁵.

Д. Діяльність на користь НСДАП прийнято за основу засудження судді спеціальної палати (що мала компетенцію з питань вирішення справ *Hoch- i Landesverrat*) Земельного суду вищої інстанції у Відні (Віктора Рейндля), який як голова військово-польового суду брав участь в ухваленні вироків навіть в останні дні існування Австрії як частини Третього Рейху⁴²⁶. В обвинувальному акті щодо нього від 23

⁴²⁴ Автор досліджень актів процесу зазначає, що свідки захисту «майже всі належали до НСДАП».

⁴²⁵ W. Stadler, «...Juristisch...», s. 274–275.

⁴²⁶ Згідно з розпорядженням від 15 лютого 1945 року кадровий склад військово-польових судів призначався гауляйтерами як намісниками з питань захисту Рейху «на територіях Рейху, що перебувають під ворожою загрозою». Цим судам доручали карати

лютого 1948 року зазначалося, що за його головування в період з 13 до 29 квітня 1945 року був ухвалений щонайменше 21 смертний вирок за послаблення обороноздатності, діяльність на користь ворога, готування зради, дезертирство та розкрадання військового майна. У резолютивній частині обвинувального вироку від 18 червня 1948 року, що його ухвалив Народний суд у Відні, як злочин проти правосуддя описується те, що Рейндль, будучи визнаний

«старим партійним товаришем» [...] у зв'язку зі своєю діяльністю на користь НСДАП, яка тяжко порушувала права людяності, що дістало вияв у тому, що під час провадження у військово-польовому суді 13 квітня 1945 року в Санкт-Пьольтені щодо Отто Кірхля та товаришів, маючи можливість як голова суду віддати свій голос за те, щоб розгляд справ окремих обвинувачених відбувався у звичайному провадженні, до якого, зважаючи на завершення війни та швидкоплинність подій, взагалі не дійшло б, у всіх дванадцяти випадках обвинувачення після завершення процедури доведення голосував за ухвалення вироку на місці, який підтверджував провину і засуджував до страти⁴²⁷.

Згідно із міркуваннями, на яких базувалися наведені тези, голова військово-польового суду мав моральний обов'язок дати можливість справам хоча б окремих обвинувачених стати предметом слідства у звичайному порядку, що призвело б до того, що фактичні смертні вироки, навіть ухвалені «законним шляхом», не були б виконані у зв'язку із

виконавців заборонених дій, які створюють загрозу для «німецької бойової сили або готовності до боротьби». Вирок суду, яким закінчувалося військово-польове засідання, міг містити рішення про покарання обвинуваченого «смертною карою, виправдання його або передачу до звичайної судової юрисдикції». Гауляйтер та намісник із захисту «країни Верхнього Дунаю» (Хуго Юри) своїм розпорядженням призначив головувати у військово-польових судах на ввірених йому територіях суддів у кримінальних справах (Пауль Люкс, Віктор Рейндль). Ухвалюючи вирок на початку квітня 1945 року в окрузі Земельного суду у Відні, голова *Standgericht* Люкс передав для проведення провадження у звичайному порядку двох осіб, обвинувачуваних у тому, що вони вивісили білу хустку на вежі мосту на річці Лейті, а пізніше, головуючи в іншому військово-польовому суді, дві інші справи закінчив без рішення про присудження смертної кари. Цього суддю (член НСДАП з 1931 року) 28 серпня 1946 року Народний суд у Відні засудив за активну діяльність в партії у період заборони (1933–1938 роки), причому це засудження не охоплювало його поведінки як голови палати з питань *Hoch-* і *Landesverrat* в період 1942–1943 років Земельного суду у Відні (він, зокрема, брав участь у засудженні до страти за готування державної зради).

⁴²⁷ Наступного дня після ухвалення та виконання цих вироків Санкт-Пьольтен зайняли російські війська. Див.: W. Stadler, «...Juristisch...», s. 263.

крахом націонал-соціалістичного режиму. Мотивом поведінки обвинуваченого судді було – як визнав суд – його бажання «продемонструвати особливий приклад слухняності» гауляйтеру НСДАП Хуго Юри, відтак, відмову судді визнано такою, що пов'язана із його діяльністю на користь партії.

Для того, щоб представити міркування суду, слід звернути увагу на те, що злочинною поведінкою судді не визнані його дії під час ухвалення вироків військово-польовим судом, а як таку, що заслуговує на покарання, оцінено лише відмову направити справу для розслідування у звичайному порядку⁴²⁸. Про це свідчить також виправдання його у цьому самому вироку від обвинувачень у тому, що поспішно проводячи військово-польове розслідування із порушенням положень кримінального процесу та використовуючи свою владу як голова суддівської колегії, він «спричинив мучення обвинувачених».

Коментатор цього вироку наголошує, що в ньому абсолютно не враховано потребу здійснити правову оцінку смертних вироків, що їх обвинувачуваний суддя ухвалював, при цьому повністю усвідомлюючи, що обвинувачених змушували шляхом застосування катувань визнавати себе винними, а такі зізнання суддя тлумачив як необхідні під час військово-польових розслідувань «чіткі докази», що були підставою для засудження⁴²⁹.

Після 29-денного судового процесу у Народному суді у Відні вирок від 18 червня 1948 року обвинуваченого суддю Рейндля визнано винним і засуджено до 5 років позбавлення волі за державну зраду (від-

⁴²⁸ Підставою притягнення судді до кримінальної відповідальності за ухвалені вирок було чинне на момент ухвалення вироку правове положення, що визнавалося як обов'язкове; воно розглядалося в контексті діяння, за яке призначав покарання суддя. У протоколі судового засідання від 16 травня 1948 року написано:

«Головуючий (до прокурора Лабманна): Прокуратура не поділяє позицію, що німецькі положення про державну зраду та послаблення обороноздатності були «узаконеним безправ'ям»?

Лабманн: Ні.

Головуючий: Тому не можна висунути жодного обвинувачення ані прокуророві, ані судді у тому, що вони діяли відповідно до їх вимог. (До свідка): Чи свідчить Ваш досвід про те, що Рейндль ухвалював обвинувальні вирокі всупереч його справжнім переконанням і всупереч тодішнім законам?

Свідок: Ні». Див.: Н. Butterweck, *Verurteilt und begnadigt...*, s. 166.

У підсумку такого міркування зазначено: «Дослідження двох процесів у військово-польовому суді, в якому головував Віктор Рейндль, проведені під час кримінального провадження щодо нього, засвідчило, що в тогочасних обставинах та за тогочасного правового становища ухвалення смертних вироків було неминучим». Див.: W. Stadler, «... *Juristisch...*», s. 237.

⁴²⁹ Там само, с. 264.

повідно до § 58 Кримінального закону Австрії), вчинену шляхом тяжкого порушення прав людяності у зв'язку із його діяльністю на користь націонал-соціалістичної партії, що є злочином, описаним у § 10 та § 11 Конституційного закону від 8 травня 1945 року (*Verbotsgesetz*). У березні 1951 року засуджений звернувся із клопотанням про відновлення провадження, зазначаючи, що він не належав до кола суб'єктів, визначених у § 10 *Verbotsgesetz* як виконавці, які до приєднання Австрії вели діяльність на користь НСДАП, а грошові внески стягував – це було доведено під час процесу – керуючись суспільною свідомістю, не усвідомлюючи, що вони використовуються на цілі нацистського руху. Народний суд у Відні врахував цю аргументацію, яку підтримали своїми показаннями 4 свідки, та постановою від 17 серпня 1951 року скасував свій обвинувальний вирок від 18 червня 1948 року, а потім на прохання прокуратури закрити провадження (6 листопада 1951 року)⁴³⁰.

Е. Найтяжчі обвинувачення висувалися щодо генерального прокурора (Йоганна Штіха), який на початку квітня 1945 року розпорядився провести пішу евакуацію з Відня засуджених до страти в'язнів, з яких 44 він пізніше передав у руки гестапо з метою розстрілу, який було здійснено 15 квітня 1945 року у в'язниці в Штейні⁴³¹.

Вироком від 18 червня 1948 року Народний суд у Відні визнав Штіха винним у тому, що як «старий бойовик» (штандартенфюрер СА), у зв'язку зі своєю діяльністю на користь НСДАП, із мотивів, що мають особливу обвинувальну силу, серйозно порушуючи права людини, він не дотримався своїх службових обов'язків стосовно в'язнів, яких суд засудив до страти, та через побоювання виявив свою політичну покірність, що призвело до страти в'язнів. У резолютивній частині вироку зазначено, що страта в'язнів була неприпустимою, зважаючи на зміну обставин, в яких відчуття людяності наказувало визнати, що вчинені ними порушення права не були такими, що заслуговують на страту.

Схоже, що як і в обґрунтуваннях інших вироків у справах юристів, вихідним пунктом цього обвинувального вироку було обговорення питання діяльності обвинуваченого як «нелегального» (до приєднання

⁴³⁰ Як зазначає Стадлер, судові було відомо, що усі чотири свідки належали до НСДАП, а щодо двох з них у зв'язку з цим велося кримінальне розслідування, яке було закрито. Див.: Там само, с. 278.

⁴³¹ Це була друга масова страта у в'язниці в Штейні, ще раніше (6 квітня 1945 року) в'язнів розстріляли під час звільнення: під прикриттям придушення бунту на території в'язниці розстріляно 229 осіб, а поза межами в'язниці – ще 61 вже звільнену особу. *Stein, 6. April 1945...*, s. 161.

Австрії) члена НСДАП, який перед судом применшував свою активність в партії, заперечуючи, зокрема, те, що сплачував партійні внески, а записи у своїх партійних актах про заслуги коментував як помилкові, заперечуючи те, що як «старий бойовик» після приєднання Австрії він мав право носити срібні лампаси до форми СА.

Зважаючи на зібрані докази, суд визнав його пояснення неістотними, чим обґрунтував визнання обвинуваченого винним у державній зраді в розумінні § 58 Кримінального закону Австрії і таким, що належить до кола суб'єктів, визначених у § 10 Конституційного закону від 8 травня 1945 року (*Verbotsgesetz*).

Невиконання обов'язків, яке вчинив Штіх, на думку суду, полягало у тому, що всупереч вказівкам Міністерства юстиції Рейху він розпорядився провести евакуацію в'язнів з Відня без актів, де, зокрема, містилася інформація про відкриті провадження про помилування, а після того, як в'язні потрапили до Штейна, він розпорядився звільнити тюремний конвой та передати в'язнів у руки гестапо, наслідком чого стало втручання гауляйтера (Юри) та розстріл в'язнів. Суд заявив, що через слабкість свого характеру обвинувачений не виступив проти гауляйтера, хоч як генеральний прокурор він мав юридичний обов'язок захищати життя 44 осіб та в ситуації, що мала місце, відвернути страту.

Оскільки суд оцінив, що Штіх був націонал-соціалістом під присягою, який підкорювався розпорядженням влади і діяв під впливом своїх нацистських переконань, в обґрунтуванні вироку зазначалося, що його поведінку «зумовлювала діяльність в інтересах НСДАП», що відповідало ознаці злочину, описаного у § 10 та § 11 Конституційного закону від 8 травня 1945 року (*Verbotsgesetz*). На підставі цих положень вироком від 18 червня 1948 року йому призначено покарання у вигляді позбавлення волі строком на 8 років.

Щоб представити питання кримінальної відповідальності нацистських прокурорів в аспекті принципів, що їх було прийнято після війни, варто також зазначити, що Штіха виправдали від обвинувачення, пов'язаного з його участю в ролі обвинувача в провадженнях у військово-польовому суді, який за його клопотаннями ухвалив 17 вироків, що засуджували до страти. Прокурор Штіх обвинувачував у тому самому військово-польовому суді, де головував суддя Рейндль, якого засуджено – як про це йшлося вище – не за ухвалення нелюдських вироків, а за те, що він не направив проаналізовані справи на проведення звичайного кримінального розслідування.

В обвинувальному акті щодо прокурора немає обвинувачення у тому, що він клопотав у військово-польовому суді про визнання обви-

нувачених винними та засудження їх до страти, а поведінку цього прокурора кваліфіковано як «пособництво, вчинене 13 квітня 1945 року в Санкт-Пьольтен, голові суду у порушенні його службових обов'язків, що полягало у залякуванні обвинувачених». Однак суд, що ухвалював вирок, констатував, що немає підстав для визнання прокурора винним у вчиненні таким чином описаної дії.

На початку 1954 року обвинувачений прокурор звернувся до Верховного суду Австрії з проханням повторно вивчити його справу, звертаючи увагу на те, що він ніколи не був фанатичним націонал-соціалістом, навіть тоді, коли в останні тижні війни обвинувачував у військово-польовому суді, адже він завжди виступав від імені посади генерального прокурора, яку він обіймав, а не як представник партії. З таким обґрунтуванням він дорікнув судові, який його засудив, що той здійснив неправильну оцінку його ситуації та обвинуватив його у діяльності під впливом переконань «в інтересах НСДАП», натомість об'єктивний осуд мав би зводитися до спостереження, що він був «старою людиною, яку вичерпала та втомила боротьба» і яка опинилася в стані крайньої необхідності. Адже якби він виступив проти гауляйтера у справі 44 в'язнів, засуджених до страти, то наразив би власне життя на небезпеку, а крім того, у становищі, в якому він опинився, він не мав юридичного обов'язку «слідувати за кожним в'язнем, щоб перевірити, чи інша особа не вчинить стосовно нього акту безправ'я» всупереч його волі як прокурора. Оцінюючи цю аргументацію, Верховний суд Австрії у постанові від 2 лютого 1955 року дійшов висновку, що ці аргументи не обґрунтовують потреби досліджувати правомірність засудження вирокком від 18 червня 1948 року.

Є. У процесі щодо прокурора (Вальтера Рабе), який як «старий партійний товариш», що в 1933–1938 роках як «нелегальний» член НСДАП вів діяльність в інтересах партії, а потім був призначений на посаду прокурора у Відні і 6 квітня 1945 року виступив проти звільнення в'язнів із віденської державної в'язниці, погрожуючи відповідальному чиновникові військово-польовим судом, ухвалено обвинувальний вирок із обґрунтуванням, що обвинувачений діяв таким чином в інтересах панування націонал-соціалістичного насилля. У вирокку Народного суду у Відні від 23 вересня 1946 року його поведінку названо такою, що суперечить природнім вимогам людяності і кваліфікується не лише відповідно до § 58 Кримінального закону Австрії і § 10 та § 11 Конституційного закону від 8 травня 1945 року (*Verbotsgesetz*), а й також як військовий злочин, описаний у § 1 Конституційного закону

від 26 червня 1945 року (*Kriegsverbrechergesetz*). У рішенні, що засуджувало його до позбавлення волі строком на 4 роки, його визнано також винним у вказівці арештувати та передати військово-польовому судові іншу особу⁴³².

Постановою від 5 квітня 1950 року Верховний суд Австрії скасував цей вирок, відсилаючи справу на повторний розгляд із обґрунтуванням, що при засудженні прокурора не враховано його аргументації, що, забороняючи звільняти в'язнів, він діяв з метою забезпечення безпеки мешканців Відня. Крім того, на момент ухвалення вироку у справі прокурора судові не були відомі вказівки Міністерства юстиції Рейху, які дозволяли звільняти в'язнів лише тоді, коли це не створить загрози громадській безпеці. Обвинувачений прокурор діяв відповідно до цього розпорядження, тому він не порушив принципів людяності, адже мотивом його рішення перервати звільнення в'язнів була турбота про безпеку мешканців Відня⁴³³. Отже, якщо він діяв у межах повноважень, які визначив рейхсміністр юстиції, то не втілив у життя вирішальної, коли йдеться про встановлення карантності його поведінки, ознаки «зловживання службовим становищем», яка описана у § 11 Конституційного закону від 8 травня 1945 року (*Verbotsgesetz*), зокрема, також тому, що

⁴³² В обвинувальному акті не сформульовано обвинувачення стосовно поведінки прокурора Рабе в межах проведеної ним для власних потреб «арізації» квартири, в якій проживала єврейка, хоча деталі справи подано свідком. У документації, яку опублікував Стадлер, подано фрагмент листа, який обвинувачений Рабе написав, перебуваючи під арештом, своїй дружині: «І через це я маю непогані шанси на засіданні. Повір мені, я вже добре вивчив місцевий театр. І знаю, що небезпечно, а що виглядає добре. Для мене це останнє! Дійсно! Але ж я знаю свій [обвинувальний] акт. З юридичної точки зору мені нема що закинути (*Juristisch bin ich nicht zu fassen*)». Це останнє речення Стадлер використав як назву для докладного опрацювання документації провадження проти нацистських суддів та прокурорів (виданого у 2007 році), що здійснювалися в Народному суді у Відні у 1945–1955 роках. У коментарі до наведеного фрагменту листа Стадлер зазначає, що всі обвинувачені юристи чудово знали, що їм має довести прокуратура, щоб отримати обвинувальний вирок, і з цієї точки зору їхня ситуація відрізнялася від ситуації «звичайних» підозрюваних. Використовуючи свої професійні знання на стадії попереднього слідства, вони слідували за тим, щоб не сказати чогось, що могло б обтяжити їх відповідальність, заперечували усе, що їм не могли довести, а усю аргументацію на свій захист – як впливає з опублікованих вироків – вони розвивали перед судом, а також у клопотаннях про повторний розгляд справи, якщо провадження все ж завершувалося засудженням. Див.: W. Stadler, «...*Juristisch...*», s. 205. 234.

⁴³³ Видані на початку 1945 року докладні вказівки Міністерства юстиції Рейху в справі звільнення в'язнів на територіях, що знаходилися під ворожою загрозою, передбачали, що в'язнів «можна звільняти тільки тоді, коли це не викличе загрози для громадської безпеки» (п. 9а), а «асоціальних та вороже налаштованих до держави» в'язнів наказували «передавати у руки поліції з метою подальшої ліквідації», а якщо не буде такої можливості, то «позбавляти їх загрози шляхом розстрілу» (п. 9с).

не розпорядився застосовувати нелюдяні та злочинні засоби (передача в'язнів у руки поліції, розпорядження про їхній розстріл).

Верховний суд Австрії також не погодився з кримінально-правовою кваліфікацією, яку прийняли за основу засудження, адже прокурор як державний службовець видав заборону звільняти в'язнів у межах функції, яку той виконував в цивільній адміністрації системи правосуддя, а не «у зв'язку із воєнними діями» (це поняття мало охоплювати «стратегічні і тактичні військові засоби»). Тому його поведінка не відповідає ознакам військового злочину, описаного у § 1 Конституційного закону від 26 червня 1945 року (*Kriegsverbrechergesetz*). Що стосується питання засудження за видачу розпорядження арештувати особу, Суд зазначив, що прокурор Рабе заперечував, що він нібито діяв з умислом віддати цю особу до військово-польового суду.

Повернута із таким обґрунтуванням справа не стала предметом повторного судового розгляду, оскільки прокуратура, ймовірно передбачаючи виправдання обвинуваченого Рабе, звернулася до суду із клопотанням про закриття провадження щодо нього. Це клопотання було задоволено постановою суду від 19 травня 1950 року.

Ж. Вироком, у якому поєдналися як основа засудження судді (Пауля Люкса) усі прийняті системою правосуддя принципи відповідальності нацистських юристів, стало рішення Народного суду у Відні від 5 грудня 1946 року (в подальшому це рішення не ставилося під сумнів).

Обвинуваченого було названо ключовою фігурою у судочинстві на території землі Австрія, зважаючи на його приналежність до НСДАП вже з 1931 року, у зв'язку з чим після запровадження заборони діяльності партії у його квартирі було проведено обшук, що, однак, не мало яких-небудь негативних наслідків. Після приєднання Австрії його призначено на посаду у Міністерстві юстиції Рейху (відділ з питань Австрії), де він отримав завдання провести кадрові «чистки» в австрійській судовій системі. Разом із прокурором Штіхом він брав участь в обшуку, проведеному за участі есесівців у квартирі прокурора, якого підозрювали у негативному ставленні до націонал-соціалізму. У 1939 році його призначено на посаду заступника голови, а в 1944 році – голови Земельного суду у Відні. У цей період лише в справах про державну зраду та зраду було ухвалено близько 2000 обвинувальних вироків, причому в 1942–1943 роках суддя Люкс головував у спеціальній палаті, що була компетентною вирішувати подібні справи. Ухвалені вирокі не піддавалися систематичному прокурорському аналізу під

час попереднього слідства, їх також не аналізували суди під час процесів над прокурорами та суддями Земельного суду у Відні⁴³⁴.

Дослідження судових актів мало б наслідки, які можна було б процесуально використати, якби воно давало змогу викрити уміщені в них докази того, що вироки ухвалювалися із порушенням чинного на момент ухвалення вироку права; натомість факти таких порушень рідко вказувалися в актах справ. У тих випадках, коли було б можливим висунення обвинувачень на підставі актів справ, з яких вбачалося, що судді приймали рішення про найсуворіші покарання, хоча такого покарання не вимагав прокурор, судді, як правило, виправдовувалися із зазначенням, що вони не усвідомлювали безправ'я, яке чинили (*mangelndes Unrechtsbewusstsein*).

Головуючий суддя Люкс, виступаючи як свідок на процесі над членом суддівської колегії Рейндлем (1948 рік), яка під його керівництвом у 1942 році ухвалила смертний вирок за негативне висловлювання про націонал-соціалістичний режим, заявляв, що усі троє суддів одностайно погоджувалися, а сам він і надалі переконаний, що лише таке покарання відповідало ступеневі провини виконавця, хоча прокурор вимагав «лише» 10 років позбавлення волі⁴³⁵.

Вироком від 28 серпня 1946 року обвинуваченого суддю Люкса визнано винним у вчиненні державної зради (*Hochverrat*) відповідно до § 58 Кримінального закону Австрії у розумінні § 10 та § 11 Конституційного закону від 8 травня 1945 року (*Verbotsgesetz*), адже у 1933–1938 роках, тобто в період дії заборони, він був членом НСДАП і в статусі «нелегального» (*Illegaler*) виконував політичну керівну функцію та був юридичним радником цієї партії, за що отримав партійну відзнаку за 10-річну активну службу.

Суд виправдав обвинуваченого від обвинувачення у «особливо ганебній поведінці», яка полягала у тому, що в 1938 році у Відні, виступаючи в ролі оберштурмфюрера СА, він звернувся до дружини заарештованого, а потім вбитого нацистами прокурора Ганса Туппи: «Як же ж він не опиниться в Дахау». Суд визнав, що висловлення, про яке повідомила свідок (Емма Туппи), не можна визнати доведеним, адже обвинувачений заперечив цей факт. Вирок, яким суддю Люкса засудили до 4 років позбавлення волі за доведену «нелегальність» його членства

⁴³⁴ Причиною Стадлер називає нестачу кадрів, а також висловлює думку стосовно ситуації у повоєнній системі правосуддя: «Якби переслідувалася співучасть у націонал-соціалістичному судочинстві, то ціла низка повторно прийнятих на службу суддів та прокурорів мусили б постати перед судом». «...*Juristisch...*», s. 223, прим. 743.

⁴³⁵ Там само, с. 205.

в партії, був одним із трьох (крім нього – щодо судді Штайнінгера та прокурора Штіх), що пізніше не був скасований рішеннями Верховного суду Австрії⁴³⁶.

3. 1 серпня 1946 року Народний суд у Відні ухвалив виправдувальний вирок у справі судді (Йозефа Дьользля), кримінальне провадження щодо якого було відкрите на підставі повідомлення потерпілого і обмежувалося діяннями, описаними в цьому повідомленні. Виправдувальний вирок знімав як обвинувачення у приналежності до нелегальної НСДАП, так і у діяльності в її інтересах після приєднання Австрії до Рейху, що полягало у приниженні людської гідності сторони судового процесу.

З документації, яка була у розпорядженні прокуратури та суду, що ухвалював вирок у справі, впливало, що суддя Дьользль брав участь в ухваленні щонайменше 7 смертних вироків, на які на обґрунтування його виправдання звернено увагу, однак питання його відповідальності за ці рішення залишено без юридичного аналізу.

Сформульоване в обвинувальному акті звинувачення, яке базувалося на показаннях потерпілого, стосувалося поведінки судді, який у 1939 році, приймаючи рішення в житловій справі, звернувся до сторони провадження зі словами: «З вами, свинячими жидами, ми не проводимо ніяких процесів. Якщо ви не з'їдете 15 числа, я пошлю до вас СА і накажу вас викинути». Зібрані у справі докази засвідчували, що це не був поодинокий випадок такої поведінки судді стосовно єврейських квартиронаймачів, які зверталися до суду з проханням захистити їхні права⁴³⁷. Прокуратура кваліфікувала таку поведінку судді як використання під впливом політичної ненависті суддівської влади з метою приниження та зневажання людини, що відповідає ознакам злочину проти людяності та людської гідності у розумінні § 10 та § 11 Конституційного закону від 8 травня 1945 року (*Verbotsgesetz*).

⁴³⁶ Там само, с. 257–258.

⁴³⁷ Суддя Дьользль був доповідачем у суддівській колегії спеціального суду, який 4 грудня 1942 року засудив польського примусового робітника на підставі ст. II та ст. III *Polenstrafrechtsverordnung* до 5 років концентраційного табору суворого режиму за те, що той без згоди роботодавця носив його старі шкарпетки та вживані підтяжки до штанів «аж поки вони не стали непридатними до вжитку». Неврахування у цьому випадку клопотання прокурора про присудження за цей вчинок смертної кари не зменшувало тяжкості безправ'я, яке вчинили судді. Тому Стадлер називає нічим необґрунтованим обмеження юридичного реагування стосовно «правосуддя» у судовій практиці спеціального суду у Відні найбільш брутальними формами безправ'я, якими були смертні вирoki, і додає у підсумку, що і такі вирoki після війни не стали підставою для висунення обвинувачень суддям, які ухвалювали їх на підставі чинного на момент ухвалення вироків законодавства. Там само, с. 224, 291.

Оскільки Дьользль з 1933 року, коли він розпочав суддівську діяльність, одночасно був членом СС (у зв'язку з чим у 1934 році його затримали «на багато годин», а в 1937 році заборонили ухвалювати вироки в кримінальних справах), то в обвинувальному акті щодо нього зазначалося, що він вчинив також злочин державної зради, визначений у § 58 Кримінального закону Австрії. На думку суду, поясненням обвинуваченого, які заперечували його нелегальну діяльність в партії до приєднання Австрії, не можна було «приписати ніякої вірогідності», однак вирішальними для виправдання судді були суперечливі показання свідків, які описували його поведінку в ролі судді у житлових справах.

Суд вирішив сумніви, посилаючись на принцип *in dubio pro reo*, і при цьому заявив, що власне «нелегальності» у цьому випадку замало для засудження, адже не доведено, що обвинувачений виконував керівну функцію в НСДАП або мав відповідне звання в СС.

I. Останнє рішення Народного суду у Відні в справі щодо нацистського судді стосувалося голови Земельного суду вищої інстанції у Відні (головував у 1943–1945 роках) Густава Тамеле, якому прокуратура планувала висунути обвинувачення в активній діяльності в НСДАП в період її нелегальності та в участі у «чистці» судових органів після приєднання Австрії до Рейху, а також у видачі в період краху націонал-соціалістичного режиму розпорядження палити судові акти. Однак під час провадження відмовилися висувати щодо підозрюваного обвинувачення у проведенні кадрової «чистки» серед юристів в землі Австрія, хоча зберігся офіційний документ, в якому комісар Рейху дякував судді «за самовіддану та цінну співпрацю під час виконання розпорядження про відбудову австрійського чиновницького складу».

Обґрунтуванням закриття цієї лінії слідства була відсутність документів, що містили конкретні кадрові рішення, які приймав суддя Тамеле, а також надзвичайно висока думка про нього його колег періоду головування у Земельному суді вищої інстанції у Відні, які засвідчили, що «при виконанні своїх службових обов'язків він завжди поводився надзвичайно правильно, а службові обов'язки виконував надзвичайно об'єктивно»⁴³⁸. Посилаючись на такі характеристики свідків, прокуратура визнала безпідставним обвинувачення, що «Тамеле керувався ненавистю до політичних інакомислячих». Також визнано доказово безпідставним приписування підозрюваному відповідальності за знищення судових актів, адже

⁴³⁸ Стадлер, який досліджував акти попереднього слідства, стверджує, що прокуратура не зробила нічого для проведення допитів суддів та судових чиновників, яких звільнено з посад внаслідок нацистської «чистки». Там само, с. 251.

він твердив, що лише передав своїм підлеглим зміст відповідного розпорядження Міністерства юстиції Рейху.

Зважаючи на це пояснення прокуратура заявила, що не вдається мотивувати обвинувачення у тому, що голова суду нібито «без службового доручення розпорядився, щоб підлеглий йому відповідний орган спалив акти». Обвинувальний акт від 28 квітня 1947 року обмежувався обвинуваченням Тамеле в учиненні злочину державної зради в розумінні § 10 та § 11 Конституційного закону від 8 травня 1945 року (*Verbotsgesetz*), оскільки належав до НСДАП у 1933–1938 роках, за що після приєднання Австрії до Рейху його нагородили званням «старого партійного товариша», а в лавах СА він дослужився до звання штурмбанфюрера.

Вироком від 17 листопада 1948 року Народний суд у Відні виправдав обвинуваченого Тамеле, зазначаючи в обґрунтуванні, що він врахував думки свідків, які казали про гідні високої похвали риси характеру обвинуваченого та його свідомість у виконанні службових обов'язків, незалежно від будь-яких політичних поглядів. Зважаючи на ці характеристики суд визнав пояснення обвинуваченого такими, що заслуговують на довіру. Обвинувачений твердив, що його активність у період заборони діяльності НСДАП обмежувалася незначними внесками на потреби безробітних націонал-соціалістів, а звання «старого бойовика» і відповідний партійний номер він отримав після приєднання Австрії до Рейху незаслужено, стараннями його друзів, які через доброзичливість та щоб відзначити його професійну компетенцію хотіли, щоб він обійняв посаду голови Земельного суду в Граці.

5. Австрійська модель кримінальної відповідальності суддів та прокурорів за вчинену несправедливість

Аналіз правових положень, на підставі яких велися кримінальні провадження щодо 52 нацистських суддів та прокурорів в Австрії у 1945–1955 роках, а також висновки, сформульовані під час цих проваджень, та зміст кінцевих рішень у них дозволяють реконструювати модель кримінальної відповідальності юристів за вчинену ними несправедливість. Основою цієї моделі є міркування про те, що суддя та прокурор чинили злочини тоді, коли як члени націонал-соціалістичної партії, усвідомлюючи безправ'я, яке вони чинили, керуючись особливо непри-

пустимою мотивацією, виходили за межі чинного на момент ведення проваджень права, адже поводитися особливо ганебно стосовно підозрюваних та обвинувачених або тяжко порушували права людини, діючи в інтересах партії або її озброєних формувань. Такий підхід означав визнання обов'язкової сили положень кримінального права Третього Рейху, які бралися за основу ухвалених вироків, навіть у тих випадках, коли нацистські прокурори, посилаючись на ці положення, зверталися до суду з клопотанням про присудження обвинуваченим смертної кари, а судді таке покарання призначали⁴³⁹. Тому караними діями визнано ті, що були суддівськими або прокурорськими «ексцесами» за межі тогочасного права, що визначало спосіб кримінального провадження та ухвалення рішення про винуватість та покарання. Таким чином, умовою караності дій виконавців стало встановлення, чи ці дії були пов'язані із діяльністю виконавців на користь партії («*in Verbindung mit ihrer Betätigung für NSDAP*»).

У судовій практиці такими ексцесами визнано особливо brutальне ведення процесу, знущання, зневагу та приниження людської гідності обвинувачених, а також погрози на адресу свідків, показання яких свідчили на користь обвинувачених. Обґрунтована підозра «ексцесів» в умовах їхньої караності, тобто вчинення їх «для партії», бралася як передумова відкриття кримінальних проваджень стосовно усіх суддів та прокурорів, що призвело до того, що в них не брали участі ті чиновники судової системи землі Австрія, які не були членами націонал-соціалістичної партії. Коло виконавців, які притягалися до кримінальної відповідальності, обмежувалося тими чиновниками судової системи, які належали до НСДАП в період заборони діяльності цієї партії в Австрії (1 липня 1933 року – 13 березня 1938 року) та яким у зв'язку з цим було видано після приєднання Австрії до Рейху відповідний партійний номер, що означав їхню «нелегальність».

Приналежність до забороненої нацистської партії, відзначена після приєднання землі Австрія до Третього Рейху званням «старого партійного товариша» («*Altparteigenosse*») або «старого бойовика» («*Alter Kämpfer*»), після війни обумовлювала кримінально-правову кваліфікацію партійного членства в контексті категорії державної зради (*Hochverrat*) як злочину, описаного у § 58 Кримінального закону Австрії 1852 року. Тому в обвинувальних актах щодо нацистських суддів та

⁴³⁹ У судовій системі щодо нацистських суддів та прокурорів за мовчазної згоди прийнято принцип, «що те, що з 1938 року до 1945 року було правом, після 1945 року не могло стати безправ'ям» («*dass das, was von 1938 bis 1945 Recht war, nach 1945 nicht Unrecht sein konnie*»). Там само, с. 291.

прокурорів на першому місці формулювалися обвинувачення в учиненні ними злочину державної зради із переліченням їхніх партійних функцій та відзнак, отриманих за партійну діяльність, а вже потім описувались їхні діяння, що їх вони вчинили як працівники судової системи на території землі Австрія, що каралися – як особливі вияви цієї зради – відповідно до § 10 та § 11 Конституційного закону від 8 травня 1945 року (*Verbotsgesetz*). Така кримінально-правова кваліфікація дій нацистських юристів у більшості випадків усувала потребу додатково посилатися на положення § 102а Кримінального закону Австрії, де йшлося про караність зловживання офіційною владою суддями та прокурорами⁴⁴⁰.

Аргументація, яку на свій захист наводили обвинувачувані судді та прокурори, зазвичай починалася запереченням приналежності до НСДАП в період заборони її діяльності, а відповідно – запереченням виконання в ній будь-яких функцій⁴⁴¹. У тих провадженнях, де було зібрано докази приналежності обвинувачених юристів до нацистської партії та релевантної діяльності в її лавах, виникала необхідність встановити, що їхні дії у суддівських та прокурорських ролях, які призводили до знущань над підсудними або свідками, були вчинені власне «у зв'язку з їхньою діяльністю на користь НСДАП».

Скасовуючи обвинувальні вироки, Верховний суд Австрії у двох випадках дійшов висновку, що засуджені судді, хоча й були переконаними нацистами та «нелегальними» членами НСДАП, все ж під час

⁴⁴⁰ Зміст положення § 102а Кримінального закону Австрії визначав караність також за дії, які в німецькому кримінальному праві тлумачилися як спотворення права суддею або прокурором під час ведення справи або ухвалення вироку (*Rechtsbeugung* – § 336 КК Німеччини). Оскільки визнано – як це можна припустити – що відповідне положення не вносить нічого такого до кримінально-правової кваліфікації дій суддів та прокурорів, що не відповідало б ознакам злочину *Hochverrat* у § 58 Кримінального закону Австрії з урахуванням положень § 10 та § 11 Конституційного закону від 8 травня 1945 року (*Verbotsgesetz*), воно не відіграло майже ніякої ролі у кримінальних провадженнях, перебіг яких докладно дослідив Стадлер. Там само, с. 291, прим. 965.

⁴⁴¹ Підозрювані і обвинувачені юристи стверджували, що наданий їм після приєднання Австрії партійний номер, що вказував на їхню діяльність в складі НСДАП у 1933–1938 роках, був наслідком випадку або особистих знайомств, що в аспекті судової практики вимагало від прокуратури надання інших доказів, які було важко зібрати, зокрема через відсутність повної партійної документації. Переважно як свідки захисту виступали інші «нелегальні» члени НСДАП, колеги обвинувачених. Завдання обвинувачення також ускладнило оновлення Конституційного закону від 8 травня 1945 року (*Verbotsgesetz*) у 1947 році, яке вимагало формального підтвердження призначення виконувати керівні функції в партії або в її озброєному формуванні, а не лише доказу фактичного виконання таких функцій. Користуючись змінами правового становища, обвинувачені стверджували, що інкриміновані їм обвинуваченням функції вони виконували тільки як почесні члени.

ведення кримінальних справ діяли «як державні органи, тобто не у зв'язку з їхньою діяльністю на користь НСДАП». У трьох випадках прийнято, що судді не керувалися мотивацією, що має особливу обвинувальну силу, адже їхня брутальна поведінка під час процесів була наслідком їхньої нервовості, що, однак, не позбавляло їх об'єктивності, яку підтверджували ухвалені вирoki.

Наведені міркування призвели до того, що провадження стосовно 38 нацистських судових юристів закінчилися закриттям на стадії попереднього слідства, щодо 14 юристів проведено судові провадження, що закінчилися засудженням 9 юристів, з яких 6 вироків згодом було скасовано, а повторні провадження у цих справах були закриті на клопотання прокуратури, яка керувалася переконанням щодо відсутності реальних перспектив отримання обвинувальних вироків⁴⁴².

Правові підстави проведення кримінальних проваджень щодо нацистських суддів та прокурорів скасував Федеральний конституційний закон (*Bundesverfassungsgesetz*) від 14 березня 1957 року, що наказував закрити провадження, які було відкрито на підставі постанов, зокрема § 10 та § 11 Конституційного закону від 8 травня 1945 року (*Verbotsgesetz*).

⁴⁴² Серед засуджених юристів тільки один повністю відбув присуджене йому покарання (1 рік позбавлення волі). Найдовше у в'язниці перебували Рейндль (4 роки і 7 місяців), якого звільнено умовно, та Штіх (4 роки і 9 місяців) – звільнений зважаючи на його нездатність далі відбувати покарання. П'ять засуджених у першій інстанції були реабілітовані внаслідок виправдання Верховним судом Австрії або закриття повторно відкритого провадження після скасування вирoku. Там само, с. 295.

Розділ X

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СУДДІ ЗА ВЧИНЕНУ НЕСПРАВЕДЛИВІСТЬ ЗА ПОЛЬСЬКИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ

1. Формування суддівської відповідальності за несправедливі вироки в Першій Речі Посполитій

В історії польського кримінального права витoki концепції відповідальності судді за несправедливе вирішення спору слід вбачати в середньовічному інституті догани щодо судді, з якого походить апеляція. Хоча поняття догани щодо судді в писаному праві вперше з'являється в статутах Казимира Великого (1347 рік), історики права вважають, що цей інститут існував задовго до того у звичаєвому праві.

Про те, що догана щодо судді могла мати наслідком скасування несправедливого вироку, свідчить фрагмент Статуту, де йдеться про скаргу засудженого, який обвинувачує суддю в тому, що в справі, яку «той вирішував, він явно несправедливо та нерівно виніс рішення»⁴⁴³. Особа, яку скривдив несправедливий вирок, могла відразу після його оголошення оголосити догану щодо судді, який ухвалив такий вирок, а якщо вона цього не зробила, то це означало, що «*ipsam iudex idem tulit [...] non provocavi, ne capellavit: vulgariter nienaganil*». Такий вирок («*sentetia [...] vulgariter nienaganiona*») – йшлося далі в аналізованому фрагменті – «визнається таким, що підтверджений» (*declaramus transivisse in rem iudicatam*).

Суддівський обов'язок чесно та неупереджено вирішувати справи, що розглядалися в судах, визначав Статут, де зазначалося, що в судовому провадженні «справедливим суддям не можна ані виказувати ненависті, ані узурпувати право помилування, домінувати за рахунок

⁴⁴³ Усі цитати наведені з: *Zwód zupełny Statutów Kazimierza Wielkiego w tłumaczeniu Świętosława z Wojcieszyna [powstałego między rokiem 1435 a 1448]* w: A. Z. Hełceł, *Starodawne prawa polskiego pomniki*, t. I, Warszawa 1856, s. 45.

страху та зводити нанівець справедливість задля власної користі» (*justos iudices nihil habeat vindicare odium, vel favor usurpare, timor praevalere, aut praemium justitiam evertere* – за перекладом Свентослава: «У справедливих суддів не може панувати заздрість або переважати ласка, або хабар, що спотворюють справедливість»). Судді повинні, «носячи терези в руках, рівними тягарцями важити (*sed gestent stateram in manibus, aequo libramine lances appendentes*), як ніби вони, роздумуючи та ухвалюючи вироки, самого Бога мали перед очима (*ut in concipiendis et ferendis sententiis solum deum habentes prae oculis*). А не марнуючи своє добре ім'я та ганьблячи свою честь, наперекір власній совісті та справедливості (*ne velut famae suae prodigi et persecutores ipsorum honoris, contra forum conscientiam et justitiam*) через упередженість або захланність будь-що чинити на шкоду стороні» (*per gratiam aut per sordes quidquam faciant partis in gravemen* – за перекладом Свентослава: «Через ласку або дари, які шкодили другій стороні») (CXIII)⁴⁴⁴.

Тому якби офіційний суддя (*judex ordinarius*) або делегат (*delegatus*), «не побоявшись Бога, по-іншому приймав би рішення проти однієї зі сторін у справі про спадщину або засуджував не шляхом ухвалення вироку в судовому розгляді» (*dei timore postposito, utique sententiaverit contra aliquem clientulum, alteri parti ipsum condemnato super hereditate, aut alia re certa in iudicum deducta*), то засуджена сторона могла апелювати до вищого судді (*pars damnata ad superiorem appellat*). Далі у наведеному фрагменті Статуту зазначалося: «Оскільки у польському судочинстві існує звичай» (*quia moris est in iudicio polonicali*), що той, хто хоче оголосити догану, повинен внести на користь судді, рішення якого він оскаржує, три гривні або хутро куниці, лише після цього суддя має захищати своє рішення у вищому суді (CXIII)⁴⁴⁵.

Далі Статут визначає, що має робити суддя, «якщо він несправедливо і неправильно вів справу або ухвалив рішення» («*in causa sua inique et perperam processisse seu iudicasse*»). Вказується, що «через своїх колег, які разом із ним засідали в суді, він повинен довести, що судив справедливо та згідно з правом» (*per suos collegas, qui secum eidem praesiderunt iudicio, probare debet, quo juste et legitime iudicavit* – CXVI)⁴⁴⁶.

Стосовно незадоволеної особи, яка оголошує догану щодо судді,

⁴⁴⁴ Там само, с. 128.

⁴⁴⁵ Там само, с. 128–129.

⁴⁴⁶ Там само, с. 130–131. Суддя, щодо якого висловлювалася догана, під час свого захисту посилався на судову книгу, де був записаний вирок, і на показання своїх колег – асесорів, разом з якими він приймав рішення у справі. Див.: R. Hube, *Prawo polskie w XIV wieku. Sądy, ich praktyka i stosunki prawne społeczeństwa w Polsce*, Warszawa 1886, s. 395.

Статут визначав: якщо той, хто оскаржує вирок, що його стосується, кажучи, що він ухвалений неправильно, хоче довести, що суддя ухвалив несправедливий вирок (*sin autem arguens sententiam suam de falso, probare voluerit, ipsum iudicem iniquam*), то повинен це робити за допомогою шести свідків того самого звання та стану, що й суддя (CXVI). Суддя, якого «перемагає сторона, яку він раніше несправедливо засудив, присоромлено має повернути своєму противникові, який до вищого суду оскаржував неправильний вирок, отримані шкіри куниці або гривні та сплатити штраф»⁴⁴⁷ (*iudex vincatur per partem condemnatam, eidem pelles aut tres marcas pceptas, cum poena Pietnadzieście, suffus rubore suo adversario restituat, qui ad superiorem in falsa pronuntiatione vocavit*) (CXIII – завершальна частина)⁴⁴⁸.

Як випливає зі змісту цитованого положення, суддя, який не захистився у вищому суді від обвинувачень у фальшивості свого вироку, повертав стороні, що на нього скаржилася, її заставу та сплачував їй штраф⁴⁴⁹. На ганебному для судді аспекті успішно оголошеної догани наголошує Свентослав, додаючи після слів *suffus rubore* (що їх він перекладає як «залився рум'янцем») коментар від себе: «Це через сором»⁴⁵⁰. Втрата поваги тягла втрату суддівської посади.

⁴⁴⁷ Слід звернути увагу на неодноразово вжите у Статуті визначення вироку як «фальшивого», що відповідає поняттю фальсифікації (*falsum*), яке в римському праві стосувалося несправедливого суддівського рішення. Особа, яка вносить скаргу щодо судді, «висловлює догану і хоче довести фальшивість несправедливого суддівського рішення» (CXVI, A.Z. Helcel, *Starodawne prawa...*, s. 131. Щодо римського права див. у Розділі III книги).

⁴⁴⁸ Отже, інститут догани щодо судді полягав у тому, що незадоволена вирокком сторона відразу після його ухвалення усно обвинувачувала суддю у свідомому, упередженому, а відтак – несправедливому вирішенні справи, що закінчилося ухваленням фальшивого вироку (*de falso*), що мало наслідком виникнення нового процесу між тією стороною та обвинувачуваним суддею. Цей новий процес відбувався у суді вищої інстанції, причому умовою його порушення було внесення на користь обвинувачуваного судді «кочу» (застави), вартість якого відповідала рангові судді, у вигляді хутра, а пізніше – грошей. Виконання ухваленого обвинувачуваним суддею вироку відстрочувалося, а власне суддя відсторонявся від вирішення інших справ. Якщо суддя захистив правильність ухваленого ним вироку, то останній набував законної сили, а якщо суддя програвав справу – вирок скасовувався, а суддя втрачав честь та суддівську посаду, повертав заставу і сплачував штраф. Див.: s. Płaza, *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym*, Kraków 1997, s. 451. Види застави залежно від рангу обвинувачуваного судді (від вовчих до горностаєвих шкір) наводяться у: R. Hube, *Ustawodawstwo Kazimierza Wielkiego*, Warszawa 1881, s. 164.

⁴⁴⁹ Слід зазначити, що «Швабське дзеркало» (*Schwabenspiegel*, близько 1275 року), докладно описувало якості, що є необхідними для виконання суддівських обов'язків, та визначало обов'язок судді сплатити відшкодування особі, яка потерпіла від несправедливого вироку. Див. Розділ III книги.

⁴⁵⁰ A.Z. Helcel, *Starodawne prawa...*, s. 129.

А якщо сторона, що оголосила догану, не змогла довести своїх обвинувачень, тобто «програла в процедурі доведення», тоді шкіри або гроші, які вона раніше внесла як заставу, отримував обвинувачуваний суддя, якому сторона, що програла, сплачувала штраф (*piętnadzieścia*), у чому – як зазначає Хубе – діставав вияв принцип рівності у покаранні (*partilitas in poenis* – у змісті ст. СХІІІ) сторони процесу та судді у випадку непідтвердження своїх тверджень.

Слід наголосити, що догана була насамперед спрямована проти судді, якого сторона процесу обвинувачувала у тому, що він умисно ухвалив несправедливий вирок, підтримуючи тим самим процесуального противника, і могла доводити упередженість судді, який ухвалив неправильний акт правосуддя, що тягло – у разі успішного розгляду справи – матеріальні та моральні клопоти судді⁴⁵¹.

Як зазначає Кутшеба, догана мала ширший обсяг дії, адже можна було оголосити догану не лише щодо судді – що траплялося найчастіше – а й щодо асесорів, писаря та возного за неналежне виконання ними своїх функцій⁴⁵².

На розуміння поняття ухвалення фальшивого вироку (*de falso*), за що на суддю могла чекати догана, очевидно, впливав принцип *lex retro non agit*, що формувався паралельно. Адже одночасно із письмовим оформленням у статутах інституту догани щодо судді у зв'язку із ухваленням фальшивого вироку встановлювався також принцип *lex retro non agit*, на що вказує Г. Граєвські, цитуючи передмову до малопольських статутів Казимира Великого, де висловлюється воля «законодавця, щоб відтепер і назавжди усі судді ухвалювали вирок на підставі цих статутів», у зв'язку з чим вони негайно набували сили в майбутньому. Натомість ст. 1 «особливо чітко визначає, що право пов'язує юридичні наслідки із подіями, які відбуваються зараз або відбуватимуться в майбутньому, а не з тими, що відбулися в минулому» (*non rescipiant preterita, sed tantum modo presencia et futura*)⁴⁵³. Автор зазначає, що півтора століття з появи цього принципу в статутах Казимира Великого законодавець

у Конституції, прийнятій на Пьотрковському сеймі у 1496 році, може не так вже і чітко, проте дуже помітно, нагадує, що юридична

⁴⁵¹ J. Rafac, *Nagaba sędziego w dawnym procesie polskim*, Lublin 1921, s. 75.

⁴⁵² s. Kutrzeba, *Dawne polskie prawo sądowe w zarysie*, Lwów, Warszawa, Kraków 1927, s. 110.

⁴⁵³ H. Grajewski, *Granice czasowe mocy obowiązującej norm dawnego prawa polskiego*, Łódź 1970, s. 37.

норма пов'язує юридичні наслідки лише з тими фактами, що відбуватимуться в майбутньому⁴⁵⁴.

«Ми хочемо, щоб те і будь-що, стосовно чого вирішується в нинішніх та інших статутах Королівства, стосувалося майбутніх подій»⁴⁵⁵.

Аналіз законодавства завершується констатацією: «Бачимо, як протягом півтора століття двічі в польському законодавстві з'являється чітко сформульований принцип *lex retro non agit* як гарантія надійності права»⁴⁵⁶. У XIV столітті (зі змінами 1532 року) було визнано, що принцип незворотної дії є основним, і це позбавляє законодавця права створювати положення, що мають зворотну обов'язкову силу, адже він уособлює загальний принцип права і адресований законодавцеві, обмежуючи його нормотворчі повноваження⁴⁵⁷.

Важливе, принципове значення судового рішення виводилося із законодавства першої половини XV століття (Брестський привілей – 1425 рік, Єдленський привілей – 1430 рік та Краківський привілей – 1433 рік), що встановлювало заборону конфісковувати майно без вироку та загальний принцип особистої недоторканності шляхти, що полягав у тому, що не можна було осілого шляхтича ані позбавити волі, ані покарати без судового вироку (*neminem captivabimus nisi iure victum*)⁴⁵⁸.

Із середини XV століття догана щодо судді у зв'язку із ухваленням несправедливого вироку поступово еволюціонувала до апеляції як інституту, спрямованого проти власне вироку, а не проти судді, який той вирок ухвалив. Корчинський статут 1465 року визначав, що суддя, вирок якого піддавався сумнівам, може розглядати усі справи за винятком тієї, від якої його відсторонили (*derogaverat*), а якщо він програвав справу, то не втрачав посади, а повертав заставу і платив

⁴⁵⁴ Там само, с. 38.

⁴⁵⁵ Там само.

⁴⁵⁶ Там само, с. 42.

⁴⁵⁷ H. Grajewski, *Zasada Lex retro non agit w praktyce sądów polskich do połowy XVI wieku*, Łódź 1971, s. 17. Проведене дослідження дає змогу авторові зробити висновок, що принцип «незворотної дії, який відомий польському законодавцеві вже з середини XIV століття, має місце також при застосуванні права на практиці як такий, що прийнятий у правовому житті суспільства», а «в першій половині XVI століття судова практика королівських судів дає нам переконливі докази того, що цей інститут рум'яниться барвами життя». Там само, с. 83.

⁴⁵⁸ J. Bardach, *Historia państwa i prawa Polski*, t. I, *Do połowy XV wieku*, Warszawa 1965, s. 424–425.

штраф («*piętnadzieścia*»)⁴⁵⁹. А Конституція 1519 року гарантувала, що піддавання вироку сумнівам не заплямує честі та доброї слави (*honori et bonae existimationi non nocebit*) судді, який його ухвалив⁴⁶⁰. Запровадження в середині XVI століття інституту апеляції не мало наслідком відмову від відповідальності судді за несправедливе ухвалення вироку згідно з концепцією, на якій базувався інститут *motio iudicis*⁴⁶¹.

Паралельно формувалися принципи покарання суддів за продажність, незалежно від того, чи було її наслідком ухвалення упередженого рішення суддею, який піддався корупції. Вживаючи сучасну лексику, можна сказати, що тогочасне законодавство мало на меті створити пра-

⁴⁵⁹ Догану щодо судді, що обмежувалася за наслідками, названо терміном «моція» (*motio iudicis*).

⁴⁶⁰ *Volumina Legum, Przedruk zbioru praw*, t. 1, Petersburg 1859 (reprint Warszawa 1980), s. 177. У цьому самому 1519 році багато галасу наробила справа про засудження згідно із «гарячим правом» у місті Казімеж, біля Кракова, де за магдебурзьким правом існували органи самоврядування, трьох шляхтичів, затриманих «на гарячому», за згвалтування. Шляхтичів засудили в ратуші Казімежа у міському суді й відрубали їм голови. Страта трьох «братів шляхти» настільки обурила земських депутатів, які в цей час зібралися на сеймі в Торуні, що вони вимагали, щоб король покарав членів ради в Казімежі за «судове вбивство». Від того, чи король виконає їхню вимогу, залежало прийняття сеймом рішення про запровадження податків, необхідних для ведення війни з прусами. Слухняний волі короля Зигмунта королівський суд, не викликавши суддів з Казімежа, щоб ті могли захистити свій вирок, ухвалив, що мають «полетіти їхні власні голови», що і відбулося – було страчено бургомистра Кавку та двох депутатів (Сечка та Шелінг). Див.: K. Koranuj, *Wstęp* [w:] B. Groicki, *Artykuły prawa magdeburskiego. Postępek sądów około karania na gardle. Ustawa placej u sądów*, Warszawa 1954, s. 14–15; s. Salmonowicz, J. Szwaja, s. Waltoś, *Pitaval krakowski*, Kraków 1974, s. 18. По суті це було судове вбивство міських суддів, обвинувачуваних у вчиненні такого самого злочину щодо засуджених шляхтичів, які згвалтували міщанку. Після ухвалення вироку та видання статуту, що обмежував компетенцію міських судів стосовно покарання шляхти, яка вчиняла злочини в місті (1520 рік), сейм задовольнив прохання короля й прийняв рішення про запровадження податків. Цей випадок вплинув на формування поглядів щодо покарання суддів. У літературі зазначається, що в ті часи, коли Гроїцкі – писар в суді вищої інстанції в Кракові – перекладав польською мовою «Кримінальний кодекс» імператора Карла V 1532 року, відомий як *Constitutio Criminalis Carolina*, ще пам'яталася «справа з Казімежа». Можливо, саме знання цієї справи мотивувало Гроїцкі змінити зміст фрагменту німецького тексту, що його він перекладав, де йшлося про відповідальність суддів. Там, де *Carolina* зазначає, що судді, які поводяться неправильно, мають «терпіти покарання» («*Straf... leiden*»), Гроїцкі пише, що вони повинні відшкодувати кривду, яку вони завдали підсудному: «Якщо вони через свою необережність спричинили несправедливе катування когось, вони мають визнаватися винними, а залежно від розмірів кривди, яку вони завдали невинуватому, вони можуть притягатися до відповідальності вищим органом; і вони повинні відшкодувати кривду тому, кого несправедливо катували» (ст. XXXI). Див.: B. Groicki, *Artykuły prawa magdeburskiego...*, s. 129.

⁴⁶¹ Запровадження інституту апеляції у 1523 році супроводжувалося ліквідацією моції, яку все ж було повернуто Конституцією 1538 року, адже судді вчиняли зловживання. Разом з апеляцією моція протрималася до кінця існування Першої Речі Посполитої. Див.: s. Plaza, *Historia prawa w Polsce...*, s. 451.

вові підстави караності дій у сфері судової несправедливості, причини якої вбачалися в корупції в системі правосуддя. Натомість не сформувалася кримінальна відповідальність за власне суддівську упередженість, що породжувала ухвалення несправедливого вироку, незалежно від того, чи брав суддя хабара за прийняття свого рішення.

У Конституції 1676 року зазначалося, що покаранням для того, щодо кого було б стовідсотково доведено, що він підкупував суддю Коронного трибуналу, має бути програвш в його справі, у зв'язку з якою він підкупував суддю, а суддя, який взяв хабара, мав бути покараний втратою посади разом із втратою права обіймати будь-які посади. Це положення звучало так:

Кожен суддя Трибуналу зобов'язаний під присягою не брати жодних подарунків. Якби, однак, *claris dokumentis* було доведено, що хтось хотів його підкупити, тоді той, хто підкупував, програвав свою справу, а *corruptus* від суду усувався і потім мав позбавлятися виконання усіх функцій *incapax*⁴⁶².

Відповідно до Конституції 1699 року покарання втратою права обіймати посади застосовувалося до обох сторін акту корупції в Трибуналі, причому суддя, який втрачав посаду, мав повернути отриманий подарунок та заплатити штраф 2000 *marcarum*. Далі в Конституції йшлося про застосування покарання у вигляді втрати публічної гідності: «Це стосується і Послів Сейму, якби виявився якийсь *corruptus* в Трибуналі *ad instantiam cuiusvis* має *respondere*»⁴⁶³.

У Конституції 1726 року встановлено відповідальність земських та гродських писарів й інших судових чиновників за несправедливе проведення «інквізиції». Інквізиція була свого роду слідством, що

⁴⁶² *Volumina Legum. t. V, s. 178.*

⁴⁶³ Там само, t. VI, s. 33. Ці положення стосувалися суддів Коронного трибуналу, які обиралися на шляхетських депутатських сеймиках на однорічну каденцію (разом – 27 депутатів). Хоча Коронний трибунал був найвищою судовою інстанцією, від кандидатів в судді не вимагалось ані юридичної освіти, ані фаховості, ані досвіду (після річної каденції повторно можна було бути обраним через 4 роки). Із середини XVII століття Трибунал став знаряддям в руках магнатів, які здобули вирішального впливу на вибір суддів. Як зазначає Плаза, судді переважно не лише не мали юридичної освіти, а й були надто продажними. Цей автор пише, що упереджені та нечесні судді Трибуналу часто ухвалювали вироки під впливом або хабарів, або вказівок магнатів, від яких вони залежали. Відтак, Трибунал працював усе гірше, а намагання його реформувати та налагодити діяльність не мали очікуваних наслідків. Див.: Н. Płaza, *Historia prawa w Polsce...*, s. 550–551.

мало надати судові письмову документацію, необхідну для ухвалення вироку. Визначалося це таким чином: «А чиновники, призначені від Трибуналу», повинні провадити «такі інквізиції досконало, працюю- вито, перевіряючи *testes semotis arbitris*», встановлюючи «*meritum* усіх пунктів скарг, яких стосується позов [...] фальшивих свідків *erronee*, що дають показання, або радше *corruptos*, добре розуміючи», а також «вираховуючи» шкоду та визначаючи суми, що є предметом претензій сторін, перевіряючи їх через «документи, квитанції, свідчення під при- сягою». Чиновники, які вели слідство, його результати

повинні описати для того, щоб Трибунал *circa disjudicationem causae*, без зволікання та труднощів, присуджуючи ці суми, кому *justitia* вони належать, мав цих *luculentam expressionem*, які інквізи- ції справедливо та досконало з усіма обставинами описавши [...], до Канцелярії Трибуналу відсилати *tenebuntur*.

Конституція також визначала максимальний розмір оплати чинов- никам, що провадили слідство, застерігаючи, щоб ця оплата «від обох сторін не перевищувала триста злотих *pro sorte* одного чиновника». Що стосується судових чиновників та суддів, які порушували свої обов'язки, Конституція визначала, що вони мають каратися:

при реституції *in duplo* береться *in majori quantitate salarium, in super poenam provationis ab activitate*, строком на один рік чи більше – на розсуд судді; а у випадку більших проступків, *in casu* несправед- ливих інквізицій або розголошення таємної інформації – відповідно до проступку, *provationem in perpetuum ab Officio*⁴⁶⁴.

Таким чином, за несправедливе провадження слідства передбача- лося покарання у вигляді позбавлення посади на визначений строк, а у випадках тяжких проступків – назавжди.

Важливе положення щодо покарання чиновників гродських та зем- ських судів за недбале виконання своїх обов'язків містила Конститу- ція 1764 року, яку ухвалили тому, що в аспекті попередніх положень права «дистинкція на Вроджених Земських та Гродських Чиновни- ків *paenalitatum ex negligentia, vel abusu promeritorum* не є достатньо висвітленою». Тому вирішено,

⁴⁶⁴ *Volumina Legum*, t. VI, s. 236.

що кожен чиновник за *ex negligentia* недбале ведення судових засідань, через що розгляд справи умисно був зірваний і суд не міг судити, *determinate* каратиметься так, що його зачинятимуть у вежі на так довго, як *per absentiam* від судів покинутим бути покажеться.

Крім таким чином описаного неналежного виконання обов'язку брати участь в судових засіданнях, у Конституції також йшлося про більш невизначене в контексті форми поведінки чиновника «зловживання посадою». Декларувалося, що чиновник може «обвинувачуватися в проступку *ex abusu* посади». І якщо під час розгляду справи таке зловживання буде доведено («*et ordinariis probationibus juris*») переконливо, то чиновник мав каратися втратою посади та права виконувати публічні функції, як він їх заслужив – «*in privationem officii, et activitatis, secundum demeritum*» – чи на кілька років, чи назавжди. Воля законодавця щодо цих випадків висловлювалася так: «Чиновників, які погано впорюватимуться з обов'язками [...], дозволяємо судити»⁴⁶⁵.

Слід зауважити, що поняття караного зловживання посадою охоплювало різні порушення судової процедури та випадки неналежного виконання судовими чиновниками через свою недбалість їхніх процесуальних обов'язків, однак це поняття не охоплювало ухвалення суддею несправедливого вироку. Адже далі в Конституції знаходимо речення, зміст якого однозначно вказує на те, що законодавець відкидав думку про можливість покарання суддів за зміст вироків, які вони ухвалювали: «А за рішення суддів не мають ані позивати, ані карати»⁴⁶⁶. Здається, що таким чином сформульоване положення унеможливило формування конструкції кримінальної відповідальності судді за ухвалення несправедливого вироку як злочину *sui generis*, що юридично та доказово відрізнявся від суддівської продажності⁴⁶⁷.

Реалізації волі законодавця суворо карати корумпованих суддів, які зрадили своє покликання, перешкоджали позиції їхніх колег, які

⁴⁶⁵ Справи суддів про каране «погане виконання посадових обов'язків» за Конституцією 1768 року розглядалися Коронним трибуналом: «Судді [...] Земські, Гродські Посадовці і всі *subalternae jurisdictiones* [...] *de male gesto Officio*, в Трибуналі відповідати, *et judicatum* їхні *pati* будуть повинні». Див.: Там само, t. VII, s. 279.

⁴⁶⁶ Там само, t. VII, s. 237. Щодо осіб, які з ненависті позиваються до чиновників, Конституція зазначила: «А якби хтось, хто *malitiose* позвавши чиновника або відомство *de negligentia, seu abusu*, того, у чому їх обвинуватив, не довів, тоді він *irremissibiliter* має бути покараний».

⁴⁶⁷ Порівнюючи в цьому питанні польське право з німецьким, треба згадати, що прусський Лендрехт 1721 року визначав, що суддя, який ухвалює фальшивий вирок, має каратися як фальсифікатор. Див. Розділ III книги.

в процесах про корупцію очевидно спотворювали право на користь обвинувачуваних у продажності, що обґрунтовувало виключення справ про корупцію суддів з предметної підсудності Коронного трибуналу. У Конституції 1768 року це рішення мотивувалося так:

Колишній опис прав і суворість покарання не могли утримати безбожних людей від корупції в судах, ані присяга цієї зухвалості не могла стримати, а часто судді один одному звикли такі проступки попускати. Отже, з цього часу якби комусь з суддів був вручений хабар, *forum* відбуватиметься вже не в Трибуналі, а в Підзвітному суді⁴⁶⁸.

Доказові труднощі у переслідуванні аналізованого злочину зумовили підхід, закріплений у Конституції 1775 року:

А в справах *corruptionis Iudicis, et corruptentis* докази повинні бути зрозумілими, підтвердженими документами, а за умови їх *in defectu*, достатньо доведеними інквізиціями. А якби суддя, який брав хабар, видав того, хто його давав, тоді *corruptus a poenaltate liber*, а *corruptens* має каратися, *et e contra*⁴⁶⁹.

Сформульоване таким чином положення мало заохотити порушувати мовчазні змови між сторонами, гарантуючи, що не підлягатиме покаранню той учасник акту корупції, який першим видасть іншого.

Принцип, згідно з яким судді не підлягають покаранню за ухвалені ними вироки, підтвердила Конституція 1775 року, яка проголосувала, що «всі міністерії, юрисдикції і громадяни різного стану Речі Посполитої резолюцій, листів-нагадувань та реквізиційних листів (які видала Постійна рада) повинні неодмінно слухатися». Що стосується чиновників, які не дотримуються субординації, що карається звільненням з посади, та звільнення від цього покарання суддів, які ухвалювали вироки, зазначено так: «Після реквізиційного листа та листа-нагадування, якби хтось і надалі був неслухняним, *sub poena suspensionis ab officio*, однак цьому покаранню ніякі судді *judicato* не

⁴⁶⁸ *Volumina Legum*, t. VII, s. 330. Підзвітний суд був асесорським судом, що засідав за участі короля та присутніх при дворі сенаторів. Див.: s. Płaza, *Historia prawa w Polsce...*, s. 553.

⁴⁶⁹ *Volumina Legum*, t. VIII, s. 81.

мають підлягати»⁴⁷⁰. У наступному реченні декларується, що «*respective* резолюцій у справах та судових декретах листи-нагадування не повинні стосуватися», що означало, що Постійна рада не буде втручатися в судову практику. Отже, після запровадження Постійної ради як уряду встановлено заборону «критикувати» суддів виконавчою владою за зміст вироків, що їх вони ухвалювали (заборона впливала із суті поділу влади на три гілки).

У Конституції 1775 року все ж передбачався виняток з принципу, згідно з яким судді не підлягають покаранню за те, які рішення вони приймають у справах (у частині з назвою «Пояснення *liberae vocis, et oppressi civis*»). Посилаючись на право «вільного голосу», яке захищало від покарання за висловлювання в цивільних справах і було встановлене Конституцією 1669 року, в Поясненні зазначалося, що «ніхто *in poloticis pro libero arbitrio, et sensu suo*, хоч би також не на публічних з'їздах, *de prompto* не може бути критикований та до будь-яких судів притягнутий *ullo praetextu et colore*⁴⁷¹. Якби з такої причини когось зі злості позивали б до суду, той має право на вільну *actio [...] tanquam cum oppressore civis liberi*, а позивач «має бути покараний сидінням в вежі *in fundo* протягом року та шести тижнів [...] та сплатою 2000 штрафу [...] як *calumniator* та порушник громадського спокою»⁴⁷².

Що стосується власне судових проваджень та суддівських рішень, що приймалися під час них, пояснювалося, що як такі, які становлять *oppressio civis*, вони стають недійсними в силу права: «А цілий процес і декрети, які приймаються *hoc intuitu, pro nullis ac irritis* хочемо мати». Натомість «суддю, який разом тим фаворизує⁴⁷³ і *per depravatam justitiam* і який створює труднощі для громадянина, *abjudicatione ab Officio, incapacitateque honorum* наказуємо карати»⁴⁷⁴.

Оскільки в тогочасному праві немає опису караного ухвалення суддівського вироку в жодній справі, тому можна припустити, що це (обґрунтований тяжкістю злочину проти правосуддя) – єдиний випадок, коли суддя відповідав за спотворення права та несправедливість, яку він таким чином чинив, тобто коли він вів справу проти автора висловлювання, який користувався правом вільного голосу. Про те, що *oppressio civis* вважали злочином проти правосуддя, який загрожую

⁴⁷⁰ Там само, с. 532.

⁴⁷¹ Там само, с. 80.

⁴⁷² Там само.

⁴⁷³ У Конституції це поняття вживається у значенні лат. *Favor*, що в аналізованому контексті означає упередженість судді.

⁴⁷⁴ *Volumina Legum*, t. VIII, s. 80.

шляхетській демократії, свідчить і те, що на «делатора», тобто того, хто доніс на громадянина, створюючи підстави для його обвинувачення в суді, чекала смертна кара та конфіскація майна (*poena capitis, et confiscationis bonorum*).

Компетенцію судів розглядати справи суддів, обвинувачуваних в корупції, визначала Конституція 1776 року в Ординації сеймових судів:

Не виключаючи жодного *ultima instantiae*, судді, з точки зору самої тільки корупції, встановлюємо відповідати в цьому суді; а нижчим канцеляріям у подібних випадках залишаємо для надання відповіді Коронний трибунал⁴⁷⁵.

Оригінальну та єдину у своєму роді концепцію протидії суддівській корупції створив Анджей Замойські у своєму «Збірнику судових прав відповідно до Конституції 1776 року».⁴⁷⁶ Вихідною точкою концепції був наказ: «Судді мають жити дуже скромно і не повинні використовувати під час виконання своїх суддівських обов'язків інших шат, крім спеціальної форми». Далі мали заборонятися будь-які домовленості зі сторонами у цивільних та кримінальних процесах поза судовою процедурою: «Не можуть ані домовлятися, ані відвідувати заходи, організовані особами, які внаслідок позову чи обвинувачення в їхніх судах мають справи». До здійснення контролю за дотриманням цих заборон мали долучатися усі громадяни, які матеріально заохочувалися доносити на суддю, що порушував їх. Фрагмент положення, що містило такий підхід:

⁴⁷⁵ Там само, с. 542. В описі реалій системи правосуддя XVIII століття Генрік Жевуські наводить пояснення причини, з якої обличчя Спасителя на кам'яному хресті із написом *Iustitias vestras iudicabo* [Я судитиму вашу справедливість – псалом 74] в будинку Коронного трибуналу в Любліні відвернуте від *praetorium* (судової зали). Так сталося після того, як вбогу вдову, справа якої «була чиста, як бурштин», було скривджено вироком, ухваленим в процесі з магнатом, що підкупив суддів, зобов'язавши таким чином «усіх членів Трибуналу, всупереч праву та совісті, видати прихильний для нього декрет». Як пише автор, «Ісус, як побачив таке неподобство [...], своє засмучене обличчя відвернув і його не покаже [...], доки народ не позбудеться продажності в судах, симонії в духовенстві та сварливості серед шляхти». Див.: *Pamiętki Soplecy*, Warszawa 1961, s. 117–118.

⁴⁷⁶ Варшава 1778 рік. Свій «Збірник» він закінчив словами: «Моя праця є лише проектом, але має велике значення та наслідки для всього Народу – служити і спонукати до роздумів не тільки стани, які засідають у Сеймі, а й тих наших братів, які залишаються вдома» (с. 131).

Якби якийсь суддя наважився порушити цю заборону, то будь-який громадянин міг би поскаржитися на це до Трибуналу, а Трибунал в такій справі має негайно покарати того, хто порушив право, на тисячу злотих на користь такого громадянина.

Ще одне рішення враховувало як можливе небажання суддів карати своїх колег, так і їхню невинуватість в аспекті порушення заборон, що мало призводити до втрати суддівського статусу:

«Якщо Трибунал вчинить несправедливість, і судді не припинять жити та виконувати свої обов'язки не за правом, хтось з громадян має обвинуватити їх в сеймових судах, які будуть мати силу заперечити суддівське звання обвинувачених...» (ст. VI «Про гродських суддів», § 10).

У справі покарання суддів за корупцію Замойські передбачав збереження попередніх положень сеймових конституцій, водночас визначаючи випадок, що дає судді можливість уникнути покарання, що йому загрожує:

Судді, які беруть хабарі, мають каратися так, як це було зроблено в справі про корупцію суддів, але якби суддя повідомив своїх колег про отриманий хабар до моменту ухвалення вироку і власне хабар надав до суду, його звільнили б від покарання, а сторона, яка корумпувала, відразу *per terminum tactum* відповідала б перед судом у *etiam in contumaciam*; вона буде каратиметься сидінням у вежі протягом року і заплатити чотири тисячі польських злотих: половину тому судді, якого хотіла підкупити, а другу половину – на громадські потреби міста. А власне хабар буде повернутий тому, хто хотів підкупити суддю (ст. VI, § 11).

Як випливає з цього положення, заохоченням для судді мала бути перспектива отримати половину штрафу, який сплачувала сторона, яка намагалася його корумпувати.

Положення «Збірника», що стосувалися гродських суддів, мали застосовуватися також стосовно земських суддів, причому вони мали підлягати покаранню також у випадку, коли не доносили про корупцію («які затаювали і чинили корупцію каратися Трибуналом будуть так само, як гродські судді» – ст. IX «Про земських суддів», § 6).

Натомість у проєкті Замойського не знаходимо положення, яке описувало б окремо від суддівської продажності карану дію спотворення в резолютивній частині вироку змісту права та ухвалення у зв'язку з цим несправедливого рішення.

Конституція від 3 травня 1791 року не містила нових положень щодо відповідальності суддів, однак вона поширила також і на міщан (посесіонатів) гарантії особистої недоторканності, про що зазначає:

Стаття II «Про прерогативи міщан». «Кардинальне право»: *neminem captiivabimus nisi iure victum* поширюємо на особи, які проживають в містах, за винятком підступних банкрутів, які не сплатили в суді відповідної застави, та яких схоплено на гарячому⁴⁷⁷.

Наведений вище нарис стосовно формування кримінальної відповідальності судді засвідчує, що починаючи з середньовічного інституту догани щодо судді йшлося про покарання за суддівську несправедливість, яка діставала вияв в ухваленні «фальшивого» вироку, а умовою караності стало доведення того, що суддя отримав матеріальну винагороду від сторони у процесі. Немає жодних сумнівів, що з початку йшлося про покарання за «несправедливе ухвалення вироку»⁴⁷⁸ суддею, при цьому визнавалося, що караною має бути саме поведінка, що є причиною суддівської упередженості. Натомість власне наслідок, що полягав в ухваленні несправедливого вироку, опинявся поза межами конструкції кримінальної відповідальності і не набував значення самостійного юридичного аргументу караності поведінки судді.

2. Принципи суддівської відповідальності після падіння Першої Речі Посполитої

Після втрати незалежності Кодекс покарань для Польського королівства 1818 року встановив кримінальну відповідальність судді за «зловживання владою при виконанні службових обов'язків». В описі дії чиновника використовуються формулювання, схожі до тих, що їх ужито в австрійському Кримінальному кодексі Йосифа II (1787 рік). Причинами зловживання владою Кодекс називає бажання наживи, пристрасть або будь-який побічний мотив і уточнює, що діяння стає зло-

⁴⁷⁷ *Volumina Legum, t. IX, s. 216.*

⁴⁷⁸ R. Hube, *Prawo polskie w XIV wieku...*, s. 395.

чином, якщо чиновник завдав значної шкоди «чи-то майну, чи славі, здоров'ю, свободі або правам іншої людини, і якщо він поведився із особливою злістю та підступністю», що стосувалося також судді, який «дозволяє себе звабити від правового та свідомого виконання своїх службових обов'язків» (ст.ст. 97, 98).

Далі Кодекс зазначав, що «такі злочини підлягають покаранню позбавленням волі строком від 3 до 10 років» (ст. 99). Більш м'яким було покарання (публічний арешт строком від трьох місяців до року) за дії чиновника, який

при здійсненні акту правосуддя [...] поводить відповідно до своїх обов'язків, однак для виконання цих обов'язків вимагає подарунків і прямо чи опосередковано такі подарунки отримує, або іншим способом шукає наживи, або дозволяє собі давати обіцянки і запевняє, що буде їх дотримуватися (ст. 311).

А той, хто намагається підмовити чиновника до упередженості та «порушення своїх обов'язків», підлягав арештові строком до 3 місяців «незважаючи на те, чи таке намовляння було на користь йому, чи на користь третьої особи, чи йому вдалося намовити чиновника, чи ні» (ст. 312).

Кодекс покарань слід визнати єдиним такого типу опрацюванням польської юридичної думки після втрати державної незалежності. До моменту набуття чинності польського Кримінального кодексу 1932 року кримінальну відповідальність судді визначали положення кримінальних законів держав-загарбниць.

Російське Уложення про покарання кримінальні та виправні 1845 року, що замінило польський Кодекс покарань, містило положення щодо «неправомірного вчинення несправедливості», включені до розділу п'ятого. Умисне вчинення суддею несправедливості, описане як ухвалення рішення стосовно предмету розгляду, «з очевидним порушення законів та всупереч їх прямому значенню» заради «отримання зиску або інших особистих причин», каралося суворими покараннями у вигляді «заслання на проживання під арештом до Томської або Тобольської губернії» на невизначений час або «позбавлення усіх прав та заслання до Сибіру для поселення там» (ст. 377). Як наголошувалося в коментарі до цього положення, що базувався на тезах судової практики, для його

застосування безумовно необхідним є існування двох типів ознак: суб'єктивних – умисність та нажива або інші особисті причини, та об'єктивних – рішення, що є несправедливим та очевидно порушує право, всупереч його категоричному значенню⁴⁷⁹.

Далі пояснювалося, що за наявності визначених таким чином ознак «неправосуддя» суд повинен, не зачіпаючи фактичних рішень, у вчиненні яких суд керується власними переконаннями, здійснити оцінку того, чи дотрималися судді відповідно до вимог права форми та процедури судового провадження, необхідних для вирішення справи, і чи не застосували положень права, що зазначаються у вирокі, з очевидним їх порушенням і всупереч їхньому зрозумілому значенню. Аргументується, що несправедливе рішення і таке, що суперечить праву, не може бути визнане неправомірним вчиненням несправедливості в розумінні цього положення, якщо воно було ухвалене без реалізації суддями суб'єктивних ознак злочину, а також не може вважатися таким їхнє рішення, яке не порушує права, навіть якщо воно було ухвалене із умислом нажитися або з інших особистих причин.

Вказувалося, що обов'язок судді щодо свого рішення складається з двох частин: перша – юридична, яка зводиться до дотримання різних процедурних форм судового провадження, що супроводжують ухвалення рішення, в якому суд має право робити висновки щодо обставин та фактів; і друга, яка зводиться до права судді здійснювати власну оцінку цих обставин та фактів, що обґрунтовувала б ухвалюваний у справі вирок.

Ознаки порушення обов'язків першого виду зумовлюють кваліфікацію поведінки судді як злочину в контексті аналізованого положення, натомість не можна в кримінально-правовому порядку визнати незаконним актом правосуддя власну суддівську оцінку, яка міститься у його рішенні, адже це унеможливило б виконання суддівських обов'язків. Отже, кримінальне право не може переслідувати суддю, якщо його рішення з очевидністю не заперечує змісту права. Тому якщо суддя ухвалив рішення за власним переконанням, хоча й одночасно для того, щоб отримати вигоду, то він може підлягати переслідуванню як хабарник, а не за неправомірне вчинення несправедливості⁴⁸⁰.

Від злочину «неправомірного вчинення несправедливості» (ст. 377 Уложення) ст. 378 відмежовувала ухвалення вироків у кримінальних

⁴⁷⁹ N.S. Tagancew, *Uloženie o nakazanijach ugolownych i ispravitielnyh 1885 goda*, S.-Pietierburg 1889, s. 267.

⁴⁸⁰ Там само, с. 268.

справах, що полягало у засудженні «обвинуваченого до покарання вищого від того, яке передбачене правом за дію, яку вчинив обвинувачений» і за яке йому загрожувало довше «позбавлення волі на заслання». Ступінь суворості покарання, що в такій ситуації загрожувало судді, який ухвалював вирок, залежав від того, чи вийшов цей суддя за межі визначеного Уложенням покарання «без зміни його виду», чи, змінюючи вид покарання, він замість «заслуженого обвинуваченим виправного покарання» присудив йому «головне» покарання (страту), за що мав бути покараний «позбавленням усіх прав та засланням на поселення у віддалені місця Сибіру».

Найсуровіше покарання за несправедливість, що полягало у «позбавленні усіх прав та заслання на важкі роботи на фабриках строком від шести до восьми років», загрожувало судді, якщо він умисно засудив до страти «повністю невинувату особу». Покарання, передбачене аналізованою вище ст. 377 Уложення, загрожувало також за суддівські «поблажки», що полягали в умисному, «заради отримання матеріальної вигоди або з інших особистих причин», звільненню від покарання винного або присудженні йому «нижчого покарання, ніж те, яке передбачене правом за такого типу злочини» (ст. 379).

Ненавмисність дій суддів, які ухвалювали вирок, та брак мотивації, якою вважалися «зиск та інші особисті причини», що зумовлювали порушення суддями законів, внаслідок чого «обвинувачений або обвинувачені засуджувалися до покарання вищого або нижчого з точки зору ступеня або розміру порівняно із тим, на яке вони згідно із законом заслужили», призводили до того, що судді «відповідно до ступеня своєї провини» підлягали «догані, більш чи менш суворій, із записом або без запису її до послужного списку» (ст. 380 Уложення). Найбільш м'яке покарання (у вигляді зауваження, разом із альтернативною доганою) було передбачене на випадок, «якщо виявиться, що в цивільній або кримінальній справі суддя ухвалив неправильне рішення внаслідок помилки або неправильного тлумачення права (виключно через його погане розуміння)».

На відміну від ст. 377, обидва положення, в яких йшлося про ненавмисну поведінку судді, стосувалися ситуацій, в яких ухвалення несправедливого рішення було наслідком помилки або нерозуміння суті положення права, взятого за основу для вирішення справи. Різницею між цими двома положеннями, що визначали наслідки суддівської ненавмисності, було те, що перше з них стосувалося тільки правомочних вироків, ухвалених у кримінальних справах, а друге охоплювало як несправедливі рішення в цивільних справах, так і неправомочні

вироки, ухвалювані в кримінальних справах. Водночас зазначалося, що власне факт оскарження неправомочного, несправедливого вироку не може мати ніякого впливу на звільнення від відповідальності осіб, винних в його ухваленні. Однак якщо внаслідок оскарження вироку в кримінальній справі або з іншої причини цей вирок не став правомочним, тоді відпадає відповідальність суддів, визначена першим із порівнюваних положень, тобто ст. 380⁴⁸¹.

У 1866 році до наведених положень Уложення було додано ст. 371, яка поширила відповідальність за *неправосуддя* на осіб, зобов'язаних здійснювати державний нагляд за правильністю та відповідністю законів судових рішень та вироків, а також на прокурорів, чиновників, судових секретарів «та інших зважаючи на їх недбале ставлення та на те, якою мірою вони брали участь в актах судового безправ'я, викри- того у справах, що їх вони розглядали». Додане положення передбачало, що на цих осіб поширюються покарання, визначені в положеннях, де йшлося про відповідальність суддів за ухвалення несправедливих рішень, або покарання, «визначені загальними правилами відповідальності за участь у злочині»⁴⁸².

Концепцію відповідальності за *неправосуддя*, на якій базувалися розбудовані положення Уложення про покарання кримінальні та виправні 1845 року, було відкинуто під час роботи над проектом російського Кримінального уложення 1903 року, в якому за основу було взято підхід, що виявляє неабияку схожість із підходом, уміщеним у ст. 336 КК Німеччини 1871 року. Відповідальність судді встановлювалася на підставі однієї статті – ст. 675, в якій йшлося про те, що:

Суддя або інший чиновник, уповноважений вирішувати цивільні, кримінальні або дисциплінарні справи, або третейський суддя, винний у свідомому ухваленні неправильного вироку, буде покараний позбавленням волі у тюрмі на строк від одного до шести років.

Істотною різницею порівняно із німецьким правом, що справляло явний вплив на Уложення 1903 року, було додання в другій частині ст. 675 положення про відповідальність за суддівську несправедливість:

Якщо цю дію вчинено через бажання отримати матеріальну вигоду, або цим вироком свідомо несправедливо призначено підсуд-

⁴⁸¹ Там само, с. 269.

⁴⁸² Там само, с. 270.

ному покарання, що не передбачене законом за відповідний злочин, винний буде покараний позбавленням волі у тюрмі на строк від трьох до шести років.

У розширеному коментарі Таганцев писав, що під поняттям такого, що вартий покарання, неправильного вироку, тобто такого, що його ухвалено зі шкодою для справедливості, у цивільних справах слід розуміти неврахування суддею вимоги, щодо якої він усвідомлює, що вона є правильною, а також врахування ним вимоги, усвідомлюючи її неправильність⁴⁸³. А в кримінальних справах свідомо неправильне рішення дістає вияв у виправданні, тобто звільненні від покарання винного, у засудженні невинуватого та присудженні суворішого або поблажливішого покарання порівняно з тим, яке слід було присудити згідно з законом⁴⁸⁴.

Далі коментатор вказував, що для визначення суті аналізованого злочину не має значення, розглядав суд справу одноосібно чи колегіально, чи ухвалював суддя, який вчинив несправедливість, вирок у першій, другій чи наступній інстанціях, є інкримінований вирок остаточною, чи він може бути оскаржений і в якому порядку. У випадку несправедливого вироку, ухваленого колегіально, не притягався до кримінальної відповідальності той суддя, який голосував за його зміст, не усвідомлюючи його неправильності, адже «його ввела в оману доповідь у справі, і взагалі він припустився упущення випадково або через неналежне тлумачення справи». На обґрунтування цього твердження у коментарі наголошувалося, що ст. 675, що стосується як судді, який ухвалює вирок як одноосібно, так і в складі суддівської колегії, безпосередньо вимагає, щоб несправедливість була умисною, а також акцентувалося, що «ця умисність мусить полягати в тому, що винний знає, що вирок, який він ухвалив, є неправильним, і тому він винесений зі шкодою правосуддю»⁴⁸⁵.

Переконання судді в тому, що ухвалений вирок не відповідає принципу справедливого вирішення спору, саме по собі не зумовлювало його кримінальної відповідальності, якщо він, будучи слугою закону, втілював у життя його накази і не виходив за його межі, тобто якщо не порушував свого обов'язку застосовувати право. Звертаючись до ідеї правосуддя, Таганцев розмірковував так:

⁴⁸³ N. Tagancew, *Kodeks Karny (22 Marca 1903 R.)*. Warszawa 1921, s. 1237.

⁴⁸⁴ Там само, с. 1236.

⁴⁸⁵ Там само, с. 1234–1235.

Справедливим слід визнавати не тільки вирок, який втілює в життя букву закону, а й також вирок, в якому суддя в межах наданих йому прав, відходячи від самої букви, вирішує справу згідно з духом закону або з духом законів.

І далі:

Несправедливістю було б також визнавати злочинним такий вирок судді, який за своїм змістом, хоча й відходить від положень закону, виходить за межі компетенції суду, але все ж при винесенні якого суддя керувався переконанням, що виносить справедливе рішення у справі й бере участь у втіленні в життя основної цілі закону, якою є панування ідеї справедливості⁴⁸⁶.

Так само, як це відбувалося у випадку опрацювання проекту пруського КК 1850 року, редакційна комісія, що опрацьовувала проект Уложения 1903 року, відступила від ідеї покарання присяжних суддів за несправедливе рішення, наводячи при цьому ті самі аргументи. Зокрема зазначалося, що неможливо достеменно встановити, що вони умисно ухвалили несправедливе рішення, оскільки їхній вердикт, що зводився до одного слова – «так» або «ні», не вимагає обґрунтування, яке вказувало б на аргументи, якими вони керувалися⁴⁸⁷. Згідно з коментарем положення ст. 675 Уложения 1903 року не застосовувалося також до інших осіб, які не брали участі у розгляді справи на правах судді, тобто до прокурорів та секретарів суду. На думку редакційної комісії, воно натомість стосувалося «чиновників адміністративних служб при вирішенні ними питань, що стосувалися прав та обов'язків приватних осіб». На обґрунтування цього погляду зазначалося, що:

Адміністративні розпорядження, що стосуються дозволів на відкриття торговельного закладу, надання пільг стосовно обов'язку військової служби тощо, мають набагато більше значення для майнових та особистих інтересів, ніж більшість одноосібних рішень суддів у цивільних справах⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ Там само, с. 1235.

⁴⁸⁷ Там само, с. 1230.

⁴⁸⁸ Там само

Коментуючи Уложення 1903 року, що тимчасово діяло на територіях, що колись були під владою Росії, Маковські зазначив, що передбачена у ст. 675 загроза покарання за свідому несправедливість є однією з гарантій того, що

крім закону та свідомого згідно зі своїми переконаннями застосування суддею його положень до конкретних випадків, що підлягають розгляду в суді, жодні інші мотиви не можуть керувати правосуддям⁴⁸⁹.

Серед суб'єктів злочину він зазначав суддів як осіб, які законом уповноважені «вирішувати» справи «в усіх судових інстанціях і в усіх типах судів», вказуючи для прикладу третейського суддю, окружного суддю і суддю в кримінальному, цивільному, торговельному суді, апеляційного суддю та касаційного суддю Верховного суду, суддю в адміністративному суді, засідателя в кримінальному, цивільному, торговельному суді, а також (виразно поминаючи інтенції російського законодавця) присяжного суддю. Щодо третейських суддів, зазначалося, що вони несуть відповідальність за несправедливе рішення, якщо мають формальні повноваження, які визначені законом, виступати в такій ролі.

На основі аналізованого положення відповідальність мали нести також адміністративні чиновники, які в межах своєї діяльності мають право вирішувати справи у формі адміністративного провадження, а також чиновники, уповноважені дисциплінарно карати підлеглих під час дисциплінарного розслідування. Карана поведінка перелічених суб'єктів полягала у несправедливому вирішенні справи, причому несправедливість – як зазначав коментатор – слід розуміти не лише в контексті категорій формальної відповідності чи невідповідності букві закону, а й категорій фактичної правильності або неправильності у сфері, окресленій межами вільної оцінки та суддівської свідомості.

Ці межі є різними у випадку цивільного, кримінального, адміністративного та дисциплінарного провадження, тому в конкретному випадку дослідження того, чи не виходила поведінка судді за них, необхідно встановити принципи правильної поведінки та обсяг влади судді. Тому кожен випадок вимагає дослідження, по-перше, своєї правової сторони, тобто законної основи рішення та застосованих суддею правил тлума-

⁴⁸⁹ W. Makowski, *Kodeks Karny obowiązujący tymczasowo w Rzeczypospolitej Polskiej na ziemiach b. Zaboru rosyjskiego*, t. III, Warszawa 1922, s. 506.

чення, що різняться в кримінальному, цивільному та дисциплінарному провадженнях, а по-друге, змістовної сторони, тобто оцінки фактичних обставин.

Далі Маковські уточнює у своєму коментарі, що з правової точки зору несправедливим буде насамперед рішення, що базується на свідомому перекручуванні тексту та значення закону, а також на свідомому неправильному його тлумаченні, а з точки зору фактичних обставин – свідоме визнання невстановлених обставин встановленими, неправдивих – правдивими або навпаки. Зовнішнім виявом такої несправедливості в цивільному процесі буде надання стороні прав, що їй не належать, або відмова у реалізації належних їй прав суддею, який усвідомлює, що його рішення суперечить праву або не підтвержене фактичними обставинами, що може мати місце як у процедурі розгляду спору, так і в непроцесуальному провадженні. У кримінальному процесі несправедливість може дістати форми вироку, ухвалюваного суддею, який усвідомлює, що його рішення заперечує право або фактичні обставини, а цим вироком покарано невинуватого або виправдано чи звільнено від покарання винного виконавця, або виконавцеві присуджено неналежне покарання.

Умовою відповідальності судді є приписування йому умисної вини у формі прямого або евентуального умислу, з яким він перекручує закон, неправильно його тлумачить або приймає неправдиві фактичні обставини за правдиві і хоче вирішити справу всупереч справедливості або, намагаючись досягти іншої мети, погоджується із тим, що рішення буде несправедливим. Якщо розуміти злочин таким чином, то він вважається вчиненим з моменту ухвалення несправедливого рішення, незалежно від того, чи стало воно правомочним і чи було воно виконане⁴⁹⁰. Зазначаючи, що намагання вчинити злочин проти правосуддя не підлягає покаранню, Маковські водночас стверджував, що несправедливим рішенням також буде «віддання голосу під час колегіального вирішення справи, навіть якщо більшість голосів призвела до іншого рішення, висновку чи вироку», що, однак, вказувало б на караність поведінки судді, якого подолали голоси інших членів суддівської колегії, і при цьому не дійшло до ухвалення несправедливого вироку⁴⁹¹.

У польській літературі немає коментарів стосовно відповідальності суддів та прокурорів за положеннями Кримінального закону Австрії 1852 року, який був обов'язковим на польських територіях, що належали до Австрії. Положення § 101 цього Закону встановлювали відпо-

⁴⁹⁰ Там само, с. 507.

⁴⁹¹ Там само, с. 508.

відальність за злочин зловживання владою «державним чиновником», у тому числі суддею та прокурором, який, обіймаючи посаду, «в будь-який спосіб зловживає владою, яка йому довірена», незважаючи на те, яким «мотивом він дозволив себе до цього схилити, тобто бажанням наживи, пристрастю чи іншими побічними умислами». Положення § 102а уточнювало, що за таких обставин вчиняє злочин, зокрема, суддя або прокурор, який дозволяє себе намовити виконувати свій державний обов'язок всупереч законів. Також не дістало розширеного коментаря положення § 336 КК Німеччини 1871 року, яке визначало: «Чиновник або суддя, третейський суддя, який, ведучи провадження у справі або приймаючи рішення, на користь або на шкоду однієї зі сторін умисно спотворює право, карається позбавленням волі на строк до 5 років»⁴⁹².

3. Вирок у «брестському процесі» як приклад суддівської несправедливості

Найвідомішим прикладом неправильного судового рішення в розумінні ст. 675 Уложення 1903 року став вирок від 31 січня 1932 року Окружного суду у Варшаві, яким завершився процес, що тривав з 26 жовтня 1931 року, щодо депутатів антиурядової опозиції, яка у 1929 році створила союз сеймових клубів шести партій центру та парламентської лівиці («Центролів»). Цих депутатів вночі з 9 на 10 вересня 1930 року заарештували та посадили у військову тюрму в Бресті над Бугом (звідси походить назва процесу). 9 обвинувачених засуджено до позбавлення волі строком від 1 року та 6 місяців до 3 років⁴⁹³. Обвинувальний акт містив обвинувачення їх у тому, що з 1928 року до дня арешту «за взаємної домовленості й свідомо готувалися до замаху, метою якого було насильно відсторонити членів уряду, що здійснював владу в Польщі, і замінити їх іншими особами без зміни основ дер-

⁴⁹² У коментарі до § 336 цього Кодексу, що діяв на західних територіях польської держави, лише написано, що це положення стосується не лише судових справ, а й усіх справ, в яких залучені дві сторони, що мають протилежні інтереси, у тому числі таких, в яких однією зі сторін є держава. Див.: J. Kąhizniacki, R.A. Leżański, *Kodeks karny obowiązujący na Ziemiach Zachodnich Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa–Poznań 1925, s. 336.

⁴⁹³ В. Вігос – до 1 року та 6 місяців, К. Багінські – до 2 років, Г. Ліберман, Н. Барліцкі, В. Кернік – до 2 років і 6 місяців, М. Мастек, с. Дюбуа, А. Прагер, А. Цьолкоч, Й. Путек – до 3 років позбавлення волі. Див.: Z. Nagórski. *Obrona w «procesie brzeskim»* Warszawa 1933.

жавного устрою». Далі обвинувачення уточнювало, що їхня діяльність полягала в:

– створенні та утвердженні в масах революційних настроїв шляхом підбурювання до ненависті проти уряду, повалення його із застосуванням насильства, непослуху до влади, несплати податків та дискредитації, висміювання та глузування з державної влади;

– організації, готуванні, озброєнні революційних кадрів, утворенні керівної революційної організації, яка назовні діяла під назвою «Центролів» та опрацювала план захоплення влади, скликала т.зв. Краківський конгрес, розробила революційні резолюції, що їх було прийнято на цьому Конгресі, видала наказ щодо мобілізації мас та проведення озброєного «Маршу на Варшаву, наслідком чого були криваві заворушення 14 вересня 1930 року у 22 польських містах»⁴⁹⁴. При цьому стверджувалося, що обвинувачені «не здійснили запланованого перевороту з причин від них незалежних, адже їхню акцію викрила та придушила влада». Тези обвинувального акту завершувала кримінально-правова кваліфікація інкримінованих обвинуваченим дій: «Ці злочини описано у ст.ст. 51, 101, ч. I у зв'язку зі ст. 100 ч. III Кримінального уложення 1903 року»⁴⁹⁵.

Підставою, на якій базувалася конструкція обвинувачення, були вимоги, висловлені 29 червня 1929 року під час скликаного партіями, що утворювали «Центролів», Конгресу захисту прав та свобод народу, що відбувався у Старому театрі в Кракові, та зборах, що відбулися після конгресу на Клепажі в Кракові. Йшлося про вимоги про відставку уряду Ю. Пілсудського та утворення нового конституційного уряду, який був би побудований на суспільній довірі. Обвинувачення визнало ці вимоги «палаючим факелом, який кинули у Кракові, і який запалив марші у 22 містах», що завершилися трагічними наслідками.

Зміст резолюції, яка була прийнята на завершення Конгресу, влада конфіскувала, а під час процесу захисники обвинувачених її відтво-

⁴⁹⁴ У містах дійшло до сутичок з поліцією, внаслідок яких були вбиті та поранені.

⁴⁹⁵ Стаття 51 Уложення передбачала, що «у випадку вчинення злочину кількома особами, які домовилися його вчинити або свідомо спільно діяли, учасниками будуть вважатися ті, хто були безпосередніми виконавцями, співучасниками, підбурювачами та пособниками». У положеннях ст. 100 ч. I зазначалось: «Винний у замаху на встановлений із дотриманням основних прав державний устрій Польщі [...] буде покараний позбавленням волі у тюрмі суворого режиму на невизначений строк». У ст. 101 встановлювалася караність поведінки, яка полягала у готуванні державного перевороту: «Винний у готуванні злочину, передбаченого ст. 100, буде позбавлений волі в тюрмі суворого режиму строком до 10 років».

рювали, щоб показати, що вона насправді передбачала⁴⁹⁶. Твердження резолюції, що мало ключове значення, звучало так: «Вже чотири роки Польща знаходиться під владою фактичної диктатури Юзефа Пілсудського; волю диктатора виконують уряди, які почергово змінюють один одного; волі диктатора підкоряється також Президент Республіки Польща». Збори після Конгресу завершилися обіцянкою учасників, що

они не перестануть боротися, аж поки не відсторонять від влади диктатуру, аж поки не буде повернуто панування права, аж поки до влади в Польщі не прийде уряд довіри сейму та народних мас, уряд, який зможе спільними зусиллями народу задовольнити найнагальніші суспільні та економічні потреби⁴⁹⁷.

Обвинувачення доводило, що під час Конгресу було виголошено низку підбурливих промов, які очевидно були спрямовані на повалення державного устрою, однак оскільки їх найважливіші фрагменти влада конфіскувала, захист відтворював їх для обґрунтування тези, що обвинувачені не здійснили готування злочину замаху на конституційний державний лад.

Депутат Н. Барліцькі, який виступав від імені Польської соціалістичної партії, сказав, що обурення проти уряду

мусить посилитися, зважаючи на яскраві розбіжності між санакційними гаслами влади та їхньою очевидною аморальністю, яка загрожує етичним підвалинам суспільства. [...] Це обурення мусить перейти у глибоке незадоволення та рух проти планів диктатора, щоб трудящий народ, який фактично усунуто диктатором від впливу на державні та суспільні справи, раз і назавжди позбавити основних політичних прав та зіпхнути у суспільний морок. [...] Зважаючи на такий стан речей, Польська соціалістична партія – згідно із її традиціями та програмою – взяла на себе обов'язок боротися з диктатором Пілсудським та його табором, насамперед тавруючи факт зради, яку він вчинив проти польської демократії та її інтересів. [...] Польська соціалістична партія заявляє, що диктатура Пілсудського мусить бути

⁴⁹⁶ «Для захисту важливо відтворити те, що містила конфіскована резолюція. Її конфіковано, але тільки технічно, духовно її не могли конфіскувати. Вона є історичним фактом, її постулати живі, її наслідки не вдасться конфіскувати». Див.: Z. Nagórski, *Obrona...*, s. 20.

⁴⁹⁷ Там само, с. 18.

швидко та беззаперечно повалена. Цього вимагає найвищий державний інтерес⁴⁹⁸.

Депутат Янковскі, який представляв Національну робітничу партію, сказав:

Нинішній Конгрес є доказом, що польська демократія здатна взяти на себе відповідальність за долю держави, у створенні якої вона відіграла почесну роль. [...] Наше об'єднання на ґрунті права та законності – великий крок на шляху до перемоги демократії. Ми повністю та беззастережно єднаємося із рішеннями, які проголошують солідарну боротьбу усіх нас за право та свободу⁴⁹⁹.

М. Маліновскі – голова партії, що входила до «Центроліву» (йому не висували обвинувачень) – заявив:

Польський сільськогосподарський народ і його політична організація «Визволення» лише в парламенті та в справжніх органах самоврядування вбачають можливість ефективного захисту здобутих прав, гарантію виконання необхідних сільськогосподарських реформ, можливість боротьби за нові права для народу. Тому ми боремося і боротися будемо з усіма іншими формами правління, а особливо із існуючою диктатурою, яка себе скомпрометувала в очах народу і приречена на зневагу та безповоротне знищення⁵⁰⁰.

Представник Християнської демократії депутат Ф. Урбанскі говорив до тих, хто зібрався на віче після Конгресу:

Тисячі громадян, які зібралися на заклик шести партій під гаслом захисту прав та свобод, своєю присутністю підтвердили, що вони є солідарними із лідерами як політичних, так і громадських організацій у тому, що вже має настати край існуючому режиму. Переважна частина суспільства за будь-якої нагоди висловлює своє обурення щодо пануючих відносин⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ Там само, с. 14–15.

⁴⁹⁹ Там само, с. 16.

⁵⁰⁰ Там само, с. 15–16.

⁵⁰¹ Там само, с. 18.

Концепція, яку послідовно реалізовував захист обвинувачених у процесі, відштовхувалася від точного відтворення у суді того, що говорилося та було ухвалене на Конгресі, а потім – під час віче. Це створювало підстави для утвердження, що висловлювання обвинувачених були спрямовані проти Ю. Пілсудського в ім'я демократії, а не проти конституційного ладу держави. Далі захист нагадував диктаторські кроки та прагнення маршала, зокрема травневий переворот у 1926 році та форсоване проведення виборів Президента, що зумовлювали таку оцінку його діяльності. Зазначено, що під час Конгресу

над Польщею постійно витав привид нового замаху, якщо не на сейм, який поки що існує, то на Конституцію як на останній бастион демократії. Маршал сам сказав: «Мусить відбутися щось нове. Сейм мусить піти, треба керувати без сейму».

Таке переконання Ю. Пілсудського впливало з його несприйняття сейму як законодавчого органу, з бажання здійснювати владу за допомогою урядових розпоряджень та з недовіри до юристів, яких він вважав шкідливими для держави через типовий для них підхід до державних питань⁵⁰². Зважаючи на це – заявляв захист – слова резолюції не були спрямовані проти конституційного ладу держави, адже резолюція проголошувала: «На кожную спробу державного перевороту ми відповімо абсолютним опором – стосовно уряду, що здійснив переворот, суспільство буде звільнене від будь-яких обов'язків»⁵⁰³.

Фрагмент резолюції Конгресу, що стосувався Президента, захист інтерпретував таким чином:

Вони закликали Президента (І. Мосціцького) поважати Конституцію, вони звертали увагу на те, що те, що він робить, порушує його

⁵⁰² Під час процесу захист процитував інтерв'ю, надруковане в «Польській газеті» від 27 листопада 1930 року № 326., в якому Ю. Пілсудський сказав: «Я зверну Вашу увагу та увагу Ваших читачів на одну зовсім спеціальну галузь державної роботи. Нею є юридичне перебільшення, вміщене у понятті законодавства. Усі спроби окреслень тією мірою, якою це здійснювали юристи, належним чином не відмежовують галузей, які дійсно вимагають законодавчих норм, від тих явищ буденного життя, які мають регулюватися постановами та розпорядженнями уряду, що мають більші можливості і легко пристосовуються до життя. [...] Я постійно намовляв міністрів, ще після травневих подій, не зважати на юридичну формалістику і перейти до порядку денного, шукаючи вихід у формулюванні слів так, щоб вони ніде і нікого не зачепили. На жаль, на заваді завжди стояв юрист, який, хоч і був лисуватий, то все одно дер на собі волосся», с. 23–24.

⁵⁰³ Там само, с. 26.

присягу, звертали увагу на те, що це може мати наслідки, передбачені у ст. 51 Конституції, – відповідальність у Державному трибуналі. [...] Тому, висловлюючи вотум недовіри Президентові, у необразливій формі та відповідно до закону депутати, сенатори та делегати партій у Кракові виконали свій громадянський обов'язок⁵⁰⁴.

Наведено слова депутата Недзялковського, якими завершився Конгрес: «Пам'ятайте, що ми, усі парламентські партії, будемо демократію на праві та Конституції; логікою цього права, наслідком застосування цієї Конституції мусять бути вибори. Готуйтеся до них. Підемо на них разом»⁵⁰⁵.

Основною тезою захисту було твердження, що обвинувачувані депутати мали не лише право, а й обов'язок «зібратися поза сеймом для того, щоб пояснити народові, чого вони хочуть, висвітлити правову, конституційну та політичну ситуацію». Це було неможливе під час засідань сейму, адже «23 травня 1930 року надзвичайний сейм було перенесено ще до того, як він зібрався», а маршал сейму Ігнацій Дашиньські прислав на Конгрес депешу такого змісту:

Становище в державі вимагає роботи сейму та сенату. Уряд не дозволяє зібратися конституційним представникам народу, депутатам та сенаторам у сеймі та сенаті. Всупереч Конституції сейм приречений на бездіяльність. Тому народ мусить збиратися та радитися стосовно його подальшої долі. Він мусить зайняти позицію стосовно політики уряду. Краківський конгрес відкриває сьогодні важкий шлях боротьби за права та свободу народу, боротьби за демократію і подальший розвиток незалежної держави. Свідомий та організований народ недовго дозволить собою керувати так, як нами керують сьогодні. Я глибоко переконаний, що такий народ перемаже. Як маршал сейму, що приречений на примусову бездіяльність, вітаю усіх громадян, що зібралися в Кракові, та бажаю їхній праці успіхів. Нехай живе вільна демократична Польща!⁵⁰⁶

Резолютивна частина вироку, ухваленням якого завершився «брестський процес», складалася з двох частин: у першій було виправдано обвинувачених від звинувачення, яке в обвинувальному акті формулю-

⁵⁰⁴ Там само, с. 39–40.

⁵⁰⁵ Там само, с. 20.

⁵⁰⁶ Там само, с. 12–13.

валося як спільне готування злочину замаху на конституційний устрій держави (ст.ст. 51, 101 ч. I Уложення); у другій частині обвинувачених визнано винними в участі у змові, метою якої було вчинення злочину замаху на конституційний устрій держави (ст. 102 ч. I Уложення)⁵⁰⁷.

Слушність першої частини резолюції (виправдувальної) була очевидною, натомість засудження за участь у змові як злочин проти правосуддя, а саме – ухвалення свідомо неправильного рішення (ст. 675 Уложення) вимагає коментарів.

Спотворення права полягало у тому, що поняттям участі у змові охоплено поведінку, яка за жодного тлумачення ст. 102 ч. I Уложення не могла бути визнана «змовою» у розумінні цього положення. Оновлення Уложення від 11 січня 1919 року передбачало заміну слова «об'єднання», що вживалося у первісній російській версії цього положення, на термін «змова», що було зроблено для того, аби виключити караність таких організацій, що «не відповідають умовам караності за сучасним кримінальним законом»⁵⁰⁸. У аспекті процедури доведення

⁵⁰⁷ Положення звучало так: «Винний в участі у змові, спланованій з метою вчинення злочину, передбаченого ст. 100, підлягає покаранню у вигляді позбавлення волі в тюрмі суворого режиму строком до 8 років».

⁵⁰⁸ Наголошується, що змова для свого існування вимагає «змови у предметі визначеного злочинного заходу, охопленого фактичним станом перевороту». Див.: W. Makowski, *Kodeks Karny obowiązujący tymczasowo w Rzeczypospolitej Polskiej na ziemiach b. Zaboru rosyjskiego*, t. II, Warszawa 1921, s. 49. Тут слід згадати, що обов'язкову силу на території Польщі положень Уложення 1903 року щодо «державної зради» встановив Декрет від 2 січня 1919 року, вносячи водночас до ст. 108 Уложення зміну, яка полягала у заміні слів «Росія», «російський» словами «Польща», «польський». Див.: Там само, с. 54. Після цієї зміни ст. 108 Уложення звучала так: «Польський громадянин, винний у підтримці або сприянні недругові у його воєнних або інших ворожих стосовно Польщі діях, підлягає покаранню позбавленням волі у тюрмі суворого режиму строком від 4 до 15 років». Можна сказати, що у судовій практиці 1919 року було прийнято, що злочин державної зради вчиняв польський громадянин, який у 1915 році «співпрацював у ролі таємного агента німецької поліції з метою вчинення ворожих стосовно Польщі дій», що полягали у «переслідуванні політичних та громадських польських організацій та окремих громадян». Засудження на підставі цього положення у 1919–1922 роках тих, хто доносив німецькій поліції (зокрема, М. Вейсхольца, якого засудили до 6 років позбавлення волі), базувалися на тезі Верховного суду, якій передував розширений історичний коментар, сформульований у вирокі від 17 жовтня 1919 року: «Державна відокремленість Польського королівства, хоч і була російським насильством пригнічена, однак ніколи не згасала ані у відчуттях польського народу, ані перед лицем міжнародного права, тому слід зробити висновок, що до відновлення об'єднаної Республіки Польщі на частині її сучасної території [...] з 1815 року існувала польська держава під назвою Польського королівства – у розумінні права націй як окрема держава, поєднана із Росією вузлом союзу, однак така, що мала власну державність, була визнана на міжнародній арені, тому Польське королівство могло бути предметом державної зради, описаної у ст. 108 Уложення, яка полягала у наданні допомоги державі-неприятелі у її ворожих стосовно Польщі діях». Див.: Збірник рішень Верховного суду. Рішення кримінальної палати. рік 1919, поз. 65.

було зрозуміло – і на це вказувала також прокуратура – що організація конгресу «Центроліву» у Кракові відбулася відкрито, публічно, про конгрес інформувала преса, й було загальновідомо, навіщо скликається конгрес і якими є його гасла. Тому легко було передбачити – наголошував захист – яким буде зміст резолюцій.

Відтак, наслідком здійсненої судом кримінально-правової кваліфікації дії як «змови», а отже – як зазначено у коментарі до ст. 102 Уложения – «змови в предметі певного злочинного заходу, охопленого фактом державної зради», було ухвалення суддями свідомо неправильного рішення, яке засуджувало до позбавлення волі обвинувачених

Справа Вейсхольца обговорюється у: s. Milewski, *Ciemne sprawy międzywojnia*, Warszawa 2002, s. 7–8. Наведена теза Верховного суду стала основою ухвалення обвинувальних вироків щодо кожного, хто в «часи окупації Польського королівства Німеччиною записувався в лави таємних агентів німецької поліції та зобов'язувався надавати німецькій владі інформацію про конфіденційні дії та плани польського суспільства, спрямовані на його самозахист». У рішенні від 3 січня 1922 року Верховний суд вказав рік 1807 як рік, від якого існувала незалежна польська держава, зазначаючи, що протилежні аргументи «виразно заперечують історію, право і політичні відчуття народу». Для обґрунтування своєї позиції, з якої випливало, що Польща втратила незалежність лише на 12 років (від третього поділу у 1795 до 1807 року), Верховний суд зауважив: «Насамперед, що стосується історії, то їй суперечить твердження, [...] нібито колишнє Польське королівство було витвором Віденського трактату 1815 року Адже, як відомо з історії і як про це свідчить неодноразово згадуване рішення Верховного суду у справі Вейсхольца, 12 років після третього поділу Польщі, а це 8 років перед Віденським трактатом, на значній частині колишньої території Республіки Польщі під скромною назвою Варшавського князівства виникла і існувала з 1807 року незалежна польська держава. І це була окрема самобутня держава – хоча вона й займала значно меншу територію, адже величезні площі відійшли до Пруссії, а менші частини були призначені або для Австрії – на правах часткового повернення їй земель, які вона забрала при поділах Польщі й які в 1809 році були здобуті від неї на користь Варшавського князівства, або на утворення тоді малої окремої Республіки Польщі «Вільного Міста Кракова», яку Віденський конгрес зберіг зі зміною її назви на «Польське королівство» та з об'єднанням її вузлами унії із Російською імперією. Союз держав, звичайно, не усуває і не стирає ознак державності. Союз їх підвищує та зберігає, бо саме держави і лише держави, а не країни, які позбавлені власної державності, можуть бути суб'єктами союзу держав». Ці міркування Верховний суд завершив констатацією, що вчиняв державну зраду стосовно Польщі у розумінні ст. 108 Уложения той польський громадянин, який у 1914–1917 роках, будучи німецьким шпигуном, видавав Німеччині польських громадян, що були до Німеччини неприязно налаштовані. При цьому Верховний суд чітко зазначав, що йдеться про тих поляків, яких видавали німецькій окупаційній владі: «Які, будучи добрими синами батьківщини, діяли на користь Польщі і які (якщо) й належали до російських інституцій, (то) тільки якщо це були інституції, які захищали інтереси польського суспільства. Адже не було державною зрадою видача в німецькі руки тієї чи іншої російської організації (військово-розвідувальної), що існувала в Польщі, і членами якої були б також польські громадяни, вороже налаштовані до нашої державності, і які пригноблювали чи хоча б пригальмовували прагнення та прояви нашого національного життя». Рішення – Акти № 2385 1921 рік. Збірник рішень Верховного суду. Рішення Другої палати (кримінальної), рік 1922, поз. 2.

депутатів як змовників. Тому обвинувальний вирок був суддівським злочином, описаним у ст. 675 Уложення 1903 року, який вчинили судді Окружного суду в Варшаві, засуджуючи за поведінку, яка не була злочином.

Позбавлення волі без судового процесу стало можливим в силу розпорядження Президента від 17 червня 1934 року про ізоляційні табори, яке визначало, що слідчий суддя може прийняти рішення про примусову ізоляцію на 3 місяці (із можливістю продовження цього строку на наступні 3 місяці) осіб, «діяльність або поведінка яких створює підстави для припущення, що з їхнього боку загрожує порушення безпеки та спокою або громадського порядку» (ст. 1). Для рішення слідчого судді, яке не підлягало оскарженню, достатньою підставою була обґрунтована заява того адміністративного органу, «який розпорядився затримати особу» (ст. 2 абз. 2). Ізоляційним табором стали військові казарми в березі Картузькій⁵⁰⁹.

4. Відповідальність судді та прокурора за Кримінальним кодексом 1932 року

На момент, коли кодифікаційна комісія, що займалася створенням проекту польського КК 1932 року, розпочала роботу, вона могла використати три наведені вище позиції щодо кримінальної відповідальності судді за несправедливе ухвалення рішення: подане в Кримінальному законі Австрії 1852 року (§ 101a, § 102a), у КК Німеччини 1871 року (§ 336) та в російському Кримінальному уложенні 1903 року (ст. 675). Однак годі шукати в КК 1932 року положення, в якому *expressis verbis* йшлося б про суддю, «який дозволяє себе звабити від правового виконання своїх службових обов'язків», який «умисно спотворює право» або є «винним в ухваленні свідомо неправильного вироку» (саме так діяння несправедливого судді описувалися в згаданих кодифікованих актах).

Аргумент, з огляду на який у польському кримінальному праві не закріплено *expressis verbis* суддівської несправедливості, міститься в «Обґрунтуванні проекту Кримінального кодексу»:

⁵⁰⁹ Спочатку там поміщали українців – членів ОУН та поляків – членів національних організацій, у тому числі Національно-радикального табору, а з 1936 року – в основному комуністів. Див.: W. Polit, *Miejsce odosobnienia w Berezie Kartuskiej*, Toruń 2003, s. 214.

Редагуючи положення, які стосувалися чиновницьких злочинів, Проект мав на вибір один з двох шляхів: або зберегти казуїстичний перелік різноманітних і відомих чинному законодавству у різних формах злочинів, що їх вчиняють чиновники у зв'язку із виконанням своїх посадових обов'язків [...], або прагнути якомога більш синтезованого представлення положень із тим, щоб закон вказав основні ознаки, що визначають злочинність дії чиновника, і лише в умовах крайньої необхідності мусив наводити казуїстичні переліки. Згідно з основною тенденцією Проекту, що відповідає натуральній еволюції законодавства, цей сумнів вирішено на користь другої, синтетичної концепції⁵¹⁰.

Утілюючи в життя цю концепцію, були розроблені норми, згодом уміщені у ст. 275, із поясненням, що вона є «основним синтетичним положенням для оцінки караності поведінки чиновника». Положення § 1 цієї статті визначало, що:

Чиновник, який виходячи за межі своєї влади або не виконуючи свого обов'язку, діє на шкоду державі, суспільству або особи, підлягає покаранню позбавленням волі строком до 5 років.

«Обґрунтування проекту» вказує – і на цьому варто окремо акцентувати – що це положення мало бути правовою основою відповідальності також за акт суддівської несправедливості, адже воно однозначно переконує, що його «загальне формулювання охоплює різноманітні чиновницькі злочини, що в деяких законах розглядалися як самостійні факти, наприклад несправедливість». Цю думку повторює Маковський у своєму коментарі цього положення, яке в КК 1932 року (в тій його редакції, яка набула чинності) звучало таким чином:

Стаття 286 § 1. Чиновник, який виходячи за межі своєї влади або неналежним чином виконуючи свої обов'язки, діє на шкоду публічного або приватного інтересу, підлягає покаранню у вигляді позбавлення волі строком до 5 років⁵¹¹.

⁵¹⁰ Кодифікаційна комісія Республіки Польщі. *Projekt Kodeksu Karnego. Uzasadnienie Części szczególnej*, Warszawa 1930, s. 247–248.

⁵¹¹ «Це загальне формулювання охоплює різноманітні чиновницькі злочини, які в деяких законах розглядалися як самостійні факти, наприклад несправедливість, примушу-

Положення § 2 цієї статті передбачало суворіше покарання – до 10 років позбавлення волі – щодо виконавця, який «діє з метою отримання матеріальної або особистої вигоди для себе чи іншої особи». А положення § 3 передбачало покарання у вигляді арешту строком до 6 місяців для чиновника у разі, якщо той «діє ненавмисно».

Намір законодавця зробити так, щоб подібним чином сформульовані положення своїм змістом охоплювали також суддівське несправедливе ухвалення рішень та визначали принципи кримінальної відповідальності за них, у своєму коментарі підтвердив Макаревич, зазначаючи, що виконавцем злочину зі ст. 286 Кодексу є також «суддя, який ухвалює виправдувальний (або надто поблажливий) вирок без належної для цього підстави і всупереч власному переконанню про вину обвинуваченого». Щодо можливості застосування положення цієї статті до прокурора, цей автор зазначив:

Злочин за ст. 286 вчиняє прокурор, який, достеменно знаючи, що підозрюваний є невинуватим, подає клопотання про відкриття слідства або складає обвинувальний акт. Хоча клопотання про відкриття слідства може бути не задоволене (ст. 265 КПК), а кримінальне провадження може бути закрите (ст. 289 КПК), все ж дії прокурора спрямовувалися на завдання шкоди як державі (в особі системи правосуддя), так і особі (обвинуваченого)⁵¹².

Наведений фрагмент вказує, що кримінальну відповідальність мав нести прокурор за вчинений ним акт безправ'я, навіть якщо під час подальшого слідства не дійшло до засудження невинуватої людини. Можна припустити, що на підставі тієї самої ст. 286 КК мав відповідати також суддя, який, хоча й достеменно знав, що обвинувачений є невинуватим, проте, незважаючи на відсутність підстав, ухвалив обвинувальний вирок – хоча в літературі не знаходимо чіткого підтвердження, що стаття дійсно таку відповідальність передбачала.

У цьому місці слід навести позицію, що матиме принципове значення для подальших роздумів над проблемою кримінальної відповідальності суддів та прокурорів: вихід ними за межі своїх повноважень або неналежне виконання ними своїх обов'язків під час кримінального провадження становить ядро конструкції злочину зловживання

вання до давання показань, відмова від кримінального переслідування тощо». Див.: W. Makowski, *Kodeks Karny 1932. Komentarz*, t. II, Warszawa 1932, s. 654.

⁵¹² J. Makarewicz. *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 648–649.

владою державним службовцем, ознаки якого вміщено у ст. 286 § 1 КК 1932 року, ст. 246 § 1 КК 1969 року та в ст. 231 § 1 КК 1997 року. Оскільки в цих положеннях як ознака не використовуються поняття спотворення права і здійснення цього на шкоду правосуддю, в них втрачають свою «різкість» контури суддівського та прокурорського забороненого діяння. Однак слід наголосити, що суддівська несправедливість була і залишається забороненим діянням у польському кримінальному законодавстві.

Розділ XI

ЗАСТОСУВАННЯ КОМУНІСТИЧНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА В ПОЛЬЩІ З 1944 РОКУ

1. Кримінальне право Польської Республіки та «захист демократичного устрою держави». Кримінальна відповідальність за приналежність до «нелегальних організацій»

1.1. Правові підстави покарання

«Законодавчий вісник», № 1 (Люблін, 15 серпня 1944 року) відкривався прийнятим 21 липня 1944 року Законом «Про створення Крайовою народною радою Польського комітету національного визволення» (далі – ПКНВ). У додатку до цього випуску «Законодавчого вісника» містився Маніфест ПКНВ «До польського народу» (без дати), в якому зазначалося, що «Крайова народна рада, яку створив воюючий народ, є єдиним легальним джерелом влади у Польщі».

У наступних реченнях стверджується, що «еміграційний «уряд» у Лондоні та його делегати в Польщі – це самозвана, нелегальна влада», адже основою своєю має «нечинну фашистську конституцію 1935 року». Натомість Крайова народна рада та ПКНВ «діють на підставі Конституції від 17 березня 1921 року – єдиній чинній легальній конституції, що була ухвалена законним шляхом», а її основні постулати будуть обов'язковими аж до скликання законодавчого сейму, «що як виразник волі народу ухвалить нову конституцію».

Принципове значення для оцінки вироків, ухвалюваних судами, створеними новою владою, що діяла – як йдеться з її заяв – на підставі березневої Конституції 1921 року, мало положення ст. 98 цієї Конституції, де принцип *nullum crimen sine lege* та гарантія *lex retro*

non agit формулювалися словами: «Переслідування громадянина і призначення йому покарання допускається лише відповідно до чинного закону». В аспекті цього положення особливо переконливо звучало запевнення маніфесту:

Співвітчизники! Польський комітет національного визволення, приступаючи до розбудови польської державності, урочисто декларує повернення усіх демократичних свобод, рівності усіх громадян без урахування раси, віросповідання та національності, свободи політичних, профспілкових організацій, преси, совісті.

Відразу після цієї декларації прав громадян містилося попередження: «Демократичні свободи все ж не можуть служити ворогам демократії», а в іншому місці зазначалося, що «завданням незалежних польських судів буде забезпечення швидкого правосуддя».

У частині, де йшлося про плани стосовно економіки, вказувалося, що «буде скасовано німецькі ненависні заборони, що стримують господарську діяльність, торговельний оборот між селом та містом», а «приватна ініціатива, яка прискорює пульс економічного життя, також матиме підтримку з боку держави».

У тому самому випуску «Законодавчого вісника» (номер документа 3) публікувався Закон «Про тимчасовий порядок прийняття декретів, що мають силу законів» (від тієї самої дати), в якому Крайова народна рада уповноважила ПКНВ приймати такі декрети «у всіх справах, унормування яких згідно з Конституцією 1921 року вимагає форми закону». Ці декрети потім мали затверджуватись «на найближчому пленарному засіданні Крайової ради» (ст. 1).

Декрети, що їх на цій підставі приймав ПКНВ, злочинами вважали ті діяння, що визнавалися загрозливими для нової польської влади, або ті, що взагалі не були забороненими за КК 1932 року, або декрети санкціонували смертну кару за ті заборонені діяння, за вчинення яких в КК 1932 року було передбачене позбавлення волі на певний строк.

Формування багатьох нових типів злочинів, за вчинення яких переважно загрожувала смертна кара, породило питання про зв'язок цього нового кримінального законодавства із КК 1932 року, який паралельно діяв і не був скасований. Представники доктрини пояснювали це питання кілька років пізніше у передмові до підручника «Кримінальне право Польської Республіки», виданого у 1950 році Міністерством юстиції (про який автори написали, що «він побудований на ідеях

марксистської методології»), пояснюючи, що це «довоєнне [...] і досі чинне кримінальне законодавство належить до тих утворень та норм, про які слушно говорять, що вони як довгі «хвости», що їх народні демократії тягнуть за собою з попереднього періоду, і які уповільнюють розвиток соціалістичного будівництва»⁵¹³.

У праці, яку видано чотирма роками пізніше під тією самою назвою, стосовно КК 1932 року було написано, що «все ще чинні на сьогодні старі правові норми з часів до вересня 1939 року в нових суспільно-економічних умовах змінили свій класовий зміст». На обґрунтування цієї тези зазначалося:

У зв'язку з цим питанням відомими є слова Йосифа Сталіна, який сказав, що якщо «певні закони старого устрою можна використати в боротьбі за новий порядок, то треба використовувати також і старе законодавство»⁵¹⁴.

Створення нового кримінального законодавства як правової підстави для боротьби за «новий порядок» розпочалося з уміщення у вищезгаданому випуску «Законодавчого вісника» (номер документа 2) Закону «Про встановлення верховенства над Польською армією в СРСР і про злиття Народної армії та Польської армії в СРСР у єдине Польське військо». Розвитком положень цього Закону, з посиланням на повноваження «приймати декрети, що мають силу законів», була криміналізація зі зворотною дією приналежності до організацій, що боролися під час війни з німецькими окупантами. Ці організації визнавалися нелегальними, адже вони не злилися із Польською армією в СРСР.

⁵¹³ Далі автори зазначали, що їхнє викладення пристосоване до практичних потреб, адже «необхідність публікації праці, яка містила б марксистське висвітлення основних питань кримінального права [...], є тим нагальнішою, що стилістика та побудова старих положень почасти викликають ідеологічну плутанину практиків та теоретиків цієї галузі права. Потребу видання такої праці серйозно відчують як судді, так і прокурори, які шукають у теоретичних постулатах марксизму, застосовуваних у сфері кримінального права, ключ до вирішення практичних проблем кримінальної політики». Про канони, за якими раніше навчали кримінального права, йдеться так: «Сухе, догматичне викладення обов'язкових кримінально-правових норм часто є зайвим баластом, адже не дає змоги зорієнтуватися в ключовій проблематиці кримінального права Польської Республіки». Див.: I. Andrejew, L. Lenieli, J. Sawicki, *Prawo karne Polski Ludowej. Zarys wykładu części ogólnej*, Warszawa 1950. s. 6–7.

⁵¹⁴ I. Andrejew, L. Lernell, J. Sawicki, *Prawo karne Polski Ludowej*, Warszawa 1954, s. 219.

Реконструкція «узаконеного безправ'я», коли суди ухвалювали смертні вироки із порушенням елементарних принципів кримінальної відповідальності, вимагає дотримання хронології декретів, що приймалися, зі звертанням особливої уваги на час публікації цих декретів, час набуття ними чинності та обсяг встановленої зворотної дії.

24 серпня 1944 року було прийнято Декрет «Про розпуск таємних військових організацій на визволених територіях» із заявою, що «він набуває чинності з дня оприлюднення», тобто з «31 серпня 1944 року», адже таку дату мав «Законодавчий вісник», № 3, де було опубліковано Декрет (номер документа 12).

Положення ст. 6 Декрету інформувало, що «за ухилення від рішень цього Декрету винні притягатимуться до кримінальної відповідальності згідно з положеннями військового кримінального кодексу», який під назвою «Кримінальний кодекс Війська Польського» (далі – КК ВП) було прийнято трьома тижнями пізніше (24 вересня 1944 року) і набрав чинності з дня його оприлюднення («Законодавчий вісник», № 6 від 30 вересня 1944 року, номер документа 27). Його положення «про державні злочини» формально не мали зворотної дії (за винятком встановлення покарань стосовно польських громадян, які під час війни заявили про свою приналежність «до чужої національності, що боролася із Польською державою» (ст. 100), і за вбивства цивільного населення та військовополонених, співпрацю з ворожою владою та т.зв. шантажування єврейського населення, яке переховувалося від нацистів) (ст. 185).

З метою покарання членів організацій, що вважалися нелегальними, через 2 місяці після оголошення про їхній розпуск (31 серпня 1944 року) було прийнято Декрет ПКНВ від 30 жовтня 1944 року «Про захист держави»; при цьому зазначалося, що він набирає чинності з дня оприлюднення («Законодавчий вісник», № 10 від 3 листопада 1944 року), однак «має обов'язкову силу з 15 серпня 1944 року» (ст. 17) – що очевидно порушувало принцип *lex retro non agit*. Слід зазначити, що дата, від якої цьому Декретові надавалася зворотна «обов'язкова сила», сягає 16 днів назад від дати оголошення про розпуск «таємних військових організацій» (31 серпня 1944 року). Очевидно, що не мотивувалося ані ст. 98 Конституції 1921 року, ані ст. 1 до тих пір чинного КК 1932 року міркування щодо встановлення кримінального покарання за «участь у нелегальних організаціях» (ст. 1 Декрету «Про захист держави») у випадках, коли така «участь» мала місце до того, як було оголошено «про розпуск таємних військових організацій на визволених територіях», тобто до дати 31 серпня 1944 року.

Однак такі засудження відбувалися з моменту набуття чинності ст. 1 Декрету «Про захист держави»:

Хто створює організацію, що має на меті повалення демократичного устрою Польської держави, або хто бере участь у такій організації, керує нею, постачає їй зброю або надає іншу допомогу, підлягає покаранню позбавленням волі або стратою.

Це положення обумовлювало новий правовий статус цивільних осіб, які обвинувачувалися на його підставі, адже за описані в ньому та в усіх інших положеннях Декрету «Про захист держави» діяння вони мали відповідати перед військовими судами, які тоді діяли як спеціальні суди, – закриті, без участі прокурора та захисника, а також без процедури доведення, під час якої могли б перевірятися фактичні підстави обвинувачення. Засудження базувалося на тому доказовому матеріалі, який підготували працівники Управління безпеки, а вирoki цих судів не підлягали оскарженню.

Слід зауважити, що якби особи, обвинувачувані «в участі у нелегальній організації», поставали перед загальними судами і на підставі КК 1932 року, то унеможлиблювалося б фізичне знищення тих, кого ПКНВ визнав такими, що становлять загрозу для держави. Адже слід зазначити, що КК 1932 року передбачав покарання у вигляді 3 років позбавлення волі або арешту як верхню межу покарання за участь в таємній спілці і до 5 років цих покарань – за керівництво такою спілкою (ст. 165 § 1 та § 2 КК), а за «участь в незаконно утвореній озброєній організації» передбачалося покарання у вигляді позбавлення волі у тюрмі строком до 10 років і від 15 років – за керівництво озброєною організацією (ст. 167 § 1 та § 2 КК). Таким чином, Кодекс не передбачав можливості присудження смертної кари ані за участь, ані за керівництво як конспіративною організацією, так і нелегальною озброєною організацією. КК 1932 року не передбачав смертної кари навіть за поведінку того, «хто намагається із застосуванням сили змінити устрій Польської держави», натомість Кодекс за це передбачав покарання від 10 років до довічного позбавлення волі.

Тут варто наголосити, що положення ст. 1 Декрету ПКНВ від 30 жовтня 1944 року «Про захист держави» узаконювало присудження смертної кари військовими судами, до компетенції яких належав «розгляд справ про злочини, що описані в цьому Декреті» (ст. 16 абз. 1)⁵¹⁵,

⁵¹⁵ Таким чином, у порядку військового судочинства розглядалися справи цивільних осіб, обвинувачуваних у вчиненні як злочинів, описаних у цьому Декреті, так і держав-

за власне участь або лише за надання допомоги організації, «метою якої було повалення демократичного устрою», навіть якщо ця мета мала досягатися без застосування насилля, адже ознака «насильно» у цьому положенні не наводилася.

1.2. Кримінальна відповідальність за участь в організаціях, «метою яких є повалення демократичного устрою Польської держави»: комуністичне та нацистське безправ'я

Перший вирок, ухвалений на підставі Декрету «Про захист держави» від 30 жовтня 1944 року, звучав так:

Вирок

Іменем Польської Республіки

5 листопада 1944 року Військовий суд Люблінського гарнізону
у складі:

Голови: пполк. Круковського Константина

Суддів: ппор. Котовіча Чеслава, ппор. Врублевського Станіслава

Секретаря: хор. Фелікса Олександра

під час судового засідання в Любліні розглянув справу обвинуваченого Рутковські Сильвестра, сина Валентина, який народився у 1913 році в Ловічі Варшавського воєводства, має середню освіту, неодружений, раніше не притягався, вчителя, поляка, на підставі ст. 1 Декрету ПКНВ від 30 жовтня 1944 року «Про захист держави» («Законодавчий вісник», № 10 від 3 листопада 1944 року, номер документа 50).

Під час судового розгляду встановлено, що обвинувачений Рутковські Сильвестр, син Валентина, в кінці серпня 1944 року брав

них злочинів, описаних у ст.ст. 85–99 і ст.ст. 101–103 виданого в попередньому місяці КК ВП. За положеннями зазначеного Декрету ведення слідства у всіх справах було завданням органів державної безпеки, які після його завершення передавали акти справ компетентному військовому прокуророві. Підпорядкування цивільних громадян, яких обвинувачували в учиненні політичних злочинів, терорів військових суддів та прокурорів тривало аж до набуття чинності (1 травня 1955 року) Закону від 5 квітня 1955 року про передачу загальним судам компетенції військових судів в кримінальних справах щодо цивільних осіб. Докладніше див. у: M. Zaborski, *Ustrój sądów wojskowych w Polsce w latach 1944–1955*, Lublin 2005, s. 41.

участь у нелегальній організації, метою якої було повалення демократичного устрою Польської держави, чим вчинив злочин, передбачений ст. 1 Декрету ПКНВ від 30 жовтня 1944 року «Про захист держави». На підставі наведених вище фактів, керуючись положенням ст. 200 КПК, Військовий суд Люблінського гарнізону

Ухвалив:

Обвинуваченого Рутковські Сильвестра, сина Валентина, визнати винним у вищезгаданому злочині і засудити його на підставі ст. 1 Декрету ПКНВ від 30 жовтня 1944 року «Про захист держави» до страти. На підставі ст. 12 вищевказаного Декрету, у зв'язку зі ст. 40, констатувати втрату ним назавжди своїх публічних, громадянських прав та прав честі. На підставі ст. 13 вищезгаданого Декрету призначити конфіскацію усього майна засудженого. Цей вирок є остаточним і оскарженню не підлягає⁵¹⁶.

Під текстом вироку містяться підписи суддів та «Рішення Головнокомандуючого Війська Польського: Затверджую. Роля-Жимерські, військовий генерал» із датою «18.XI.44». Протокол виконання смертного вироку датований «20 листопада 1944 року»⁵¹⁷.

Кричуще безправ'я цього вироку впливає з того, що «в кінці серпня 1944 року» жодна з організацій не була «нелегальною» в аспекті правових положень, установлених ПКНВ, на які посилався суд, адже Декрет «Про розпуск таємних військових організацій на визволених територіях» набрав чинності – і це варто повторити – формально з моменту його оприлюднення, тобто з 31 серпня 1944 року. Очевидно, саме тому у вироку навіть не наводиться назва організації, до якої засуджений належав.

Таке саме формулювання містить вирок, ухвалений на підставі Декрету «Про захист держави» тим самим судом (у складі: Ч. Котовіч, с. Врублевські, Й. Крупські) трьома днями пізніше (8 листопада 1944 року). У цьому вирокі не зазначено, ані до якої «спілки, що мала на меті повалення демократичного устрою Польської держави» належав засуджений, ані коли це відбувалося. Аргументом для засудження до страти було те, що «його діяльність діставала вияв у тому, що він мав при собі значну кількість листівок під назвою «Співвітчизники», чим вчинив злочин у розумінні ст. 1 вищевказаного Декрету»⁵¹⁸.

⁵¹⁶ Фотокопія вироку в: Z. Leszczyńska, *Prokuratorzy i sędziowie lubelskich sądów wojskowych 1944–1955*, Lublin 2006, s. 161.

⁵¹⁷ Там само, с. 162.

⁵¹⁸ Там само, с. 170.

Таке рішення, зі змісту якого не випливало, за що судді засуджували, тобто яким був зв'язок між поведінкою виконавця та положенням, на яке вони посилалися як на основу встановлення покарання, слід визнати *iudicatum non existens* в тому значенні, що, незважаючи на вжите у заголовку слово «вирок», воно не містить обов'язкових елементів, щоб могли називатися вироком в юридичному значенні цього слова, і як таке було по суті розпорядженням про вбивство⁵¹⁹. Такі «вироки» не піддаються оцінці в категоріях спотворення права, адже на їх основі не можна зробити висновок ні про що, крім умислу суддів позбавити життя обвинуваченого, а особливо не можна відтворити процесу субсумції, що унеможлиблює оцінку покарання крізь призму положень щодо його визначення.

Про те, що судді свідомо судили за дії, які не були злочинами, може свідчити – щоправда лише один – виправдувальний вирок, ухвалений 9 січня 1945 року тим самим військовим судом (у складі: Б. Шполук – голова, Й. Шмідт, Й. Шиморовські), який стосувався, знову ж таки, обвинувачення за ст. 1 Декрету, тобто «участі в організації, метою якої є повалення демократичного устрою Польської держави»:

На підставі судового розгляду Військовий суд Люблінського гарнізону встановив, що діяльність обвинуваченої, що стала предметом обвинувального акту, мала місце 20 серпня 1944 року. Отже, в діях обвинуваченої відсутні ознаки злочину, описаного у ст. 1 вищезгаданого Декрету. У зв'язку з цим [...] обвинувачену Антошевську Ірену виправдано⁵²⁰.

Тому слід констатувати, що засудження на підставі ст. 1 Декрету «Про захист держави» надзвичайно нагадувало рішення поліцейських військово-польових судів, що ухвалювалися на цих територіях у часи існування Генерального губернаторства в межах «Акції АБ», кодова назва якої походила від перших букв її повної назви *Außerordentliche Befriedungsaktion* (надзвичайна акція пацифікації). Ця операція відбувалася між 10 травня та 12 липня 1940 року, а її мету генеральний губернатор Ганс Франк у своєму щоденнику окреслював так:

⁵¹⁹ Щодо порівняння із вироками, які ухвалювалися німецьким військово-польовим судом, де головував Й. Тюмлер, див. у Розділі VI цієї книги.

⁵²⁰ Фотокопія вироку в: Z. Leszczyńska, *Prokuratorzy...*, s. 212.

Із цілим натовпом бунтівних політиків руху опору, що знаходяться у нас в руках, та з іншими політично підозрілими індивідами треба покінчити у прискореному порядку [...] Я цілком відверто зізнаюся, що це буде коштувати життя кільком тисячам поляків, насамперед з верстви духовних лідерів. Для нас як націонал-соціалістів на часі зобов'язання подбати про те, щоб у польського народу вже не виникало жодного опору. Я знаю, яку ми беремо на себе відповідальність. Але є очевидним, що ми можемо це зробити, і що це викликане необхідністю⁵²¹.

Діяльність як військових судів у 1944 році, так і військово-польових поліцейських судів чотирма роками раніше, була спрямована на фізичну ліквідацію тієї самої цільової групи членів польського суспільства, а різниця в її процедурі не була аж настільки принциповою, щоб неможливо було порівняти смертні вироки, ухвалені німецькими та польськими судами, що не підлягали оскарженню і переважно швидко виконувалися. Також вражає те, що ці вироки, ухвалені триособовою суддівською колегією, склалися за однакового формулювання, що вимагало лише внесення дати складення вироку, прізвищ суддів та обвинуваченого (засудженого), а також правової кваліфікації злочинної дії, якої ці вироки не обґрунтовували⁵²². Шокуючою є думка, що польські військові суди продовжували традиції військово-польових судів німецької поліції.

Таку оцінку підтверджує зміст документу, що наводиться нижче:

№ акт GL 145/44. Копія. Таємно

Вирок

Іменем Польської Республіки

2 грудня 1944 року Військовий суд Люблінського
гарнізону у складі

⁵²¹ Щоденник. Запис, датований 30 травня 1940 року. Архів IPN-KŚZp.NP у Варшаві.

⁵²² Розпорядження від 31 жовтня 1939 року щодо військово-польових поліцейських судів розглядається у: А. Wzyszczyk, *Okupacyjne sądownictwo niemieckie w Generalnym Gubernatorstwie 1939–1945. Organizacja i funkcjonowanie*, Lublin 2008, s. 65–66. На думку Франка, використання для проведення «Акції АБ» збірних судових розглядів у військово-польових судах мало виключити можливість «виникнення враження, що це свавільна акція» (*Eindruck einer willkürlichen Aktion*). Див.: Щоденник. Запис, датований 30 травня 1940 року. Однак оскільки акція не відповідала прив'язці до ідеї «правової держави», губернатор зробив застереження, згідно з яким «метою роботи в Генеральному губернаторстві не є розбудова правової держави», а виконання націонал-соціалістичного завдання на Сході». Див.: D. Schenk, *Hans Frank. Biografia generalnego gubernatora*, Kraków 2009, s. 182.

Голови: ппор. Ратая Едварда

Суддів: ппор. Влодарчика Станіслава, ппор. Еугеніуша Кшевські

Секретаря: ст. серж. Казімежа Левандовські

без участі захисника та прокурора на закритому судовому засіданні в Любліні розглянув справу Олександра Реша [...]. Під час судового розгляду встановлено, що обв. Реш Олександр 20.X.44 року в Любліні належав до нелегальної організації під назвою «Армія Крайова», що мала на меті повалення демократичного устрою Польської держави – виконуючи в ній функції організаційного референта 5-го району в Любліні, чим він вчинив злочин, передбачений ст. 1 Декрету ПКНВ «Про захист держави». На підставі вищевказаних аргументів, а також ст. 200 КПК Військовий суд Люблінського гарнізону

Ухвалив:

обвинуваченого Олександра Реша визнати винним у злочині, в якому його обвинувачено, за що в силу ст. 1 Декрету «Про захист держави» засудити його до страти [...]. Цей вирок є остаточним і оскарженню не підлягає.

Голова: ппор. Ратай Едвард

Судді: ппор. Влодарчик Станіслав, ппор. Еугеніуш Кшевські

Рішення головнокомандуючого Війська Польського

Затверджую.

6.XII.44 року, К. Сверчевські, ген. див.

Вирок виконано 12.XII.1944 року о год. 16.35⁵²³.

Присудження смертної кари у наведеному вирокі відбулося за дію, яку, на думку суду, обвинувачений вчинив «20.X.44 року», на підставі – і тут це варто повторити – Декрету, прийнятого на 10 днів пізніше (30 жовтня 1944 року), а оприлюдненого ще через два тижні після тієї дії («Законодавчий вісник», № 10 від 3 листопада 1944 року).

Очевидно, що обвинувачений не міг знати, що нове право передбачає таке покарання за його поведінку на момент, коли він належав до «нелегальної організації під назвою «Армія Крайова». Якщо для синтетичної оцінки цього випадку скористатися термінологією Радбруха, слід визнати, що цей випадок, так само як і вищевказані обвинувальні вирокі за приналежність до «нелегальної організації», є прикладом застосування закону, що має зворотну дію, є «нестерпно несправедли-

⁵²³ Неопубл. САВ, III – 436, 3, № 120.

вим», актом «узаконеного безправ'я» і як такий «взагалі не має природи права»⁵²⁴. Застосування такого положення як засобу засудження до страти в будь-якому випадку становить собою вихід за межі суддівських повноважень і як таке робить вирок розпорядженням про акт убивства.

Здійснюючи оцінку суддівського злочину з огляду на положення права, яке було обов'язковим на момент ухвалення коментованого вироку, слід зазначити, що судді, які користувалися положенням, що мало характер «узаконеного безправ'я», його змістом не примушувалися засуджувати людину до страти. У ст. 1 Декрету «Про захист держави», на яку посилалися як на підставу засудження, про виконавця говорилося, що він «підлягає позбавленню волі або страті». Декрет не уточнював ані нижньої, ані верхньої межі строку позбавлення волі, відсилаючи до загальної частини КК ВП від 23 вересня 1944 року, де у ст. 37 йшлося про те, що «позбавлення волі триває мінімально один рік, максимально – десять років».

Тому виникає запитання, які директиви щодо визначення покарання керували військовими суддями в момент, коли вони приймали рішення стосовно його виду? По суті такі директиви формулювалися в КК ВП у розділі IX «Визначення покарання», ст. 51 якого майже дослівно відтворювало зміст ст. 54 КК 1932 року:

Суд присуджує покарання на власний розсуд, звертаючи насамперед увагу на мотиви та спосіб дії виконавця і його ставлення до потерпілого, стан службової залежності, на ступінь розумового розвитку та характер виконавця, на його попереднє життя та поведінку після вчинення злочину⁵²⁵.

⁵²⁴ Див. Розділ IV цієї книги.

⁵²⁵ Повторюючи зміст ст. 54 КК 1932 року, КК ВП 1944 року лише додавав, що суд, присуджуючи покарання, враховує також «стан службової залежності». Положення ст. 54 КК 1932 року – як зазначалося в коментарі – «наголошує на свободі судді, його дискреційній владі при встановленні покарання [...]. Ця свобода не може перетворюватися на довільність, мусить існувати можливість контролю суддівського рішення, тому необхідним є його обґрунтування [...]. Таке обґрунтування не може посылатися на загальне враження («покарання відповідає провині»)». Див.: J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 205. Далі цей автор стверджував, що «ст. 54 не бере як підставу визначення покарання цілі генеральної превенції (залякування інших), а підставою визначення покарання бере виключно індивідуальну та суб'єктивну провину виконавця» – і додавав, що «суворіша репресія для досягнення цілей, що містяться за межами провини виконавця та спеціальної превенції, є неприпустимою» (Там само, с. 209). Найсуворіші вимоги сформульовано також у судовій практиці щодо вироку, яким особа засуджується до страти: він «повинен особливо докладно висвітлити під-

У наступних положеннях цього розділу перелічувалися пом'якшувальні та обтяжувальні обставини, що впливають на покарання (ст. 52 КК ВП), а також закріплювалася можливість присуджувати покарання «нижчого від законного покарання, передбаченого для цього злочину, або нижчого від законної межі цього виду покарання», а також присуджувати «покарання більш м'якого типу, не передбачене у положенні закону для цього злочину», якщо суд визнає це виправданим, зважаючи на «виняткові обставини, що супроводжували вчинення злочину» (ст. 55 § 1 КК ВП). Також передбачалася можливість надзвичайного пом'якшення покарання та відмови його присуджувати, «якщо суд визнає, що виконавець діяв [...], захищаючи честь Народу або Війська Польського від загарбників або їхніх поплічників» (ст. 55 § 2 КК ВП). У наступному розділі X цього Кодексу визначені передумови умовної відстрочки виконання покарання у вигляді позбавлення волі.

У змісті аналізованого вироку жоден його фрагмент не вказує на те, що судді, які ухвалювали вирок, здійснили, хоча б у мінімальному обсязі, міркування із урахуванням директив установлення покарання (яким вони мали підкорятися), що створювало б підставу для оцінки їхнього вироку в категоріях, якими користувалося також тодішнє право, проголошуючи, що «військові суди у війську та у військово-морському флоті здійснюють правосуддя у кримінальних справах» – ст. 5 Закону від 23 вересня 1944 року «Про устрій Військових судів та Військової прокуратури».

Слід зазначити, що тогочасне право створювало суддям, які здійснювали правосуддя на підставі кримінально-правового положення зі зворотною дією, широкі можливості для мінімізації «узаконеного безправ'я» при встановленні покарання. Власне факт того, що на момент вчинення інкримінованого обвинуваченому діяння, тобто

стави, які схилили суд до переконання», що жодне інше покарання не може бути присуджене (Там само, с. 210). Зважаючи на повторення за КК 1932 року в положенні ст. 51 КК ВП 1944 року директив щодо визначення суддею покарання, наведений коментар повністю зберіг свою актуальність стосовно питання визначення покарання військовими судами. Публікації, які вийшли у «Військовому правничому огляді» через рік після набрання чинності КК ВП 1944 року, акцентували на необхідності враховувати при встановленні покарання особистість виконавця та апелювали до військових суддів, щоб в обґрунтуваннях вироків вони наводили мотиви, якими вони керувалися при визначенні покарання, а також наголошували на тому, щоб «покарання відповідало особистості виконавця, а отже, виявленій у злочині провині останнього і суспільній загрозі, що її мав його умисел». Докладніше про публікації з цього приводу див. у: E. Janiszewska-Talago, *Sądowy wymiar kary w piśmiennictwie prawniczym (lata 1944–1975)*, Warszawa 1978, s. 9. У жодній з тодішніх та пізніших публікацій не сформульовано погляду, на основі якого можна б аналізоване вище засудження до страти визнати таким, що відповідає будь-якій відомій праву директиві щодо встановлення судом покарання.

«20.X.44 року», приналежність «до нелегальної організації під назвою «Армія Крайова» не була заборонена, адже ще не існувало Декрету «Про захист держави» від 30 жовтня 1944 року, обумовлював формальні підстави для того, щоб визнати, що «мають місце виняткові обставини, які супроводжували вчинення злочину», і це в контексті ст. 55 § 1 КК ВП дозволяло судові присуджувати покарання на строк менше 1 року тюрми або арешту (від 1 місяця).

З тієї самої причини судді, які ухвалювали вирок, могли посилатися на положення, яке закріплювало, що «суд може враховувати виправдане неусвідомлення неправомірності дії як підставу для надзвичайного пом'якшення покарання» (ст. 18 § 2), адже важко собі уявити іншу ситуацію, ніж та, яку ми розглядаємо, в якій неусвідомлення «неправомірності» було б виправдане більш очевидними реаліями. Водночас слід наголосити, що в тій ситуації, в якій було ухвалено аналізований смертний вирок, судді, які користувалися тільки гарантованим їм КК ВП (ст. 51) правом присуджувати покарання на власний розсуд, могли присудити обвинуваченому найнижче із передбачених у положенні покарань у вигляді 1 року позбавлення волі. Приймаючи рішення про смертну кару в акті цілковитого свавілля, судді своїми діями зробили власний внесок у реалізацію «узакононого безправ'я», адже вони вчинили злочин вбивства.

Отже, вони не могли б з успіхом посилатися на те, що застосовували обов'язкове кримінальне право, адже при присудженні покарання їх також зв'язував зміст положень, що відкривали обидва чинні тоді кримінальні кодекси: «Кримінальній відповідальності підлягає той, хто вчиняє заборонену дію, за яку загрожує покарання згідно з законом, чинним на момент вчинення злочину» (ст. 1 КК 1932 року, ст. 1 КК ВП 1944 року). Про те, що їхня поведінка була втіленням у життя умислу вбити обвинуваченого, свідчить вражаюче свавільне, адже не підкріплене жодною судовою директивою щодо встановлення покарання, а тому нічим не мотивоване, присудження смертної карі.

До страти, посилаючись як на юридичну підставу її присудження на ст. 1 Декрету «Про захист держави», було засуджено також:

– власника квартири за переховування в ній з перших днів жовтня до 9 листопада 1944 року

дійсного і активного члена організації «АК» [...], якого він ніде не прописав, тим самим надаючи допомогу організації, що мала на меті повалення демократичного устрою держави⁵²⁶;

⁵²⁶ Фотокопія вироку в: Z. Lesczyńska, *Prokuratorzy...*, s. 188.

– дорожнього інженера за те, що він «був активним членом «АК» від моменту її розпуску до 30.X.1944 року»,

беручи участь шляхом переховування нелегальної листівки власної редакції, зміст якої був спрямований проти ПКНВ, літератури організації «АК», а також шляхом контактування з активними членами «АК», внаслідок чого вчинив злочин, передбачений ст. 1 Декрету ПКНВ від 30.X.44 року⁵²⁷;

– юриста, старшого асистента Католицького Люблінського університету, за те, що він

з моменту розпуску організації під назвою «Армія Крайова» до 25 жовтня 1944 року належав до цієї організації [...], причому його діяльність полягала у контактах з активними членами організації «АК» в справі написання звернень за дорученням організації «АК», зокрема у написанні звернення під назвою «Справедлива Польща», зміст якого мав на меті підірвати авторитет найвищої влади Демократичної Польщі – ПКНВ і був спрямований проти СРСР, а також у проведенні фінансового контролю в організації «АК», чим вчинив злочин, описаний у ст. 1 Декрету ПКНВ «Про захист держави» від 30.X.44 року⁵²⁸;

– стенографістку, яка із середини вересня до 2 листопада 1944 року передруковувала на друкарській машинці газету організації «АК» «Щоденні люблінські новини», а також «одного разу – тижневик «Парус»⁵²⁹;

– вчительку, яка

не звертаючи уваги на те, що Декретом державних органів влади організація «АК» в серпні цього року була розпущена, і надалі брала участь в цій організації як член «АК», що діставало вияв у тому, що вона знайшла конспіративну квартиру для коменданта Люблінського округу «АК» під псевдонімом «Зенон», втягнула до конспіративної

⁵²⁷ Там само, с. 197.

⁵²⁸ Там само, с. 209.

⁵²⁹ Там само, с. 203.

роботи як секретарки коменданта «АК» молоду дівчину під псевдонімом «Вера», сама діючи в організації під псевдонімом «Тьотя».

У цьому вирокі не зазначено, коли засуджена вчинила інкриміновані їй дії, заміняючи це питання зауваженням:

Коли її під час слідства запитали про мотиви продовження своєї активної діяльності в організації «АК» після визволення польських земель від окупантів, вона заявила, що визнає тільки еміграційний уряд, а Польського комітету національного визволення не визнає⁵³⁰.

Можна припустити, що ці слова, записані у протоколі допиту під час слідства, судді визнали достатньою підставою для вчинення вбивства обвинуваченої, не наводячи більше жодних аргументів.

Власне свідчення обвинуваченого зазвичай визнавали обґрунтуванням для його страти, одним з прикладів чого є вирок Військового суду Люблінського гарнізону від 2 грудня 1944 року, в якому вказується:

Під час судового розгляду встановлено, що обвинувачений [...], незважаючи на те, що організація «АК» рішенням державних органів влади була розпущена, до цієї організації з моменту її розпуску до 19.X.1944 року, як сам він у цьому зізнався, належав і брав в ній активну участь шляхом контактів з іншими членами «АК», чим вчинив злочин, передбачений ст. 1 Декрету «Про захист держави»...

та

суд ухвалив: обвинуваченого [...] визнати винним у злочині, в якому його обвинувачують, та засудити його [...] до страти⁵³¹.

Пояснення обвинувачених, які суд, що керувався правом, мусив би враховувати на їх користь, судді зазвичай залишали без уваги, й впливу на їхні рішення про страту членів «нелегальних» організацій вони не чинили. Одним із прикладів є вирок Військового суду Люблінського гарнізону від 9 січня 1945 року, що засуджував до страти обвинуваче-

⁵³⁰ Там само, с. 201.

⁵³¹ Там само, с. 191.

ного, який «отримував і коригував редакційний матеріал, призначений для газет організації «АК». У відповідь на слова обвинуваченого судді зазначили:

навіть якщо й повірити зізнанням обвинуваченого, що ще близько 20.X.1944 року він вирішив вийти з організації, але не міг цього зробити внаслідок втрати контакту з керівниками, а також що він писав статті на підтримку укладення союзу з СРСР і проти братовбивчої боротьби, то все одно він вчинив злочин, передбачений ст. 1 Декрету ПКНВ від 30.X.1944 «Про захист держави»⁵³².

1.3. Суддівська рішучість у призначенні покарань

А. У деяких вироках, що не обмежувалися лише резолютивною частиною, яка займала одне речення, помітною є особлива рішучість суддів не допускати звільнення підсудних. Така рішучість проглядається в обґрунтуваннях кримінально-правової кваліфікації дій обвинувачених, що уможлиблювала присудження жорстоких покарань. Ознайомлення з цими вироками дає змогу зробити висновок, що слід виключити «юридичне засліплення» виконавців як причину злочинного способу ведення судових справ.

Засуджувалися на підставі ст. 1 Декрету «Про захист держави» також члени відомих своєю боротьбою із німецькими окупантами Хлопських батальйонів, незважаючи на те, що їхня приналежність до цієї «таємної військової організації» у зв'язку з арештом фактично припинялася датою 31 серпня 1944 року, коли було оприлюднено Декрет ПКНВ «Про розпуск таємних військових організацій на визволених територіях». Військовий суд Люблінського гарнізону 10 листопада 1944 р. колегією у складі трьох суддів

під час закритого судового засідання розглянув справу 1. Осінські Стефана [...], держслужбовця [...], 2. Осінські Владислава [...], держслужбовця [...], обвинувачуваних у злочині, описаному в ст. 1 Декрету «Про захист держави» від 30.X.1944 року.

У вирокі написано:

⁵³² Там само, с. 211.

У ході судового розгляду встановлено, що: 1. Обвинувачений Осінські Стефан до 31 серпня 1944 року був членом нелегальної організації, що прагнула повалити демократичний лад, причому його діяльність діставала вияв у контактах із діячами нелегальної організації «Борутом» та «Вацлавом», а також у редагуванні звернень, що закликали не визнавати верховні державні органи влади і не виконувати їх розпорядження. 2. Обвинувачений Осінські Владислав до 31 серпня 1944 року був членом Хлопських батальйонів, тобто організації, що прагнула повалити демократичний устрій, причому його діяльність діставала вияв у контактах з діячами нелегальної організації «Борутом» та «Вацлавом», у читанні та друкуванні на друкарській машинці звернень, що закликали не визнавати верховні державні органи влади і не виконувати їх розпорядження. Тому обидва обвинувачені, Осінські Стефан та Осінські Владислав, вчинили злочин, передбачений у ст. 1 Декрету «Про захист держави» від 30.X.1944 року⁵³³.

Якщо зіставити вказану у вирокі дату, до якої обвинувачені були членами Хлопських батальйонів – «до 31 серпня 1944 року» – із датою оприлюднення Декрету ПКНВ («Законодавчий вісник», № 3 від 31 серпня 1944 року, номер документа 12), згідно з яким ця організація ставала нелегальною, а за «недотримання положень цього Декрету винні притягатимуться до кримінальної відповідальності відповідно до положень військового Кримінального кодексу», то виявиться, що обвинувачені не вчинили злочину навіть у розумінні права, що має зворотну дію. Адже їхня діяльність припинялася з дня, коли нова влада визнала таку діяльність нелегальною. Однак, незважаючи на дату розпуску ПКНВ «таємних військових організацій на визволених територіях», суд

ухвалив: обвинувачених Осінські Стефана та Осінські Владислава визнати винними у злочині, в якому їх обвинувачено, за що в силу ст.1 Декрету «Про захист держави» [...] засудити до страти через розстріл. [...] Цей вирок є остаточним і оскарженню не підлягає.

Нижче були підписи суддів та «Рішення Головнокомандуючого» – «Вирок затверджую, 15.XI.1944 року, 3. Берлін, ген. див.». Оскільки безправ'я цього вироку полягає у засудженні за дію, якої обвинува-

⁵³³ Фотокопію вироку та протоколів виконання вироку див. у: Там само, с. 211.

чені не вчиняли, про що суддям було достеменно відомо, присудження ними смертної кари залишається поза оцінкою в контексті категорій, визначених директивами щодо призначення судами покарання, і перетворює вирок в аналізованій справі – так само, як і інші вищезгадані вирокі – на розпорядження про вбивство. Суть злочину проти правосуддя в цьому разі полягає в тому, що судді поклали на обвинувачених відповідальність за дії, що їх самі судді визнали караними, здійснюючи їх субсумцію під положення, якому поведінка обвинувачених не відповідала, для того, щоб фізично знищити політичних противників влади, якій вони служили. Іншими словами, дії, за які вони засудили, підлягали покаранню стратою лише на їхню власну думку, проте не на думку права, на яке вони посилалися як на підставу вироку. Отже, свавілля суддів вийшло за межі «узаконеного безправ'я», визначені кримінально-правовим положенням зворотної дії, яким була згадана у вирокі ст. 1 Декрету «Про захист держави».

Про те, що судді діяли з умислом убити обвинувачених, поведінка яких полягала у «читанні та друкуванні на друкарській машинці звернень, що закликали не визнавати верховні державні органи влади і не виконувати їх розпорядження», може також свідчити те, що вони згадали єдине положення, що дає підставу для кримінально-правової оцінки таких дій, тобто ст. 157 КК 1932 року. Це положення передбачало, що «підлягає покаранню до 1 року позбавлення волі або до 1 року арешту» той, «хто з метою поширення готує, переховує або перевозить документи, друкований матеріал або листівки, що закликають до непослуху або протидії законам чи законним розпорядженням влади». Однак ухвалення вироків у цій категорії справ не належало до компетенції військових судів, а судді, як вбачається, не хотіли випускати обвинувачених живими зі своїх рук, тому визнали їх винними у приналежності до нелегальної організації, що було формальним обґрунтуванням рішення позбавити їх життя.

Злочинний характер вироку, що містить це рішення і в якому втілюється у життя тоталітарний характер влади, дістає вияв у меті його ухвалення, що полягала у фізичній ліквідації осіб, поведінку яких судді визнавали виявом непослуху стосовно влади і для влади шкідливу, при цьому не почувуючись зв'язаними будь-яким правом, яке ця сама влада встановила.

Б. Безправ'я подібного роду знаходимо у вирокі Військового районного суду в Ольштині від 16 лютого 1948 року, яким було засуджено Ф. Каліновські до 12 років позбавлення волі за те, що він

на території Ольштинського воєводства з грудня 1945 року до серпня 1946 року, співпрацюючи з групою політичних діячів, пов'язаних з особою Міколайчика і зорієнтованих на насильне захоплення влади, зокрема збираючи дані про озброєння та силу, на яку можуть розраховувати, готуючи переворот шляхом об'єднання прихильників у Війську Польському, намагався насильно змінити устрій Польської держави⁵³⁴.

У ключовому для засудження фрагменті обґрунтування вироку суд навів слова «колишнього командира Хлопських батальйонів полк. Войтала (псевдонім «Їжак»), звернені до кількох осіб, які зібралися у приватній квартирі, про

політичну ситуацію в Польщі, вказуючи, що існуючий уряд не є польським урядом, що його опанували елементи, вороже налаштовані до всього польського, і що він виконує розпорядження Радянського Союзу та спрямований на перетворення Польщі на 17-ту радянську республіку. Говорив про можливу війну між англосакськими державами та Радянським Союзом, вказував, що справжнім польським урядом є лондонський уряд, а його представником в Польщі є Міколайчик, який як державний муж створює в Польщі опозиційну партію ПСЛ і з її допомогою намагається врятувати Польщу від комунізму. Тому слід усіма силами підтримувати Міколайчика та його партію, а також докласти усіх зусиль, щоб Міколайчик захопив владу у Польщі, легально чи ні.

Незважаючи на те, що обвинувачений Ф. Каліновські (юрист, за часів війни – член Хлопських батальйонів, працівник банку в Ольштині) не брав участі у зустрічі, на якій висловлювалися такі погляди, все одно, на думку суду, він як один із організаторів ПСЛ та секретар правління ПСЛ в Ольштині поділяв їх і вважав «ПСЛ платформою для нелегальної діяльності Міколайчика, який планував повалити устрій та загарбати владу насильним шляхом». Злочинна діяльність обвинуваченого нібито полягала у тому, що з офіцером військової прокуратури «він обговорював можливості звільнення та прихильного ставлення до заарештованих членів ПСЛ». Крім того, зустрічався з ще одним обвинуваченим А. Вавриком, майором Корпусу внутрішньої безпеки (засу-

⁵³⁴ Копію вироку див. у: M.R. Bombicki, *Zbrodnie prawa. Wyroki sądów wojskowych w latach 1944–1954*, Poznań 1993, s. 87–106.

джений у цьому самому процесі до страти), якому постачав «газети ПСЛ, щоб той поширював їх серед солдатів», і який двічі повідомив його «про виїзд і повернення з акції оперативних груп військ внутрішньої безпеки і про те, що настрої війська є прихильним», а в березні 1946 року повідомив, «що для акції ПСЛ заручився підтримкою офіцерів Військ внутрішньої безпеки, і що вони зобов'язалися підготувати солдатів для виступу та підтримки акції Міколайчика».

Суд визнав, що такими діями обвинувачений «намагався насильно змінити устрій Польської держави», і що тим самим він вчинив злочин, описаний у ст. 86 § 2 КК ВП. Однак у вироку не зазначено, ані у чому полягало це «намагання», ані про те, що саме розумілося під терміном «насильно», ані про те, яким чином мав змінюватися «державний устрій».

У апеляції призначений державою захисник намагався звернути увагу Верховного військового суду на абсурдність засудження, пишучи про ПСЛ:

Важко собі уявити, щоб обв. Каліновські міг припускати, щоб організація, на чолі якої стоїть віце-прем'єр – офіційно легалізована організація, яка була блоком партій, на якому базувався Уряд національної єдності – мала на меті насильну зміну устрою Польської держави.

і наголошуючи, що судовий розгляд не зазначив, яку саме бунтівну діяльність здійснював обвинувачений Каліновські. Оскільки в травні 1946 року обвинувачений і два інші обвинувачені «опрацювали звіт з діяльності інформаційної секції та переслали його до Головного виконавчого комітету ПСЛ у Варшаві», суд визнав, що таким чином було вчинено також злочин шпигунства, який суд кваліфікував на підставі ст. 7 Малого Кримінального кодексу (набрав чинності 12 липня 1946 року)⁵³⁵.

Захисник намагався у гротескній формі довести, що міркування суду приписує діям обвинуваченого кримінально каране безправ'я, базуючись на визнанні «зрадником та агентом чужих спецслужб» голови

⁵³⁵ На обґрунтування засудження за намагання насильно змінити устрій та шпигунство суд зазначив, що «Каліновські під час слідства зізнається у вчиненні злочинів, а потім відмовляється від своїх зізнань», а особи, які давали показання під час засідання, «тими показаннями обтяжуючи самих себе, повністю підтверджують провину Каліновські».

ПСЛ та віце-прем'єра після того, як в жовтні 1947 року «той втік з Польщі». У касаційному поданні захисник написав:

Адже не можна тих, хто вірили Міколайчикові, позбавляти гідності та довіри – обвинувачувати їх у шпигунстві, якщо виявляється, що вони не орієнтувалися в ситуації і були лише сліпим зряддям в руках ПСЛ під керівництвом Міколайчика, а ПСЛ, у свою чергу, був сліпим зряддям у руках Міколайчика, при цьому лише останній був свідомим зряддям реакції та чужої держави.

Адвокат дорікав: «Адже обв. Каліновські не міг припускати, що його легальна організація, тобто організація ПСЛ в Ольштині, під наглядом усіх офіційних органів влади діє з метою завдати шкоди державі» і зазначав, що «так відбувалося тоді, коли офіційно не говорилося, що ПСЛ є опозицією»⁵³⁶. Верховний військовий суд рішенням від 2 квітня 1948 року зберіг у силі попередній вирок.

Здається, що умисним було представлення головного обвинуваченого члена ПСЛ в обвинувальному акті, на процесі та у вирокі як того, хто співпрацював з виконавцями найтяжчих, дійсно вчинюваних злочинів, що заслуговували на найсуворіше покарання, дії яких охоплювалися тим самим обвинувальним актом.

Одного із співобвинувачених у цьому процесі, Болеслава Ш. (який «під час німецької окупації був активним членом Хлопських батальйонів»), було засуджено до страти за участь в березні 1944 року в селі Комодзянка в убивстві чотирьох жінок єврейської національності, які переховувалися від німців. Тим самим вирокіом охоплено дію цього самого обвинуваченого, який «як командир ліквідаційної групи за дорученням організаційної влади» брав участь у селі Токарка 15 травня 1945 року в убивстві чоловіка, після того, як члени групи «допитували його і били, обвинувачуючи в демократичних переконаннях та у співпраці з Польським патріотичним рухом та Управлінням безпеки»⁵³⁷.

В. Одним із багатьох доказів одноманітної практики військових судів, що застосовували смертну кару в усіх справах, де обвинувачених ідентифікували як «таких, що належали до організацій, метою яких

⁵³⁶ Копію касаційного подання див. у: М. R. Vombicki, *Zbrodnie prawa...*, s. 107–114.

⁵³⁷ Стосовно цього обвинуваченого та обвинуваченого Міхала В. Президент РП рішенням від 20 квітня 1948 року скористався правом помилювання, заміняючи смертну кару покаранням у вигляді довічного позбавлення волі.

було повалення демократичного устрою Польської держави», є вирок Військового суду Варшавського гарнізону від 22 січня 1945 року. Цей суд розглянув колегією у складі трьох суддів на виїзній сесії в Отвоцьку під час закритого засідання без участі обвинувача та захисника

справу: 1. Вишомірські Яна [...], середня освіта, одружений, батько 1 дитини віком 1,5 роки [...], підхорунжий з 1935 року [...]
2. Мальчевські Томаша [...], лікаря, вища освіта, одружений, бездітний [...], не служив у війську, яких обвинувачено згідно зі ст. 1 Декрету «Про захист держави» від 30.X.1944 року.

Міркування суддів базувалося на твердженні, що поведінка обвинувачених була «спрямована проти демократичного устрою Польської держави, а також проти ПКНВ, що представляє цей напрям та устрій». У таким чином визначеному державному устрої перший з обвинувачених з вересня 1944 року до моменту затримання, тобто до 19 листопада 1944 року, у районі Варшави Празі брав активну участь в роботі нелегальної спілки «АК», що мала на меті повалення демократичного устрою Польської держави, займаючись видавництвом нелегальної газети цієї організації під назвою «Алярм».

А другий обвинувачений протягом 12 днів «до моменту затримання, тобто до 22 листопада 1944 року, писав у нелегальному друкованому органі «АК» політичні статті». У вироку не наводиться жодного прикладу «політичної статті», зміст якої був би спрямований проти «демократичного устрою»; також не зазначено, що ці статті містили неправдиву інформацію. Формулювання про діяльність проти демократії у конструкції вироку мало обґрунтовувати переконання, що метою обох обвинувачених було саме «повалення демократичного устрою Польської держави», що заслуговувало на найсуворіше з можливих покарань на підставі ст. 1 Декрету «Про захист держави». Вирок завершується традиційною фразою, що він «остаточний і оскарженню не підлягає», поряд з якою стоїть позначка: «Вирок затверджую. 28.I.45. Болеслав Берут».

Стиль, яким написано вирок, вказує, що бачення в обвинувачених політичних противників влади було для суддів абсолютно достатнім аргументом засудження їх обох до страти. З цієї самої причини судді не вважали за потрібне хоч би як мотивувати свій вирок, зважаючи на фактичні дії обвинувачених⁵³⁸.

⁵³⁸ Вирок див. у: W. Kulesza, *Odpowiedzialność karna sędziów i prokuratorów za zbrodnię sądową*. [w:] W. Kulesza, A. Rzepliński (red.), *Przestępstwa sędziów i prokuratorów w Polsce*

Г. Рішучість суддів у пошуку формальної підстави для присудження смертної кари уявним противникам влади є помітною у вироку Військового суду Люблінського гарнізону, ухваленому 23 листопада 1944 року на виїзній сесії у Краснимставі. Обставини справи не обґрунтовували обвинувачення у «активній участі в діяльності нелегальної організації» жодного із двох обвинувачених селян («власний маєток 2 га») – Варенцького Станіслава (служив у війську в 1925–1926 роках у званні капрала) та Варенцького Юзефа («допризовний»): обидва «як партизани у 1943–1944 роках брали участь в акціях залізничного та телефонного саботажу»⁵³⁹.

Подія, описана у вироку, що його було ухвалено за наслідками проведення закритого судового засідання без участі прокурора та захисника, відбулася на наступний день після публікації Декрету «Про захист держави» – «Законодавчий вісник» від 3 листопада 1944 року, тобто «4 листопада 1944 року», у помешканні Варенцького Станіслава в Краснимставі, якого відвідав його брат Юзеф, співобинувачений у справі, де знайдено і збережено як докази «запечатаний конверт, що містив видання і листівки «АК», а також «дволамповий радіоприймач марки «Філіпс». Встановлюючи кримінальну відповідальність обвинувачених, суд вирішив, що цей конверт привіз Юзеф Варенцький, який вже раніше, у жовтні 1944 року, двічі «надав допомогу організації, що мала на меті повалення демократичного устрою Польської держави, адже привіз для члена організації «Армія Крайова» Поремби з Хелму і вручив членам цієї самої організації запечатаний конверт».

Спосіб обґрунтування судом правової кваліфікації дій обвинувачених може створити у читача вироку враження, що судді отримували особливе задоволення, глузуючи зі своїх жертв, що перетворювало їхні дії на вбивство, вчинене із особливою розумовою жорстокістю. Адже у вироку читаємо, що суд визнає обвинувачених винними у наданні допомоги «нелегальній організації», а про таку поведінку як одну з форм учинення злочину (разом зі створенням, керівництвом, участю, постачанням зброї), за який загрожує покарання від 1 року позбавлення волі або страта, йдеться у ст. 1 Декрету «Про захист держави», на який судді посилалися як на підставу засудження: «або надає їй (організації) іншу допомогу». Таке надання «іншої допомоги» підлягало покаранню, якщо воно вчинялося умисно, адже положення, на яке посилалися судді як на умову караності, вимагало умисності щодо усіх перелічених у ньому заборонених дій. У відповідь на пояснення обвинуваченого суд написав:

lat 1944–1956, Warszawa 2001, s. 509–510.

⁵³⁹ Неопубл. СА W, III-436, 3, № 107.

Щоправда обв. Варенцький Юзеф виправдовується, що він не знав, якого типу кореспонденцію привіз, і що після усвідомлення вини про свою дію він шкодує, однак на підставі обставин, за яких він її перевозив, він повинен був завчасно передбачати злочинність своєї поведінки.

Формулювання «повинен був [...] завчасно передбачати» вказує на те, що судді визнали дію обвинуваченого такою, що вчинена ненавмисно, адже КК ВП від 13 вересня 1944 року, Загальної частини якого судді мусили дотримуватися, саме так визначав форму ненавмисності: «злочинності дії виконавець не передбачає, хоча й може або повинен її передбачити» (ст. 12 § 2 КК ВП 1944 року). Той самий КК ВП, услід за КК 1932 року, повторював, що злочини, за які загрожує покарання позбавленням волі на строк понад 5 років, є тяжкими злочинами (ст. 10 § 2 КК ВП), застерігаючи, що такий злочин можна вчинити тільки умисно, а «проступок можна вчинити також ненавмисно, якщо закон виразно на це вказує» (ст. 11).

Караючи за злочин, описаний у ст. 1 Декрету «Про захист держави», судді усвідомлювали, що він не передбачає кримінальної відповідальності ані за ненавмисну участь у нелегальній організації, ані за ненавмисне надання їй допомоги. Засуджуючи до страти за «ненавмисний злочин», вони вчинили безправ'я, що виходить за межі Декрету «Про захист держави», що мав зворотну дію.

Що стосується другого з обвинувачених, суддівська підступність полягала у тому, що вони виправдали його від обвинувачення у вчиненні злочину, описаного у ст. 1 Декрету «Про захист держави», переконливо обґрунтовуючи відсутність умисності в його діях, і водночас приписали йому умисне вчинення іншого злочину, описаного у ст. 6 цього Декрету. У фрагментах вироку, що стосувалися цих дій обвинуваченого, написано так:

Стосовно [...] злочину, у якому обвинувачено Варенцького Станіслава, передбаченого ст. 1 цього самого Декрету, суд не знайшов достатніх доказів його вини. Власне факт володіння та користування радіоприймачем за зазначених вище обставин, та й навіть те, що в помешканні обвинуваченого знайдено конверти із нелегальною кореспонденцією, яку його брат, співобвинувачений Юзеф Варенцький, привіз 4 листопада 1944 року, не є достатнім доказом того, що обв. Варенцький Станіслав брав активну участь в діяльності організації, метою якої було повалення демократичного устрою Польської держави.

Із таким обґрунтуванням суд вирішив «виправдати від обвинувачення в учиненні вищезазначеного [... злочину], передбаченого ст. 1 Декрету [...]». Водночас суд здійснив правову кваліфікацію факту власне володіння і користування радіоприймачем. Стосовно цієї дії Декрет «Про захист держави» визначав у ст. 6, що підлягає покаранню у вигляді позбавлення волі або смертної кари той, «хто під час війни без юридичного дозволу влади виготовляє, переховує, купує або продає радіоприймачі». Щодо цієї дії обвинуваченого у вирокі зазначено, що він

4 листопада 1944 року під час війни без юридичного дозволу влади переховував у своєму помешканні в Краснимставі дволамповий радіоприймач марки «Філіпс», користуючись ним абсолютно відкрито у присутності інших осіб.

Оцінку цієї дії та пояснень обвинуваченого, здійснену на підставі наведеного положення Декрету, який було опубліковано у «Законодавчому віснику» на день раніше («3 листопада 1944 року»), суд сформулював так:

Хоча Варенцький Станіслав, який ніколи не заперечував цієї дії й широко виклав суду обставини справи, виправдовується тим, що він не зрозумів наказу віддати радіоприймач через свою легковажність, про що він дуже шкодує, все одно його дія є злочином, передбаченим ст. 6 Декрету «Про захист держави».

У вирокі немає й сліду того, що суд взяв до уваги можливість надзвичайного пом'якшення покарання стосовно обвинуваченого, який посилався на те, що не усвідомлював стану формальної незаконності своєї поведінки, яка тривала всього один день (документи, опубліковані у «Законодавчому віснику» від 3 листопада 1944 року, фактично не могли стати відомими обвинуваченому вже на наступний день після його виходу) – що його передбачала ст. 18 § 2 КК ВП. Відсутні також будь-які обґрунтування покарання, присудження якого відповідно до чинного на момент ухвалення вироку права вимагало, щоб суд звернув увагу насамперед на мотиви виконавця, а також на його попереднє життя та «поведінку після вчинення злочину» – як це судам наказувала робити ст. 51 КК ВП. Тому власним внеском суддів у втілення в

життя безправ'я є резолютивна частина вироку: «Суд ухвалив: визнати винним і засудити до страти»⁵⁴⁰.

Рішення щодо покарання, присуджене обвинуваченим, доповнює положення «щодо втрати обвинуваченими цивільних та громадянських почесних прав» та конфіскації усього їх майна. Щодо нелегальної кореспонденції, яка стала речовим доказом у справі – «конверта», було вирішено «залишити його в актах справи», а «радіоприймач марки «Філіпс», що зберігався у Відділі громадської безпеки, – конфіскувати на користь держави». Під підписами суддів було формулювання: «Вирок є остаточним і оскарженню не підлягає» та рішення Головнокомандуючого Війська Польського: «Затверджую, 30.XI.1944 року, Роля-Жимерські, військовий генерал».

1.4. Переконаність суддів у злочинності відмови приносити доноси

А. 5 листопада 1944 року, після проведення закритого судового засідання у Військовому суді Люблінського гарнізону, було засуджено до страти Францішка Гадзала, селянина, залізничного телеграфіста, «обвинувачуваного на підставі ст. 1 та ст. 6 Декрету ПКНВ від 30 листопада 1944 року «Про захист держави», та Тадеуша Бекеша, робітника, обвинувачуваного на підставі ст. 6 цього самого Декрету. У вирокі зазначається:

Під час судового розгляду встановлено, що Гадзала Францішек [...] брав участь у діяльності організації, що мала на меті повалення демократичного устрою Польської держави, крім того, в Хелмі з 11 до 13 вересня 1944 року, тобто під час війни, він переховував без юридичного дозволу на це радіоапарат, яким відсилав зашифровані

⁵⁴⁰ Під час процесу над гауляйтером Країни Варти, на судовому засіданні 22 червня 1946 року, коли описувалася діяльність поліцейських судів, у тому числі страта 10 поляків на спортивному майданчику в Серадзі 17 вересня 1941 року, свідок М. Біскупська розповідала про одного з розстріляних: «Мого чоловіка забрали з помешкання сусіда, в якого знайшли радіоапарат». Див.: *Proces Artura Greisera przed Najwyższym Trybunałem Narodowym*, Główna Komisja Badania Zbrodni Niemieckich w Polsce, Warszawa 1947, s. 81. За «слухання ворожих радіостанцій» у період німецької окупації засуджував поляків, зазвичай до смертної кари, поліцейський військово-польовий суд у концтаборі Аушвіц. Див.: s. Steinbacher. «*nichts weiter als Mord*». *Der Gestapo-Chef von Auschwitz und die bundesdeutsche Nachkriegsjustiz*. [w:] *Neue Studien zur Nationalsozialistischen Lagerpolitik*, Institut für Zeitgeschichte, München 2000, s. 277.

депеші до Лондона, чим вчинив злочин, передбачений ст. 1 та ст. 6 вищезгаданого Декрету.

Стосовно другого обвинуваченого визнано доведеним, що

обвинувачений Бенеш Тадеуш [...] з 11 до 13 вересня 1944 року в Хелмі разом із обвинуваченим Гадзалою переховував під час війни без юридичного дозволу радіоапарат, яким відсилав шифровані депеші до Лондону, чим вчинив злочин, передбачений ст. 6 вищезазначеного Декрету.

Судді, які ухвалювали вирок, усвідомлювали, що вони засуджують солдатів польського підпілля за виконання ними завдань, у той час як «Армія Крайова» боролася в Варшаві, й які інформували уряд в Лондоні про ситуацію, що мала місце після прийняття ПКНВ Декрету від 24 серпня 1944 року «Про розпуск таємних військових організацій на визволених територіях» («Законодавчий вісник» від 31 серпня 1944 року)⁵⁴¹. Невпевненість суддів щодо способу формулювання обвинувального вироку, ймовірно, була пов'язана з тим, що наведений вирок було ухвалено в перший день діяльності Військового суду Люблінського гарнізону, суддівські колеги якого почали «розглядати» справи про злочини, передбачені Декретом «Про захист держави», за два дні після його публікації у «Законодавчому віснику», датованого 3 листопада 1944 року. Вирок не залишає жодних сумнівів щодо того, що він був актом убивства, умисел на вчинення якого мали виконавці, які підписалися під ним перед початком засідання.

У тому самому вирокі судді посилаються як на підставу засудження третьої особи (домогосподарки) на положення ст. 11 Декрету «Про захист держави»: «Той, хто має надійну інформацію про злочини, визначені у ст.ст. 1–10 цього Декрету, або про готування їх вчинення і не повідомить про це органи влади, підлягає позбавленню волі або страті». У третьому пункті вироку написано:

обвинувачена Мішук Владислава [...] у Хелмі з 11 до 13 вересня 1944 року, маючи надійну інформацію, що обвинувачені Гадзала

⁵⁴¹ У депешах, що в ті часи надсилалися з люблінського округу до Лондону, містилася тривожна інформація про масові арешти вояків «АК». Див. у: Z. Leszczyńska, *Procesy sądowe w latach 1944–1956 wobec członków organizacji niepodległościowych na Lubelszczyźnie*, [w:] W. Kulesza, A. Rzepliński (red.), *Przestępstwa sędziów...*, s. 136.

Францішек та Бенеш Тадеуш володіють радіоапаратом, за допомогою якого приймають повідомлення, не лише вчасно не донесла про це владі, а й сама слухала ці повідомлення і дозволила їм встановити радіо у себе вдома, чим вчинила злочин, описаний у ст. 11 вищезгаданого Декрету, за що її засуджено «до 10 років позбавлення волі».

Це засудження було актом терору, метою якого було охопити відчуттям страху всіх тих, хто міг хоча б перетинатися із особами, визнаними ворогами нової влади, та слухати інформацію, що надходила «з Лондону». Судді діяли, усвідомлюючи, що обвинувачена не могла вчинити злочину, за який її покарано, адже на момент його вчинення (11–13 вересня 1944 року) ще не існувало законодавчих положень, що накладали на неї обов'язок «вчасно доносити владі» та забороняли їй слухати радіоповідомлення (ці положення опинилися в Декреті, оприлюдненому 7 тижнями пізніше).

Б. Суддівське прагнення засвідчити свою лояльність до влади шляхом засудження за приналежність до організацій, що мали на меті повалити устрій, який ця влада встановлювала, призводило до ухвалення вироків, що містили вражаючі юридичні та історичні абсурди. У вирокі від 7 березня 1945 року Окружний військовий суд у Любліні ухвалив вирок, з якого випливало, що ворожа до влади організація виникла задовго до появи самої влади, а обов'язком кожного громадянина стало приносити доноси владі щодо існування цієї організації та про осіб, яким щось було відоме про неї⁵⁴². Саме такий нонсенс уміщено у підсумку міркувань суду стосовно адвоката:

Під час судового розгляду встановлено, що обв. Тарновські Владислав під кінець 1942 року або на початку 1943 року надав Мар'янові Тулачові своє помешкання для проведення конспіративних зборів членів «АК», організації, що мала на меті повалення демократичного устрою Польської держави, що збори у його домі відбувалися до моменту приходу Червоної армії, а потім у серпні 1944 року обвинувачений склав присягу, що він не відкриє цієї таємниці; далі встановлено, що поряд із помешканням обвинуваченого проживала Станіслава Заеховська, помешкання якої заходилося через спільний хол. У її помешканні збори членів нелегальної організації «АК» відбувалися 5 та 20 серпня, 10 листопада 1944 року, про що обвинувачений знав, однак не доніс про це владі.

⁵⁴² Фотокопія вирокі у: Z. Leszczyńska, *Prokuratorzy...*, s. 239–240.

У резолютивній частині вироку судді написали, що обвинуваченого «визнають винним у вчиненні вищевказаних дій, які є злочином, описаним у ст. 11 Декрету «Про захист держави» від 30 жовтня 1944 року, за що суд засуджує його до позбавлення волі строком на 10 років». Положення, на яке посилалися судді і під яке вони «підвели» поведінку обвинуваченого, встановлювало, що той, «хто, маючи надійну інформацію про злочини, описані у ст.ст. 1–10 цього Декрету, або про готування їх вчинення, вчасно не доносить про це владі, підлягає позбавленню волі або смертній карі». Цілковиту довільність як субсумції, так і встановлення покарання, можливо, помітив – хоча й абсолютно випадково – очільник системи військового судочинства, який визнав, що засуджений «заслуговує на помилування, зокрема на умовне зупинення виконання покарання у вигляді 10-річного позбавлення волі на період до 3 років». Цю думку затвердив своїм рішенням Головнокомандуючий Війська Польського.

Слід звернути увагу на особливий спосіб застосування судами положення про відмову приносити доноси, що полягало в тому, що його формулюванням, де свідомість виконавця описувалася як володіння «надійною інформацією про злочини», судді охоплювали саму тільки можливість припущення, караючи при цьому за неповідомлення про це владі. Таке міркування здійснив суд, засуджуючи до 6 років позбавлення волі за те, що обвинувачений

неодноразово [...] зустрічався з «плк. Товарем», майором «Вітольдом» та капітаном «Тихим», стосовно яких він міг припускати, що після 30 серпня 1944 року вони були активними лідерами законспірованої організації «Національні збройні сили», особливо беручи до уваги те, що у його присутності вони негативно висловлювалися про вступ до Війська Польського, однак вчасно не доніс про це владі, чим вчинив злочин, передбачений ст. 11 вищезгаданого Декрету, – вирок Окружного військового суду в Любліні від 1 лютого 1945 року⁵⁴³.

В. Відтворення безправ'я, що діставало вияв у покаранні за «відмову вчасно доносити владі» у вищенаведених вироках, вимагає врахування також того, що засуджені за такі відмови усвідомлювали, що чекає на осіб, яких вони б видали владі. Те, що вчиняла нова влада із підозрюваними в участі у діяльності нелегальних організацій, володінні листівками чи радіо, було загальновідомим. Військові суди при-

⁵⁴³ Фотокопія вироку в: Там само, с. 223.

значали жорстокі покарання як обвинуваченим в участі у діяльності організацій, так і тим, хто на них не доніс. Становище, в якому перебували члени «АК», Хлопських батальйонів чи «Національних збройних сил» та інших організацій, що боролися з окупантами, не зазнало принципових змін, адже після завершення німецької окупації вони мусили переховуватися від нової влади. Доноси на них німецькій владі цілком слушно було визнано злочином, що підтвердив суд у вирокі від 26 листопада 1947 року:

Кожен донос поляка німецькій владі був беззаконною дією, адже ці доноси були на руку німецьким загарбникам, бо давали їм привід гнобити населення. Таку саму думку наведено у Декреті від 31 серпня 1944 року щодо встановлення покарання для фашистсько-гітлерівських злочинців⁵⁴⁴.

Натомість далі стверджувалося, що караність доносів німецькій владі виключалася «у випадку, якщо виконавець, діючи в громадському чи приватному інтересі, міг передбачати, що особа, на яку він вказав, понесе надто тяжкі і неспівмірні зі своєю провиною наслідки». У випадку відмови донести новій владі Декрет «Про захист держави» не передбачав жодної обставини, за якої покарання могло б не призначатися.

Г. У реалізації мети комуністичної влади, якою було фізичне знищення усіх потенційних політичних противників, судді відіграли особливу роль, адже вони позбавляли життя тих, хто намагався уникнути переслідувань, переховуючись від органів безпеки, що проводили селекцію громадян на визволених територіях. Отже, діяльність суддів доповнювала систему безправ'я, а особливий тягар учинених ними злочинів полягає в тому, що вони вчиняли вбивства обвинувачених, посилаючись у своїх вироків на положення права, яке водночас свідомо і зухвало порушували. Прикладом є засудження до страти за відмову з'явитися для виконання військової служби. Цей обов'язок Декрет ПКНВ від 15 серпня 1944 року «Про часткову мобілізацію та реєстрацію населення для військової служби» («Законодавчий вісник», № 2, номер документа 5) насамперед покладав на офіцерів та підофіцерів у резерві, а також «офіцерів колишніх таємних військових організацій» та «підофіцерів колишніх таємних військових організацій».

⁵⁴⁴ Шифр К. 2981/47, «Demokratyczny Przegląd Prawniczy» 1948, № 9, s. 49.

Відтворення безправ'я вимагає також звернення уваги на дату набрання чинності цього Декрету, про що йшлося у ст. 11 акта: «Цей Декрет набирає чинності з дня його оприлюднення», тобто 22 серпня 1944 року, адже таку дату мав «Законодавчий вісник», № 2, де Декрет був опублікований. Положення ст. 9 цього Декрету погрожувало офіцерам та підофіцерам «колишніх таємних військових організацій» тим, що «особи, які ухилитимуться від явки, будуть притягнуті до відповідальності згідно з воєнним правом», наказуючи їм з'явитися для виконання військової служби «з 20 до 31 серпня 1944 року» (ст. 1 Декрету). Натомість у контексті іншого правового акту, ухваленого ПКНВ, військові організації, що боролися з німецькими окупантами, стали «колишніми таємними військовими організаціями» з 31 серпня 1944 року, адже такою датою опублікований у «Законодавчому віснику» і набрав чинності Декрет «Про розпуск таємних військових організацій на визволених територіях».

У таких обставинах із середини серпня 1944 року (а отже, до оголошення про розпуск військових організацій) відбувалися арешти офіцерів «АК», які добровільно зголошувалися прийти до пунктів вербування Війська Польського, а потім і рядових солдатів «АК»⁵⁴⁵. Завданням військових суддів стало позбавити життя тих офіцерів та солдатів «колишніх таємних військових організацій», яким вдалося уникнути реєстрації та мобілізації, передбаченої Декретом ПКНВ від 15 серпня 1944 року «Про часткову мобілізацію та реєстрацію населення для військової служби». Формальною підставою для засуджень стали положення Особливої частини КК ВП від 23 вересня 1944 року, що набрав чинності 30 вересня 1944 року, тобто з дня його оприлюднення у «Законодавчому віснику» (№ 6, номер документа 6).

Одним із вироків, зміст яких вказує на те, що судді розглядали справи з умислом на позбавлення життя обвинуваченого також всупереч чинному на той момент праву, є вирок Військового суду Люблінського гарнізону, ухвалений 9 листопада 1944 року.

Цим вироком засуджено В. Сову,

⁵⁴⁵ Арешти росіянами командирів «АК» у люблінському окрузі розпочалися раніше, адже офіцерів «АК», насамперед учителів, арештовували з 13 серпня 1944 року. У серпні та вересні цього самого року в люблінському окрузі вивезли до таборів до СРСР понад 400 офіцерів та підофіцерів «АК», а потім масово вивозили солдатів «АК», а також тих, хто вступив до Війська Польського. Див.: Z. Leszczyńska, *Procesy sądowe...*, s. 136. Фотокопії вироків див. у: *Prokuratorzy i sędziowie...*, s. 172, 179.

одруженого (одна дитина віком 2 років), має середню освіту, бухгалтер, раніше не притягався до кримінальної відповідальності, у 1935–36 роках навчався у Школі підхорунжих в Томашеві, за те, що він: 1. 11 вересня 1944 року у Любліні переховував радіоприймач. 2. Будучи зобов'язаним до військової служби як підпоручик у резерві ВП, не відреагував на повістку з'явитися для виконання військової служби у строки, зазначені у Декреті про мобілізацію.

Першу дію судді визнали злочином, описаним у ст. 6 Декрету «Про захист держави», і призначили за неї покарання у вигляді 5 років позбавлення волі, а як підставу присудження смертної кари за другу дію було взято ст. 117 § 2 КК ВП. Це покарання судді призначили за сукупністю. У висновку очільника системи військового судочинства йдеться про те, що засуджений «не заслуговує на помилування [...]», адже він не поспішав зголошуватися з'являтися до Війська Польського тільки тому, що був активним членом «АК», чого, однак, стовідсотково не було доведено» – вирок виконано 20 листопада 1944 року.

Злочинний характер цього засудження полягає у тому, що судді, які прагнули присудити смертну кару, посилалися на положення КК ВП, який, хоча й був чинний на момент ухвалення вироку (з 30 вересня 1944 року), однак ще не існував на момент, коли обвинувачений «не відреагував на повістку з'явитися для виконання військової служби», а саме коли «в період із серпня до 19 вересня 1944 року [...] він не відреагував на повістку з'явитися для виконання військової служби». Адже у цей час чинним залишався КК 1932 року, про що знали судді, які не могли не читати в положеннях, що вводили в дію новий Кодекс, на який вони посилалися як на підставу засудження, про те, що «з дня набуття чинності Кримінального кодексу Війська Польського від 23 вересня 1944 року втрачає обов'язкову силу Кримінальний кодекс від 21 жовтня 1932 року». Отже, якщо на момент, коли судді ухвалювали вирок в аналізованій справі, діяв КК ВП 1944 року як новий закон, то вони мали обов'язок, покладений на них ст. 2 § 1 цього Кодексу, порівняти його із законом, що діяв на момент, коли обвинувачений вчинив злочин нез'явлення для виконання військової служби:

Якщо на момент ухвалення вироку діє інший закон, ніж на момент вчинення злочину, тоді застосовується новий закон, однак слід застосувати більш давній закон, якщо він є більш сприятливим для вко-навця.

Важко собі уявити більш разюче за тяжкістю свого безправ'я порушення вираженого у цьому положенні принципу, ніж те, що його вчинили судді в аналізованій справі, застосовуючи ст. 117 § 2 КК ВП 1944 року. Це положення визначало, що «підлягає позбавленню волі або страті» той, хто під час війни, будучи військовозобов'язаним, не реагує у встановлені строки на призов або повістку для проходження військової служби або «у змові» вчиняє описану в ст. 117 цього Кодексу відмову у визначені строки відреагувати на повістку. За таку саму дію КК 1932 року взагалі передбачав не смертну кару, а позбавлення волі строком до 3 років, про що йшлося у його ст. 45 § 2. Таким чином, засуджуючи до страти, судді порушили принцип права, що наказує застосовувати більш м'який закон, і обрали положення ст. 117 § 2 КК ВП 1944 року по суті як знаряддя втілення в життя свого умислу на вбивство.

Про рішучість суддів вчиняти вбивства під прикриттям застосування права може свідчити, зокрема, вирок Військового суду Люблінського гарнізону від 10 листопада 1944 року, яким засуджено Т. Боровецького, «із незакінченою освітою фармацевта, середня освіта, який служив у війську в званні підхорунжого», за те, що «він вступив до «АК» у 1942 році і належав до неї до моменту арешту, тобто до 4 жовтня 1944 року», а також за те, що «в перших днях жовтня 1944 року дезертирував з Війська Польського та закликав до дезертирства з Війська Польського». Стосовно обвинуваченого суд ухвалив:

визнати винним у злочинах, в яких його обвинувачено, за що відповідно до ст. 1 Декрету «Про захист держави» від 30.X.44 року [...] засудити його до страти шляхом розстрілу, а також відповідно до ст. 115 § 2 КК ВП засудити його до страти шляхом розстрілу.

Зі змісту вироку випливає, що якби обвинувачений не дезертирував, то його засудили б лише одного разу до страти за «участь у діяльності організації, що мала на меті повалення демократичного устрою держави», що свідчить про трагічну долю усіх, які, маючи за своїми плечима почесну боротьбу з німецькими окупантами, опинилися в лавах Війська Польського.

2. Кримінально-правова оцінка суддівського покарання

А. Результати дослідження кримінальних проваджень у справах осіб, яких підозрювали в участі у діяльності організацій, що, на думку комуністичної влади, були «нелегальними», засвідчують, що судді приймали як підставу для ухвалення вироку все те, що було написано в обвинувальних актах, не здійснюючи навіть найменшої спроби оцінити докази, що були зібрані в результаті слідства. У Декреті «Про захист держави» застосовувався термін «розслідування», й встановлювалося, що його проведення у справах, охоплених Декретом, а також у справах про державні злочини, про які йшлося у ст.ст. 85–99 КК ВП, є завданням органів державної безпеки, що мали передавати акти справ військовому прокуророві⁵⁴⁶.

На початковому етапі діяльності органів безпеки слідство базувалося на перекладених протоколах допитів, що первісно склалися російською мовою працівниками НКВС, що проводив арешти членів «нелегальних організацій». Під час слідства, що його проводили як НКВС, так і працівники Управління безпеки, правилом було застосовувати катування з метою отримання зізнання в приналежності до організації, а якщо допитуваний цього не заперечував, то з метою виявлення усіх інших її членів. Обвинувальний акт, що готувався Управлінням безпеки, яке вело слідство, та затверджувався керівником слідчого відділу Воеводської служби державної безпеки, передавався військовому прокуророві, який його схвалював і направляв до військового суду⁵⁴⁷.

Закриті судові засідання проводилися без участі прокурора, його роль брали на себе судді, обмежуючи процедуру доведення заслуховуванням пояснень обвинуваченого, вигляд якого після знущань під час слідства гарантував, що не можна навіть припускати, нібито члени

⁵⁴⁶ У літературі наводяться показання протоколіста, згідно з якими вирок ухвалювався у Відділі військового судочинства (утворений наказом від 2 жовтня 1944 року Головнокомандуючого Війська Польського), звідки віддавалися розпорядження голові військового суду Люблінського гарнізону, який у свою чергу віддавав розпорядження головам суддівських колегій. Див.: М. Kielasiński, *Raport o zabijaniu*, [w:] W. Kulesza, A. Rzepliński (red.), *Przestępstwa sędziów...*, s. 125.

⁵⁴⁷ Див. цитований З. Лещинською лист Головного прокурора Війська Польського, де піддано критиці працівників Служби безпеки за те, що вони не знають елементарних принципів права і, незважаючи на це, ведуть слідства, а також наводиться приклад, коли в Краснимставі жоден із трьох слідчих не лише не мав ніякої кваліфікації, а й навіть не вмів добре писати (*Procesy sądowe...*, s. 138).

суддівської колегії не усвідомлювали, що він зазнав катувань з боку тих, хто вів слідство.

У жодному із аналізованих вироків, що їх було ухвалено в ті часи, немає згадки, яка дозволила б відтворити суддівську оцінку катувань як методу допитів підозрюваних, яких вони засуджували, чи оцінку сумнівної доказової цінності отриманого таким чином зізнання у вчиненні дії чи визнання себе винним. При цьому слід зазначити, що у вироках пізнішого періоду суди інколи фіксували, що обвинувачений під час судового засідання відмовився від зізнання, яке він зробив під час слідства, вказуючи, що до такого зізнання його примушено побиттям.

Власне факт побиття під час слідства, про який судові розповідав обвинувачений, взагалі не був предметом зацікавлення суду, який обмежувався констатацією того, що обвинувачений свідчив під час слідства, докладно описуючи свою поведінку, що – на думку суддів – робило неправдоподібними його пояснення, які він надавав під час засідання, про те, що він нібито не вчиняв усіх тих злочинів, в яких його обвинувачено. Згадка про катування переважно обмежувалася зазначенням, що «обвинувачений пояснює: усе, що він говорив під час слідства, є наслідком побиття та примусу», після чого йшла оцінка, що його пояснення «слід визнати неправдоподібними, адже під час слідства він вказав деталі, які тільки він сам міг знати». Не вказувалося, чи підтверджувалися ці «деталі» будь-якими надійними доказами; судді приймали їх як достатню підставу для засудження, не цікавлячись тим, чи їх вигадав обвинувачений, щоб уникнути подальших катувань, чи їх йому подали слідчі, які над ним знущалися.

Б. Встановлення того, чи судді, які приймали рішення про позбавлення життя обвинувачених, виконували власну волю, яка разом із усвідомленням вчинюваного безправ'я є другим елементом умислу на вбивство обвинуваченого, чи вони виконували вказівки влади, вимагає дослідження питання їх незалежності при ухваленні вироків. Тією самою датою (23 вересня 1944 року), якою було прийнято Кримінальний кодекс Війська Польського і положення, які вводили його в дію, був прийнятий Закон «Про устрій Військових судів та Військової прокуратури» («Законодавчий вісник», № 6 від 30 вересня 1944 року), де визначалося, яка кваліфікація вимагається від суддів, і декларувалася їх незалежність. У документі вказувалося, що «суддівські та прокурорські функції у війську [...] виконують офіцери служби юстиції», із застереженням, що офіцером служби юстиції «може бути лише офіцер, який має юридичну освіту» (ст. 46 § 1 та § 2 Закону «Про устрій Військо-

вих судів ...»). Наказувалося, щоб офіцер служби юстиції, обіймаючи посаду в військовому суді, склав присягу такого змісту: «Урочисто присягаю Польській Землі та Польському Народові суддівські обов'язки виконувати свідомо, неупереджено та згідно з правом, присвячуючи їм усі свої знання та досвід».

Принципове значення мало положення, яке за своїм змістом досі залишається незмінним: «Офіцери та генерали служби юстиції у виконанні своїх суддівських функцій є незалежними і підкоряються виключно закону» (ст. 51 Закону «Про устрій Військових судів ...»). Чергове положення застерігало, що «суддівська незалежність не виключає обов'язку виконувати розпорядження та накази у сфері судової адміністрації» за умови, що їх видано «в межах повноважень органу, який видав розпорядження або наказ» (ст. 52 Закону «Про устрій Військових судів ...»). Гарантувалася також незмінюваність судді: «Звільнення військового судді або переведення його на нижчу посаду може відбутися виключно в силу вироку дисциплінарного суду», але «за умови, якщо спеціальним актом не передбачено інше» (ст. 53 § 1 Закону «Про устрій Військових судів ...»). На завершення у ст. 53 § 2 Закону гарантувався суддівський імунітет: «Порушення кримінального провадження щодо військового судді може відбуватися лише за згодою дисциплінарного суду».

Розглянувши багато вироків військових судів, можна дійти висновку, що судді виконували поставлене перед ними завдання фізично знищувати усіх тих, хто, зважаючи на свої переконання та досвід, здобутий у період німецької окупації, міг будь-яким чином чинити опір комуністичній владі, а також тих, хто міг надати їм будь-яку допомогу. Судді, виявляючи власну ініціативу стосовно способів застосування кримінально-правових положень, задовольняли очікування політичної влади з переконанням, що саме така їхня поведінка та зміст рішень, які лише формально називалися «вироками суду», є виконанням завдання, що перед ними поставлено. Це завдання вони виконували з ентузіазмом, водночас деградуючи як судді, функції яких завжди базувалися на незалежності в ухваленні вироків та на їхній неупередженості. Тим самим вони ставили себе за межі свого покликання і позбавляли себе права вершити правосуддя шляхом судового покарання підсудних.

Їхні дії становили собою ознаки вбивства людини, про яке йшлося у ст. 225 § 1 КК 1932 року, або позбавлення людини волі як випадку тяжкого злочину, описаного у ст. 248 § 2 цього Кодексу. Тому слід стверджувати, що вони вчиняли ці злочини за межами своєї суддівської функції здійснювати правосуддя, відтак, для кримінально-пра-

вової кваліфікації їх діянь нераціонально було б посилатися поряд із цими положеннями КК 1932 року також на ст. 140 КК ВП 1944 року⁵⁴⁸.

Іншими словами, судді, які своїми актами вирішували питання про життя чи волю підсудних, діючи при цьому «не як судді», адже вони не користувалися своєю незалежністю в ухваленні вироків і діяли за межами обов'язкової неупередженості, виконуючи тільки доручення, які їм передавали «згори», вчиняли злочини в розумінні загальновідомого кримінального права. Якщо їхньою метою було не здійснення правосуддя, а виявлення слухняності стосовно отриманого розпорядження, що визначало зміст рішення, яке вони називали «вироком», то на цьому шляху вони втілювали у життя власний умисел позбавити життя або волі обвинуваченого, який потрапив у їхні руки. Правової кваліфікації не змінює спосіб інтерпретації кримінальних положень, які вони застосовували як знаряддя злочину щодо підсудних. Отже, це не були вбивства, вчинені шляхом спотворення права, – це були вбивства поза правом. Їхні рішення про страти, хоч самі вони їх у заголовку називали словом «вирок», можна було б назвати терміном *mordido hominem et iustitiae* – вбивство людини і правосуддя.

Не впливає на правову кваліфікацію також мотив, що супроводжував реалізацію умислу на вбивство або позбавлення волі людини – чи це було виконання доручення влади, яке передали судді, чи лише його бажання вислужитися перед владою своїм розумінням її цілей та, відповідно, очікування кар'єрного зростання або інших особистих вигод.

Оскільки щодо суддів, які ухвалювали вирoki, посилаючись на положення Декрету «Про захист держави» 1944 року, не велися кримінальні провадження, можна лише припускати, що у відповідь на звинувачення в учиненні злочину вони відповіли б, що застосовували чинне на той момент право. Обмірковування цього аргументу вимагає врахування, що ці судді не застосовували чинного тоді права, адже поняття права у його судовому застосуванні охоплює не лише положення матеріального права, вказане у вирoku як визначник покарання, до якого засуджували, а й спосіб застосування його суддею – незалежний та неупереджений. Тому слід визнати, що ухвалюючи обвинувальні вирoki, судді не застосовували права, а чинили безправ'я, що відповідає ознакам злочину проти життя та свободи людини.

⁵⁴⁸ Стаття 140 § 1. Солдат, який зловживає владою, зважаючи на особисту вигоду або з інших особистих мотивів, навіть якщо це зловживання не мало шкідливих наслідків, проте злочинець усвідомлював, що воно могло їх викликати, підлягає позбавленню волі. § 2. Якщо цей злочин вчинено під час війни, виконавець підлягає позбавленню волі на строк не менше 5 років або страті.

На оцінку безправ'я цих суддівських рішень не впливає те, чи опи-нилися вони, на їхнє переконання, у становищі, в якому незалежне та неупереджене, а тому справедливе ухвалення вироків могло б наразити їх самих на небезпеку з боку влади, що сприйняла б таку поведінку як вияв непокори своїх працівників. Приймаючи суддівський статус, вони усвідомлювали принципову різницю свого покликання та обов'язку здійснювати правосуддя порівняно з усіма іншими категоріями державних службовців. Побоювання судді за себе самого у випадку, якби ухвалений ним вирок виявився справедливим, і вчинення у змісті вироку заборонених дій під впливом страху перед владою не має жодного значення, якщо йдеться про неправомірність його рішення, однак це могло б в окремих випадках вплинути на ступінь провини судді, який вчинив безправ'я.

Здається, запал суддів в ухваленні неправомірних вироків, що його можна розпізнати у змісті уміщених в них рішень, у більшості випадків робив зайвими погрози з боку органів влади, що становили б безпосередню небезпеку для життя, здоров'я або свободи суддів, створюючи стан крайньої необхідності, в якому вони жертвували життям та свободою інших. Однак якби б знайшлися судді, свідомі того, що при-судження покарання, якого від них вимагають, порушує їхній службовий обов'язок судити згідно з власною свідомістю, неупереджено і на підставі права, то саме вони як судді військових судів – офіцери служби юстиції, особливим способом мали підпорядковуватися одному із положень військового Кримінального кодексу. Положення ст. 17 § 2 КК ВП визначало: «Порушення службових військових обов'язків під впливом примусу, та й навіть під загрозою смерті, не звільняє від кри-мінальної відповідальності».

Все ж відсутні підстави вважати неправомірні дії проти життя та волі обвинувачених, що вчинялися суддями, неусвідомленням ними безправ'я своїх дій. Адже вони виразно порушували елементарні прин-ципи права – *lex retro non agit, nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* (у значенні співмірності діям, за вчинення яких вони судили) та наказ *in dubio pro reo*. Не можна припускати, що ці принципи були їм не знайомі перед початком ухвалення рішень щодо долі обвину-вачених, і що вони не усвідомлювали безправ'я, яке чинили. Якщо б, однак, гіпотетично припустити, що вони не засвоїли цих принципів, то слід зазначити, що їх як офіцерів юстиції стосувалася ст. 18 § 2 КК ВП (ґрунтувалася на принципі *ignorantia iuris nocet*): «Суд може врахувати визнану несправедливість неправомірної дії як підставу надзвичайного пом'якшення покарання», однак не може від покарання звільнити.

Отже, з цього положення випливало, що неусвідомлення неправомірності, хоча й визнане, не виключає провини виконавця забороненої дії.

Не можна виключати того, що судді, які засуджували на підставі положень Декрету «Про захист держави» та КК ВП, внутрішньо не погоджувалися у конкретних випадках призначати нелюдські покарання, однак у змісті наведених тут як приклади вироків немає слідів того, що вони користувалися гарантованою їм законом незалежністю та виконували визначений законом обов'язок неупереджено виносити вирoki.

На завершення слід сказати, що судді, про яких тут йдеться, вчиняли злочини відповідно до чинного тоді права. Адже не мав би сенсу огляд наведених у цьому розділі вироків в інших категоріях справ, ніж ті, що є доказами того, що їх автори вчинили злочини вбивства та позбавлення волі, за які не понесли кримінальної відповідальності.

Із вищенаведеними рішеннями судів слід співставити речення з вироку, який було ухвалено на третьому Нюрнберзькому процесі над нацистськими юристами: «Якщо надані в цій справі докази не демонструють повного розкладу суддівської незалежності та неупередженості, то, мабуть, вже нічого не можна довести»⁵⁴⁹.

⁵⁴⁹ T. Cyprian, J. Sawicki, *Nieznana Norymberga*, Warszawa 1965, s. 129.

Розділ XII

ПОКАРАННЯ ЗА ЗЛОЧИНИ, «ОСОБЛИВО НЕБЕЗПЕЧНІ В ПЕРІОД ВІДБУДОВИ ДЕРЖАВИ»

1. Терор військових судів та нові судді

Керування роботою суддів та прокурорів, яке комуністична влада здійснювала таким чином, що обвинувачення та ухвалювані вирoki залишалися інструментами терору і фізичного знищення всіх тих, хто не піддавався пропаганді влади і не виявляв їй своєї покiрності, у військових судах та у військовій прокуратурі не стикалося з жодними труднощами. Натомість у системі загального судочинства нова влада була змушена, з огляду на недостатню кількість кадрів, готових виконувати кожне її доручення, на перших порах користатися послугами юристів, яких було виховано на базі КК 1932 року та які ще пам'ятали доктринальні принципи, без урахування яких реалізація судами кримінального законодавства не заслуговувала б на те, щоб називатися правосуддям. Значна частина цих юристів залишалися вірними цим принципам та своєму покликанню до справедливого суддівства.

Про те, що комуністична влада не визнавала таку діяльність суддів достатньо суворою, говорив міністр юстиції під час свого виступу в сеймі у 1949 році:

Старим судово-прокурорським кадрам, обтяженим спадщиною старих суперечливих правових теорій, вихованим на старому реакційному законодавстві, оповитим рутиною старої й такої, що слугує, як правило, поміщицько-капіталістичним інтересам, судової практики, важко прокладали собі шлях у нашому народно-демократичному правосудді, з великими труднощами та зі спротивом пристосовували свою щоденну практику до потреб і завдань, які наша Народна держава ставить перед органам правосуддя⁵⁵⁰.

⁵⁵⁰ H. Świątkowski, *Reformy w dziedzinie prawa karnego – treść przemówienia wygłoszonego w Sejmie 30 marca 1949*, [w:] *Reforma procedury karnej*, Wyd. Ministerstwa Sprawiedliwości,

Однак водночас він стверджував: «Апарат правосуддя постійно усуває та долає ці труднощі, рухаючись до реалізації нових та щоразу складніших завдань, які виникають на цьому етапі загостреної класової боротьби». Можливим способом виконання цих завдань він визначив протидію, з усією суворістю закону, «злочинним діям класового ворога».

Для досягнення цієї мети влада пропонувала прокурорам та суддям нові кримінально-правові положення, сформульовані таким чином, що їм надавалася широка свобода дій в обвинуваченні та засудженні тих, у кому було розпізнано класового ворога, але при цьому влада очікувала на їхню власну ініціативу щодо найсуворішого покарання. Користуючись такими положеннями, «старі судово-прокурорські кадри» цим могли довести, що вони лояльно ставляться до очікувань влади:

Сьогодні розуміння істини, того, що не існує правової норми й правосуддя позакласового, загальногромадянського змісту та характеру, що кожна правова норма, кожен ухвалений вирок слугують інтересам певного соціального класу, щоразу глибше сягає свідомості працівників правосуддя.

Завдяки цьому «сьогодні апарат правосуддя стає ефективною зброєю в руках народних мас в їхній боротьбі з класовим ворогом»⁵⁵¹.

Жертвами правосуддя, яке таким чином розуміло мету застосування положень кримінального законодавства, ставали не тільки політичні опоненти, а й ті, хто, виконуючи свої службові обов'язки, брав участь у різних сферах діяльності держави та таким чином «підігрівав» підозри влади власне лише своєю залученістю до тих чи інших процесів⁵⁵². Засудження посадових осіб за недбалість, яких було названо економічними «шкідниками», а також спекулянтів і винних в загальних злочинах, визначених як саботажники, мало доводити, що саме їхні діяння є причиною бідності громадян та відсутності базових суспільних благ в соціальній сфері.

Warszawa 1949, s. 4–6.

⁵⁵¹ З. Клішко – заступник міністра юстиції: *W pięciolecie wymiaru sprawiedliwości*, [w:] *Reforma procedury...*, с. 18–19.

⁵⁵² У рішенні ЦК ПОРП (Центрального комітету Польської об'єднаної робітничої партії) у квітні 1949 року проголошувалося, що «ворог, більш ніж будь-коли, буде посилювати саботаж і диверсію, намагатиметься проникнути та залишитися в нашому державному і економічному апараті, у найуразливіших місцях». Див.: s. Bancercz, *Zmiana przepisów o postępowaniu doraźnym*, [w:] *Reforma procedury...*, s. 100.

Засуджувані за будь-які прояви неповаги до влади, пересічні громадяни також наражалися на твердження, «що правосуддя в Народній Польщі реалізує інтереси трудящих мас, стоїть на сторожі революційної народної влади», що мало дістати відображення в посиленні кримінальних репресій щодо винних в економічних злочинах, розтратників, порушників режиму суспільної власності, спекулянтів, інших економічних «шкідників», «сіячів» тихої пропаганди, додаючи до цього переліку також винних у пограбуваннях. Далі переконувалося, що суворі кримінальні репресії стосовно обвинувачуваних у вчиненні таких злочинів «дістають визнання та схвалення народними масами, що було продемонстровано на показових процесах, які відбувалися в присутності численної робітничої і селянської громади»⁵⁵³.

Усвідомлюючи свої завдання, прокурори і судді у своїй щоденній практиці з положень кримінального законодавства, які можна було довільно інтерпретувати на потреби обвинувачення та засудження, виткали настільки густу мережу заборон і наказів, що ані політичний опонент, ані будь-яким чином втягнутий пересічний громадянин не могли визначити, за яку поведінку їм не загрожує кримінальна відповідальність. Таким чином, відбувся «діалектичний розворот» гарантійної функції кримінального законодавства, що виявлялося в тому, що правоохоронні органи, прокурори і судді створили такі умови, в яких кожен громадянин змушений був постійно враховувати кримінальну відповідальність за поведінку, яка *ex post* може визнаватися злочином.

2. Покарання виконавців злочинів, «особливо небезпечних в період відбудови держави»

Межі застосування смертної кари було розширено Декретом, що скасовував Декрет «Про захист держави», від 16 листопада 1945 року «Про злочини, особливо небезпечні в період відбудови держави»; на початку Декрету зазначалося, що смертна кара загрозувала за здійснення «раптового замаху» на члена державної або іншої національної ради, посадову особу державного або місцевого рівня, представника політичної чи громадської організації або профспілки (ст. 1, п. 2 і п. 3). Таке саме покарання передбачалося за саботаж, який можна було вчинити всього лише «ускладнюючи належну роботу заводів чи облад-

⁵⁵³ H. Świątkowski, *Reformy w dziedzinie prawa...*, s. 4–6.

нання» (ст. 2, п. 2), а також за «збір інформації, що становить державну або військову таємницю», що вже саме по собі вважалося діяльністю проти держави, незалежно від цілей та того, чи була ця інформація потім комусь чи кудись передана. «Передача» охоплювалася окремою формою злочину – незалежно від того, до кого ця інформація мала потрапити (ст. 8).

За змову з іншими особами з метою вчинення будь-якого з таким чином описуваних злочинів, а також за окремо передбачене як каране їх готування передбачалося покарання у вигляді позбавлення волі на строк до 15 років (ст.ст. 11, 12). Покаранню підлягав також той, хто не повідомив владу про злочин цієї категорії, вчинення якого планували інші особи (ст. 13). Смертній карі підлягали й ті, хто подав владі неправдиву інформацію або документи, що мали значення для обороноздатності (ст. 9 § 1), або у зв'язку зі своєю шкідливою діяльністю отримали майнову або особисту вигоду чи власне тільки обіцянку такої вигоди для себе або когось іншого від особи, яка діяла в інтересах чужої держави або організації (ст. 7).

Відповідно до Декрету більш поблажливо, ніж саботаж (адже лише позбавленням волі на строк до 15 років), каралося зниження обсягів виробництва в державних підприємствах або кооперативах виконавцем, який знизив продуктивність власної праці або праці підлеглих йому працівників чи погіршив технічний стан обладнання або марнотратно витрачав сировину (ст. 25). Уперше були криміналізовані публічне висміювання або зневажливі висловлювання щодо державного устрою (позбавлення волі на строк до 20 років – ст. 19).

13 червня 1946 року було прийнято Декрет з ідентичною назвою – «Про злочини, особливо небезпечні в період відбудови держави», яким скасовувався Декрет від 16 листопада 1945 року і який за період своєї дії отримав назву «Малого Кримінального кодексу» (МКК). Варто наголосити, що МКК у своїх «Прикінцевих положеннях» визначав, що «призупиняється юридична сила положень Кримінального кодексу 1932 року у сфері, врегульованій цим Декретом», і так триватиме доти, «доки триватиме обов'язкова сила цього Декрету» (ст. 68)⁵⁵⁴.

З такого формулювання випливало, що «призупинення» не було ска-

⁵⁵⁴ Стаття 68 МКК уточнювала, що призупиняється дія положень КК 1932 року, «які були обов'язковими до набрання чинності Декрету від 16 листопада 1945 року «Про злочини, особливо небезпечні в період відбудови держави», а оскільки цей Декрет не визначав зв'язку уміщених у ньому положень з КК, стверджувалося, що ці положення мали обов'язкову силу до моменту їх «призупинення», що відбулося в день набрання чинності МКК, тобто 12 липня 1946 року.

суванням обов'язкової сили частини КК 1932 року, і що воно триватиме лише у перехідний період, що зазначався у назві Декрету, тобто в період «відбудови держави». Однак положення довоєнного КК в тому обсязі, в якому їхню дію було призупинено, вже ніколи не відновили своєї дії у період чинності МКК, тобто до кінця 1969 року. Натомість з 1 січня 1970 року набрав чинності КК 1969 року, який замінив довоєнний кодекс і скасовуючи МКК, водночас перейняв деякі його положення.

МКК повторював, що «злочини проти громадської безпеки», а також «державні злочини», описані у КК ВП, підлягають юрисдикції військових судів, і навіть тоді, коли обвинувачуваними в їх учиненні є цивільні особи (ст. 51)⁵⁵⁵. Ці суди, що по суті були спеціальними судами, використовувалися з метою як фізичного знищення усіх реальних і потенційних політичних противників влади, так і для здійснення спроб запровадження економіки, яка базувалася б на державній власності на засоби виробництва, що з самого початку централізованого планування і керування нею виявилось неефективним.

Дещо пізніше, після одержавлення виробничих підприємств відбулося «усуспільнення» торгівлі, що ідеологічно обґрунтовувалося тим, що повний контроль держави над сферами виробництва і розподілу благ є основою соціалістичного устрою⁵⁵⁶.

3. Суспільна шкідливість діяння як підстава для покарання

3.1. Суспільна шкідливість діяння

Із посиланням на радянське законодавство, до поняття злочину як його матеріальний елемент було запроваджено суспільну шкідливість, що характеризує діяння, «небезпечне для мас трудящих Народної

⁵⁵⁵ Це тривало до 1 квітня 1955 року, коли загальним судам було нарешті віддано попередню юрисдикцію військових судів у кримінальних справах цивільних осіб, за винятком злочину шпигунства.

⁵⁵⁶ «Битва за торгівлю» проголошувалася у квітні 1947 року ухвалою ЦК Польської робітничої партії.

Польщі в період переходу до соціалізму»⁵⁵⁷. Водночас критично зазначалося, що «чинний КК 1932 року, тобто такий, що походив з часів панування буржуазії, не вказує на матеріальний елемент злочину, тобто на його суспільну шкідливість».

Це поняття стало найважливішою вказівкою для суддів стосовно того, як застосовувати як нове, так і старе кримінальне право з метою втілення в життя волі влади, яка посилялася на те, що усі її дії відбуваються в інтересах відповідного класу.

Метою здійснення правосуддя у кримінальних справах стало покарання іменем панівного класу. Це поняття по суті становило собою криптонім волі комуністичної влади; одразу частина представників доктрини поспішили із обґрунтуванням меж рефлексії над природою злочину, що – як ними проголошувалося – принципово відрізняється від того, що стосовно цієї теми писалося в капіталістичних країнах:

Теорія буржуазного кримінального законодавства зацікавлена в маскуванні, прихованні класового характеру суті злочину, тому в своїх матеріальних дефініціях злочин визначається як вчинок, що становить собою замах на будь-які позакласові, загальносуспільні, загальнонаціональні, нібито спільні для всіх класів або загальнолюдські інтереси⁵⁵⁸.

Натомість, на думку комуністичного режиму, «нове законодавство, нове революційне народне верховенство права як частина надбудови» мають створювати умови для роботи судів, в яких відбудеться

належна їх реалізація, тобто застосування цих положень відповідно до букви та духу нового законодавства, відповідно до політики держави на актуальному етапі класової боротьби, а також з розумінням основної відмінності їх класового характеру від зовнішньо схожих понять та принципів буржуазного законодавства⁵⁵⁹.

Однак у ментальності юристів, які належали до старої правничої школи, незмінною залишалася думка щодо суддівської незалежності як

⁵⁵⁷ I. Andrejew, L. Lernell, J. Sawicki, *Prawo karne Polski Ludowej. Zarys wykładu części ogólnej*, Wyd. Ministerstwa Sprawiedliwości, Warszawa 1950, s. 122.

⁵⁵⁸ J. Sawicki, M. Maślanko, *Kontrola rewizyjna*, [w:] *Reforma procedury...*, s. 239.

⁵⁵⁹ W. Świątkowski, *Przedmowa*, [w:] *Zbiór orzeczeń Najwyższego Sądu Wojskowego*, Warszawa 1954, s. 9.

умови здійснення правосуддя в загальносуспільному розумінні, з якою власне розправила Комісія сейму з питань правосуддя під час обговорення принципів реформування системи правосуддя⁵⁶⁰. У звіті Комісії зазначалося, що «капіталістичний устрій свідомо приховував класовий характер законодавства та правосуддя, спеціально поширював, особливо в колах юристів, теорію про нібито незалежність судової влади, про уявну позакласову державу» і таким чином, спромігся «юристів, особливо системи правосуддя, помістити та замкнути у «вежі зі слонової кістки».

Далі окреслювалися очікування щодо способу застосування суддями в їх практиці актів, прийнятих законодавцем, який відкидає міф про позакласовий характер свого творіння:

Перше завдання, яке ми ставимо перед юристами системи правосуддя саме зі старих кадрів, – це те, щоб вони відімкнули ворота цієї «вежі зі слонової кістки» та зрозуміли, що доти, доки вони не засвоять змісту життя, вони не зможуть, навіть за найбільшого бажання, відповідним чином реалізовувати законодавство Народної Польщі згідно з її суспільними і економічними потребами.

У наступному реченні Комісія сформулювала застереження для суддів: «Вони повинні зрозуміти, що той, хто хоче реалізовувати законодавство відірвано, не зможе його належно реалізувати, тому він мусив би, навіть всупереч своїй свідомій волі, спуститися до рівня класового ворога та в лавах правосуддя утриматись не спромігся би»⁵⁶¹.

З поглядами членів Комісії з питань правосуддя збігався викривальний голос представників доктрини і судової практики на тему «легенди про аполітичність судді»: «Аполітичність судді, об'єктивність законодавства, позакласовість прокуратури [...] це – каміння «юридичного світогляду», який виробила буржуазія»⁵⁶². Доктрина вказувала також на

⁵⁶⁰ Щодо дискусії у сеймі 27 квітня 1949 року див. у: *Sprawozdanie referenta Komisji Prawniczej Sejmu RP posła s. Grossa, [w:] Reforma procedury...*, s. 45.

⁵⁶¹ Там само, с. 48–49. Стосовно суддів загальних судів заступник міністра юстиції дав таку оцінку: «Відомим є факт, що загальне судочинство впродовж п'яти років працювало, несучи баласт фальшивих та шкідливих поглядів на роль судових інститутів, будучи обтяженим рутинною та навичками практики буржуазного судового апарату. Правничий світогляд, що ґрунтувався на ідеалістичній, буржуазній позакласовій теорії, з вічною і абстрактною справедливістю, був стіною, яка ізолювала судово-прокурорські ряди від революційних змін, що відбувалися в Народній Польщі». Див.: Z. Kliszko, *W pięćdziesiąt lat wymiaru sprawiedliwości...*, s. 17–18.

⁵⁶² J. Sawicki, M. Maślanko, *Kontrola rewizyjna, [w:] Reforma procedury...*, s. 237–238.

доцільність суворого покарання кожного, кого суддя визнає класовим ворогом: «Адже, ясна річ, злочинний вчинок, учинений класовим ворогом, охоплює більше елементів об'єктивної суспільної шкідливості з точки зору класових інтересів народних мас Польщі»⁵⁶³. Стосовно прокурорів було сформульовано таку вказівку:

Належне виконання обов'язків прокурором вимагає тісної співпраці з органами державної безпеки [...]. Адже ці органи за своїми плечима мають результативний шлях боротьби з підпіллям, з лісовими бандами, міколайчиковською реакцією і диверсією⁵⁶⁴.

Проголошувалося також, що

у міру розвитку народної демократії та наближення до соціалізму щоразу більшої сили набиратиме боротьба класів, щоразу інтенсивнішими будуть замахы ворогів народної демократії на її фундамент. Як наслідок – щоразу міцнішого захисту та щоразу ефективнішої боротьби з класовим ворогом потребуватиме держава народної демократії.

Захист держави вимагав «гнучкого, швидкого та справного кримінального провадження з метою знешкодження класового ворога», що стало основною метою прокурорів і суддів. Період, за який цієї мети мало бути досягнуто, визначався так:

На відміну від Радянського Союзу, в якому вже панує соціалістичний устрій, Народна Польща лише закладає фундамент під його будівництво; на відміну від Радянського Союзу, де більше немає класових протилежностей, у нас досі існують антагоністичні класи та триває класова боротьба⁵⁶⁵.

⁵⁶³ L. Lernell, *Założenia ideologiczne reformy procedury karnej*, [w:] *Reforma procedury...*, s. 137.

⁵⁶⁴ H. Podlaski, *Zadania prokuratora w świetle nowych przepisów postępowania karnego*, [w:] *Reforma procedury...*, s. 199. Як принцип «роботи народного прокурора» акцентується на його «войовничо-класовій позиції». Остання має діставати вияв у «зосередженні всіх своїх зусиль на доведенні правильних тез обвинувачення, незважаючи на відсталість того чи іншого члена суддівської колегії». Див.: Т. Majewski, *O nowym stylu w pracy prokuratora*, [w:] Там само, с. 219, 225.

⁵⁶⁵ E. Merz. *Likwidujemy pozostałości reakcji*, [w:] *Reforma procedury...*, s. 292–293.

Кінцевий стан, досягненню якого мали слугувати нове кримінальне законодавство та процедури його застосування, визначався цитуванням з абсолютною повагою і цинізмом погляду Й. Сталіна на соціалістичне суспільство та його суспільні одиниці: «Ми збудували це суспільство не для обмеження особистої свободи, а задля того, щоб людська одиниця почувалася дійсно вільною»⁵⁶⁶.

3.2. Контрреволюційний злочин

Користуючись новою термінологією на обґрунтування положень, унесених до книги правових принципів, Верховний військовий суд щодо ст. 39 пп. 2 МКК констатував:

Особлива суспільна шкідливість діянь, спрямованих проти націоналізованої економіки, жодною мірою не дозволяє здійснювати щодо норм, завдяки яким здійснюється кримінально-правовий захист націоналізованих або переданих у власність народу господарських підприємств (установ), таке їх тлумачення, що б визначало вузькі межі відповідальності, надміру наголошуючи на буквальному звучанні положення⁵⁶⁷.

Верховний військовий суд у своїх рекомендаціях щодо способу застосування положень МКК зазначив, що вони повинні слугувати суворому покаранню винних у вчиненні «контрреволюційних злочинів», якими ставали усі злочини, вчинені «з мотивів ворожості до Народної Польщі». Народна Польща визначалася в особливий своєрідний спосіб шляхом утвердження, що це – «держава народної демократії у вигляді диктатури пролетаріату» із зазначенням, що об'єктом контрреволюційного злочину є політичний і суспільно-економічний устрій визначеної таким чином держави, народна влада у ній, її економічні основи, незалежність та безпека⁵⁶⁸.

Зазначене тлумачення передбачало прирівнювання покарання (у тому числі шляхом ухвалення смертного вироку) за раптовий замах на військовий підрозділ до здійснення такого замаху, що розглядався

⁵⁶⁶ Там само, с. 291.

⁵⁶⁷ Постанова Верховного військового суду від 16 травня 1950 року, PiP 1950, № 7, s. 142.

⁵⁶⁸ Рекомендації Зборів суддів Верховного військового суду від 19 грудня 1952 року, [w:] *Zbiór orzeczeń...*, s. 19, 20

як терористичний акт, стосовно представника влади, як і члена партії та усіх активістів, «котрі своєю активною професійною і суспільною діяльністю борються за зміцнення народної влади, її політичних, економічних та культурних здобутків»⁵⁶⁹. Таке саме покарання ст. 3 МКК було передбачене за злочин саботажу, який «згідно з концепцією соціалістичної правової науки та практикою військового судочинства» можна було вчинити, зокрема, шляхом здійснення різноманітних «актів шкідництва», що полягали «в умисному погіршенні якості виробів, сповільненні темпів процесу виробництва, будівництва, обігу, в умисно неправильному плануванні, нераціональному використанні машин, обладнання, транспортних засобів та інших засобів, що знаходяться у віданні підприємств, з метою умисної контрабанди ворожої ідеології тощо»⁵⁷⁰.

Акт саботажу міг бути вчинений також внаслідок «відмови від виконання обов'язків, що полягає у виконанні обов'язків неналежним чином». Для констатації умисності було достатньо «контрреволюційного евентуального умислу»⁵⁷¹. Передбачалося, що «унеможливлення і ускладнення правильного функціонування підприємств або механізмів може бути короткотривалим і швидко ліквідовуваним, проте водночас містити усі ознаки саботажу». Наголошувалося, що покаранню підлягає уже власне нищення, а «не [лише] знищення», і це може «стосуватися деталей окремих механізмів», а також що «є очевидним», що злочин саботажу в усіх формах може вчинятися внаслідок відмови, «коли злочинець [...] зобов'язаний виконувати певну дію, проте цієї дії не виконує»⁵⁷².

Широке застосування військовими судами норми про саботаж призводило до того, що для того, аби засудити за цей злочин, спочатку не вважалося необхідним інкримінувати обвинуваченим ані наявності в них антидержавних мотивів, ані відповідного умислу, що дозволяло ухвалювати найсуворіші вироки також щодо тих, хто вчинив звичайну крадіжку і процесуально мав віддаватися до юрисдикції загальних судів⁵⁷³.

⁵⁶⁹ Там само, с. 30.

⁵⁷⁰ J. Bafia, L. Hochberg, M. Siewierski, *Ustawy karne PRL.Komentarz*, Warszawa 1965, s. 11.

⁵⁷¹ Там само, с. 12; див. також: Рішення Зборів суддів Верховного військового суду від 12 травня 1954 року, [w:] *Zbiór orzeczeń...*, s. 33.

⁵⁷² Вирок Верховного військового суду від 14 січня 1948 року, WPP 1948. №№ 1–2, s. 109.

⁵⁷³ У постанові Верховного військового суду від 14 квітня 1948 року написано: «Та обставина, що винні в зникненні підшипників діяли лише з метою отримання особис-

З метою обґрунтування доцільності юрисдикції військових судів, що засуджували пересічних зловмисників як саботажників, наводилися різного роду аргументи, наприклад, що «кожній розумній людині зрозуміло, що безпідставне гальмування поїзду під час руху становить ускладнення для правильного функціонування транспортної системи», що мало означати відмову від кваліфікації крадіжки вугілля з залізничного вагону на підставі ст. 257 КК 1932 року (крадіжка, що підлягає юрисдикції загальних судів) і засудження на підставі ст. 3 МКК. У відповідь на пояснення обвинувачених у цій справі, що вони не мали умислу здійснювати акт саботажу, Верховний військовий суд констатував: «Усе ж у будь-якому разі вони передбачали можливі наслідки свого злочинного діяння і погоджувалися з їх настанням».

Чим більші сумніви викликав з урахуванням конкретних обставин справи евентуальний умисел, що інкримінувався обвинуваченим у саботажі, тим з більшою впевненістю військові судді формулювали свої погляди стосовно цього питання. Їх твердження набували, зокрема, такого вигляду: «Передусім цілком хибним є погляд, що злочин саботажу належить до категорії умисних злочинів», що зумовлювало засудження за вчинене з евентуальним умислом ускладнення у виробництві горілки та повидла, що вважалися «продуктами для задоволення спо-

тої вигоди, не позбавляє їхні дії ознак саботажу, оскільки вищезгадане положення ст. 3 Декрету від 13 червня 1946 року не ставить наявність складу злочину у залежність від мотивів дій злочинця». Виходячи з цього, Суд продовжував наполягати, що дії обох обвинувачених «безперечно становили акт саботажу, що полягав в ускладненні належного функціонування фабрики», і відкинув пояснення, з яких випливало, що це «ускладнення» фактично не могло відбутися. Особливу конструкцію мислення, якою керувався суд, відображає наступний фрагмент обґрунтування: «Засуджений В. на своє виправдання стверджував, що привласнені ним підшипники були заржавілими і тому не були придатними для використання. Однак він сам собі заперечив, коли додав, що старі підшипники він чистив, а потім продавав на ринку. Отже, якщо вони були придатними для інших покупців, то вони, безперечно, були придатними також і для використання на фабриці «Х.Ц.», яка могла не гірше за К. почистити їх від іржі і полагодити». Військовий районний суд у Познані, який виносив рішення в цій справі у першій інстанції, засудив 27 лютого 1948 року першого з обвинувачених (В.) до 15 років позбавлення волі, натомість другого (К.) – до довічного позбавлення волі. Верховний військовий суд, що розглядав касаційні скарги, взяв до уваги «надзвичайно скрупульозне вивчення, проведене комісією експертів», з якого випливало – як можна припустити зі змісту обґрунтування вироку, що привласнення підшипників насправді не могло ускладнити виробництво, оскільки одні «не були необхідними для поточного виробництва», а щодо інших видів «складські запаси були достатніми». Однак, беручи до уваги, що обидва обвинувачених «передбачали можливість злочинних наслідків вчинених актів саботажу і погоджувалися з їх настанням», касаційний суд пом'якшив ухвалені щодо них вироки до 8 і 10 років позбавлення волі. WPP 1949, № 1, с. 180–181.

живчих потреб широких мас»⁵⁷⁴. При цьому необхідно зауважити, що кваліфікуючи крадіжку як саботаж, військові прокурори і судді почувалися звільненими від необхідності визначення в обвинувальному акті і вироку матеріальної вартості речі, яку привласнив обвинувачений.

Передбачалося, що процес подання владою прокурорам і суддям нових кримінально-правових норм разом з інструкцією, яким саме чином вони повинні застосовуватися у практиці правосуддя, мав бути процесом прогресивним. Про це було написано у передмові до публікації, де йшлося про формування судової практики:

Цей збірник рішень Верховного військового суду, які формувалися на базі радянської юридичної соціалістичної науки та досвіду, що набувався протягом десятирічної практики військових органів правосуддя, містить досі невичерпні базові вказівки, які повинні слугувати обумовленим вище цілям⁵⁷⁵.

Перед цим зазначалося, що відповідні цілі було визначено ПОРП, аби «з новою [...] енергією докладати зусиль, щоб у цілій державі, у кожному її закутку була розпочата енергійна і безжальна до шкідників боротьба за повну і безумовну народну законність...»⁵⁷⁶. Натомість метою цієї боротьби було доведення того, що:

Революційна народна законність у нашій Народній державі впливає з її суті та устрою, тому вона також є перевіркою вищості соціалістичного устрою і устрою народної демократії стосовно капіталістичного устрою.

У свою чергу кінцевою метою мало бути «прискорення темпів соціалістичного будівництва і посилення боротьби за мир», а завдяки цьому – зміцнення «підвалин, тобто економічного устрою суспільства, що будує соціалізм»⁵⁷⁷.

Серед рішень Верховного військового суду, які були ухвалені після такої аргументації, знаходилася постанова від 17 березня 1950 року,

⁵⁷⁴ Постанова Верховного військового суду від 21 червня 1948 року, WPP 1949, № 1, s. 183–184.

⁵⁷⁵ W. Świątkowski, *Przedmowa*, [w:] *Zbiór orzeczeń...*, s. 9.

⁵⁷⁶ Там само.

⁵⁷⁷ Там само.

відповідно до якої обов'язок принесення доносів, передбачений у ст. 18 § 1 МКК⁵⁷⁸,

вимагає співпраці усього суспільства у винищенні найбільш небезпечних проявів злочинної діяльності з метою захисту громадян і держави від наслідків надзвичайно агресивної і шкідливої діяльності диверсійних, шпигунських, саботажних та інших контрреволюційних чинників.

Обов'язок негайно повідомляти органи, що займаються розслідуванням злочинів, про саботаж, злочинні спілки, збирання «інформації, що становить державну таємницю» (незалежно від мети), або про готування цих злочинів не вичерпувався лише повідомленням про них, а вимагав – як наголошував Верховний військовий суд – подальшої співпраці з цими органами. Відмова від співпраці була б «рівнозначна прийняттю [...] злочинної діяльності і згоді наражати громадськість і державу на настання подальших непередбачуваних наслідків»⁵⁷⁹.

3.3. Поширення неправдивих відомостей як готування зміни устрою

Військові суди користувалися своїми повноваженнями ухвалювати рішення у справах цивільних осіб, котрим інкримінувалося вчинення державного злочину відповідно до КК ВП або злочину проти громадської безпеки, описаного в МКК, часто здійснюючи субсумцію діянь у цілком довільний спосіб, у тому сенсі, що вона не ґрунтувалася на жодному тлумаченні норм, на які вони посилалися як на підставу засудження і ухвалення вироку. Розбіжність між обставинами справи, що її розглядав суд, та описом забороненого діяння, викладеним у нормі, застосованій як підстава для ухвалення вироку, була інколи настільки великою, що її не можна було пояснити навіть міркуваннями, що ґрунтувалися на аналогії (яку закон формально не допускав).

Прикладом тут може слугувати вирок, ухвалений Військовим районним судом у м. Кельце 25 лютого 1949 року щодо Станіслава М., тор-

⁵⁷⁸ За неналежне виконання такого обов'язку загрожувало покарання у вигляді позбавлення волі на строк до 5 років, і до 10 років – працівникові державного органу або органу самоврядування, якщо б він не повідомив про перебування на території, що знаходиться в його віданні, членів злочинної групи або організації.

⁵⁷⁹ *Zbiór orzeczeń...*, s. 67–68.

говця м'ясом, за «поширення на ярмарку в Ілжи тривожних фальшивих новин [про діяльність російської армії у Польщі], намовляння селян, щоб вони не продавали забійну худобу державним кооперативам і установам, внаслідок чого селяни забрали з ринку майже усе поголів'я привезених на продаж свиней». Ці дії суд кваліфікував за ст. 11 МКК, яка передбачала позбавлення волі на строк не менше 3 років щодо того, хто публічно закликає до дій, спрямованих проти єдності Польської держави і союзної держави».

Верховний військовий суд змінив цю кваліфікацію, посилаючись на правову норму, що також відходила від діяння «поширення відомостей», стверджуючи, що такі дії обвинуваченого становили готування спроби змінити за допомогою насильницьких методів устрій Польської держави і самі по собі «містили виразні ознаки злочину, описаного у ст. 86 § 2 КК ВП», за який передбачалося покарання у вигляді позбавлення волі на строк 7 років і конфіскації усього майна засудженого торговця.

У висновку Верховного військового суду, що мав обґрунтовувати засудження, не було жодного слова про те, що саме Суд розуміє під поняттям «виразних ознак» злочинного готування, якого КК ВП не уточнював⁵⁸⁰. Вищезгаданий вирок не містить також жодних аргументів стосовно розуміння «насильницьких методів» як способу зміни державного устрою, до чого нібито готувався засуджений. Замість обґрунтування кримінально-правової кваліфікації діяння Суд констатував, що на устрій держави народної демократії «справляє дуже відчутний вплив його економічна структура», що формується шляхом втілення у життя рішень, прийнятих ПОРП у співпраці з СП і ПСП, щодо «так званої «Акції Т.»». Мета плану мала полягати у «боротьбі з нестачею на ринку м'яса і жирів», що мало «надзвичайне політичне та економічне значення»⁵⁸¹.

Далі Суд констатував: «Якщо Уряд та партійні організації таку велику увагу приділяють «Акції «Т.», то дії обвинуваченого на ринку в згаданій місцевості «не лише дезорганізували місцеву продовольчу адміністрацію, не лише підривали економічні інтереси держави», а й власне становили злочинне готування зміни за допомогою насильниць-

⁵⁸⁰ Постанова Верховного військового суду від 16 березня 1949 року, WPP 1949, s. 194–195.

⁵⁸¹ В обґрунтуванні зазначено, що мета «акції Т.» [«боротьба за торгівлю» – повна її націоналізація] полягала у сприянні «зростанню тваринної продукції» і «боротьбі з нестачею на ринку». Цієї мети в умовах державної централізованої економіки так ніколи і не вдалося досягти. Там само, с. 195.

ких методів устрою народної демократії. На обґрунтування покарання Суд посилався на «класову позицію» засудженого та «викликані ним у головах тих селян, які прибули на ярмарок, настрої, наслідки яких буде нелегко ліквідувати».

4. Кримінально-правові норми як інструмент захисту державної економіки

В одній справі стверджувалося, що продаж «на вільному ринку залізного брухту» трьома обвинуваченими, які здійснювали, володіючи відповідним дозволом на це, гуртову закупівлю брухту, становить злочин саботажу з тим обґрунтуванням, що вони були зобов'язані запропонувати брухт державним підприємствам металевої промисловості, чого, однак, не зробили, ускладнюючи таким чином правильне функціонування цих підприємств. Засуджуючи обвинувачених, суд не встановлював, чи спричинили їх дії завдання яких-небудь збитків, стверджуючи, що «розмір збитків, спричинених злочинною дією, не є складовим елементом злочину, передбаченого п. 3 Декрету від 13 червня 1946 року»⁵⁸².

Працівників державних підприємств військові суди засуджували, посилаючись на пов'язану з положенням про саботаж ст. 39 МКК (що передбачала покарання у вигляді позбавлення волі на строк до 15 років), яка визначає як злочин зниження обсягів виробництва та погіршення технічного стану обладнання (п. 1), а також марнотратство сировини (п. 2), не визнаючи юрисдикції загальних судів, тому що «такі дії не можуть вважатися звичайним порушенням службових обов'язків на шкоду суспільним інтересам, тобто проступком відповідно до ст. 286 § 1 КК». З таким обґрунтуванням був засуджений технічний керівник, який вирішив, що

для виробництва замків не належить дотримуватися технічної документації [...] і помітивши, що вироблені замки поганої якості, не зупинив їх подальшого виробництва [...], що у свою чергу призвело до замороження оборотного капіталу підприємства і зменшення обсягів виробництва.

⁵⁸² WPP 1949, № 1, s. 184–185

Таким чином, він «вчинив злочин відповідно до ст. 39 пп. 2 МКК»⁵⁸³.

Злочин, передбачений пп. 1 цього положення, що полягає у зменшенні обсягів виробництва, вчиняв також той, хто не виконував добровільно взяті на себе зобов'язання. Суд, посилаючись на конкретні обставини справи, представив це так:

перший сталевар мартенівської печі, який умисно надмірно знижує приплив газу і повітря, коли вони є потрібними для правильного перебігу виробничого процесу, приходять на роботу п'яний і спить під час завантаження печі, а також не лише не виконує взяті на себе виробничі зобов'язання, а й погрожує своїм помічникам за те, що вони намагаються їх виконати, вчиняє злочин відповідно до ст. 39 пп. 1 МКК⁵⁸⁴.

Обов'язки, неналежне виконання яких тягнуло кримінальну відповідальність за зменшення обсягів виробництва, встановлювалися «соціалістичною економікою», яка була «наслідком перебудови устрою» і означала «зміну вартостей і оцінок у житті і економічній діяльності [...], нове соціалістичне ставлення до роботи, нову соціалістичну турботу про суспільне майно». Обов'язок дбати про «націоналізовані засоби виробництва» злочинно порушувало, зокрема, «недокладання належних зусиль для проведення ремонту машин у відповідний час»⁵⁸⁵; також, як застерігав Верховний Суд, злочинною дією є надання під час обговорення на виробничій нараді «свідомо неправдивої інформації або думки про неіснуючі недоліки чи нібито зниження виробничих потужностей технічного обладнання [...]»⁵⁸⁶.

За злочинне зменшення обсягів виробництва був засуджений також керівник підприємства, яке перевищило місячний план, чого цей керівник, однак, не бажав зазначати у звіті, переконуючи «робітників, що якщо вони виконають план із перевищенням, то влада встановить вищі норми»⁵⁸⁷.

Посилаючись на положення ст. 41 МКК, яка загрозувала покаран-

⁵⁸³ Вирок Верховного Суду від 28 серпня 1951 року, PiP 1952, № 1, s. 159.

⁵⁸⁴ Вирок Верховного Суду від 29 січня 1953 року, PiP 1953, № 7, s. 135.

⁵⁸⁵ Вирок Верховного Суду від 30 січня 1951 року, [w:] *Orzecznictwo Sądu Najwyższego z zakresu, materialnego prawa karnego*, Warszawa 1958, s. 821.

⁵⁸⁶ Вирок Верховного Суду від 18 жовтня 1950 року, NP 1951, № 1, s. 60.

⁵⁸⁷ Вирок Верховного Суду від 25 лютого 1953 року, [w:] *Orzecznictwo Sądu Najwyższego...*, s. 822.

ням у вигляді позбавлення волі на строк до 15 років тому, «хто діє на шкоду суспільним інтересам у межах запланованого розподілу товарів серед населення шляхом неналежного виконання своїх функцій або розпоряджання товарами всупереч інструкціям або чинним положенням», суди засуджували, зокрема, за продаж у магазині роздрібною торгівлі «цукру мішками, яєць ящиками»⁵⁸⁸, а також за скуповування «різного роду істівних жирів для використання їх не за призначенням» (у конкретному випадку – з метою виробництва мила), що було визнано «надзвичайно шкідливою суспільною дією»⁵⁸⁹. Те саме положення застосовувалось як підстава для засудження за «видачу обвинуваченим як чиновником з питань постачання одягових карток на фіктивні прізвища з метою їх збуту для власних потреб»⁵⁹⁰, а також за видачу «працівниками кооперативу товарів, призначених для запланованого розподілу між уповноваженими особами (які володіють закупівельними картами), неуповноваженим особам»⁵⁹¹.

Аргументацію усіх засуджень цього типу Верховний Суд сформулював, застерігаючи, що дія зловмисника є злочином, «незважаючи на те, постраждали інтереси споживачів від цього чи ні», тому що «суспільні інтереси у розумінні ст. 41 МКК полягають у дотриманні економічного плану розподілу товарів і послуг; цей план становить каркас здорової соціалістичної економіки»⁵⁹².

Підставою виконання економічного плану мало бути дотримання інструкцій та отримання згоди керівних органів на вчинення дій, які не були там чітко описані. Для засудження за відмову від виконання обов'язків у цьому розумінні застосовувалося в особливий спосіб положення ст. 286 КК 1932 року, де йшлося про відповідальність чиновника за дії на шкоду суспільним або приватним інтересам внаслідок перевищення повноважень або неналежне виконання обов'язків.

За цей злочин засуджено, зокрема, керівника фабрики, який «з метою [...] збільшення обсягів продукції та поліпшення виробничого процесу» видав робітникам премію «без отримання попередньої згоди

⁵⁸⁸ Вирок Верховного Суду від 29 листопада 1950 року, РіР 1951, № 2, с. 373.

⁵⁸⁹ В обґрунтуванні Суд, хоча й визнав мило товаром, який «безперечно також належить до товарів першої необхідності», однак зазначив, що йдеться все ж про «вироблені зі спеціальної сировини, а не з істівних жирів, основні товари загального вжитку, щодо яких існувала заборона використання з технічною метою» – див.: Вирок Верховного Суду від 14–17 жовтня 1950 року, НР 1951, № 11, с. 34.

⁵⁹⁰ Вирок Верховного Суду від 20 січня 1949 року, РіР 1949, №№ 9–10, с. 201.

⁵⁹¹ Вирок Верховного Суду від 24 жовтня 1949 року, РіР 1950, № 7, с. 142.

⁵⁹² Вирок Верховного Суду від 21 жовтня 1949 року, РіР 1950. № 2. с. 137.

Дирекції місцевої промисловості»⁵⁹³. З іншого боку, наголошувалося, що власне факт звернення до вищестоящих органів не позбавляв «обов'язку обвинуваченого [...] як службовця Народної Польщі у сфері економіки належним чином дбати про суспільні інтереси»⁵⁹⁴. Як аргументував суд в одному з обвинувальних вироків,

обвинувачений повинен був виступити проти інструкцій, які могли завдати шкоди суспільним інтересам, повідомити про цей свій спротив вищестоящій організації, а у випадку, якщо б ці шкідливі інструкції походили від них, – ще й вищі інстанції.

Джерелом такого обов'язку кожного працівника, зокрема «службовця Народної Польщі», називалися суспільні інтереси, що їх було описано особливим чином, а саме як «інтереси панівного класу [...], тобто інтереси робітничого класу і має як сукупності», що визначалися як важливіші за «ту чи іншу систему підпорядкування»⁵⁹⁵. Водночас в іншому вирокі зазначалося, що суспільний інтерес може дотримуватися лише у випадку «відповідності принципам націоналізованої економіки, до яких належить суворе дотримання відповідних цін, встановлених у межах загального економічного плану». Тому було засуджено відповідно до ст. 286 § 1 керівника текстильного складу, який використанням неналежного цінника допустив встановлення нової ціни на товар, оскільки «розвантаження складів не може відбуватися «будь-якою ціною», як це часто відбувається в часи капіталістичного устрою (різного роду «ліквідаційні», «рекламні», «нижче собівартості» тощо розпродажі)»⁵⁹⁶.

У практиці реалізації кримінально-правових норм, зокрема тих, що видавалися, ґрунтуючись на тогочасних економічних і суспільних

⁵⁹³ Вирок Верховного Суду від 5 березня 1951 року, ZOSNIK 1951, поз. 28.

⁵⁹⁴ Вирок Верховного Суду від 20 листопада 1951 року, PiP 1952, № 3, с. 519.

⁵⁹⁵ Вирок Верховного Суду від 7 квітня 1951 року, PiP 1951, № 7, с. 184. Чиновником, винним у вчиненні злочину зловживання владою, відповідно до ст. 286 § 2 КК 1932 року було, зокрема, визнано керівника націоналізованого магазину, чие діяння полягало у «продажі з отриманням прибутку в цьому самому магазині м'яса, яке він придбав приватно» – див.: Вирок Верховного Суду від 27 листопада – 1 грудня 1952 року, NP 1953, № 6, с. 59. За неналежне виконання чиновницького обов'язку, що становило проступок (ст. 286 § 1 КК), було засуджено лісничого, про якого написано у вирокі, що він «систематично зловживає алкоголем і внаслідок цього не виконує належним чином своїх службових обов'язків [...] у межах довіреного йому нагляду за лісом» – див.: Вирок Верховного Суду від 26 листопада 1952 року, PiP 1953, № 1, с. 148.

⁵⁹⁶ Вирок Верховного Суду від 26 січня 1951 року, NP 1951, № 9, с. 58.

реаліях, судді неодноразово застосовували їх розширене тлумачення з метою засудження за дії, що не були охоплені змістом відповідних положень.

Прикладом тут може слугувати Закон від 2 червня 1947 року «Про боротьбу з дорожнечею і отриманням надмірних прибутків у торговельному обороті», який передбачав покарання у вигляді позбавлення волі на строк до 5 років кожного, «хто здійснює нечесні дії, які можуть спричинити підвищення цін» на товари, наголошуючи передусім на участі у ланцюговій торгівлі, а також скуповуванні, накопиченні та переховуванні товарів «для отримання надмірного прибутку» (ст. 14 п. 1).

У судовій практиці було прийнято, що для засудження на підставі цієї норми того, хто купує, немає необхідності «встановлювати, що він придбав цей товар з прямим умислом на його подальший перепродаж»⁵⁹⁷, а також це «не вимагає встановлення того, чи така торгівля могла спричинити підвищення цін у конкретному випадку»⁵⁹⁸. Таке суддівське міркування дозволяло констатувати в кожному випадку, що «одноразове придбання будь-якого товару в кількостях, що суттєво перевищують нормальні потреби, становить собою нечесну дію, яка може спричинити підвищення цін і охоплюється ст. 14 п. 1 Закону «Про боротьбу з дорожнечею...». Воно також обґрунтовувало засудження за спекуляцію без необхідності будь-яких уточнень стосовно поняття «надмірний прибуток», яке, однак, становило обов'язковий елемент цього злочину»⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ На думку Верховного Суду, покарання зловмисника як спекулянта без необхідності встановлення умислу на здійснення подальшого перепродажу обґрунтовувалося тим, що кожен випадок придбання товарів у надмірній кількості, тобто «понад нормальні потреби», призводить до того, «що товари дорожчають внаслідок суттєвого скорочення їх пропозиції», а покупець «усвідомлює [...], що зможе [...] збути ці товари, отримавши надмірний прибуток, і погоджується з можливістю такого ефекту...». Обґрунтування, що розширює зміст норми для того, щоб покарати також тих, хто навіть без умислу на вчинення спекуляції купував товари «понад нормальні потреби», завершує речення: «Лише таке тлумачення [...] відповідає справжнім намірам законодавця» – див.: Рішення Верховного Суду від 14 березня 1950 року, РіР 1950, № 7, с. 146.

⁵⁹⁸ Постанова Верховного Суду від 11 червня 1953 року, НР 1953, № 8–9, с. 127–128

⁵⁹⁹ У вирокі від 3 листопада 1952 року Верховний Суд аргументував: «Та обставина, що нелегально куплені свині не підлягали контракції, не позбавляє цього діяння ознак злочину, а також не применшує його суспільної шкоди. Адже придбання забійних тварин і продаж м'яса з метою отримання прибутку становить спекулятивні дії, які ускладнюють процес забезпечення ринку товарами першої необхідності» – РіР 1953, № 3, с. 461. Верховний Суд також констатував, що предметом злочинної ланцюгової торгівлі, яка могла спричинити підвищення цін, «можуть бути також товари, пов'язані з контрабандою [...], не говорячи вже про те, що вони не мають встановлених цін, а власне

5. Покарання за ворожу пропаганду

Прокурори і судді взаємодіяли при переслідуванні всіх тих, чиї слова, навіть тихо нашептани «на вухо» – як зазначав Верховний Суд у своїх вирокках, – «могли створити неспокій та зневажливу недовіру до устрою Польської держави». При засудженні посилалися на положення ст. 22 МКК, що загрожувало позбавленням волі до 5 років кожному, «хто поширює неправдиву інформацію, що може завдати істотної шкоди інтересам Польської держави або знизити авторитет її керівних органів». Відкинувши мовну суть питання, що обмежувало б покарання лише за висловлювання, що стосуються фактів, а завданням прокурора, який висуває обвинувачення, стало б наведення доказів, що висловлювання було неправдивим, було прийнято покарання за «ознаками його суспільної небезпеки»⁶⁰⁰.

Верховний Суд прямо зазначив, що «під поняття неправдивої інформації, в розумінні ст. 22, може підпадати не тільки конкретна, чітко наведена неправдива інформація, а й будь-які висловлювання, що мають характер критики чи зауваження»; при цьому вони можуть стосуватися «минулих, теперішніх або майбутніх подій»⁶⁰¹. Суттєвим видається те, що жодне з рішень Верховного Суду не містило вказівок, як саме потрібно в судовому процесі встановлювати невідповідність істині неправдивої інформації, а також обізнаність винного стосовно того, що він переказує неправду, що й обумовлює засудження за цей умисний злочин. Натомість судам наказувалося «при розгляді злочинів за ст. 22 МКК завжди враховувати сукупність ознак щодо особи винного, зокрема його суспільне походження та ставлення до нинішньої реальності в Народній Польщі». Щоб не залишилося сумнівів стосовно того, кого суди повинні засуджувати, додано, що критичне зауваження «з уст класового ворога [...], безперечно, може наражатися на переслідування відповідно до ст. 22 МКК»⁶⁰².

Поняття «поширення» тлумачиться як переказування інформації хоча б одній особі «з прямим чи евентуальним умислом на те, що цю інформацію буде передано далі»⁶⁰³. За вчинення такого злочину загро-

обіг таких товарів тягне кримінальну відповідальність» – див.: Постанова Верховного Суду від 11 квітня 1953 року, OSNKW 1954, поз. 34.

⁶⁰⁰ Вирок Верховного Суду від 25 жовтня 1950 року, ZOSNIK 1951, пол. 12.

⁶⁰¹ Вирок Верховного Суду від 21 липня 1949 року, PiP 1949, s. 152.

⁶⁰² Вирок Верховного Суду від 12 вересня 1951 року, ZOSNIK 1952, поз. 25.

⁶⁰³ Вирок Верховного Суду від 27 травня 1949 року, PiP 1949, № 11, s. 154. Покарання передбачалося також за розміщення «інформації» у тексті листа, надісланого до однієї

жувало позбавлення волі на строк до 5 років, якщо мало місце «звичайне поширення, тобто словесно, жестами, знаками тощо». Натомість злочином, за який загрожувало позбавлення волі на термін від 3 років, стало «оформлення [...] навіть одного примірника бланку, листа чи зображення», що містить неправдиву інформацію, яка може знизити авторитет державних керівників» (ст. 23 § 1 МКК)⁶⁰⁴. Покарання у вигляді позбавлення волі строком від трьох років за поширення хоча б однієї листівки Верховний Суд обґрунтував так: «Вручення листівки іншій особі вичерпує ознаки злочину за ст. 23 МКК, натомість ознайомлення зі змістом листівки, яку обвинувачений потім спалив, є порушенням ст. 22 МКК»⁶⁰⁵. Саме лише зберігання такого бланку, листа чи зображення відповідно до ст. 24 § 1 МКК підлягало покаранню у формі позбавлення волі до п'яти років. При цьому пояснювалося, що для суті злочину «не має значення кількість листів, а також умисел і мета, з якими вони зберігалися»⁶⁰⁶.

Визначені тези рішень Верховного Суду встановлювали прак-

особи, стверджуючи, що злочин вважається вчиненим, якщо лист «потрапить до рук адресата, однак необов'язковим для визнання цього злочину є те, щоб отримувач листа озвучив, передаючи далі, отриману інформацію; достатньо однієї лише можливості подальшої передачі» – див.: Вирок Верховного Суду від 11 жовтня 1950 року, NP 1951, № 10, s. 56. У суддівській практиці засуджували також авторів листів, котрі не дійшли до адресатів, оскільки їх було перехоплено органами безпеки. Див.: M. Gajdus-Ciborowska, A. Kuźmiuk, *Sprawy o «szeptanki» osądzone przez Sąd Najwyższy w II instancji do 1956 r.* [w:] W. Kulesza, A. Rzepliński (red.) *Przestępstwa sędziów i prokuratorów w Polsce lat 1944–1956*, Warszawa 2001, s. 278. Це міркування Верховний Суд розвинув після введення воєнного стану в Польщі 13 грудня 1981 року, вказуючи, що віршований кінцевий фрагмент приватного листа від інтернованої особи, що містить неправдиву інформацію, робить його прочитання адресатом у власному помешканні «в присутності кількох осіб» злочином за ст. 371 § 1 КК 1969 року, положення якої повторюють зміст ст. 22 МКК. У тодішніх реаліях йшлося про речення: «Ворона [WRON – Військова рада національного порятунку] орла не переможе, скоріше здохне!».

⁶⁰⁴ В обґрунтуванні цієї тези написано, що критичне зауваження «з уст класового ворога, який таким чином прагне демобілізувати оточення, безперечно, може реалізувати злочин, що переслідується за ст. 22 МКК» – див.: Вирок Верховного Суду від 12 вересня 1951 року, ZOSNIK 1952, пол. 25.

⁶⁰⁵ Вирок Верховного Суду від 20 лютого 1950 року, DPP 1950, № 5, s. 43.

⁶⁰⁶ Вирок Верховного Суду від 30 серпня 1948 року, PiP 1949, № 3, s. 171. Слід зауважити, що так само тлумачилося «зберігання без дозволу доларів США, які обвинуваченому було вручено іншою особою», що становило собою злочин відповідно до ст. 3 § 1 Кримінального валютного закону від 28 березня 1952 року – див.: Вирок Верховного Суду від 30 березня 1953 року, ZOSNIK 1953, пол. 86. Заборону на володіння громадянами іноземною валютою було запроваджено Законом від 28 жовтня 1950 року, за порушення якого передбачалося покарання у вигляді від 6 місяців до 15 років позбавлення волі (ст. 3). У судовій практиці було прийнято, що «з огляду на особливу шкідливість в нинішніх економічних умовах Народної Польщі» злочином є купівля-продаж валюти, «навіть, якщо отриманий прибуток має бути використаний [...] на цілі, які не можна

тику для загальних судів, що призначали покарання за ст. 22 МКК за висловлювання обвинуваченого, наприклад про те, що він не може відкрити власної м'ясної лавки (незважаючи на те, що це було правдою; його було покарано позбавленням волі на строк 1 рік)⁶⁰⁷. Покарання у вигляді позбавлення волі строком на 2 роки суд призначив за висловлювання, наведені свідком, за словами якого обвинувачений казав, що СРСР нав'язав Польщі уряд, який не виконує загальносуспільних очікувань та здійснює політику, вигідну радянській владі, а результатом нової світової війни буде зміна влади в країні⁶⁰⁸. Позбавленням волі на дворічний строк роки суд покарав власника радіо, який влаштував колективне слухання ворожих радіопередач з Америки та інших зарубіжних радіостанцій, при цьому переконуючи слухачів у слушності наклепницької пропаганди⁶⁰⁹.

Для визначення покарання у формі позбавлення волі на строк понад 5 років за прояви неповаги до влади використовувалося положення щодо публічної лайки, висміювання або приниження устрою держави (ст. 29 МКК, яка загрожувала покаранням у вигляді позбавлення волі на строк до 10 років) з особливим його інтерпретуванням, про що свідчить засудження до позбавлення волі на строк 6 років особи, обвинуваченої в тому, що вона під час розмови у своєму будинку зі своїми найближчими говорила про Сталіна і Берута як про «євреїв» і «хохлів» та виколувала їм очі на газетних фотографіях, після чого топтала їх⁶¹⁰.

оцінювати негативно» – див.: Вирок Верховного Суду від 15 грудня 1952 року, ZOSNIK 1953, пол. 27.

⁶⁰⁷ M. Żukowski, «Szeptana propaganda» w orzecznictwie Wojskowego Sądu Rejonowego w Koszalinie w latach 1950–1955, [w:] W. Kulesza, A. Rzepliński (red.) *Przestępstwa sędziów...*, s. 311.

⁶⁰⁸ Там само, с. 308.

⁶⁰⁹ Особлива шкідливість дії, на думку суду, полягала в тому, що обвинувачений дозволяв слухати радіопередачі іноземного радіо селянам, які тоді значно менше знали про досягнення у побудові соціалізму – див. вирок воєводського суду в м. Ольштин від 6 лютого 1952 року в: M. Gajdus-Ciborowska, A. Kuźmiuk, *Sprawy o «szeptanki»...* с. 250. В обґрунтуванні засудження за слухання радіо суди зазначили: «У другій половині 1951 року у зв'язку з певними труднощами із забезпеченням міського населення м'ясними продуктами зростає активність класового ворога. Залишки розгромленого буржуазно-поміщицького класу під впливом урядів імперіалістичних держав почали активніше займатися своєю брудною роботою, збільшили шалені напади проти Радянського Союзу та народної влади в Польщі. Особливо виділяються на цьому тлі радіо-брехуни ВВС, «Голосу Америки» та «Вільної Європи», які, поширюючи підступну брехню, нацьковують проти народної влади, намагаються зіштовхнути робітника зі шляху до соціалізму та знову закувати його в пута капіталістичної експлуатації». Див.: M. Żukowski, «Szeptana propaganda»..., s. 311–312.

⁶¹⁰ Там само, с. 311.

Це саме положення ст. 29 МКК застосовували також загальні суди, одним з прикладів чого є засудження воєводським судом до позбавлення волі на строк від 3 до 4 років чотирьох «сільських багатіїв» (селян, які мали по 8–12 га господарства), які в будинках та на громадських зібраннях проводили ворожу пропаганду і погрожували смертю малоземельним селянам, які висловлювалися за створення виробничого кооперативу (як підставу засудження також було взято ст. 250 КК 1932 року про погрозу, що підлягає покаранню).

До позбавлення волі на строк 4 роки було засуджено взводного М.О., який 26 грудня 1946 року розвеселив гостей на весіллі, кажучи, що, коли він був у Варшаві, то бачив цілковиту зупинку дорожнього руху службовцями міліції та органів безпеки, один з яких йому пояснив, що це все через те, що «маршал рокоссовський вчиться їздити на велосипеді»⁶¹¹.

Сформульоване в той період розуміння «неправдивої інформації, яка могла знизити авторитет керівних органів» стало підставою також для пізніших засуджень, прикладом чого є покарання 1967 року позбавленням волі на строк 3 роки автора машинопису «Сатиричний балаган», який був – як він сам визначив – «видом опери», що її він презентував на товариських зустрічах⁶¹². Неправдива інформація, що містилася у віршованому фрагменті приватного листа від інтернованої особи, котрий адресат прочитав у своєму помешканні перед запрошеними туди особами, – як про це з повною серйозністю вказували судді Верховного Суду в період воєнного стану – надавала такій літературі злочинного характеру в розумінні ст. 271 КК 1969 року, що повторювала зміст ст. 22 МКК.

⁶¹¹ Там само, с. 310.

⁶¹² У творі під назвою *Cisi i Gęgacze* знаходився фрагмент, який стосувався – як виявилось – Владислава Гомулки як центральної постаті серед *dramatis personae*: «Гноме, який Польщу впродовж довгих років успішно заганяв в кабалу, – не думай, що тобі знову вдасться зробити з нас дурнів, ми не повіримо в твої старі жарти!». Засуджений автор у суді не визнавав своєї провини, свідок у справі – старша особа аристократичного походження – пояснювала суду, що нічого не запам'ятала з твору, який виконав автор, «бо це не було про людей з товариства». Див.: J. Szpotański, *Gnom, Caryca, Szmaciak, Łomianki* 2007, s. 47. Певного роду коментар з приводу вироку в цій справі прозвучав у тексті виступу В. Гомулки на зустрічі з варшавським партактивом 19 березня 1968 року, в якому він сказав, що Шпотанського «було засуджено до 3 років позбавлення волі за реакційний пасквіль, що дихає садистською отрутою ненависті до нашої партії і до органів державної влади. Цей твір містить також порнографічну гидоту, на яку може бути здатна тільки людина з дна гнилого водостоку та з моральністю альфонса». Критика цього засудження промовець описував як людину, «ідеалом якої є ресторан буржуазної антирадянської Польщі». Див.: W. Gomułka, *Przemówienia 1968*, Warszawa 1969, s. 52–53.

6. Кримінально-правовий захист комуністичних символів

Приклад «розтягнутого» тлумачення законодавства, що полягає у поширенні змісту закону на поведінку, що в ньому не описується як заборонена, міститься у вирокі Військового районного суду в м. Жешів від 21 вересня 1950 року, яким було засуджено за два зірвані червоні прапори та транспарант членів «злочинної спілки під назвою «Орлята», що намагалася силою змінити устрій Польської держави»⁶¹³. Перший «червоний прапор – бойовий прапор міжнародного пролетаріату» 1 травня 1949 року в м. Рудник-над-Сяном з будівлі кооперативу Спілки «Селянська Самопоміч» зірвали обидва винних, другий, такий самий у цьому самому місті «у червні 1949 року, точніше день не встановлено [...], був зірваний з будівлі державної гімназії і ліцею» (в обґрунтуванні вироку написано, що у спілки, до якої вони належали, «в планах на 1949 рік» було «зривання близько 5 червоних прапорів»). В обґрунтуванні засудження за таку поведінку «покаранням у вигляді позбавлення волі на строк по 3 роки за кожен випадок» написано:

Суд визнав, що зривання червоного прапора є злочином відповідно до ст. 25 § 1 Декрету від 13 червня 1946 року, тому що цей прапор є символом боротьби міжнародного пролетаріату, а в державі, в якій влада належить народові, він повинен захищатися нарівні з державними прапорами.

З цього твердження випливає, що судді були свідомі того, що цей прапор не підлягає кримінально-правовому захисту, і «розтягнули» зміст закону, переконуючи у вирокі в обов'язковому охопленні його таким захистом. Адже взятий як підстава засудження Декрет зазначав, що покаранню у вигляді позбавлення волі до 5 років підлягає той, «хто зневажає, пошкоджує або усуває виставлені публічно [...] герб, прапор або інший державний символ Польщі». Жодне зі знамен, що визначає предмет злочину, не включало «символу міжнародного пролетаріату».

Схоже «розтягування» законодавства застосував суд у цьому самому вирокі, засуджуючи «до арешту на строк 2 роки» за зривання в грудні 1948 року транспаранту з «гаслами про об'єднання ППР (Польська робітничка партія) і ППС (Польська соціалістична партія)», який зна-

⁶¹³ Копія вироку у: М. R. Bombicki, *Zbrodnie prawa. Wyroki sądów wojakowych w latach 1944–1954*, Poznań 1993, s. 229.

ходився на ринку в м. Руднік з нагоди святкування Свята Об'єднання Робітничих Партиї». Правильно зазначаючи, що «транспарант не є ані хоругвою, ані гербом, ані іншим державним символом», суд несподівано ствердив, що «якщо його було виставлено публічно на виконання розпорядження влади, то усунення його є зневагою цієї влади і переслідується за положеннями ст. 127 КК».

У положенні КК 1932 року, взятому як підстава для засудження, йшлося про те, що арешту на строк до 2 років або штрафу підлягає той, «хто в місті або під час державних заходів, а також публічно зневажає владу, уряд, військо або военний флот чи їхні підрозділи». Застосоване судом як підстава для засудження до найсуворішого передбаченого покарання положення не зазначало політичні партії як об'єкт захисту від зневаги. При цьому слід зауважити, що судді розмірковували над тим, якими є межі застосування обговорюваних положень, про що свідчить виправдання одного з обвинувачених у тому, що навесні 1949 року «він підмовив підлеглого йому члена злочинної організації «Орлята», обвинуваченого [...] Фелікса, до знесення пам'ятника Леніну, який мали поставити на території м. Руднік, – тобто від обвинувачень у вчиненні злочину за ст. 25 пп. 2 Декрету від 13 червня 1946 року». Це положення описувало дії того, «хто зневажає, пошкоджує або усуває виставлені публічно [...] пам'ятник чи іншу пам'ятку, встановлену з метою вшанування або увіковічення подій чи осіб». Можна припустити, що судді встановили, що закон захищає від усунення вже встановлений пам'ятник, а не той, що його має бути встановлено в майбутньому.

7. Покарання за фашизацію державного життя у Другій Речі Посполитій

Ретроактивні положення Декрету від 22 січня 1946 року «Про кримінальну відповідальність за поразку «Вересневої кампанії» та фашизацію державного життя» стали для прокурорів і суддів підставою для винесення обвинувальних актів та ухвалення вироків, зміст яких був повністю відірваним не тільки від основних принципів кримінальної відповідальності, а й від історичних фактів та зводився до ідеологічного бачення комуністичної влади. Цей Декрет відкривало положення ст. 1, у якому закріплювалося, що «підлягає позбавленню волі на строк не менше 3 років, довічно або смертній карі» кожен,

хто, діючи на руку фашистському або націонал-соціалістичному рухові, публічно або у зв'язку з виконанням розпорядження чи доручених завдань із державного управління або представляючи Польську державу у відносинах з урядом чужої держави або її урядовими особами, діяв на шкоду народу або Польській державі шляхом: а) зменшення або ослаблення польських збройних сил; б) ослаблення оборонного духу суспільства.

Декрет завершувало положення, яке повідомляло, що він набуває чинності з дня його оприлюднення та застосовується до злочинів, передбачених цим Декретом, які було вчинено до 1 вересня 1939 року (ст. 10). Водночас законодавець в ст. 7 п. 2 визначив строк давності переслідування злочину – до 25 років, а строк давності ухвалення вироку – до 30 років, що надало можливість прокурорам і суддям будувати логічні конструкції, посилаючись на минуле, а також такі, що їх не можна пояснити юридичними та історичними категоріями, якими вони обґрунтовували обвинувальні висновки та вироки, якими присуджувалися «драконівські» покарання.

Говорячи про цей та про два інші декрети, що містили ретроактивні положення⁶¹⁴, доктрина наголошувала, що законодавець «чітко прямував до покарання винних у вчиненні до прийняття цих декретів дій, тобто деякою мірою наперед передбачав, що принцип *lex retro non agit* не стосуватиметься дій, урегульованих цими декретами», що звільняло обвинувачення та суд від будь-якої рефлексії або поведінки, яка підлягала покаранню та була незаконною. Незаконність дії як елемент визначення злочину в коментарі доктрини замінювалася на поняття його суспільної шкідливості, що дістало вияв у твердженні, що

діяння, передбачені в першому Декреті, були суспільно шкідливими для переважної більшості народу, і лише тому, що влада і державний апарат опинилися в руках худорлявої кліки, яка впродовж років була інструментом фінансового капіталу Третього Рейху, вони вважалися діями, що не підлягають покаранню, а навіть підтримуються владою.

⁶¹⁴ Декрети від 31 серпня 1944 року «Про встановлення покарання для фашистсько-гітлерівських злочинців, винних у вчиненні вбивств та знущаннях над цивільним населенням та військовополоненими, а також для зрадників польського народу» та від 28 червня 1946 року «Про кримінальну відповідальність за зречення від національності в період війни 1939–1945 років».

Далі в коментарі зазначалося:

Частина цієї кліки та низка підрозділів, особливо ті, що походили з лона тодішніх класів експлуататорів, які залишалися під впливом фашистської ідеології, продовжувала свою співпрацю з імперіалістично-гітлерівським загарбником на шкоду всьому народові і під час військового протистояння, і під час окупації⁶¹⁵.

Спосіб застосування Декрету ілюструє обвинувачення та засудження вироком воєводського суду м. Варшави від 6 листопада 1952 року до смертної кари двох колишніх посадовців Слідчого комітету, визнаних винними у тому, що перший з них у період з 1920 року, а другий – з 1930 року, обидва «до 1939 року на території Варшави, реалізуючи політику фашистського буржуазного уряду з придушення революційного робітничого руху», діяли «на шкоду польському народу, послаблюючи оборонний дух польського суспільства»⁶¹⁶. Про кожного з них написано, що

він керував діяльністю підлеглих йому посадових осіб щодо розробки та ліквідації комуністичних партій і організацій [...], виступав на судових слуханнях як свідок проти членів комуністичних партій і організацій, вербував агентів, а також здійснював ліквідацію центрів цих партій і організацій, в результаті чого неодноразово ліквідовувалися Центральні Комітети і Варшавські Комітети, КПП і КОМП, друкарня і устаткування, склади літератури, архіви і редакції цих партій.

Обох було також визнано винними у тому, що «в той самий час, у тому самому місці та такого самого характеру» вони «після попередньої підготовки, а саме арешту комуністичних діячів [...], засуджених у подальшому до довгострокового позбавлення волі, сприяли, таким

⁶¹⁵ I. Andrejew, L. Lernell, J. Sawicki, *Prawo karne Polski Ludowej ...*, s. 74. Твердження стосовно «кліки», що міститься в цитованому реченні, судді тлумачили як доказ провини генерала А.Е. Фільдорфа, шефа диверсійного підрозділу «АК», обґрунтовуючи відмову враховувати його заяви на процесі, про що свідчить фрагмент вироку, яким воєводським судом м. Варшави 16 квітня 1952 року його було засуджено до смертної кари. Див.: W. Kulesza, *Sądowe karanie jako przypadek sądowej zbrodni – przeszłość z perspektywy współczesności*, [w:] *Księga ofiarowana Profesorowi Stefanowi Lelentalowi w 45 roku pracy naukowej i dydaktycznej*, Łódź 2004, s. 175, прим. 6.

⁶¹⁶ Копія вироку в: M.R. Bombicki, *Zbrodnie prawa...*, s. 53.

чином, знуцанню над ними у в'язницях і в таборах»⁶¹⁷. В обґрунтуванні засудження відсутня хоча б згадка про те, як судді розуміли «послаблення оборонного духу польського суспільства» обвинуваченим, «який ішов назустріч фашистському або націонал-соціалістичному рухові» та боровся з комуністичним рухом «з 1920 року», тобто під час польсько-більшовицької війни. Натомість доволі розширений висновок було зроблено стосовно 1939 року, який починається з суддівської оцінки історичного характеру:

Комуністична партія Польщі (а також інші споріднені з нею партії), яка в період другої незалежності послідовно захищала інтереси народних мас, у тому числі інтереси польського народу, була єдиним чинником для організації робітничих та селянських мас до боротьби з наростаючим фашизмом, єдиним елементом у процесі підтримки оборонного духу польського суспільства перед агресією чужого та вітчизняного фашизму.

З цієї оцінки випливав наслідок юридичного значення: «Діяльність будь-якого типу, спрямована проти цієї Партії, послаблює і – як виявилось у вересні 1939 року – врешті-решт значною мірою послабила оборонний дух суспільства, поставленого перед обличчям гітлерівської агресії». Таким чином, йдучи таким шляхом міркування, можна зробити висновок, що найбільше «послабило оборонний дух польського суспільства» прийняте Сталіним у 1937 році та формально погоджене владою Комуністичного Інтернаціоналу рішення про ліквідацію КПП, а потім про арешт в СРСР та страту більшості її голів. Проте судді, обійшовши увагою цей аспект, далі пояснювали:

Видається очевидним, що якби в Польщі в період другої незалежності перемогла політика КПП, Польща не була б ізольована і

⁶¹⁷ Формулювання щодо «сприяння» взято зі ст. 5, п. 1 якої вказував, що позбавленню волі підлягає кожен, «хто брав участь у знуцанні над особою, яка перебуває в місці позбавлення волі, таборі, слідчому ізоляторі або виправному закладі через її політичну чи суспільну діяльність», а п. 2 розширював коло тих, кого могло бути покарано, повідомляючи, що «такому самому покаранню підлягає той, хто сприяв учиненню злочину, передбаченого в п. 1, або спричинив його». Лицемірство законодавця дістає вияв у визначенні в минулому часі поведінки, яка передбачає покарання того, хто «брав участь у знуцанні над особою [...] через її політичну діяльність», тоді як знуцання над заарештованими через такі самі обставини було звичною справою у діяльності органів безпеки комуністичної влади.

позбавлена потужного союзника – Радянського Союзу, не опинилася б майже беззахисною перед гітлерівською напастю.

Незважаючи на те, що однією з причин ситуації, визначеної як «майже беззахисність перед гітлерівською напастю» було приєднання 17 вересня 1939 року до цієї «напасті» СРСР, у наступному реченні робиться загальний висновок: «У цих умовах діяльність обвинувачених, як спрямована проти КПП та її політики, становить собою склад злочину, передбаченого ст. 1 п. «b» цит. Декрету». Як обґрунтування для суддів того, що «обвинувачені повинні понести найсуворіше покарання», було визнано

обставини, що особливо обтяжують вину обох обвинувачених [...]: підступні методи дій, тобто примушування людей до співпраці [...] (напр., поїздки до м. береза з метою вербування агентів, ламаючи при цьому характери в'язнів), підкидання компрометуючих листівок тощо.

Розглянувши апеляцію обох обвинувачених, Верховний Суд у вирокі від 14 серпня 1953 року кваліфікував їх діяльність за ст. 1 п. «b» Декрету з таким обґрунтуванням: діяльність «послаблювала оборонний дух суспільства, паралізуючи його активність, ізолюючи від суспільства найактивніші та найдієвіші структурні одиниці, а інші – взагалі нищачи, вносячи розкол і диверсію у революційний робітничий рух»⁶¹⁸. Слід зауважити, що це речення вказувало на розуміння суддями того, що обвинувачені – посадові особи слідчих органів – діяли проти «революційного робітничого руху», тобто такого, метою якого було проведення в Польщі «пролетарської революції». Суттю такої революції мало бути намагання силою змінити устрій держави, а готування її вважалося злочином, описаним ст. 96 КК 1932 року, переслідування якого і було службовим завданням обох посадовців⁶¹⁹.

⁶¹⁸ У цьому вирокі скасовано присудження смертної кари з таким обґрунтуванням: «Враховуючи дуже значну шкідливість дій обвинувачених та довгий злочинний період їхньої діяльності, з одного боку, та вплив реакційного середовища, в якому вони виростили, а також відсутність політичної свідомості, з іншого боку, за таку злочинну діяльність Верховний Суд як відповідне покарання визначає довічне позбавлення волі». Потім обом засудженим це покарання було замінено на підставі закону про амністію від 22 лютого 1947 року на покарання у вигляді позбавлення волі на строк 15 років, оскільки «вони не виконували у державних органах керівних функцій». Копія вироку в: M.R. Bombicki, *Zbrodnie prawa...*, s. 62.

⁶¹⁹ Вироком Військового районного суду м. Варшави від 29 січня 1953 року на підставі ст. 1 п. «b» Декрету «Про кримінальну відповідальність за поразку «Вересневої кампанії» ...» засуджено до 10 років позбавлення волі М. Твардо, варшавського вояку у 1927–1934 роках, за те, що «в інтересах фашизму він своїми діями послабляв

На запитання, чи можна було б засудити посадових осіб слідчих органів, які боролися з комуністичними організаціями в післявоєнній Польщі, таким чином, щоб не доводити до вчинення такими діями злочину проти правосуддя, слід відповісти ствердно, вказуючи, що незаконність їхньої діяльності мала встановлюватися на підставі положень КК 1932 року. Все-таки слід було встановити, чи вчинили вони своїми діями злочини, пов'язані зі зловживанням владою, стосовно членів комуністичної партії, незаконно позбавляючи їх волі, знущаючись над арештантами та в'язнями, фальсифікуючи докази, надаючи неправдиві показання в судових процесах тощо.

Застосування прокурорами та суддями положень «узаконеного безправ'я», яким був ретроактивний Декрет «Про кримінальну відповідальність за поразку «Вересневої кампанії» ...», та розширена до меж абсурду інтерпретація ознак найважчого передбаченого в ньому злочину, а саме дії «в інтересах фашизму» і «послаблення оборонного духу польського суспільства», було подвійним безправ'ям, на обґрунтування якого відбулася небачена досі фальсифікація історії. На тяжкість цього судового безправ'я не могли справляти вплив погляди тогочасної доктрини щодо функцій цього Декрету, що могло б мати певне значення при встановленні вини суддів, які посилалися б на те, що вони засуджували, зважаючи на вказівки «науки законодавства» щодо прораху порушення принципу *lex retro non agit*.

оборонний дух польського суспільства, віддаючи на території Варшавського воєводства підлеглим йому працівникам з безпеки, державної поліції та старостам розпорядження арештовувати активних діячів лівого руху перед святом робітничого класу – днем 1-го травня, надаючи їм інструкції стосовно організації страйків, робітничих демонстрацій, слідкування та ліквідації КПП» (термін «ліквідація», вжитий у вирокі, в жодному разі не стосувався вбивств). У іншому місці у вирокі однозначно написано, що йшлося про діяльність «лівих політичних організацій, а саме КПП, проти тодішнього уряду» та надання «допомоги й інструкцій стосовно обеззброєння робітничого руху на підпорядкованій йому території». «Розтягуючи» законодавство та спотворюючи історію, судді встановили, що обвинувачений (який не зізнається у діях, у вчиненні яких його було звинувачено в обвинувальному висновку, оскільки «будучи воєводою, він не мав нічого спільного зі знищенням робітничого руху на підпорядкованій йому території, адже це не було в його компетенції, та категорично заперечував, що віддавав будь-які інструкції з цього питання») був головною причиною на рівні воєводства з розкольніцької стосовно робітничого руху роботи та знищення його головного осередку». Копія вироку – Там само, с. 43. Судді залишили без обґрунтування приписування обвинуваченому «послаблення оборонного духу польського суспільства», що вважалося ознакою злочину відповідно до ст. 1 п. «б» Декрету «Про кримінальну відповідальність за поразку «Вересневої кампанії» ...».

8. Покарання за розмови про покарання

Одним з найбільш яскравих прикладів спотворення права, що полягає у виході суду за межі семантичного змісту закону для того, щоб охопити ним поведінку, приписувану обвинуваченому як злочин, та присудити за це смертну кару, є засудження Верховним військовим судом 25 травня 1949 року прокурора Головної військової прокуратури Чеслава Шпондровського за передачу «інформації, що становить державну і військову таємницю, зокрема інформації щодо кількості осіб, які відбувають покарання, заарештованих та засуджених до страти в 1947 році, в т.ч. даних про кількість військових осіб, справ за недозволене зберігання вогнепальної зброї», а також «стосовно кількості та осередків військової прокуратури»⁶²⁰.

На обґрунтування вироку суд зазначив, що у своєму помешканні обвинувачений знайомому Віктору К., який раніше його кілька разів відвідував,

під час свого останнього візиту в листопаді 1947 року – на початку грудня 1947 року [...] розповів, що заарештовано та засуджено військовими органами правосуддя 72000 осіб, з них 15% військових осіб, що засуджено до страти 3000 осіб⁶²¹, з них 10% військових, що з 72000 осіб за зберігання вогнепальної зброї без дозволу заарештовано і засуджено 12%, що відхилення в цих цифрах можуть коливатися до 2%, а крім того, є незначна кількість осіб, затриманих органами безпеки, про що ще не знають військові прокурори і що не враховують вищезгадані цифри.

Суд зазначив, що «ці дані стосувалися 1947 року». Потім Віктор К., кажучи: «А це – цікаво», переписав на листок з папки, яку обви-

⁶²⁰ Копію вироку див.: Там само, с. 119–125.

⁶²¹ Разом із засудженими польовими судами Народного польського війська в період з середини 1943 до 1955 року, в якому було обмежено юрисдикцію військових судів до справ про шпигунство, а справи про злочини за МКК передано до юрисдикції загальних судів, до смертної кари було засуджено 6629 осіб. Див.: В. Dzięcioł, *Wykazy naswisk na karę śmierci przez sądy wojskowe w latach 1946–1955*, Warszawa 2004, s. 35. У період з вересня 1944 до кінця 1946 року ухвалено близько 4400 смертних вироків, з яких виконано близько 70%. Див.: J. Poksiński «*My sędziowie, nie od Boga...*», Warszawa 1996, s. 14. Перелік прізвищ 2639 людей, засуджених до смертної кари у 1946–1956 роках Верховним військовим судом, див. у: К. Szwagrzyk. *Zbrodnie w majestacie prawa 1944–1955*, Warszawa 2000, s. 216. Окружні військові суди по всій країні у 1946–1955 роках засудили до смертної кари 3468 людей. Див.: J. Żelazko, «*Ludowa» sprawiedliwość*, Łódź 2007, s. 225.

нувачений приніс з офісу, «назви і адреси окремих військових прокуратур». Суд кваліфікував таку поведінку обвинуваченого як злочин шпигунства, описуваний у ст. 90 КК ВП словами: «Хто, діючи на шкоду Польській державі, здійснює збір і передачу інформації, що становить державну або військову таємницю...».

Суд в обґрунтуванні не навів жодних аргументів, з огляду на які визнав «інформацію» про статистику засуджень «таємницею», про яку йдеться в КК ВП, натомість щодо адрес військових прокуратур (які не могли становити таємницю з тим, щоб прокуратури взагалі могли працювати) написав, що їх було взято з папки, призначеної «тільки і виключно для службового користування».

Шпигунство, приписуване обвинуваченому, мало впливати з того, що вже під час війни «було зрозуміло, що К. [...] Віктор є членом військової організації під назвою «Армія Крайова», оскільки, як він сам пояснив, іншої військової організації під час німецької окупації на території Вільнюса не було». Під час останнього перебування Віктора К. у помешканні обвинуваченого він поцікавився у нього, «чому той як досвідчений юрист не працює в судочинстві», а той «відповів йому, що він не «відкрився» під час амністії і надалі залишається у лавах злочинної організації». Злочин мав полягати в тому, що

обвинувачений, прокурор Головної прокуратури, який неодноразово висував обвинувачення під час шпигунських процесів, добре знав, що злочинна організація розвідувальний матеріал передає до розпорядчих центрів поза межами країни.

Розвиваючи такі свої міркування, судді підтвердили, що для кваліфікування шпигунства не має значення, чи ґрунтувалася інформація про число затриманих і засуджених на чітких статистичних даних, чи ці дані обвинувачений відтворював «по пам'яті», а також те, «чи містилися ці дані в звітах, що їх злочинна організація відправляла за кордон». Далі вони аргументували: «До принципів ознак шпигунства не належить реальний результат дій винного, для встановлення основних ознак цього злочину достатньо довести умисність дії».

Пишучи потім, що «суть тяжкості полягає не в конкретній дії винного, а в умислі, який може завдавати шкоди зовнішній безпеці держави і характеризує його поведінку», натомість вони не поясняли, яким чином засуджений ними прокурор мав умисел зашкодити зовнішній безпеці Польщі.

Вражаючим є те, що всі міркування суддів, які виходять поза межі законодавства, мали наслідком визнання винними в шпигунстві усіх тих, хто поставав перед ними з таким обвинуваченням, і зводило їхню власну роль тільки до визначення покарання, що в такій ситуації як акт абсолютного свавілля завжди мало залишатися поза будь-яких директив його виміру і, як наслідок, – поза поняттям правосуддя.

На обґрунтування ухваленого вироку щодо покарання суд повторив, що обвинувачений «вчинив найганебніший злочин шпигунства, який загрожує безпеці держави», і додав, що «його поведінка на слуханні не демонструє того, щоб він розкаювався у своєму ганебному вчинку та щиро визнавав свою провину». Те, чим керувалися судді, приймаючи рішення про покарання обвинуваченого, сформульовано у фрагменті вироку, зміст якого нелегко зрозуміти, оскільки їхні міркування були порушенням – мабуть свідомим – законодавства і фактів:

Обставина, що впродовж певного періоду своєї служби він виявляв працьовитість, енергію та постійність, абсолютно не зменшує його провини, а навпаки збільшує її, тому що він як офіцер повинен був використовувати свою фаховість та досвід на благо Польської держави, а не діяти їй на шкоду; зрештою його остання службова характеристика вказує на те, що він не був одиницею з певним політичним забарвленням. Його діяльність вказує на настільки значну недобррозичливість, що Верховний військовий суд вирішив, що покарання у формі позбавлення волі було б для нього надто м'яким покаранням, і тому присудив йому смертну кару, передбачену за інкримінований йому злочин.

Загальні збори суддів Верховного військового суду 23 червня 1949 року вирішили не задовольняти апеляцію захисника засудженого⁶²².

⁶²² Президент Польської Республіки скористався правом на амністію 11 липня 1949 року, замінивши присуджену смертну кару на довічне позбавлення волі. Там само, с. 125.

Розділ XIII

ПОНЯТТЯ СУДОВОГО ВБИВСТВА ТА КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СУДДІВ І ПРОКУРОРІВ ЗА ЙОГО ВЧИНЕННЯ

1. Засудження невинуватого як судове вбивство

1.1. Зловживання суддівською владою при ухваленні смертних вироків

Теза про кримінальну відповідальність суддів за злочин, пов'язаний зі зловживанням владою (ст. 130 КК ВП)⁶²³ і вчинення внаслідок цього вбивства невинуватої людини (ст. 225 § 1 КК 1932 року), стосовно якої було ухвалено смертний вирок, що кваліфікується як «судове вбивство», була сформульована як висновок у звіті Комісії з питань колишніх працівників Головного управління інформації, Головної військової прокуратури і Верховного військового суду від 29 червня 1957 року.⁶²⁴ У звіті зазначається, що судді Ф. Аспіс, Т. Карчмаж, Я. Крупські

несуть відповідальність за недотримання своїх суддівських обов'язків, брутальне порушення законів Польської Республіки та ухвалення всупереч обставинам справи жорстоких вироків, причому усі троє максимальною мірою сприяли засудженню 37 невинуватих

⁶²³ Положення ст. 130 КК ВП 1944 року («Законодавчий вісник», 1957, № 22, номер документа 107) встановлювало: «§ 1. Солдат, який перевищує свої повноваження або зловживає своєю владою, використовує своє становище або неналежним чином виконує службовий обов'язок, якщо це призвело або могло призвести до шкідливих наслідків, підлягає покаранню у вигляді позбавлення волі в тюрмі».

⁶²⁴ Звіт підписано Я. Васілевські як головою Комісії, а також с. Котовські та А. Уземблою як її членами – див. у: J. Poksiński, «*My sędziowie nie od Boga*», Warszawa 1996, с. 239.

офіцерів Війська Польського (двадцятьеро з яких страчено, не враховуючи тих, хто помер у тюрмі)⁶²⁵.

Це були – як наголошувалося –

особливо разючі [...] випадки необґрунтованого ухвалення смертних вироків щодо офіцерів Війська Польського, Військово-Морського Флоту та авіації [...], які були повністю реабілітовані посмертно як невинувато засуджені та страчені.

Ці вирокі ухвалювалися «всупереч зібраним [доказовим] матеріалам справи та незважаючи на сукупність обставин, що вказували на очевидне фальсифікування справи»⁶²⁶. *Висновок* звіту викладався в наступному реченні:

Комісія вважає своїм обов'язком ствердити, що за вчинення цих злочинів несуть відповідальність передусім органи [військової] контррозвідки, але найбільша відповідальність покладається на суд, який не лише не міг не бачити безправ'я, а й передбачав можливість настання злочинних наслідків своєї діяльності і погоджувався на це, що становить злочин, який переслідується у кримінальному порядку⁶²⁷.

З процитованого формулювання однозначно впливає, що, на думку авторів звіту, суддя несе кримінальну відповідальність за злочин, вчинений під час ухвалення судового рішення, навіть тоді, коли він діяв з евентуальним умислом. У іншому фрагменті зазначається, що кримінально-правова кваліфікація засудження та ухвалення вироку складається з двох послідовних етапів. Перший полягає у здійсненні оцінки дій суддів у контексті категорій зловживання владою і неналежного виконання обов'язку (із посиланням на ст. 130 КК ВП як на підставу правової кваліфікації); після констатації того, що у процесі ухвалення судового рішення мало місце таке зловживання, необхідно дослідити,

⁶²⁵ Там само, с. 273.

⁶²⁶ Там само, с. 265.

⁶²⁷ Там само, с. 266.

чи набула дія «ознак судового вбивства»⁶²⁸. Ця оцінка передусім стосувалася суддів, які належали «до так званих залізних суддівських колегій (які не підводили при ухваленні вироку)». Неодноразово у звіті Комісії повторювався висновок, що ці судді, ухвалюючи вирокі щодо обвинувачених, усвідомлювали, що вони засуджують невинуватих, оскільки:

Вони були настільки глибоко обізнані в деталях «військової змови», що якщо на початку в кількох перших справах вони могли б вірити наданим доказам, то вже під час розгляду численних наступних справ вони мусили усвідомлювати злочинність власних дій, тим більше, що основна кількість справ, пов'язаних з військовою змовою, розглядалися у певний короткий проміжок часу (з другої половини 1951 року до лютого 1953 року).

Далі Комісія наголошувала, що з огляду на розуміння судьями того, що вони чинять безправ'я, злочинний характер вироків, що ухвалювалися за їхньої участі, є очевидним, так само як і те, що ці вирокі виникали з їхніх власних актів суддівської волі. Це судження викладено у наступному фрагменті звіту:

Уже в цих умовах їхній злочин стає явним. Якщо ще взяти до уваги те, що нічого не примушувало їх до ухвалення смертних вироків у таких [щонайменше] сумнівних справах, обвинувачення у вчиненні судового вбивства не може зніматися з них без проведення розслідування та ухвалення вироку суду.

Представлена таким чином конструкція кримінальної відповідальності судді складалася з двох елементів, а саме: перевищення суддівських повноважень і неналежного виконання суддівських обов'язків, що містять ознаки злочину вбивства невинувато засудженої людини. Після цього Комісія виділила 20 форм порушення судьями їхніх суддівських обов'язків, що їх було визначено під час аналізування процесів, що закінчилися ухваленням обвинувальних вироків.

⁶²⁸ Цей принцип викладався так: «Діяльність окремих суддів не лише становить злочин, передбачений ст. 130 КК ВП, а й виглядає такою, що набуває ознак судового вбивства, і лише проведення розслідування може звільнити їх від цього останнього обвинувачення або ж його підтвердити». Там само, с. 268.

1.2. Механізм судового вбивства

Для того, щоб уявити собі роль суддів у вчиненні судових вбивств, слід змоделювати схему, відповідно до якої відбувалися процеси, що були об'єктом вивчення Комісії, у справах, сфабрикованих військовою контррозвідкою, яка мала на меті виявляти чергові «ворожі осередки». Мало того, що арешти підозрюваних були позбавлені будь-яких фактичних підстав, щодо них формулювалися обвинувачення, які, незважаючи на їх цілковиту ірраціональність, повторювалися в обвинувальних актах та обвинувальних вироків.

Дослідник цих процесів може дійти висновку, що власне ірраціональність безправ'я становила суть терору, в якому брали участь прокурори та судді⁶²⁹. Судові обвинувачі керувалися гаслом політичної пропаганди, що проголошувало, що в умовах загострення класової боротьби їхнє завдання полягає у фізичній ліквідації ворогів, які можуть знаходитися у кожній державній установі, та яким прокурори висували обвинувачення на підставі інформації, наданої органами державної безпеки. Достатнім для обвинувачення та ухвалення вироку доказом вважалося визнання заарештованим під час перебування під слідством своєї вини, при цьому цілковито замовчувався факт, що таке зізнання було вимушеним внаслідок застосування щодо заарештованого катувань. Як зразок для проведення розслідування та судового розгляду бралися процеси, що організовувалися в СРСР щодо уявних ворогів радянської влади, яких викривало НКВС⁶³⁰.

Причиною для арешту могли стати буденні події, такі як, скажімо, технічна несправність військової техніки, в чому органи безпеки вбачали результат діяльності класового ворога. Прикладом тут можуть слугувати описувані Поксіньські розслідування та процес у справі першого повоєнного керівника Військово-Морського Флоту (контрадмірала А. Могучего) та трьох підпорядкованих йому офіцерів, яких 6 березня 1950 року було засуджено до багаторічного позбавлення волі (головного обвинуваченого – до 13 років позбавлення волі), причому двоє з них померли в тюрмі. У вирокі обвинуваченим приписується саботаж, що «унеможлиблює належне функціонування та розвиток Військово-Морського Флоту». Саботаж полягав у поганій експлуатації двигунів, встановлених на катерах, які було отримано з СРСР, та

⁶²⁹ J. Poksiński, «TUN». *Tatar – Utnik – Nowicki. Represje wobec oficerów Wojska Polskiego 1949–1956*, Warszawa 1992, s. 55.

⁶³⁰ Там само, с. 96.

«технічному недогляді». Вищезгаданий автор зауважує, що це мав бути перший кримінально-правовий удар по «гнізду ворога»⁶³¹.

1.3. Засудження уявних змовників в армії

А. Обвинувальний акт, винесенням якого завершилося у 1951 році розслідування у «справі групи центральної змови», перекладав мовою положень КК ВП про державний злочин та положень МКК про шпигунство повністю вигадане співробітниками військової контррозвідки твердження про існування та функціонування змови у війську, що її мали здійснити офіцери, які після війни поверталися з Англії до Польщі, передаючи при цьому владі країни значні кошти, що перебували під їхнім наглядом та захистом.

Офіцери були заарештовані тому, що як пояснення їх приїзду до Польщі було взято вигадану «концепцію троянського коня». Таким чином, головні обвинувачені (С. Татар, М. Утнік, с. Новіцькі) – як було визнано – прагнули «замаскувати фактичну мету свого приїзду до Польщі та створити ширші можливості для змовницької військової й цивільної діяльності»⁶³².

За версією обвинувачення, владі були передані не усі кошти, оскільки «частину цих грошей було використано на фінансування передвиборної кампанії Міколайчика та руху опору, що його підтримував, частину передано [...] на фінансування подальшої диверсійної діяльності». Змова мала на меті

поступове захоплення довіреними людьми державного апарату, війська, політичних партій, здобуття в суспільстві підтримки опору проти соціалізації країни, об'єднання колишніх членів «АК» у різних товариствах для полегшення здійснення на них впливу.

Кінцевою метою цієї діяльності мала бути допомога у «захопленні влади в Польщі правонаціоналістичним угрупованням (за наявності

⁶³¹ У 1957 році на обґрунтування реабілітації офіцерів було зазначено, що «обвинувачені, які, незважаючи на похилий вік та поганий стан здоров'я, поступили на службу у Військово-Морському Флоті, що відроджувався після визволення, розпочали корисну в тогочасних умовах діяльність, використовуючи набуті протягом багаторічної служби знання та досвід». Там само.

⁶³² Від перших літер прізвищ цих обвинувачених їхній процес прийнято називати «справою «ТУН». Обвинувальний акт цит. за: J. Poksiński, «TUN»..., s. 125.

відповідних політичних та воєнних передумов)», що мало існувати у політичних та державних органах влади Польщі (ним нібито керували згадувані в обвинувальному акті, однак не обвинувачувані у процесі, В. Гомулка та М. Спихальські, яких визнано винними у ідеологічному правонаціоналістичному ухилі). Завдяки наданій допомозі, а також підготовлюваній імперіалізмом новій війні наслідки діяльності цього угруповання мали призвести до відновлення капіталізму та встановлення у Польщі «фашистського режиму, повністю підпорядкованого англо-американським імперіалістам» (на зразок Югославії). Однак, оскільки польська влада розгромила це угруповання, що припустилося правонаціоналістичного ухилу, «змовники в армії» припинили подальшу розбудову своїх ланок, відсторонюючи від своєї діяльності тих членів, які не давали гарантії жорсткої конспірації. Головні обвинувачені мали одночасно віддати наказ про продовження змовницько-розвідувальної діяльності, що полягала у здійсненні глибокої розвідки як у лавах Війська Польського, так і в підрозділах радянської армії, а також у налагодженні тісної співпраці у розвідувальній сфері з представниками посольств західних країн.

Сформульована таким чином аргументація стосовно діяльності 10 обвинувачених повторювалася в усіх наступних процесах щодо нових виявлених членів змови. Як у цьому, так і в наступних процесах майже усі обвинувачені повторювали зізнання, до яких їх примушували, застосовуючи стосовно них катування, що тривали тижнями і місяцями, та видавали у своїх поясненнях інших «змовників», прізвища котрих їм попередньо давали співробітники військової контррозвідки, які вели розслідування.

У процесі щодо «групи центральної змови – ТУН» проти обвинувачених свідчили 18 свідків, яких привозили до зали суду зі слідчого ізолятора або з тюрми, оскільки частина з них мала незабаром постати перед судом як обвинувачені в тій самій справі (7 із них засуджено до смертної кари), натомість частина з них уже раніше були засуджені за змову в армії (одного засуджено до смертної кари). Не було жодного свідка з боку захисту, а захисників не допускали до документів розслідування, дозволяючи їм лише розмовляти з обвинуваченими.

Головний процес мав показовий характер, його передавали по радіо, частково записали на кіноплівку, у залі суду знаходилися репортери польської та закордонної преси, а також представники підприємств та армії. Він розпочався 31 липня і завершився 13 серпня 1951 року ухваленням вироку, яким чотирьох обвинувачених засуджено до довічного позбавлення волі, трьох – до 15 років, а двох – до 12 років позбавлення

волі. Смертні вироки ухвалювалися у так званих «уламкових процесах» (*procesach odpryskowych*).

Б. Ухвалення вироків щодо обвинувачених у головному процесі вимагає коментарів, що їх слід розпочати із зауваження стосовно прийнятої судом кримінально-правової кваліфікації діянь, описаних у резолютивній частині обвинувального вироку. Особливе значення для уточнення того, в чому полягав злочин проти правосуддя, правова оцінка якого – посилаючись на зразок, наданий у звіті Комісії – повинна враховувати положення ст. 130 КК ВП і ст. 248 КК 1932 року (зловживання владою і незаконне позбавлення волі в особливо тяжких випадках), має кримінально-правову кваліфікацію діянь, за які було засуджено обвинувачених.

Основою кваліфікації було застосоване в обвинувальному вирокі положення ст. 86 КК ВП, у § 1 якої йшлося про тих, «хто здійснює спроби за допомогою насильницьких методів усунути призначені органи верховної влади народу або загарбати їхню владу», натомість § 2 описував діяння того, «хто здійснює спроби за допомогою насильницьких методів змінити устрій Польської держави». Обидва положення закінчувалися однаково: «підлягає позбавленню волі або смертній карі». Слід одразу наголосити, що ані в справі «ТУН», ані в жодній іншій справі, що закінчилася ухваленням вироку на підставі вищезгаданих положень, дії, приписувані обвинуваченим у вирокі, – навіть якщо б вони справді мали місце, – не мали б ознак таких спроб.

Судді, ухвалюючи вироки щодо учасників «змови» в армії, застосовували положення «про здійснення спроб», оскільки ані налагодження співпраці з іншими особами з метою вчинення злочину, передбаченого ст. 86 КК ВП, ані здійснення готування його вчинення не тягнули покарання у вигляді смертної кари (як ст. 87, так і ст. 88 КК ВП, що описували ці етапи втілення у життя умислу, передбачали покарання у вигляді позбавлення волі на строк від 1 до 10 років).

У ході вивчення обвинувальних вироків щодо «змовників» можна зробити висновок, що злочин проти правосуддя мав місце в усіх випадках, в яких судді – навіть якщо вони вірили у правдивість обвинувачення – порушували чинне законодавство, яке передбачало, що здійснення спроб є дією, спрямованою безпосередньо на втілення в життя умислу (ст. 24 § 1 КК ВП), і засуджували обвинувачених до позбавлення волі на строк більш ніж 10 років, до довічного позбавлення волі або до смертної кари за готування здійснення спроб з використанням насильницьких методів усунути державні органи влади і змінити устрій. Тезу

зі звіту Комісії стосовно суддів про те, що «ніщо не змушувало їх ухвалювати смертні вироки», можна розвинути, стверджуючи, що чинне на той час законодавство не дозволяло їм засуджувати ані до позбавлення волі на строк, що перевищував 10 років, ані до смертної кари, оскільки дії засуджених у жодній з розглянутих справ не полягали у застосуванні насильства, безпосередньою метою якого було досягнення цілей, описуваних у положеннях про державні злочини.

Отже, у кожній розглянутій справі, у якій судді, навіть якщо вони вірили у правдивість обвинувального акту та докази, надані на його користь, в тому числі у визнання власне обвинуваченими висунутих їм звинувачень, вони порушували законодавство, засуджуючи до позбавлення волі на строки, що перевищували максимальну тривалість позбавлення волі, передбачену КК ВП, або до смертної кари, оскільки дії, щодо вчинення яких ухвалювалися вироки, могли кваліфікуватися лише як змова (налагодження співпраці з іншими особами) або здійснення підготовчих дій, за які максимальне законодавчо встановлене покарання становило 10 років позбавлення волі. Тому слід наголосити, що злочини проти правосуддя, що полягали у незаконному позбавленні волі і вбивствах засуджених, вчиняли також ті судді, які діяли з переконанням про правдивість доказів, адже останні не давали жодних підстав стверджувати, що обвинувачені намагалися за допомогою насильницьких методів «усунути органи верховної влади народу» чи таким самим способом «загарбати їхню владу», або ж застосували насильство, намагаючись «змінити устрій Польської держави».

Про умисність, з якою судді чинили безправ'я, кваліфікуючи дії обвинувачених як «здійснення спроб насильницького усунення органів влади» чи «зміни устрою» та ухвалюючи щодо них вироки на підставі ст. 86 § 1 і § 2 КК ВП, може, зокрема, свідчити резолютивна частина вироку Верховного військового суду від 13 вересня 1951 року⁶³³ у частині, де йдеться про головного обвинуваченого у справі «ГУН», ген. с. Татара, який був визнаний винним у тому, що він з 22 липня 1944 року до 2 листопада 1949 року на території Англії, Франції, Західної Німеччини та Польщі діяв у інтересах та на користь імперіалістичних держав та їхніх розвідувальних осередків з метою послаблення обороноздатності країни та надання допомоги в реалізації агресивних планів імперіалістичних держав та їхніх розвідувальних осередків стосовно Польщі, спочатку як заступник з питань внутрішніх справ керівника організації під назвою «Головний Штаб у Лондоні», а потім як керівник конспіраційного підрозділу у складі: Татар, Утнік, Новіцькі,

⁶³³ Цит. за: Там само, с. 140.

що виник для ведення боротьби з народним устроєм Польської держави та призначеними органами верховної влади народу. Його діяльність полягала у створенні та керівництві диверсійно-розвідувальною організацією у народному Війську Польському та нелегальною громадською організацією, а також у тому, що він, зокрема:

а) віддавав розпорядження стосовно масштабів та методів проведення диверсійних акцій, передаючи їх за допомогою радіозв'язку, за посередництва кур'єрів та особисто керівництву WiN (*Wolność i Niezawisłość* – Свобода і Незалежність), а потім керівництву диверсійно-розвідувальної діяльності у війську в особі Хермана Францішка, Моссора Стефана, Кірхмасера Єжи та Куропеські Юзефа та керівництву нелегальних громадських організацій в особі Плюти-Чаховського тощо;

б) забезпечував вищезгадані організації у Польщі грошовими коштами, тобто вчинив злочини, передбачені ст. 86 § 1 і § 2 КК ВП.

В. «Ширму» у вигляді застосування положень ст. 86 § 1 і § 2 КК ВП як підстави для ухвалення вироку відкрив перед Комісією керівник Управління військового судочинства (О. Карлінер), про якого у звіті написано, що він «не шукав собі виправдання (єдиний з допитаних), не вагався брати на себе відповідальність навіть у питаннях, які можна було б щонайменше замовчувати». Його показання, зафіксовані в документах Комісії, звучали так:

У головному процесі у справі Татара вирок уже був написаний, і тоді надійшла директива, щоб на підставі ст. 86 КК ВП засудити його до довічного позбавлення волі. Двічі з мого кабінету телефонували до товариша Берута. Телефонував Фейгін [Департамент X Міністерства громадської безпеки], який приймав цю директиву і пояснював, що це суперечить законодавству, оскільки на підставі ст. 86 не можна засуджувати до довічного позбавлення волі, натомість цю директиву було виконано⁶³⁴.

Як можна припустити, «директива» була передана суддівській колегії, що ухвалювала вирок у цій справі (Р. Вальонг – головуючий, судді: Р. Бойко і Т. Карчмаж) і шукала спосіб виконати доручене, посилаючись одночасно на положення, яке б давало формальні законні під-

⁶³⁴ Там само, с. 139.

стави для засудження до довічного позбавлення волі⁶³⁵. Рішення, яке вони застосували, також було злочинним спотворенням права, оскільки додатково судді посилалися на положення про шпигунство, викладене у ст. 7 МКК, що крім покарання у вигляді позбавлення волі на строк від 5 до 15 років, передбачала також покарання у вигляді довічного позбавлення волі та смертну кару щодо того, «хто, діючи на шкоду Польській державі, збирає або передає відомості, документи або інші предмети, що становлять державну чи військову таємницю».

Обвинувальний вирок містив, зокрема, п. 2, в якому дії головного обвинуваченого описувалися так:

У місці та у період, вказаний у пункті 1, діючи в інтересах та на користь імперіалістичних держав, збирав і передавав представникам розвідки відомості, що становлять державну та військову таємницю стосовно обороноздатності Польщі та дружнього їй СРСР, а також економіки і політичного життя народної Польської держави, здійснюючи ці дії особисто або через розвідувальні мережі, які він створив та якими керував разом з Новіцькі та Утніком [...], тобто вчинив злочини відповідно до ст. 7 Декрету від 13 червня 1946 року «Про злочини, особливо небезпечні в період відбудови держави».

Необхідно звернути увагу на те, що МКК набрав чинності 12 липня 1946 року, а отже, на два роки пізніше початку діяльності, в якій звинувачувався засуджений («з 22 липня 1944 року»), що виключало б можливість застосування у цьому випадку положення ст. 7 про шпигунство як підстави для засудження за діяння, інкриміновані обвинуваченому протягом усього 5-річного періоду, щодо якого було застосоване це положення. У цей період, хоча й не від дати, зазначеної як початок діяльності, що її було визнано злочинною, діяв КК ВП (від 30 вересня 1944 року), який також містив майже ідентично сформульоване положення про шпигунство, однак санкція не передбачала покарання у вигляді довічного позбавлення волі⁶³⁶.

⁶³⁵ Положення ст. 86 § 2 КК ВП було застосоване у вирокі Верховного військового суду від 13 серпня 1951 року (Sn. 6/51) як підстава для засудження до довічного позбавлення волі, якого воно не передбачало, трьох співобвинувачених (Ф. Херман, Є. Кірхмаєр, с. Моссор), а також ухвалено вирокі із непередбаченими у цій санкціями про позбавлення волі на термін понад 10 років щодо трьох наступних (М. Утнік, М. Юрецькі, с. Новіцькі).

⁶³⁶ Положення ст. 90 § 2 КК ВП передбачало: «Той, хто діючи на шкоду Польській державі, збиратиме або передаватиме відомості, які становлять державну або військову та-

Таким чином, судді застосували положення МКК, абсолютно не замислюючись про зв'язок між цими двома положеннями про шпигунство та правила щодо дії в часі, з тим, щоб виконати доручене, а саме засудити обвинуваченого до довічного позбавлення волі. В обвинувальному вироку також не знайшлося місця для обґрунтування факту застосування положень ст. 86 КК ВП щодо діяльності обвинуваченого, яку було визнано злочинною «з 22 липня 1944 року» (ця дата вказувалася з пропагандистською метою як дата приходу до влади ПКНВ), тобто у період, коли єдиним законодавчим актом, що встановлював кримінальну відповідальність за діяння, описані у резолютивній частині вироку, був КК 1932 року.

Г. Комісія у своєму звіті навела оцінку стану свідомості суддів, які ухвалювали «драконівські» вирoki на підставі ст. 7 МКК:

Ті судді, які ухвалювали рішення в більшості справ про «військову змову», чудово розуміли [...], що матеріальних доказів у справі немає (доповіді, звіти, кореспонденція), адже у випадку шпигунства це просто неможливо.

Обидві статті, а саме ст. 86 КК ВП з двома її параграфами та ст. 7 МКК, що становили основу для ухвалення вироку у справі «ГУН», повторювалися у кримінально-правовій кваліфікації дій обвинувачених в усіх так званих «уламкових процесах», у яких в 1951–1954 роках було засуджено 85 офіцерів за змову проти устрою та шпигунство. Їхні прізвища (здебільшого під впливом катувань та за вказівкою слідчих) згадували під час проведення розслідування підозрювані, яких було засуджено у головному процесі та у наступних після нього чергових процесах. Вищезгадані «уламкові процеси» так само «режисувала» військова контррозвідка, як і перший процес, причому ті, кого засудили раніше, та хто визнав свою вину, виступали, як правило, у наступних процесах як свідки обвинувачення (свідки захисту не допускалися). У 53 закритих процесах щодо 40 обвинувачених було ухвалено смертні вирoki, з них 20 було страчено, 8 покарано довічним позбавленням

емницю [...], підлягає покаранню у вигляді позбавлення волі на строк від 10 до 15 років або смертній карі».

волі, 37 обвинувачених було засуджено до позбавлення волі на строк від 8 до 15 років⁶³⁷.

Відмова визнати свою вину у «режисованому» відкритому процесі призводила до виключення обвинуваченого (Ю. Куропеські) з цього процесу та ухвалення щодо нього смертного вироку у процесі, що відбувався у тюрмі (так званий «туалетний процес»)⁶³⁸. Відмова в суді від вимушеного під впливом катувань визнання провини жодним чином

⁶³⁷ J. Poksiński, «TUN»..., с. 149. Ці процеси відбувалися без участі захисників, а єдиними особами, які слухали показання обвинувачених, були слідчі, які вели розслідування у справі. Це призводило до того, що було «важко вимагати, щоб ці обвинувачені, які визнали свою вину, відмовилися на суді від своїх показань у їхній присутності». Протоколіст також повідомив, що один з обвинувачених на підставі ст. 86 КК ВП, з якого – як він написав – «контррозвідка зробила каліку», повідомив на суді, що під час перебування під слідством він втратив слух. Це стало приводом для висунення йому додаткового обвинувачення у «шепітній пропаганді», яка полягала у тому, що він, «сидячи у камері, погано відгукувався про органи контррозвідки». Допитаний у зв'язку з цим новим обвинуваченням його співкамерник свідчив: «Як він міг добре відгукуватися про контррозвідку, якщо він повертався згори як побита слива». Відповідно до записів протоколіста під час перерв у судових засіданнях судді, прокурори та слідчі сідали їсти за один стіл, що було додатковим свідченням того, що позбавлений захисту «обвинувачений у цих процесах не мав жодних прав». Про зізнання обвинувачених, які визнали свою вину, він далі повідомляв, що «вони говорили дуже загально про надані шпигунські відомості, яких докладніше не описували», а «суд не намагався їх розшифрувати». Про зізнання в учиненні злочину, які були «витиснуті» з обвинувачених внаслідок застосування щодо них катувань, погроз розстрілом та позбавленням волі їхніх близьких, він зазначав: «Якщо було отримано таке зізнання, воно підкріплювалося показаннями одного або двох свідків з тієї самої групи, чиї показання також були вимушеними. Для суду цього було достатньо, і суд ошукував не лише обвинувачених, а й власну свідомість, він не заглиблювався в суть справи, оскільки боявся». Суддя, як він свідчив, який «намагався з'ясувати усі обставини такої справи, був відразу після цього покараний переведенням до Вроцлава». Далі він наводив як приклад справи, у яких судді відверто нехтували доказами на користь обвинувачених, що надавали їм останні, посилаючись на факти, що підтверджували неправдивість обвинувачень. Він, зокрема, описав справу обвинуваченого у шпигунстві керівника авіаційної ескадрильї, що виконувала фотозйомку поверхні землі, яку у вигляді експонованої плівки потім безпосередньо з літака забирав радянський офіцер. Обвинувачений на свій захист аргументував, що цей свідок, чие прізвище він назвав, підтвердить, що авіаційні фото ніколи не потрапляли до його рук як керівника, він ніколи їх не бачив, а отже, не міг передавати їх ворожій розвідці. Суд «відхилив цю аргументацію, стверджуючи, що обставини, які цей свідок мав би підтвердити, є у зв'язку з повною картиною справи неістотними» і засудив 13 травня 1952 року обвинуваченого за змову (ст. 86 КК ВП) і шпигунство (ст. 7 МКК) до смертної кари (вирок було виконано). Цю частину висновку протоколіст завершив словами: «Я наводжу всі ці цитати, оскільки я переконаний, що суд хотів знайти підставу для того, щоб засудити обвинуваченого, а не для того, щоб встановити матеріальну істину». Протокол наради партійного активу Верховного військового суду і Управління військового судочинства, що проводилася [...] 20 і 21 листопада 1956 року опубліковано як «Документ 1», [w:] J. Poksiński, «*My sądziowie...*», виступ кап. Вл. Терещука, s. 120–133.

⁶³⁸ J. Poksiński, «TUN»..., с. 127. Про «туалетні» суди див. у: A. Lityński, *O prawie i sądach początków Polski Ludowej*, Białystok 1999, s. 181.

не впливала на обвинувальний вирок, оскільки – як було констатовано у звіті Комісії – «під час розгляду справ як у першій, так і у другій інстанціях реакція на відмову від попередніх зізнань та нарікання на примус була відсутньою». Судді «не реагували на відмову на судовому слуханні від самообвинувачень, що були наслідком застосування насильства під час перебування під слідством», хоча вони повністю усвідомлювали, «що відмова обвинуваченого від попередніх зізнань у суді із посиланням на злочинні слідчі методи є єдиним шансом для обвинуваченого відкрити таємницю його мучеництва».

Для того, щоб приписати обвинуваченим у таємному процесі участь у змові та шпигунство, було достатньо використати як єдиний доказ показання очевидців, хоча – як констатувала Комісія – судді знали, «що процеси «режисуються»,

а у ролі свідків виступають лише співобвинувачені, відомі після участі у низці процесів як «коронні свідки», які залишаються під арештом ГУІ [Головне управління інформування – військова контррозвідка] та уже засуджені за такі самі діяння, як і обвинувачені. Показання цих осіб у чергових процесах породжували суперечності та відсутність логіки,

які судді навіть не намагалися прояснити і не згадували про них у вироках, причому, як ствердила Комісія,

під час розгляду справ про «військову змову» не було жодного випадку повернення на судовому засіданні справи для проведення додаткового розслідування або проведення додаткового розслідування судом з ініціативи суду, що дозволялося на підставі чинного законодавства.

Вивчення судових рішень дозволило членам Комісії сформулювати оцінку, що «судді, обґрунтовуючи вирок, підміняли логічну оцінку доказів і матеріальні аргументи загальними фразами та гаслами ні про що». Таке спостереження Комісії щодо усіх обґрунтувань розглянутих судових рішень ілюструє фрагмент обвинувального вироку, ухваленого щодо чергових обвинувачених (А. Роди, Ф. Міхаловські), у контексті розкриття щоразу нових учасників змови:

Незважаючи на численні арешти членів диверсійно-шпигунської організації, вони не лише не припинили свою злочинну діяльність, а й активізуючи шпигунство на користь імперіалістичного ворога, аж до моменту свого арешту у кінці літа 1952 року брали участь в організації зради і шпигунства, чим виявили себе як непоправні та небезпечні вороги Народної Польщі.

Необхідно наголосити, що вищезгадане суд брав до уваги, задовольняючись показаннями лише одного свідка. Обґрунтування вироку Поксіньські називає стереотипним: «Приймаючи рішення про ухвалення смертного вироку, Суд керувався аргументом, що ворожа діяльність обвинувачених була широкомасштабною, що у своїй злочинній діяльності вони керувалися ненавистю до народної влади у Польщі»⁶³⁹.

Надаючи оцінку доказовому матеріалу, на підставі якого обвинувачені засуджувалися в усіх розглянутих справах, Комісія висловила знаменну в аспекті встановлення кримінальної відповідальності суддів за злочин проти правосуддя думку про те, що судді були цілковито обізнані у тому, «що власне єдиним доказом було самообвинувачення, вражаюче шаблонне і красномовне, а насправді туманне і невизначене, хоча й отримане у довготривалому процесі розслідування». Прикладом тут є зізнання, надане одним з обвинувачених у справі «чергової ланки керманіча змови в авіаційних військах», який сказав: «Я повністю визнаю свою причетність до злочинів, у вчиненні яких мене обвинувачують [...]. Під час розслідування я довго думав, що сказати на свій захист. На жаль, у мене не знайшлося слів, які б виправдовували мої вчинки. Прошу ухвалити щодо мене справедливий вирок відповідно до моїх діянь»⁶⁴⁰.

Д. Важко оцінити, чи вірили судді сталінської епохи у правомірність своїх страхітливих вироків. Сумніви тут виникають, насамперед якщо йдеться про випадки ухвалення смертних вироків у спосіб, який

⁶³⁹ J. Poksiński, «TUN»..., s. 170.

⁶⁴⁰ Опис механізму, який спричинив таке зізнання, Поксіньські завершує такою думкою: «Майор Куркевіч був надзвичайно розумною людиною. Він чудово знав, що все, що він говорить, є абсурдом. Він безперечно допускав, що в нього немає іншого виходу, крім як підтвердити зізнання, що їх його раніше змусили зробити». Слід додати, що усі четверо обвинувачених у цій справі (лише один з них, майор Сабілло, наполегливо відмовлявся визнавати свою вину, що було визнане неправдоподібним та таким, що продиктоване намаганням уникнути кримінальної відповідальності) були засуджені у таємному процесі у будинку військової контррозвідки 18 жовтня 1952 року до смертної кари. Там само, с. 169.

навіть тоді мав сприйматися як відверте безумство. Яскравим прикладом вчинення таких безумств, не турбуючись про наведення логічної аргументації хоча б для виду, є висновок щодо обґрунтування засудження 3 лютого 1951 року Військовим районним судом у Варшаві за змову та саботаж сімох осіб, які обіймали керівні посади в Управлінні земельних ресурсів, у віданні якого знаходилися сільськогосподарські угіддя, що не належали індивідуальним селянам, на територіях, що після війни були включені до складу Польщі⁶⁴¹.

Головне завдання Управління полягало в підтриманні у належному стані таких угідь, адже «багато селянських господарств, особливо на Західних землях, після воєнних подій 1939–1945 років не оброблялися, були покинутими, лежали облогом». Усі обвинувачені мали вищу сільськогосподарську та економічну освіту, що в очах суду не свідчило на їхню користь.

Доказом існування змови суд визнав те, що обвинувачені зустрічалися після роботи у приватному помешканні начальника цієї установи (В. Марінге) і, крім з'ясування загальних питань, вони говорили «також на політичні теми та такі, що стосувалися управління підприємством у дусі втілення в життя політики того типу, яка зробила з земельних ресурсів підмур капіталістичної економіки». У наступному реченні написано: «Керуючи таким масштабним господарством, обвинувачені усвідомлювали, що вони взмозі завдяки злочинним методам вести таку політику». Факт того, що троє з них є «членами колишньої Делегатури [представництво уряду на Батьківщині], а ще троє – ті, хто [...] з Делегатурою співпрацював» і що, крім одного з них, «усі вони походили з поміщицьких родин, накладав на конспіративні збори чіткий відбиток змови найзапекліших ворогів народно-демократичного устрою Польською держави».

Методом їхньої діяльності – як констатував суд – був саботаж, який діставав вияв у відсутності раціоналізації, адже трактори, «які треба було відправляти на рівнинні землі, відправлялися на горбисті землі, що призводило до марнування мазуту внаслідок його розбризкування» [орати конями було особливо важко власне на височинах].

Саботажем було визнано також призначення на розплід тих свійських тварин, які мали відповідні характеристики, що вирізняли їх зі стада, що кваліфікувалося як «зусилля, спрямовані на дотримання принципів елітарності, в той час, як у містах та великих промислових центрах давалася взнаки нестача м'яса та тваринних жирів».

⁶⁴¹ Вирок у: M.R. Bombicki, *Zbrodnie prawa. Wyroki sądów wojskowych, w latach 1944–1954*, t. 1, Poznań 1993, s. 126.

Ще одним методом саботажу було визнано прийняття на роботу колишніх «поміщиків» та «гальмування зростання нових кадрів», а також конкуренції на роботі, що «яскраво ілюструє факт преміювання передовиків праці підбійками, які не можна було використовувати за призначенням». Це мало призводити до того, що підприємство не могло «у цій системі належним чином насичуватися силами молодих фахівців, які з ентузіазмом підходять до роботи». Обвинувачені прагнули «конкурувати не з приватною ініціативою, а передусім з багатим селянином», а також «з користю для інтересів приватних овочевих баз під великими промисловими центрами».

Далі йдеться про саботаж, вчинений через недбалість, що полягала в тому, що «обвинувачені не перекинули на Західні землі господарських тварин [...], хоч й було звідки перекидати [після війни у країні панувала відчутна нестача господарських тварин]». Аналізуючи доказовий матеріал, суд ознайомився з висновками експертів на користь обвинувачених, у яких зазначалося, що Управління земельних ресурсів «здійснило ліквідацію облогів та облаштувало низку сільськогосподарських і сільськогосподарсько-промислових підприємств». І хоча судді відзначили, що «обвинувачені як видатні фахівці та інтелігенти» користувалися визнанням, оскільки «експерти у своєму висновку достатньою мірою виділили ті сфери, у яких обвинувачені успішно виконували свої завдання», однак – згідно з суддівським кінцевим висновком – «обвинувачені таким чином прагнули замаскувати свою саботажну діяльність».

Приписуваний обвинуваченим умисел на вчинення саботажу суд обґрунтував тим, що головні з них «були у міжвоєнний період діячами, які працювали у системі селянських профспілок», реалізуючи при цьому «поміщицько-куркульський союз, своїм вістрям спрямований проти робітничого люду і проти національних інтересів Польщі». Натомість «у період окупації вони плекали плани організації після війни польського сільського господарства під протекторатом американських банкірів на засадах поміщицько-капіталістичної експлуатації». Висновок завершується констатацією стосовно розтягнутої у часі мотивації обвинувачених: «Уся їхня діяльність, як перед війною, так і у воєнний період, це – чітке пасмо боротьби проти прогресу з метою збереження свого класового становища».

Так само, як і у випадку змови у війську, зазначалася найнебезпечніша постать: «тогочасне Міністерство сільського господарства і сільськогосподарських реформ, яким керував спільник поміщиків і кулаків та агент англо-американських імперіалістів Міколайчик» із наголошен-

ням при цьому, що незалежно від його злочинної діяльності обвинувачені «також ініціювали керовані ненавистю до народно-демократичного устрою Польської держави акти саботажу».

Увесь висновок, здається, базується на власному уявленні суду про правильне господарювання в умовах нового устрою, у якому все, а отже, і сільськогосподарська та тваринницька продукція, стає передусім політичним питанням і як таке не підлягає оцінці у категоріях раціональності. Про це свідчить, зокрема, такий фрагмент обґрунтування:

Фактом є те, що політичні та економічні передумови, які втілювали у життя обвинувачені, були опрацьовані ще у Делегатурі [представництво уряду на Батьківщині], та що кожен з обвинувачених усвідомлював, що вони суперечили конституційним змінам, які втілювала у життя Польська держава.

Така логіка суддів призводила до висновку, що обвинувачені вчинили злочин відповідно до ст. 3 п. 2 МКК, тобто що вони вчинили саботаж, унеможливаючи або ускладнюючи правильне функціонування підприємств публічного сектору, і таким чином намагалися змінити за допомогою насильницьких методів устрій Польської держави, що становило злочин відповідно до ст. 86 § 2 КК ВП. Трьох обвинувачених суд засудив до довічного позбавлення волі, решту – до позбавлення волі на строк від 10 до 15 років. Верховний військовий суд постановою від 11 квітня 1951 року пом'якшив вироки про довічне позбавлення волі «до вироків по 15 років позбавлення волі кожному».

2. Обґрунтування кримінально-правової кваліфікації судового вбивства

У частині IV звіту під назвою «Висновки Комісії» йдеться про порушення кримінального провадження щодо трьох суддів та двох прокурорів та зазначається, що його повинна здійснювати цивільна прокуратура «з огляду на ймовірність справляння на військового прокурора впливу середовища та дружніх зв'язків». Далі написано, що:

Стосовно перспектив слідства і засудження Комісія переконана, що буде доведено провини та ухвалено вирок. Причому необхідно

зважати [...] – у випадку трьох колишніх суддів – на можливість засудження на підставі статті про спробу здійснення вбивства (покарання за порушення статуту, що передбачає, зокрема, смертну кару), а щонайменше на підставі статті про зловживання владою та неналежає виконання обов’язків (покарання на строк до 10 років позбавлення волі)⁶⁴².

Також передбачалося, що будуть віддані до суду та засуджені двоє прокурорів, однак вони підпадуть під амністію та не будуть відбувати присуджене їм покарання. Можна припустити, що під час редагування кінцевих висновків Комісії були вже відомими «Нотатки», підписані «М. Сєверські, прокурором Г.П. [Генеральної прокуратури]», датовані «Варшава, 29.IV.57» з відміткою, зробленою вручну: «Майор Доміно»⁶⁴³, що починається реченням:

У теорії віддавна існує принцип, що за вбивство відповідає той, хто за допомогою сфальсифікованих доказів свідомо доводить до ухвалення смертного вироку, який потім виконується.

Далі автор писав:

Та обставина, що діяння злочинця не тягнуть безпосередньо смерть певної особи, а є лише актом, відповідно до якого умерт-

⁶⁴² Poksiński, «TUN»..., с. 278. Формулюючи висновок про здійснення кримінального провадження щодо 3-х суддів (Ф. Аспіс, Т. Карчмаж, Я. Крупські), Комісія зазначила, що у його межах повинен також бути встановлений «ступінь відповідальності колишнього судді Відая Мечислава». Про суддю Відая говорив учасник партійної наради (Я. Пашкевіч), стверджуючи, що відмову обвинуваченого Т. Багневського під час судового слухання від попередніх зізнань, даних під впливом катувань, та його показання, що у гітлерівському таборі йому було вибито один зуб, а під час перебування під слідством – усі, а також що його зачиняли у карцері з водою, суддя, який головував на засіданні, витлумачив як особливо обтяжувальні обставини, які обґрунтовують засудження цього обвинуваченого до 15 років позбавлення волі. В обґрунтуванні вироку Військового районного суду у Варшаві від 3 квітня 1950 року про засудженого було написано, що він «намагався заплямувати слідчі органи, які проводили його допит, стверджуючи, що вони нібито застосовували щодо нього насильство та підступні методи» та що «захист обвинуваченого становить з його боку злісне бажання зашкодити доброму імені керівництва Народної Польщі». Див.: J. Poksiński, «*My sędziowie...*», s. 94, прим. 107.

⁶⁴³ Дата «Нотатків», що складалася з 3 машинописних сторінок, на 2 місяці випереджала підписання звіту учасниками Комісії (29 червня 1957 року); адресат «Нотатків», майор З. Доміно, був секретарем Комісії. «Нотатки» не публікувалися (автор володіє копією).

влення здійснює кат на підставі ухваленого легітимного судового вироку, не позбавляє таких діянь злочинця ознак убивства, якщо його умисел був спрямований на позбавлення у такий спосіб життя цієї особи. Зрештою достатньо того, щоб злочинець погоджувався зі смертельними наслідками своїх дій (*dolus eventualis*).

Потім він окреслив коло злочинців:

До відповідальності за умисне вбивство притягатимуться ті, хто, ведучи підготовче провадження, фальсифікували обвинувачення в учиненні злочинів, за які загрожувала смертна кара (наприклад, у випадку кваліфікації за ст. 1 п. 1 серпневого Декрету, де це покарання є єдиним, так званим абсолютним), а потім створювали на підтримання цих обвинувачень фальшиві докази з тим, щоб був ухвалений смертний вирок, або погоджувалися з такими наслідками своїх дій⁶⁴⁴.

Наступне речення «Нотаток», як видається, безпосередньо стосується справ, що їх вивчала Комісія:

Цього типу фальшивими доказами могли тут бути зізнання обвинувачених у вчиненні злочину, що не відповідало дійсності, як і показання очевидців, «вибиті» або складені у змові з тими, хто провадить розслідування чи здійснює провадження у справі.

Якщо йдеться про суддів, які ухвалювали вирок на підставі таких доказів, автор написав, що «це, звісно, передбачає введення в оману суду, який діє «втемно», приймаючи сфальсифіковані докази як правдиві». Він, однак, додав, що «теоретично можна було б припустити навіть існування ширшої змови, яка охоплювала також прокурорів, які висували обвинувачення, та суддів, які ухвалювали вирок, причому цього типу ситуація жодним чином не змінює власне правової конструкції, а лише розширює коло відповідальних осіб». З огляду

⁶⁴⁴ Можна припустити, що автор мав на увазі смертний вирок, ухвалений воєводським судом м. Варшави 16 квітня 1952 року щодо генерала А.Ф. Фільдорфа, який ТС (Таємний Сектор) залишив у силі вирок від 20 жовтня 1952 року (виконаний). За підставу засудження суди прийняли кваліфікацію, наведену в прикладі. Більш докладно про цей вирок див.: W. Kułesza, *Sądowe karanie jako przypadek sądowej zbrodni – przeszłość z perspektywy współczesności*, [w:] *Aktualne problemy prawa karnego, kryminologii i penitencjarystyki. Księga ofiarowana Profesorowi Stefanowi Lelentalowi w 45. roku pracy naukowej i dydaktycznej*, Łódź 2004, s. 171.

на винятковість такої змови – як він зазначав – «важко посилатися на якийсь судове рішення у конкретній справі».

Жоден зі смертних вироків чи вироків із засудженням до довічного або до багаторічного позбавлення волі, оголошених суддями у сфальсифікованих процесах, у яких прокурори надавали фальшиві докази, не став приводом для звинувачень їх у здійсненні або спробі здійснення судового вбивства⁶⁴⁵.

3. Виправдання суддів на захист своїх вироків

Оскільки жодному з суддів не довелося надавати в кримінальному провадженні проти себе аргументи, якими він керувався, засуджуючи обвинувачених до «драконівських» покарань, видається доцільним відтворити виправдання, які вони представляли на свій захист під час «партійної наради партійного активу Верховного військового суду і Управління військового судочинства, що відбувалася 20 і 21 листопада 1956 року»⁶⁴⁶. Ознайомлюючись з їхньою аргументацією ухвалення смертних вироків, слід усвідомлювати їхнє лицемірство, що діставало вияв у тому, що в той самий час вони філософствували про цінність людського життя:

Життя людини, що є предметом замаху при кожному вбивстві, у соціальному суспільстві становить найцінніший капітал. Саме тому тягар вбивства у нашій правовій системі є дуже вагомим. Спостеріга-

⁶⁴⁵ Є. Поксіньські стверджував, що «відсутні дані, які б дозволили робити висновки про ініціювання слідчих дій». Див.: J. Poksiński, *«My sędziowie...»*, s. 283. Так і не було порушено провадження щодо цих суддів та суддів з так званого Таємного Сектора (ТС), які ухвалювали обвинувальні вирoki, обмежуючись визнанням як доказу самообвинувачень підсудного або свідчень співобвинувачених, а також не реагували на відмову від «вбитого» слідчими органами зізнання, навіть тоді, коли сліди насильства демонструвалися на судовому слуханні. Комісія, яка вивчала у межах дисциплінарних проваджень суддівську діяльність членів Таємного Сектора, визнала, що достатньо мірою не доведено обізнаність суддів у застосуванні тортур під час слідства щодо засуджених ними обвинувачених, оскільки «в протоколах розглядів не виявлено їх скарг на застосування щодо них тортур під час їхнього перебування під слідством». Див.: M. Stanowska, *Próby rozliczenia z przeszłością w wymiarze sprawiedliwości*, [w:] A. Dębiński, A. Grześkowiak, K. Wiak (ред.), *Ius et Lex. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, Lublin 2002, s. 312.

⁶⁴⁶ Протокол наради див. у: J. Poksiński, *«My sędziowie...»*, s. 45.

ється постійне знецінення людського життя у капіталістичному світі, де вбивство людей увійшло в систему, і де замах на людське життя щоразу частіше наражаються на безкарність. Натомість суддя в країні соціалістичного типу повинен цінувати людське життя і, застосовуючи кримінальні репресії, пам'ятати про те, що в ієрархії цінностей, що їх захищає наше кримінальне право, життю людини належить одне з основних місць⁶⁴⁷.

У цей період уже відбувалися провадження у справах з реабілітації жертв органів правосуддя, засудження яких суддя Аспіс назвав «викривленням» та зазначив їхні «об'єктивні джерела». Промовець підводив до того, що у період, у який ухвалювалися суворі вирокі, «панувала теорія постійної класової боротьби, що загострюється», і саме нею зумовлювалося «іманентне зло» у способі суддівського застосування кримінального права⁶⁴⁸. Другою причиною був зміст положень, виданих законодавцем і сформульованих таким чином, що їх звучання призводило у практиці судів до «помилкових правових кваліфікацій». Суддя однозначно мав на увазі ст. 86 КК, яка передбачала покарання за намагання змінити устрій, у зв'язку із ст. 7 МКК, де йдеться про шпигунство, що могло полягати лише у зборі інформації: «За злочин шпигунства можна було засудити й було засуджено члена місцевої контрреволюційної організації за те, що він отримав інформацію, що на посту в гміні є 3 міліціонери». Потім він додав стосовно опису дій, що підлягають покаранню у законі: «Злочин шпигунства не був пов'язаний з закордонною розвідкою». Він також наголошував, що опис злочинів проти громадської безпеки у МКК, що їх могли вчиняти цивільні особи, віддані під юрисдикцію військових судів, був неясним та вимагав інтерпретації.

Як приклад він процитував перше положення цього Кодексу: «Хто вчиняє раптовий замах на підрозділ Збройних Сил...», і наголосив:

⁶⁴⁷ Вирок ВС КП 1377/51, PiP 1952, № 11, s. 739.

⁶⁴⁸ На розвиток своєї думки, він аргументував: «Ця теорія, що становила ідеологічну надбудову сталінського режиму, суттєво відбилася на пенітенціарній політиці держави й діяльності нашого судочинства. Бо якщо класова боротьба постійно загострюється, якщо опір класового ворога постійно зміцнюється – це означає, що постійно існує реальна небезпека для держави та її народного устрою. Це означає, що класовий ворог подвоюється і потроюється, що він змінює лише форму своєї діяльності, що потрібно його бачити, а той, хто не бачить його інтенсивної та різнопланової контрреволюційної діяльності, є політичним сліпцем». Див.: J. Poksiński. «*My sędziowie...*», s. 49.

Згідно з інтерпретацією, прийнятою у 1946, 1947, 1948 роках, злочин відповідно до ст. 1 Декрету міг вчинятися без політичного підґрунтя, а отже, за такий злочин можна було засудити селянина, який ударив міліціонера у суперечці з ним про те, де має стояти його віз на базарі.

У своїй доповіді він також згадав, що прийнятий у 1949 році Декрет «Про захист державної та службової таємниці» «передбачає дуже суворі покарання і передає під юрисдикцію військових судів цивільних осіб, яким було висунуто обвинувачення в розкритті державної таємниці навіть у випадку ненавмисної дії»⁶⁴⁹. Після цього суддя Аспіс перейшов до процесуальних питань, констатуючи, що теорія доказів Вишинського як обов'язкова під час підготовки фахівців з юриспруденції проголошувала, «що у справах, пов'язаних з контрреволюційною діяльністю, зізнання обвинуваченого або показання проти нього співобвинуваченого є цілком достатнім доказом вини обвинуваченого»⁶⁵⁰.

⁶⁴⁹ Декрет від 26 жовтня 1949 року «Про захист державної та службової таємниці» передбачав широке розуміння обох видів таємниці, охоплюючи ними усі відомості, документи або інші предмети, «до яких може бути наданий доступ виключно уповноваженим до цього особам», та одночасно встановлював покарання за ненавмисні дії того, хто, не володіючи повноваженнями, збирає, передає, розкриває або оприлюднює такі відомості (ст. 1 і ст. 4).

⁶⁵⁰ J. Poksiński. «*My sędziowie...*», s. 115. Вищезгадану теорію доказів сформулював і застосовував на практиці Генеральний прокурор і член Академії наук СРСР А. Вишинський, який у 1924–1938 роках обвинувачував у сфальсифікованих процесах уявних «змовників проти радянської влади», щодо яких застосовувалися катування під час їхнього перебування під слідством. Його книга «Теорія судових доказів» (*Teoria dowodów sądowych w radzieckim prawie karnym*) з'явилася у Польщі у 1949 році (у серії *Biblioteka Zrzeszenia Prawników Demokratów – Książka i Wiedza*, Warszawa, тиражем 5,5 тис. примірників) та була визнана «генеральним боєм з формалізмом буржуазної правової науки» (Див.: s. Ehrlich, передмова, s. XII).

Одна з основних тез проголошувала, що зізнання обвинуваченого під час його перебування під слідством в участі у змові та видача ним інших учасників змови є достатньою підставою для його засудження, оскільки «згідно з основними вимогами у теорії кримінального процесу [...] не можна вимагати, щоб до справ про змову, плетення інтриг проти державного устрою ми підходили таким чином – дайте нам протоколи, рішення, дайте посвідчення особи, дайте їхні номери; не можна вимагати, щоб змовники приступали до свої діянь на підставі засвідчення їхньої злочинної діяльності у нотаріальному порядку». Далі він стверджував, що «ми маємо право ухвалювати вирoki на підставі зізнань та свідчень обвинувачених і свідків та, якщо бажаєте, доказів» (Там само, с. 309–310). Наголошуючи, що «радянське доказове право базується на марксистсько-ленінсько-сталінській методології», він цитував свої обвинувальні промови (польське видання – A. Wyszynski, *Przemówienia sądowe*, Warszawa 1953) та пояснював на конкретних прикладах змов, у чому полягає застосування «діалектичного методу» у кримінальному процесі, який передбачає «вивчення усієї конкретної ситуації інциденту та його розвитку» (*Teoria dowodów...*, s. 251). Стверджуючи у

Щодо власних дій він визнав: «Це я ухвалював вирок у справах двох офіцерів серед 19 невинувато розстріляних» і зазначив, що в обох цих справах «обвинувачені визнали свою провину, а їхні зізнання підтвердили троє свідків у одній справі та троє чи двоє в іншій справі». Загалом щодо усіх процесів проти змовників він сказав: «Не може бути і мови, я не повірю в те, щоб будь-який суддя чи прокурор, який зіткнувся з цими справами, мав тоді сумніви щодо доцільності обвинувачень, які висувалися обвинуваченим». Подібну аргументацію, що базувалася на такій самій схемі мислення, надав другий із указаних Комісією суддів, щодо якого мало провадитися кримінальне прова-

кінцевих промовах, що вину в змові «було доведено на підставі отриманих зізнань усіх обвинувачених» (*Przemówienia...*, s. 508, 659), він наголошував, що обвинувачені мають бути покарані не лише за те, в чому вони зізналися: «Якщо вже ми говоримо про якісь неточності в цьому процесі, то вони полягають не в тому, що обвинувачені сказали про все, що вони зробили, а у тому, що, незважаючи на все, вони так і не розповіли до кінця, що вони вчинили проти Радянської держави» (Там само, с. 569). Водночас він зауважив, що «обмеженим і схоластичним» є погляд, згідно з яким «умовою співучасті є спільна згода та спільний умисел усіх злочинців та співучасників вчинення кожного злочину». Такий погляд він оцінював як «неправильний» і тому: «Це для нас є неприйнятним, це ніколи не застосовується». Він стверджував, що відповідальність тих, хто зізнався в участі у змові, охоплює також дії, у яких вони самі не зізналися, а також дії інших, про кого вони не знали, що проілюстрував на прикладі «банди грабіжників»: «Навіть якщо б вони не знали про злочини, вчинені другою частиною їхньої банди, вони повинні понести повну відповідальність за усі злочини, які вчинила ціла банда» (Там само, с. 661). Його висновок щодо покарання охоплював «сукупність» у діалектичному розумінні дій обвинувачених у змові та полягав у декларуванні: «Як представник публічного обвинувачення, я долучаю свій повний обурення і гніву голос [...] до могутнього голосу мільйонів» та підсумку, що звучав так: «Я вимагаю розстрілу цих скажених собак – усіх до одного» (Там само, с. 503) Інколи, крім цієї фрази, він додавав, що йдеться про «справедливе радянське покарання», адже обвинувачені це – «монстри» і закликав «нищити цих проклятих змій», обґрунтовуючи це тим, що цього очікує та вимагає «уся наша країна, від малого до старого» (Там само, с. 622). Автор передмови до польського видання писав про обвинувачення Вишинського, що «як досвідчений лікар, він не обмежував діагноз лікуванням симптомів хвороби, а й указував її причини та спосіб лікування. Цей метод підніс процеси, у яких виступав Вишинський, на рівень великих виховних заходів. І в цьому полягала політична цінність його обвинувачення» (*Teoria dowodów...*, s. V). Творець теорії доказів не вважав, однак, що його справу завершено, про що він написав на останній сторінці книги: «Радянська наука сьогодні йде шляхом перетворення теорії доказового права, відкриваючи цим самим перед нами великі обрії ще більшого розвитку та розквіту радянського процесуального права» (Там само, с. 364). Перекладач «Теорії доказів» Л. Шафф остаточно мету органів правосуддя стосовно класових ворогів описав у реченні з особливою стилістикою, у якому відмовляв їм в усіх правах людини: «Функція народно-демократичної держави полягає у придушенні опору повалених класів експлуататорів, а отже, прокуратура спрямовує своє вістря проти ворожої діяльності капіталістичних і спекулятивних елементів, проти ворожої діяльності «колишніх» людей». Див.: L. Shaff, *Polityczne założenia wymiaru sprawiedliwości w Polsce Ludowej*, Warszawa 1950, s. 198.

дження, – Я. Крупські⁶⁵¹. Він визнав, що за чинного тоді матеріального і процесуального права «в практиці військових судів сформувалася низка потвор, які ганьбили військове судочинство». Далі – як записано у протоколі наради – він сказав:

Я згадаю тут хоча б сумнозвісну позицію Верховного військового суду в справі так званої «шепітної пропаганди», так званий *lex Hochberg*, що зобов'язував кваліфікувати її як державний злочин відповідно до ст. 87 КК ВП, робити з першого-ліпшого, хто висловлював суб'єктивне незадоволення умовами існування у Польщі, державного злочинця⁶⁵².

Стосовно процесуальних питань він висловив думку, що

судочинству також не робить честі прийнята у Верховному військовому суді практика, що доросла навіть до ролі теорії, згідно з якою за основу провини обвинуваченого береться його зізнання перед прокурором під час його перебування під слідством». Якщо обвинувачений на судовому розгляді відмовлявся від «усіх своїх зізнань, даних під час перебування під слідством», як найбільш вірогідні розглядалися виключно його зізнання перед прокурором під час перебування під слідством.

⁶⁵¹ J. Poksiński, «*My sędziowie...*», s. 110.

⁶⁵² Приклад такої кваліфікації подав інший учасник наради – Я. Радваньські: «Я пам'ятаю дуже трагічні справи, у яких хлопці були заарештовані за те, що вони погано відзивалися про Гмінну Самопоміч, стверджуючи, що вони не можуть купити штанів, за що їм були висунуті обвинувачення відповідно до ст. 87 КК ВП, а отже, за спробу за допомогою насильницьких методів повалити устрій». Згадана ст. 87 КК ВП передбачала у § 2 відповідальність за готування спроби зміни за допомогою насильницьких методів устрою Польської держави. Таким чином, пропаговане суддею Верховного військового суду Л. Хохбергом тлумачення дозволяє засуджувати за готування вчинення державного злочину злочинців, які «поширюють відомості» без необхідності розгляду судом питання неправдивості їхніх висловлювань, чого формально вимагало положення ст. 22 МКК про «шепітну пропаганду». Результати такого тлумачення Верховний військовий суд звів у ранг правового принципу, стверджуючи, що «найтяжчі випадки ворожої пропаганди та агітації» у поєднанні з «морально-політичним обліком злочинця» дають «спідстави констатувати, що злочинець мав на меті готування умов для повалення народного устрою – ст. 87 у зв'язку із ст. 86 КК ВП». Наголошувалося також, що таке готування повалення за допомогою насильницьких методів народного устрою Польщі має місце також тоді, коли висловлювання спрямоване «проти Радянського Союзу, стосовно країн народної демократії». Рішення Зборів суддів Верховного військового суду від 10 лютого 1953 року [w:] *Zbiór orzeczeń Najwyższego Sądu Wojskowego*, Warszawa 1954, s. 50.

Коло потенційних підозрюваних визначала теорія про загострення класової боротьби, яка спонукала вбачати імперіалістичних ворогів навіть у найближчому оточенні й формувала «недовіру навіть до найбільш відданих справі соціалізму товаришів». Вражає те, що промовець декларував абсолютну самоідентифікацію з комуністичною партією, завдання якої він ставив на вершині ієрархії цілей, які він втілював у життя під час своєї діяльності у органах судочинства. Власне ставлення до змовників, щодо яких він ухвалював вирок, він передав такою фразою:

Мене особисто жахала колосальність злочину, який мали вчинити обвинувачені, я уявляв собі, що у своїй сфері я веду чесну боротьбу з контрреволюцією, я вірив, що партія доручила суду в цій сфері захист устрою, що боротьба з контрреволюційною змовою, так як це описано у «Короткому курсі ВКП(б)», увійде в історію нашої партії.

Задекларована таким чином мотивація мала залишатися у єдності з його суддівським покликанням під час ухвалення серійних вироків, у яких він брав участь.

Було зізнання обвинуваченого, були показання проти нього очевидців, все поєднувалося в єдине ціле, тому оцінка наданого на розгляд суду доказового матеріалу відбувалася у погодженні зі свідомістю судді, і ніщо в таких умовах не могло викликати навіть тіні сумніву щодо вини обвинувачених.

У питанні доказової бази для ухвалення вироку суддя керувався теорією Вишинського, яку називав «всемогутньою пануючою правовою доктриною», та його рекомендаціями «щодо способів дій і оцінки доказового матеріалу у справах так званих контрреволюційних змов».

Далі він пояснював, що

у випадках, коли обвинувачені відмовлялися у суді від своїх зізнань у вчиненні злочину і говорили, що їх змусили свідчити під час перебування під слідством, застосовуючи щодо них катування, застосовувався принцип, що до наших органів безпеки ми маємо повну довіру, що усі спроби обвинувачених переконати, що стосовно них під час слідства застосовувалися недозволені методи, необхідно розглядати як провокацію і прагнення очорнити органи безпеки.

Центральне місце в усій довгій промові судді займає його позиція, що його самого скривдили незаслужено внаслідок пред'явлення йому та іншим суддям обвинувачень. З одного боку він усвідомлює те, що «сьогодні виявилось, що усі докази в цих справах були сфабрикованими і фальшивими, що під час проведення розслідування було вчинено злочин», натомість з іншого, він називає «безвідповідальними інсинуаціями» і «травленням» суддів твердження про те, що «суд може про це і знав або не хотів знати». Адже суд «складаючись з людей, не міг бути надприродним творінням, яке б знало, що докази сфальсифіковані, та що усе було «липою». На завершення промови, що стосувалася ключового питання відповідальності усіх суддів, він сказав про себе:

Таким чином, я стверджую з усім відчуттям партійної та суддівської відповідальності, що з мого боку справи розглядалися так, як мені наказували свідомість і мій обов'язок перед Батьківщиною і партією, і тоді мені навіть на думку не спало, що у цих справах могли бути які-небудь сумніви щодо вини обвинувачених⁶⁵³.

⁶⁵³ J. Poksiński, «*My sędziowie...*», s. 115. Цей погляд поділяв М. Шерер, який вийшов зі складу Комісії перед оголошенням нею звіту, стверджуючи, що судді ухвалювали вирок у згоді зі своїм розумінням вини обвинувачених, що співпадало з відчуттями правильності акту засудження, які виникали у пересічного зовнішнього спостерігача за перебігом судового засідання. Автор у окремому висновку згадав про те, що процес «у головній «татарівській» та інших справах» був відкритим і транслювався по радіо, та поставив запитання: «Для скількох слухачів тоді [з їхнього кількатисячного натовпу] прозвучало щось зрадливе у свідченнях обвинувачених чи зізнаннях свідків? Усі співали, як по нотах». Такий перебіг судового слухання – на думку Шерера – хоча й незвичний з огляду на смертну кару, яка загрожувала обвинуваченим, що визнали свою вину, міг наштовхувати на роздуми: «Це було вражаюче, справді. Але не було нічого відчутного, чи такого, що свідчило б про те, що у переповненій глядачами судовій залі, перед включеними мікрофонами, розвивається без остраху, що її викриють, нахабна брехня». Основне питання про роль судді у такому процесі та відповідальність за порушення свого обов'язку з ухвалення справедливих вироків Шерер обґрунтував у реченні: «Йдеться про те, чи мали вони більше [ніж публіка у судовій залі і біля радіоприймачів] сигналів, що перед ними розігрується жаклива трагікомедія». Звільнення судді від відповідальності за ухвалюваний ним вирок з тієї причини, що спеціально дібрана публіка у судовій залі не розпізнає у ньому безправ'я, як видається, впливає з принципу, що суддя, який виносить рішення у справі, має такі самі обов'язки і повноваження стосовно встановлення обставин справи, як і публіка у судовій залі та радіослухачі. Власне на таких міркуваннях, здається, базується підсумок власного звіту процитованого автора: «Судді мали перед собою достатньо послідовних зізнань, щоб вони могли ухвалити обвинувальний вирок. Про порушення закону у вузькому розумінні, про упущення, які б зараз мали призвести до порушення кримінального провадження щодо суддів, не було й мови». Див.: M. Szerer. *Procesy przed Najwyższym Sądem Wojskowym*, «Tygodnik Solidarność» 1981, № 36. У сформульованому таким чином висновку «звіту Шерера» повністю оминається також і те, що судді у показових процесах отримували інструкцію щодо того, яким чином вони мають втілювати у життя попередньо приготований

4. Оцінка вироків

У наведених вироків, ухвалених щодо класових ворогів за уявну змову, знаходимо шість виділених у попередніх міркуваннях форм викривлення права суддями, що обґрунтовували кваліфікування їхніх діянь як таких, що реалізують ознаки перевищення суддівської влади і вбивства людини або позбавлення її волі. Викривлення права, вчинені цими вироків, полягали у:

- порушенні принципу *lex retro non agit*;
- застосуванні суддею загально сформульованого положення у спосіб, що призводить до вчинення злочину;
- виході за межі семантичного змісту положення шляхом розширення інтерпретації з метою обґрунтування покарання за дію, не заборонену законом;
- ухваленні необґрунтовано суворого вироку, якого не пояснюють обов'язкові для судді директиви стосовно призначення покарання, і тому такого, що суперечить елементарному відчуттю справедливості;
- засудженні обвинуваченого, позбавленого прав людини, зокрема права на захист, та підданого катуванням під час перебування під слідством;
- засудженні, яке не спиралося на докази, або на підставі фальшивих доказів, створених під час перебування обвинуваченого під слідством, яких судді не перевіряли, інтерпретуючи їх як суто процесуальне обґрунтування свого рішення про покарання.

Аргументи, що їх судді надавали на захист своїх вироків, не дозволяють констатувати, що з їхнього боку не було умислу на реалізацію ознак злочину проти правосуддя. Якщо припустити, що вони діяли у стані «засліплення» певного роду, на що в свою чергу вказують їхні промови, то це, однак, не виключало їхнього умислу. Не скасовує умислу ідеологічне «засліплення» судді, оскільки воно не становить помилки щодо нормативних ознак забороненої дії, вчиненої суддею, який викривив право і таким чином перевищив свою владу, яка полягає у прийнятті рішення стосовно життя і волі людини. Таким чином, не виключається умисел щодо вчинення забороненої дії. Особливий душевний стан, у якому знаходилися судді, не означає також неусві-

сценарій судового слухання, у якому також було передбачено зміст їхнього кінцевого рішення у справі. Як наслідок, цей висновок обґрунтовує звільнення від кримінальної відповідальності суддів — головних акторів інсценізованих процесів – забуваючи про суть суддівського покликання до встановлення справедливості.

домлення ними незаконності своїх дій, адже їм був відомий зміст елементарних правових принципів, які вони порушували. Ідеологічне «засліплення» судді, таким чином, слід визнати мотивом, з яким він викривляв право, та який ані не виключав умислу, а отже, умисності, ані не був «помилкою щодо права», що могло б вказувати на відсутність його вини.

5. Вирок військового суду, ухвалений на правдивих фактах

У наведених вироків викривлення права виникало внаслідок того, що судді як підставу для ухвалення вироків приймали неправдиві факти. Адже для усіх обвинувальних вироків за участь у «військовій змові і шпигунстві» було властиве судове творення фактів, які не мали місця у реальному житті, а лише описувалися в обвинувальних актах та повторювалися як обґрунтування для ухвалення вироку. Для того, щоб показати міркування суддів, які формулювали в той самий час кримінально-правові оцінки фактичних дій обвинувачених, що вимагають вивчення у контексті тих самих категорій викривлення права, видається доцільним звернутися до вироку, що не став предметом вивчення Комісії.

Обвинувальний вирок щодо Є. Єнткевіча і Т. Косцюлка на підставі висновків, які зі значними скороченнями наводитимуться нижче, ухвалив Військовий районний суд у Варшаві 7 жовтня 1952 року⁶⁵⁴. Про першого з обвинувачених (на момент ухвалення вироку йому було 27 років) суд написав, що він з родини інтелігентів, «син інженера», який у період окупації перервав навчання в гімназії і зайнявся «чорною» торгівлею, а також вступив до Союзу Збройної Боротьби. У 1943 році він був схоплений під час вуличного рейду та вивезений на примусові роботи до Німеччини, звідки втік, а після повернення до Варшави і закінчення школи підхорунжих «Армії Крайової» був направлений «до підрозділу Шенджеляжа під назвою «Лупашка». Далі у вирокі написано:

Унаслідок розстрілу обвинуваченим Єнткевічем зв'язкової «Лупашки», яка нібито була агентом гестапо, обвинувачений Єнт-

⁶⁵⁴ Шифр справи 762/ 52, неопубл., в актах документації розслідувань у справах злочинів проти правосуддя Комісії з розслідування злочинів проти польського народу, відділ розслідувань.

кевіч залишив підрозділ «Лупашка» та добровільно записався на роботи до Німеччини, звідки, однак, незабаром утік і повернувся до Варшави.

Під час Варшавського повстання він «знаходився у 6-му загоні «АК», а після його придушення «був взятий у полон і перебував у різних таборах для військовополонених до моменту, коли він був визволений Радянською Армією». Викликаний у лютому 1945 року до районної комендатури поповнення у Плоцьку, він «приховав факт своєї приналежності до «АК», що вчинив також пізніше, коли був викликаний до повітового управління безпеки (ПУБ) у цьому місті. Суд у цьому місці констатує факт, який у кінцевій частині вироку був однією з передумов засудження: «Під час розмови обвинувачений Єнткевіч на пропозицію пор. Конопкі стосовно співпраці з органами безпеки висловив згоду і підписав зобов'язання щодо тісної співпраці» та отримав псевдонім «Зегота». Загальне завдання, що було йому поставлено, мало полягати у «здійсненні спостереження за бандами тощо», натомість він попрямував до Варшави, «про що всупереч своєму обов'язку не повідомив ПУБ у Плоцьку».

Перед верифікаційною комісією у Влохах під Варшавою він «описав усе своє минуле, пов'язане з «АК», однак за порадою «свого колишнього керівника часів перебування у таборі для військовополонених, полковника Моссора, який пізніше був засуджений за участь у змовницько-шпигунській банді, що діяла у Війську Польському», якого він там зустрів, Єнткевіч назвав своє несправжнє ім'я та прізвище «Єжи Яніцькі».

Після проходження перевірки обвинувачений був направлений до Вищої офіцерської школи у Рембертові, куди він не повернувся після відпустки та був затриманий «під час спровокованої ним п'яної бійки у Хожові», звідки його було перевезено до ПУБ у Плоцьку. Там він «довідався, що тамтешні органи безпеки здійснюють пошуки банди, якою керувала особа під псевдонімом «Чорний», та зобов'язався докласти зусиль стосовно ліквідації цієї банди». З огляду на це він був «звільнений з-під арешту та отримав документи і гроші», натомість провадження у справі «про дезертирство та провокацію п'яної бійки» було припинено.

Завдяки допомозі знайомих своєї матері, яка «підтримувала зв'язки з народними Збройними Силами», обвинувачений «1 березня 1946 року недалеко від міста Єнджиховіце-над-Нисою нелегально перейшов кордон Польської держави, прямуючи до англійської окупаційної зони

Німеччини», де він був затриманий та «переданий англійській контррозвідці», якій він «представився як офіцер «АК», не повідомляючи про свої зв'язки з Службою безпеки Польщі». Відправлений до табору для військовополонених у Мюнхені, він прийняв отриману там пропозицію «вступити до II Корпусу Андерса», де він потрапив до відділу постачання і до квітня 1948 року «припустився різних зловживань економічного характеру, за що був засуджений польовим судом II Корпусу до 18 місяців позбавлення волі». У день судового слухання у Глазго, де тоді розміщувався його підрозділ, він утік до Лондону, там звернувся до польського посольства і «надав різну інформацію, яка стосувалася офіцерів Андерса» та «попросив посприяти йому в поверненні до країни».

Отримавши відповідний дозвіл, «обвинувачений Єнткевіч [...] прибув на польському торговельному судні до Гдині» і «відвідав керівника воєводського управління громадської безпеки у Гданську, який дав йому гроші на подальшу дорогу до Варшави». Після допиту, проведеного кількома офіцерами у Міністерстві громадської безпеки у Варшаві, «обвинуваченому сказали, що усі його провини йому пробачаються, але це мало стати останнім йому попередженням». В обмін на це «обвинувачений зобов'язувався здійснювати спостереження за майором Скальські [...], чого обвинувачений не виконав, а також за друзями з «АК», чого обвинувачений також не виконав», незважаючи на те, що «через агентурну мережу [...] він отримав винагороду за співпрацю у розмірі близько 5000 польських злотих».

У цей самий період «обвинувачений поінформував про керівника Польської селянської партії з Гданська [...], який нібито мав умисел нелегально втекти за кордон», а також «надав неправдиві відомості про уявних агентів англійської розвідки, які нібито мали здійснити контакт за адресою вул. Халубінського, 11 у Варшаві».

Тут потрібно порушити черговість, у якій суд викладав окремі послідовні частини обґрунтування вироку, та навести із резолютивної його частини кримінально-правову кваліфікацію двох дій обвинувачених, описуваних у процитований вище спосіб. Суд

постановив, що Єнткевіч Єжи [...] винен у тому, що він [...] з лютого 1945 року до серпня 1948 року у Плоцьку і Варшаві, надаючи послуги органам громадської безпеки, свідомо обдурював їх та надавав неправдиву інформацію про діяльність агентів англійської розвідки у Варшаві та діючої терористичної банди «Чорного», тобто

в учиненні злочину відповідно до ст. 8 § 1 Декрету від 16 червня 1946 року.

Вищезгадане положення МКК, на підставі якого суд засудив обвинуваченого за обидва діяння до 15 років позбавлення волі, встановлювало:

Той, хто вводить в оману польську владу шляхом надання їй неправдивої інформації або надання підроблених або перероблених документів чи інших предметів, які мають значення для безпеки Польської держави, підлягає покаранню у вигляді позбавлення волі на строк не коротший, ніж 5 років, або довічного позбавлення волі, або смертної кари.

Із формулювання, яке знаходимо у вироку: «Незважаючи на це суд довів причетність обвинуваченого Єнткевіча до вчинення злочину відповідно до ст. 8 § 1 Декрету від 13 червня 1946 року», можна зробити висновок, що субсумція неналежного виконання зобов'язання надавати інформацію особою, яка розпочала співпрацю з органами безпеки, була результатом суддівського тлумачення змісту положення, що стало основою вироку⁶⁵⁵. Так само, як і у багатьох інших вироках, у цьому

⁶⁵⁵ Субсумцію, що була повністю відірвана від змісту правової норми, застосував Військовий районний суд у Познані, засудивши 17 серпня 1949 року Мар'яна с. «студента ПУ», обвинувачуваного відповідно до ст. 86 § 2 КК ВП (намагання змінити за допомогою насильницьких методів устрій держави) за дії, описані у вироку так: «У травні 1948 року засуджений с. [...], затриманий органами безпеки, дав згоду на співпрацю з Управлінням безпеки з метою викриття антидержавної діяльності, однак після отримання від органів безпеки доручення зібрати інформацію про діяльність Гжельчака, Пазоли і Грабовського – повідомив про це Пазолу і Гжельчака, з яким він ще узгоджував зміст інформації, що надаватиметься Управлінню безпеки». На судовому слуханні обвинувачений «зізнався [...] у розкритті своєї співпраці з Управлінням безпеки і у тому, що він попередив Пазолу і Гжельчака, наголошуючи при цьому, що він мав наміри передавати органам безпеки правдиву інформацію, за винятком, однак, відомостей, що стосувалися його колег, і лише тому він їх попередив». Суд визнав обвинуваченого винним «у поширенні інформації, що стосувалася оборони держави, яку йому було заборонено розголошувати, тобто в учиненні злочину відповідно до ст. 9 Декрету від 13 червня 1946 року» і засудив його за це діяння «до 3 років позбавлення волі». Стаття 9 МКК, що становила основу вироку, передбачала, що покаранню у вигляді позбавлення волі на строк до 5 років підлягає той, «хто надає публічного розголосу інформації, документам чи іншим даним, які стосуються оборони держави або її Збройних Сил, розголошення яких може загрожувати інтересам оборони держави, або щодо яких існує заборона розголосу». Суд засудив обвинуваченого за діяльність, що велася у межах таємної, нелегальної організації, у сукупності до 12 років позбавлення волі, констатуєчи одночасно, що його зізнання у співпраці з Управлінням безпеки двом учасникам цієї змовницької діяльності

випадку суд також не пояснив питання щодо ретроактивного застосування кримінально-правової норми, а лише вказав початкову дату дії, за вчинення якої ухвалив вирок (з лютого 1945 року).

Саме тому тут слід наголосити, що дія, яка полягала у наданні «неправдивої інформації владі», стала злочином з 18 грудня 1945 року, тобто з набранням чинності Декрету від 16 листопада 1945 року «Про злочини, особливо небезпечні в період відбудови держави» (ст. 9 п. 1 у зв'язку із ст. 42). Потрібно також зауважити, що з аргументації, викладеній у вирокі, який містив докладний опис дій обвинуваченого, випливає, що відразу після того, як він зобов'язався «докласти зусиль стосовно ліквідації згаданої банди», він утік до Німеччини, з чого можна зробити висновок, що він не надав владі інформацію про «банду Чорного», однак його було засуджено саме за надання про неї «неправдивої інформації».

Таким чином видається, що суд посилався на положення ст. 8 § 1 МКК як на підставу для засудження, по суті, за невиконання взятого на себе зобов'язання надавати інформацію про «терористичну банду». Якщо йдеться про засудження за свідоме надання «неправдивої інформації про діяльність англійських агентів у Варшаві», треба зазначити, що у частині вироку, де описуються висновки суду, йдеться лише про інформацію, що стосувалася адреси, за якою вони нібито мали контактувати. Аргументи, якими керувався суд, ухвалюючи стосовно обвинуваченого вирок за ці дії, наводитимуться наприкінці представлення усього вироку.

Наступна частина вироку містить докладний опис того, що сталося з обвинуваченим, який ґрунтується, в основному, на його власних свідченнях, у яких він зізнався в учиненні інкримінованих злочинів «в усій їх повноті». Епічна форма, яку суд застосував для наведення своїх висновків, змушує висвітлювати лише деякі події, після того як «рятуючись від кримінального переслідування» за те, що «обвинувачений намагався змусити гр. Івашкевіча у Міланувку дати йому гроші нібито за «вирішення його справи» у Міністерстві громадської безпеки (ця справа мала стосуватися ворожої пропаганди)», він виїхав на Прикарпаття, «а звідти нелегально втік до Німеччини».

У англійському штабі у Західній Німеччині він, користуючись несправжнім ім'ям та прізвищем – Єжи Яніцькі – заявив, що він є офіцером УПА, отримавши, як наслідок, «карти округу Львова і Санока для накреслення плану банд УПА, що перебувають на тамтешніх тере-

нах», за що одержав кілька десятків марок, після чого втік до Бельгії «побоюючись викриття». Звідти він вирушив до Франції і зголосився як «Земкевіч» добровольцем до Іноземного Легіону, з якого втік на шляху до Алжиру.

Випадково він зустрів «знайомого своїх батьків, якогось отця Четвертиньські», який пообіцяв йому допомогти потрапити на навчання до Риму, чим він не міг скористатися, оскільки не міг отримати стипендії від «Англійського уряду», адже «не міг відкрити свого справжнього прізвища з огляду на те, що його переслідувало керівництво II Корпусу Андерса».

Після вступу в Австрії до польського вартового підрозділу при французькій армії він втік до Німеччини «через те, що з ним трапилося при II Корпусі», з якого прибув до цього підрозділу офіцер Андерса. У Німеччині він потрапив до табору вже як «Кучмара Єжи», а потім погодився працювати на шахті, після чого приїхав до Франції, де також працював на шахті «до червня 1950 року, коли його було звільнено з роботи та змушено покинути Францію». З цієї причини він виїхав до Швейцарії, де перебував «у будинку відпочинку Червоного Хреста, а потім за крадіжку і подання неправдивих даних був заарештований і висланий до Західної Німеччини», де звернувся до американських вартових рот і був направлений на роботу до їдальні, звідки його було звільнено «з огляду на нестачу».

З наступної вартової роти він звільнився сам, після чого зголосився до табору «як втікач з Польщі», але був заарештований за нелегальний перехід кордону, а під час його допиту американською розвідкою «обвинувачений намалював план Вищої офіцерської школи у Рембертові з урахуванням розташування будинків та інших об'єктів».

Звільнений з-під арешту, за посередництва особи, яку він знав до війни, він «зв'язався з агентом французької розвідки – майором Бібі», який «запропонував обвинуваченому співпрацю з французькою розвідкою, на що обвинувачений погодився» і «намалював по пам'яті ескіз фабрики П'ястів». Водночас «обвинувачений зустрів обвинуваченого Косцюлка», з яким відправився до Нюрнберга, до «певного ресторану», з якого його забрали до «іншого ресторану», де він вдруге зустрівся з майором Бібі, якого «запевнив, що має широкі можливості роботи у розвідці, оскільки у нього є багато знайомих з «АК», повідомив прізвище офіцера, «який нібито міг дістати для нього польські штабні карти», назвав також прізвище працівника «фабрики П'ястів як можливого кандидата на роботу у розвідці». На третій зустрічі майор Бібі

«повідомив, що незабаром вони поїдуть у Баден-Баден, звідки обвинувачений полетить до Берліну, а звідти – до польської кордону».

У Баден-Бадені обвинувачений отримав від Бібі, разом з яким був також інший француз, «одяг і 50 західних марок», а через кілька днів «військовий квиток (польський) на прізвище Богаціньські Ігнаці, посвідчення про прописку, 3000 злотих (польських) і 207 східних марок», а також пароль до французької жандармерії у Берліні на зворотному шляху. Мету виїзду суд описав як «організацію шпигунської мережі з колишніх членів «АК», а також «вирішення питання» доставання штабних карт та «вербування» працівника фабрики П'ястів, а крім того, «опрацювання» військових підрозділів в Легіоні під Варшавою. Цей фрагмент висновків суду завершує речення: «Виїзд мав відбутися після Різдва, і Святвечір майор Бібі, Єнткевіч і Косцюлек провели разом».

Останній абзац цієї частини вироку, у якій суд докладно реконструював дії обвинуваченого, розпочинається з 28 грудня 1951 року, дати приїзду обвинуваченого Єнткевіча до західної частини прикордонного міста, та буде наведений повністю:

У Згожельці обвинувачений пиячив, однак не перейшов польського кордону. Пропивши усі гроші й піджак, обвинувачений повернувся до Берліна, де 7 січня 1952 року він зустрівся з майором Бібі, котрий вилаяв його за невиконання завдання. Тоді майор Бібі заявив, що він або виконає завдання, або ним займеться американська поліція. Обвинувачений знову отримав гроші й новий піджак. 9 січня 1952 року обвинувачений поїхав до Східного Берліна, а звідти до Згожельця. У потязі залізничною службою НДР була проведена перевірка. Обвинувачений повідомив службовцям, які проводили контроль, що він є агентом, і попросив передати його відповідній владі. Тоді обвинувачений був переданий радянській контррозвідці, а потім – польській владі.

Як впливає з викладених вище фрагментів вироку, суд скрупульозно описав пригоди обвинуваченого від моменту вчинення хронологічно першого злочину, яким було невиконання завдань, доручених йому «органами безпеки держави», і постановив, що другим було те, що

у листопаді і грудні 1951 року в Нюрнберзі і Баден-Бадені як польський громадянин, у зв'язку з [...] діяльністю на шкоду Поль-

ській державі, він прийняв від особи, яка діяла в інтересах іноземного уряду, а саме від представника французької розвідки, матеріальну вигоду у вигляді 3000 польських злотих і невстановленої докладніше суми німецьких марок, тобто вчинив злочин відповідно до ст. 6 Декрету від 13 червня 1946 року,

за що засудив його до 15 років позбавлення волі⁶⁵⁶. В аргументації, наведеній у судовому рішенні, після наголошення на тому, що «свідчення обвинувачених не залишають щонайменших сумнівів у їх правдивості», суд констатував, що «дії обвинувачених містять усі ознаки складу злочину», описані також у ст. 7 Декрету, яка передбачала покарання того, «хто, діючи на шкоду Польській державі, збирає або передає інформацію [...], що становить державну або військову таємницю».

В обґрунтуванні цієї кваліфікації зазначається, що обвинувачений Єнткевіч винен у тому, що «з листопада 1951 року до моменту його затримання, тобто 9 січня 1952 року [...], діючи на шкоду Польській державі, передавав агентам французької розвідки інформацію, що становить державну або військову таємницю». Суд, однак, не зазначив, яку загрозу і яку шкоду для держави спричинив обвинувачений за допомогою інформації, яку він передавав, а також повністю оминув своєю увагою те, що дії обвинуваченого вказували на відсутність умислу на виконання того, що він зобов'язався зробити перед представником іноземної розвідки, що він виявив себе, добровільно віддаючись в руки влади як «агент». Розкриття себе у цій якості ще до переходу польського кордону повинно розглядатися у контексті категорій відмови від виконання дії, а також дійового каяття, що мало б вирішальний вплив на ухвалення вироку, чого суд, однак не зробив.

Суд також не застосував обов'язкові для нього директиви, що наказують звертати «увагу передусім» як на мотиви вчинення злочину і характер злочинця, так і «на його поведінку після вчинення злочину» (ст. 54 КК 1932 року).

У процесі читання усього вироку вражає схожість дій обвинуваченого стосовно працівників органів безпеки країни у 1945 році і через 6 років – щодо представника закордонної розвідки. В обох випадках

⁶⁵⁶ Це положення встановлювало: «Польський громадянин, який у зв'язку з діяльністю на шкоду Польській державі приймає від особи, яка діє в інтересах іноземного уряду або закордонної організації, для себе чи іншої особи матеріальну чи іншу особисту вигоду або її обіцянку, або вимагає таку вигоду, підлягає покаранню у вигляді позбавлення волі на строк не менше 5 років або довічного позбавлення волі або смертної кари».

він посилався на свої можливості надавати інформацію, що більше схоже на прояв схильностей до міфоманії, аніж на таке, що містить усі ознаки складу злочину, «введення в оману польської влади» та «огидну зраду» – термінологією, вжитою на обґрунтування вироку. Суд не звернув уваги на ментальну розбіжність між згодою обвинуваченого на «здійснення спостереження за друзями з «АК», чого обвинувачений – як все-таки зазначено у вирокі – не зробив, та прийняттям через кілька років «завдання організувати шпійонську мережу з колишніх членів «АК».

Усі показання, на підставі яких було ухвалено обвинувальний вирок, як йдеться у підсумку, «не залишають щонайменших сумнівів щодо їх правдивості», а відтак – ухвалення смертного вироку мало б видатися несправедливим такою мірою, що цей вирок можна було б вважати судовим вбивством. Питання директив правосуддя суд вирішив у одному реченні, пишучи, що «не знайшовши жодних пом'якшувальних обставин, він дійшов висновку», що «зрадники Польського народу повинні наражатися на особливий осуд з боку усього польського суспільства».

Хоча Комісія і не згадала цей вирок у своєму звіті, що з'явився у 1957 році, слід водночас констатувати стосовно суддів, які його ухвалили, що вони «чудово розуміли», що «засуджували до смертної кари, незважаючи на те, що в описаних умовах, якщо навіть і можна було визнати обвинувачених винними, то смертний вирок аж ніяк не міг бути обґрунтованим». Як аргументація на користь засудження до смертної кари як сукупного покарання зазначалося:

Обвинувачений Єнткевіч як колишній член «АК», незважаючи на його вороже ставлення до Народної Польщі, отримав багато добра від польської влади. Народна влада вибачила йому втечу до Андерса і дозволила працювати на користь Батьківщини – натомість обвинувачений, будучи повністю деморалізованим своїм безпутним способом життя, відкинув дружню руку і повністю віддав себе імперіалізму, скочуючись у bagno зради. Маючи можливість служити Народній Польщі, він волів за жалюгідні недоїдки продавати ворогам свою Батьківщину.

Стосовно обох обвинувачених «суд постановив, що єдиною справедливою для них карою буде їхнє повне виключення з суспільства»⁶⁵⁷.

⁶⁵⁷ Про співобвинуваченого, яким був Косцюлек Тадеуш (на момент ухвалення вироку йому було 20 років), ми дізнаємося з вироку, що він проживав у Кракові, походив з робітничої родини і працював автомеханіком, а у 1949 році, рятуючись від переслідувань цивільної міліції за крадіжку свині й курей, а також інші крадіжки, «нелегально перейшов державний кордон [...] і дістався Берліну», де перебував у тимчасовому таборі. У цей період «обвинувачений звернувся до іноземної розвідки з метою передачі інформації» і «назвав усі мости, що знаходяться у Кракові та описав цілі, для яких вони призначені», натомість «про військо обвинувачений не надав конкретної інформації». Потім він служив у вартових ротах в різних населених пунктах, а після невдалої спроби дістатися Швеції й повторного відправлення до табору для втікачів, він звернувся до польського консульства у Франкфурті і висловив бажання повернутися до країни, однак «з огляду на те, що покарання, до якого було б засуджено обвинуваченого за вчинені перед втечею злочини, безперечно становило б собою позбавлення волі, обвинувачений з цих побоювань відмовився від повернення до Польщі». Коли його звільнили з чергової вартової роти, під час перебування у таборі його запитали: «Чи погодився б ти поїхати до Польщі за дорученням французької розвідки з метою здобуття шпигунської інформації?», на що «обвинувачений погодився». Шляхи обох обвинувачених перетнулися, коли вони разом поїхали до Нюрнберга, де у ресторані зустрілися з майором Бібі. Потім «у певному ресторані обвинувачений обговорював з майором Бібі питання можливої інформації» та отримав 200 польських злотих і 200 східних марок, а через кілька днів «обвинувачений приїхав до Баден-Бадену і там отримав одяг та білізну на дорогу». 29 – 30 грудня 1951 року «перейшов державний кордон Польщі і НДР у нелегальний спосіб та у непризначеному для цього місці і без відповідних документів, а тоді потягом приїхав до Кракова, де «вирішив зібрати інформацію для майора Бібі, а саме: 1) стосовно реактивних літаків на краківському летовищі; 2) стосовно того, які об'єкти знаходяться на вул. Длугей, 1, вул. Варшавській, 35, а також щодо встановлення номерів польових поштових підрозділів, які розміщені у Кракові». Суд встановив, що «перші два доручення обвинувачений виконав, третього натомість виконати не зміг», хоча «обвинувачений зібрав інформацію про підрозділ, розміщений у Кракові». Після вчинення цього обвинувачений з завербованим ним колегою «у ніч з 14 на 15 січня 1952 року перейшов кордон близько Згожельца [...], однак дорогою був схоплений народною поліцією НДР і переданий польській владі». Суд ухвалив, що обвинувачений винний у вчиненні двох злочинів: прийнятті матеріальної вигоди від представника французької розвідки – ст. 6 МКК (за що засудив його до 15 років позбавлення волі), а також у тому, що «з грудня 1951 року до моменту затримання, тобто до 14 січня 1952 року в Нюрнберзі й Баден-Бадені (Західна Німеччина), діючи на шкоду Польській державі, передавав інформацію, що становить державну і військову таємницю, агентам французької розвідки», за що щодо нього було ухвалено смертний вирок. Читач вироку зауважить, що з його описової частини випливає, що обвинувачений лише збирався передати інформацію, зібрану в Кракові, а про передану раніше інформацію суд не написав, яку шкоду могла спричинити державі інформація, якою як «державною і військовою таємницею» володів засуджений. Суд натомість зазначив, що у Кракові обвинувачений зібрав, зокрема, відомості про «номери військових літаків», однак не розглянув питання, що саме по собі напрошується у цій ситуації, чи становили такі номери, які у відповідних розмірах наносилися на фюзеляжі літаків, «військову таємницю». Далі суд написав, що «не будучи взмозі виконати шпигунське завдання, отримане від своїх імперіалістичних довіритель, обвинувачений Косцюлек з власної ініціативи збирав інформацію, що становить державну таємницю», якою він визнав номери польових поштових відділень. Стосовно покарання, суд постановив, що «єдиною справедливою карою буде повне виключення з суспільства» обвину-

Верховний військовий суд своєю постановою від 24 грудня 1953 року зберіг переглянутий вирок у силі, а Державна Рада не скористалася правом помилування.

6. Кримінальна відповідальність прокурорів

У висновках з вивчення кримінальних проваджень у справах, що завершилися винесенням обвинувальних актів, найчастіше щодо участі у змові, метою якої було повалення державного устрою, та шпигунства, Комісія висловила переконання стосовно необхідності порушення кримінального провадження щодо трьох прокурорів (С. Зараковські, Х. Лігензи, Ф. Аспіса – на нього висновок поширювався також як на суддю).

Стосовно прокурорів, які вели розслідування, висували обвинувачення у суді та вимагали для підсудних ухвалення смертного вироку, Комісія не застосовувала термінологію, що вказувала б на визнання їх як співучасників судових вбивств. Однак вона висловила переконання, що вони будуть засуджені, причому призначене їм покарання буде скасоване на підставі амністії. Оскільки амністія не передбачала можливості скасування покарання для засудженого за вбивство, то – як можна припустити – Комісія не поділяла погляду, викладеного у «Нотатках» Северські, відповідно до якого за вбивство людини має нести відповідальність прокурор, який висував обвинувачення та перебуваючи у змові з тими, хто проводить розслідування, користуючись неправдивими доказами, «підштовхує», «підбурює» суд до ухвалення смертного вироку⁶⁵⁸.

ваченого, що обґрунтовувала така аргументація: «Обвинувачений Косцюлек, походячи з робітничого класу, не пішов шляхом, яким йдуть мільйонні маси польських робітників, селян та інтелігентів. Він обрав шлях народної зради, поласившись на недоїдки, які він отримував від іноземної розвідки». Очевидна невідповідність покарання та діяння, за яке воно було присуджене, також робить цей вирок актом судового вбивства.

⁶⁵⁸ Закон від 27 квітня 1956 року «Про амністію» передбачав, що «беручи до уваги значні досягнення польського народу у будівництві соціалістичного устрою та пов'язане з цим зміцнення народної держави», зокрема, скасовуються «ухвалені покарання у вигляді позбавлення волі до 2 років» за злочини, вчинені до 15 квітня 1956 року (ст. 3 п. 2). Можна припустити, що Комісія передбачала таке покарання для прокурорів, пишучи у звіті, що необхідно зважати [...] стосовно 2 прокурорів – на віддання до суду, засудження та скасування ухваленого покарання на підставі амністії. Якщо б була передбачена можливість засудження цих прокурорів за схилення суддів до вчинення вбивства обвинува-

Якщо Комісія називала вироки, ухвалені суддями, які усвідомлювали неправдивість обвинувачення, «судовим вбивством», то, як видається, прокурор, який домагався смертної кари для учасника насправді неіснуючої змови, володіючи при цьому інформацією про безпідставність такого обвинувачення, як і судді, повинен визнаватися підбурювачем, який спонукав суд до вчинення злочину вбивства. На думку прокурора с. Залевські,

ці прокурори, які виступали в «уламкових справах» [...], ці судді, які ухвалювали у цих справах вироки, – всі ці люди знали про те, що справи є сфабрикованими, а якщо не знали, то лише тому, що не хотіли знати⁶⁵⁹.

Натомість у звіті ми не знаходимо аргументів, зважаючи на які щодо зазначених Комісією прокурорів у ініційованому нею кримінальному провадженні не мали б висуватися обвинувачення у співучасті в учиненні вбивства невинуватої людини, для якої вони вимагали смертного вироку⁶⁶⁰. Комісія натомість описала дії прокурорів, що не залишали

ченого, то найменше покарання, яке б їм загрожувало, становило 5 років позбавлення волі (ст. 27 КК ВП про відповідальність за підбурювання – положення, ідентичне ст. 26 КК 1932 року у зв'язку із ст. 225 § 1 КК 1932 року про вбивство людини, за яке було передбачене позбавлення волі на строк не менший 5 років, довічне позбавлення волі або смертна кара), і тому не можна було припускати, що винесений вирок буде скасовано на підставі амністії. З усієї аргументації про злочини суддів і прокурорів, викладеної у звіті, можна зробити висновок, що Комісія мала на увазі ст. 130 § 1 КК ВП, що передбачала покарання від року позбавлення волі за злочин зловживання владою, за який мали засуджуватися прокурори.

⁶⁵⁹ Свою позицію прокурор с. Залевські обґрунтував на підставі вивчення ним кільканадцяти справ, щодо яких «не було у момент ухвалення вироку правових підстав для засудження», і твердженням, що вироки «ухвалювалися з порушенням елементарних принципів і норм кримінального провадження». Промовець також посилався на попередні свідчення протоколіста цих судових слухань, у контексті яких судді і прокурори не говорили правди, коли стверджували, що вони не знали, що були співучасниками злочину проти правосуддя: «Протоколіст Терещук орієнтувався, що справи є «дутими», а те, що суд і прокурор «не знали», – брехня». Див.: J. Poksiński, «*My sądzowie...*», s. 200.

⁶⁶⁰ Прокурор с. Зараківські, згаданий Комісією як той, хто мав би бути засуджений [зі скасуванням покарання на підставі амністії], на завершення «туалетного» процесу Я. Куропеські обґрунтував висновок про покарання так: «Високий Суд, я прошу розстрілу цієї каналії, англійського шпигуна» (що видається наслідуванням стилістики А. Вишинського) – див.: *Nieprzewidziane przygody*, Kraków 1988, s. 152. Смертний вирок від 25 червня 1952 року, ухвалений щодо Куропеські, не був виконаний. Комісія зазначила, що Зараківські не зважав на злочинні методи ведення розслідування, «про які знав безпосередньо або здогадувався про їх існування, беручи участь у допитах у нічну пору», а також «особисто застосовуючи щодо підозрюваних погрози». Див.: J. Poksiński, «*My sądzowie...*», s. 248.

сумнівів стосовно того, що вони усвідомлювали, що в процесі розслідування створюються фальшиві докази, та знали про застосування тортур для того, щоб змусити підозрюваних визнати свою вину, майбутню долю яких вони вирішували, видаючи постанови про їхній тимчасовий арешт, не ознайомившись з жодними матеріалами та описом дії, яка закидалася заарештованому⁶⁶¹. Щодо прокурора Зараковські як Головного військового прокурора, у звіті написано, що в особливо важливих випадках, таких як

наприклад, справа Татара [...], він особисто брав участь або дозволяв підлеглим прокурорам виступати у цих процесах, які були «режисованими» до найменших деталей, аж до планування запитань, які ставитимуться під час судового слухання, і виступу прокурора, що також робило судове слухання публічним підтвердженням обвинувального акту⁶⁶².

Комісія також описала випадки участі прокурорів у допитах, які вели слідчі, під час яких прокурори самі знущалися над заарештованими, що підтверджувало висновок, що обвинувачуючи і вимагаючи потім ухвалення «драконівських» вироків щодо обвинувачених, вони повністю усвідомлювали, що здійснюють це на підставі «вибитих» тортурами зізнань⁶⁶³. Особливо чітко це прослідковується у діях прокурора, який потім став суддею, який посилався на те, що ухвалював вирок, не сумніваючись в обґрунтованості обвинувачень, хоча він осо-

⁶⁶¹ Комісія ознайомила з протоколами допитів, які розпочиналися багаторазово повторюваним запитанням до заарештованого «Відповідайте, за що Вас заарештували?», після чого під час катувань, що тривали багато днів (конвеєра), його переконували вчинити акт самообвинувачення, що у задокументованих випадках доводило заарештованого до повного нервового зриву, і він сам питав: «З якою розвідкою я мав справу? Допоможіть мені з чогось почати», або «Як мене завербували? [...] Дайте мені хоча б одне прізвище, і я надалі вже буду добре свідчити». Див.: Poksiński, «TUN»..., с. 171, 193.

⁶⁶² Там само, с. 249.

⁶⁶³ Про другого зі згаданих прокурорів, котрий мав бути відданий до суду (X. Лігенза), Комісія написала, що він, зокрема, особисто бив заарештованих, засуджених пізніше до смертної кари, погрожував під час «підготовчих конфронтацій» учасникові, що він «переживе ще гірші речі під слідством», обвинувачував «у кількох підготовлених справах, незважаючи на очевидні розбіжності у доказах та показаннях», «кваліфікував перед судом скарги обвинувачених про катування їх під час перебування під слідством як провокацію», а перед Комісією, що встановлювала його відповідальність, називав «конвеєр» «слухним методом». Див.: J. Poksiński, «*My sądziwie...*», с. 256.

бисто знав та сам застосовував злочинні способи ведення слідства з метою фальсифікації обвинувачення і процесу⁶⁶⁴.

У звіті можна знайти численні підстави для того, щоб стверджувати, що прокурори та судді перебували у (щонайменше) мовчазній згоді стосовно співпраці з метою призначення найсуворішого покарання обвинуваченим, які не вчиняли інкримінованих їм діянь участі у змові проти держави та її устрою, та які мали при цьому займатися шпигунством або саботажем⁶⁶⁵. У багатьох місцях Комісія вказала, що обвинувальні акти, винесені на розгляд суду, містили разючі суперечності: були відсутні матеріальні докази, а показання свідків обвинувачення викликали серйозні сумніви, хоча б з огляду на те, що їх складала раніше засуджені, зокрема ті, яким було присуджено смертні вироки, що їх умисно не виконували (іноді протягом двох років), плекаючи надію, що у ролі свідків вони збережуть собі життя.

Комісія одночасно наголосила, що суди, незважаючи на очевидну відсутність підстав для ведення судового провадження, не повертали обвинувальні акти прокуратурі, стверджуючи, наприклад, що «у групі справ про військову змову щодо 93 осіб жодна справа не була повернута для доопрацювання слідством»⁶⁶⁶. Таким чином, якщо прокурор, усвідомлюючи відсутність правових і фактичних підстав для обвинувачення, у своєму кінцевому виступі просив ухвалити щодо обвинуваченого смертний вирок, то на його запит суд ухвалював вирок, що і становив акт вбивства людини.

Таким чином, можна було б очікувати, що Комісія представить тезу, сформульовану щодо суду, а також щодо згаданих у звіті прокурорів, пишучи про кожного з них, що «він не лише не міг не бачити безправ'я, а й передбачав можливість злочинних наслідків своїх дій і

⁶⁶⁴ Про прокурора Аспіса, який до 1950 року проводив розслідування, а потім як суддя Верховного військового суду ухвалював рішення у справах про змову і шпигунство, Комісія написала, що під час проведення розслідування він сам доручав застосування катувань щодо підозрюваних, які відмовлялися перед ним від вимушених зізнань, кажучи про одного з них, що він не підготовлений до його допиту прокурором, що спричинило подальше катування підозрюваного слідчими, натомість іншого він наказав відправити у карцер, «щоб одумався». Цей прокурор також погрожував обвинуваченим, які відмовлялися від вимушених зізнань, «висланням у пісок» (коли бачив допитаного скатованим) або розстрілом, коли не отримував зізнання. Деяких в'язнів катували в його присутності, а тим заарештованим, які скаржилися на тортури, цей прокурор казав: «Скажіть правду, тоді Вас не битимуть». Там само, с. 258.

⁶⁶⁵ Комісія зокрема згадала судові слухання, під час якого закатованого обвинуваченого було внесено на ношах у судову залу за цілковитої пасивності з боку прокурора. Там само, с. 252.

⁶⁶⁶ Там само, с. 246.

погоджувався з тим, що становить злочин, який переслідується у кримінальному порядку» або, відповідно до визначення Комісії, «судове вбивство». Однак з тексту звіту не можна вивести гіпотезу, що пояснює причини, з яких таке твердження не було представлено у підсумку настільки докладно здійсненого аналізу форм безправ'я, яке чинили прокурори, що ухвалювали обвинувачення у сфабрикованих процесах, та судді, що ухвалювали вироки щодо жертв цього безправ'я. Висновок Комісії про порушення кримінального провадження щодо прокурорів відповідно до ст. 130 КК ВП так і не був втілений у життя⁶⁶⁷.

⁶⁶⁷ Там само, с. 282, прим. 98.

Розділ XIV

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ У СУЧАСНИХ УМОВАХ СУДДІВ ТА ПРОКУРОРІВ ЗА ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ СТАЛІНСЬКОЇ ЕПОХИ

1. Кримінальна відповідальність прокурора, який вимагає смертної кари для обвинуваченого

У змісті вироку від 11 грудня 2000 року⁶⁶⁸ Окружний військовий суд в Познані звернувся до обвинувального акту, в якому висувалося обвинувачення щодо колишнього військового прокурора Вацлава К. у тому, що під час засудження 3 серпня 1946 року в Військовому районному суді в Гданську Данути Седзік, псевдонім «Інка», санітарки з антикомуністичного підрозділу майора З. Шенджеляжа «Лупашка», він учинив злочин тим, що

не беручи до уваги існуючих сумнівів на користь підсудної, за ненадійного доказового матеріалу підбурював суддівську колегію до вчинення злочину вбивства людини, вимагаючи присудження 17-річній обвинуваченій смертної кари, що було рішенням як неспівмірним щодо дій, у вчиненні яких обвинувачувалася Данута Седзік, так і таким, що не зумовлювалося зібраним доказовим матеріалом, внаслідок чого суд признав обвинуваченій запропоноване прокурором покарання, і вирок було виконано 28 серпня 1946 року.

Обвинувачену за причетність до організації, що мала на меті насильницьке усунення органів влади, і за безпосередню участь у нападах на службовців Управління безпеки та МО (цивільна міліція), а також за віддання наказу розстріляти двох з них і за незаконне володіння зброєю засуджено за положеннями КК ВП та МКК. Діяння прокурора,

⁶⁶⁸ Шифр актів So/00, неопубл.

котрий вимагав смертної кари для Інки, в обвинувальному акті щодо нього кваліфікувалося як підбурювання до вбивства людини із посиленням на положення ст. 26 (підбурювання) та ст. 225 § 1 (вбивство) КК 1932 року.

Вирок, ухвалення якого вимагав прокурор, становив собою перекручування права, що полягало у визнанні доведеним того, що не було доведене, і призначенні надто суворого покарання. Обвинувачуваний прокурор Вацлав К. не визнав себе винним у вчиненні злочину, в якому його обвинувачували, і заявив, що, не знаючи нічого перед розглядом ані після нього про підсудну Дануту Седзік, він виконував, незважаючи на власний протест, розпорядження вищого командування, читаючи з листка, що підтримує обвинувальний акт та просить про ухвалення вироку, забувши при цьому додати слово «суворого», оскільки через те, що перенервував, він загубив свого листка; після цього він вийшов із зали. Суд констатував, що ці пояснення варто визнати правдивими, й виправдав підсудного в учиненні злочину підбурювання суду до вбивства людини.

В обґрунтуванні вироку суд, щоправда, зазначив, що «немає жодних сумнівів у тому, що доказом, котрий найбільшою мірою обвинувачує підсудного [...], є протокол засідання», з якого випливало, що підсудний був присутній упродовж усього засідання, а після закриття судового розгляду, коли головуючий оголосив судові дебати, виступив за засудження дівчини до смертної кари, однак водночас суд указав про сумніви щодо достовірності цього документу. У протоколі судового засідання, який за показаннями секретаря докладно відображає як перебіг власне засідання, так і зміст заяв осіб, що брали в ньому участь, суд помітив помилку в написанні прізвища одного зі свідків, яку всупереч своєму обов'язкові не виправив голова суддівської колегії, військовий суддя майор Адам Гаєвські. Це спостереження дало суду підставу сумніватись у правдивості всього протоколу засідання та показань свідка – секретаря, який його готував.

Як зазначав суд, секретар визнав, що на сьогодні з засідання у справі Данути Седзік він пам'ятає лише її силует, зокрема її молодий вік і факт того, що вона притягалася до відповідальності за обвинуваченнями в убивстві «однієї або більше осіб», а інші вказані ним обставини – на думку суду – мають форму «припущень та домислів».

Так, свідок висловив припущення, що в суддівській колегії, яка засуджувала обвинувачену, було двоє присяжних, однак у складеному ним протоколі значиться, що був один присяжний і двоє суддів. Він вказав також, що засідання, перебіг якого він протоколював, відбувалось у

приміщенні суду, хоча в протоколі вказав місцем його проведення слідчий ізолятор у Гданську.⁶⁶⁹ За його показаннями, прокурор наполягав на присудженні смертної кари, оскільки тоді такою була «настанова». Однак суд визнав достовірними пояснення обвинуваченого прокурора Вацлава К., котрий заперечив, що було саме так, причому він «чудово все пам'ятає, оскільки через виступ з висновком, що суперечив написаному на листку, а також через те, що він залишив залу засідань після свого виступу, мав достатньо неприємностей по службі».

У наступному абзаці містилась оцінка доказів, котра, зважаючи на оригінальне її звучання, заслуговує на те, щоб бути наведеною:

Зрозуміло, наведені зауваження самі собою не ставлять під сумнів правдивість ані показань [секретаря], ані складеного ним протоколу засідання в справі Данути Седзік. Натомість вони дозволяють небезпідставно сумніватись у переконливій силі цих доказів.⁶⁷⁰

Посилаючись на правило *in dubio pro reo*, Окружний суд підставою виправдання обвинуваченого прокурора визнав те, що

в засіданні у справі Данути Седзік підсудний, полковник у відставці Вацлав К. [...], брав участь лише в тій якості, що він виступив з клопотанням про встановлення покарання, причому не давав визначення типу цього покарання і не обґрунтовував своєї позиції.

Ця констатація обумовлювала висновок про те, що така поведінка прокурора не була підбурюванням суду до вчинення злочину вбивства людини, навіть якщо буде встановлено, що злочин проти правосуддя був учинений особами, які були членами суддівської колегії, що розглядала справу обвинуваченої.

Зважаючи на це, на думку суду,

⁶⁶⁹ Слідчий ізолятор у Гданську знаходився у будинку по вул. Курковій, і слухання відбулось насправді там. Військовий районний суд тоді знаходився на Кам'яній Горі в Гдині.

⁶⁷⁰ Сумніви суду щодо правдивості протоколу поглибила, як про це йдеться в обґрунтуванні, помилка у написанні букви в прізвищі свідка, співробітника цивільної міліції («Бавліх» замість «Бабліх»), а також те, що цей свідок, допитаний у 1993 році, засвідчив, що у військовому суді 3 серпня 1943 року він не давав показань такого змісту, що їх було внесено до протоколу засідання. Такі саме сумніви викликала частина показань іншого свідка – співробітника Управління безпеки, котрий в 1993 році також не підтвердив, що його показання були правильно відтворені в протоколі засідання.

зрозуміло, що [...] подальші міркування, які полягають у тому, щоб відповісти на запитання, чи вчиняла злочин вбивства суддівська колегія, яка ухвалювала вирок у справі Данути Седзік, належить визнати безпредметними з точки зору цієї справи.

Таке формулювання аргументів в обґрунтуванні вироку не відносить засудження до смертної кари до категорій злочину проти правосуддя.⁶⁷¹

Варто навести в цьому місці погляди Округного суду, наведені в обґрунтуванні виправдання обвинуваченого прокурора, що стосуються військових суддів, які присудили смертну кару в аналізованій справі. У цитованих в обґрунтуванні характеристиках голова суддівської колеґії, що ухвалювала вирок, майор Адам Гаєвські, був представлений як «суддя з великими знаннями та досвідом [...], під його головуванням були ухвалені вирокі із присудженням смертної кари щодо 25 осіб, а за його безпосередньою участю це покарання присуджено 21 особі».

З огляду на такі характеристики керівника військового суду цитувалося також зауваження: «У справі Росінські та 10-ти інших терористів [...] він подав клопотання, щоб засудити до смертної кари лише 3–4 особи, однак після наради погодився підписати смертний вирок для всіх 11 підсудних».

Сумніви Округного суду стосовно «чесності й професійної компетентності» майора А. Гаєвські, що їх він виявляв під час своєї служби на посаді судді, були викликані показаннями, даними в суді тодішнім заступником керівника слідчого ізолятора в Гданську. За інформацією свідка, військовий суддя Гаєвські під час перебування на території ізолятора «слухав» за участю випадкових солдатів, яких він сам призначив присяжними, без участі прокурора і секретаря справу молодого чоловіка німецької національності (Г. Бауманна)⁶⁷², обвинувачуваного в незаконному зберіганні зброї, і засудив його до страти. Свідок далі

⁶⁷¹ Попереднє розслідування у справі військових суддів, майора А. Гаєвські та капітана К. Нізь-Нарські, котрі «не беручи до уваги існуючих сумнівів на користь підсудної, за ненадійного доказового матеріалу засудили 17-річну обвинувачену до смертної кари, що було рішенням як неспівмірним щодо дій, у вчиненні яких обвинувачувалася Данута Седзік, так і таким, що не зумовлювалося зібраним доказовим матеріалом, внаслідок чого відбулося вбивство людини», було припинене 17 грудня 1999 року у зв'язку з їхньою смертю. Щодо присяжного, який брав участь в ухваленні цього вироку, провадження було припинене за ст. 322 § 1 КПК, тобто у зв'язку з недостатністю причин для внесення обвинувального акту (шифр актів Po. Sl. 3/99).

⁶⁷² Докладний аналіз цього судового вбивства див. у: A. Rzepliński, M. Niełacznna, P. Wiktorowska (red.), *Pozbawienie wolności, funkcje i koszty. Księga Jubileuszowa profesora Teodora Szymanowskiego*, Warszawa 2013, s. 1038.

визнав, що, читаючи копію ухваленого вироку, яка через певний час потрапила до ізолятора, він відзначив, що вказані там прізвища присяжних не співпадали, а крім того, містились неправдиві примітки щодо участі під час судового розгляду секретаря та прокурора.

Все обґрунтування базувалося на міркуванні, згідно з яким поведінка обвинуваченого прокурора Вацлава К. не була каузальною щодо вироку про присудження смертної кари, який ухвалила суддівська колегія, в якому головував суддя Гаєвські. Таким чином, прокурора було виправдано від обвинувачень у підбурюванні суду до вбивства Данути Седзік, залишаючи поза кримінально-правовою оцінкою її засудження до смертної кари⁶⁷³.

Залишаючи в силі виправдувальний вирок щодо прокурора Вацлава К., у своєму вироку від 2 квітня 2001 року Верховний Суд умовно окреслив своє розуміння поняття злочину проти правосуддя, зазначаючи, що

[така] ситуація могла б виникати, якщо б на підтвердження інкримінованого підсудній злочину не було жодного доказу, або якщо б докази у справі були сфальсифіковані, й ці обставини були відомі прокуророві та суду. Ухвалений у таких умовах вирок був би не виявом застосування права, а вчиненням злочину, а клопотання прокурора, подані в такому процесі, – підбурюванням суду до його вчинення⁶⁷⁴.

Розвиваючи таку точку зору, Верховний Суд констатував, що в цьому конкретному випадку в процесі про злочин проти правосуддя, вчинений стосовно Д. Седзік, прокурор «повинен навести докази того, що умисел прокурора, який виступав у цій справі, полягав не в унесенні клопотання про призначення цій засудженій покарання за здійснення нею – за його оцінкою – злочину, а в спонуканні суду до її вбивства».

Поза міркуваннями Верховного Суду залишився той аспект злочину проти правосуддя, що полягає у присудженні покарання, суворість якого суперечить елементарному відчуттю справедливості, тобто перекручування права, що мало місце в цій справі. Обвинувальний висновок щодо прокурора Вацлава К. базувався натомість на тезі про те, що власне за сумнівного доказового матеріалу вимога прокурора

⁶⁷³ Попереднє розслідування у справі засудження А. Гаєвські Г. Бауманна до смертної кари не проводилось (помер у 1972 році).

⁶⁷⁴ WA 7/01, LEX № 553 804.

про те, щоб суд засудив «Інку» до страти, була підбурюванням суддівської колегії до здійснення акту знущання над правосуддям, що є прокурорським злочином. У висновку на обґрунтування виправдання прокурора в сучасних юридичних реаліях Верховний Суд по суті здійснив юридичне узаконення його вимоги засудити обвинувачену до страти. Своє переконання про повну відсутність причин для обвинувачення прокурора Вацлава К. Верховний Суд висловив, задаючи риторичне запитання:

Чи можна вважати, що прокурори, котрі сьогодні вносять клопотання про тимчасовий арешт підозрюваних, обвинувачують їх, вносять клопотання про присудження покарання у вигляді позбавлення волі, а суди ці заяви задовольняють, після чого ці особи виправдовуються судами першої або другої інстанцій – підбурюють до позбавлення людини волі (наприклад, на підставі ст. 189 КК)?

У наступному реченні Верховний Суд відповів на своє запитання:

На цьому прикладі видно абсурдність твердження, що вже з власне факту того, що хтось вносить клопотання про призначення судом відповідного покарання (позбавлення волі), випливає те, що він вчинив злочин.

Оцінюючи весь наведений Верховним Судом висновок – як стверджує А. Жепліньські – не лише було підтримане твердження про відсутність доказів того, що прокурор Вацлав К. діяв з метою вбивства Седзік, а й взагалі піддано сумніву допустимість засудження прокурора або судді за вчинення злочину проти правосуддя. Влучним є думка А. Жепліньського про те, що, з точки зору Верховного Суду, засудження Вацлава К. «було б можливе тільки у випадку, коли б обвинувачений, тоді у ролі державного обвинувача, безпосередньо підбурював би суд до вбивства обвинуваченої, а не до присудження їй смертної кари». Те, що Верховний Суд звертався до сучасних реалій кримінального провадження на виправдання прокурора, який реалізовував системне безправ'я судового процесу, пануюче в 1944–1955 роках, критик вироку оцінює як «особливо невдале [...] міркування»⁶⁷⁵.

⁶⁷⁵ Там само.

2. Кримінальна відповідальність прокурора та судді за присудження смертної кари за уявний саботаж

Кримінально-правові оцінки, що їх тепер висловив Верховний Суд стосовно прокурора та судді, які спільно діяли в учиненні злочину проти правосуддя, будуть надані в рішенні від 20 вересня 2002 року.⁶⁷⁶ Висновок, що містився в цьому акті, стосується дій судді та прокурора в процесі, що розглядався Військовим районним судом у Вроцлаві і який закінчився 30 серпня 1949 року⁶⁷⁷ ухваленням вироку, яким за саботаж було засуджено двох осіб, котрі вкрали з локомотиву німецьких часів, який стояв на запасній колії, металевий елемент (ежектор) і були затримані під час спроби продати його в пункті прийому металу. Кваліфікування в обвинувальному акті крадіжки, яку здійснили ці особи, проте яка розглядалась як злочин вчинення саботажу за ст. 3 МКК, було актом перекручування права, що полягало у розширенні змісту положення так, щоб воно вийшло за межі своєї семантичної суті, для того, щоб охопити обвинуваченням, сформульованим на підставі цього положення, присвоєння частини локомотиву, що був несправним з часів війни.

Правильним було б кваліфікувати цю крадіжку як т.зв. злочин мародерства, описаний в ст. 43 § 1 МКК, за який несе відповідальність той, хто «присвоює або забирає з метою присвоїти чуже рухоме майно, що позбавлене належної охорони внаслідок війни або іншої надзвичайної події», який карається позбавленням волі строком від 6 місяців до 15 років. Погоджуючись на таку кваліфікацію, можна було б застосувати до виконавців крадіжки більш поблажливе покарання за ст. 43 § 2 МКК, зважаючи на низьку вартість вкраденого предмету, а саме металевого елемента, який було знято з локомотиву.

Перекручування права та кваліфікація в обвинувальному акті фактично вчиненої грабіжницької крадіжки як злочину вчинення саботажу шляхом «руйнування або приведення до стану, непридатного для використання, підприємств або предметів громадського вжитку, або громадського транспорту, або споруд, котрі слугують для оборони Польської держави» (ст. 3 МКК), дозволило посилатися на положення, що передбачає смертну кару. Прокурор, який обвинувачував у цій справі, на судовому засіданні вимагав встановити власне таке покарання. Суд, який ухвалював рішення колегією у складі трьох осіб, визнав обох

⁶⁷⁶ Рішення Верховного Суду, шифр актів WZ 30/02, неопубл.

⁶⁷⁷ Шифр актів 684/49, неопубл.

обвинувачених саботажниками та засудив одного з них (Чеслава П.) до смертної кари, яку було виконано 15 вересня 1949 року, а другого (Мар'яна Д.) – до 15 років позбавлення волі.

Досліджений у 2002 році обвинувальний акт прокурора Станіслава М. та члена суддівської колегії, яка ухвалювала рішення у цій справі, Єжи К., зумовлював твердження про те, що вимагання покарання і засудження настало, незважаючи на те, що дії обвинувачених і засуджених за саботаж не містили ознак цього злочину.

Щодо прокурора Станіслава М., котрий пояснив, що вимагав засудження до смертної кари за дорученням свого керівника, незважаючи на те, що таке рішення не співпадало з його власними переконаннями щодо правомірності такого покарання, в конструкції висунутого йому обвинувачення йшлося про те, що в суді він виступав самостійно, як це впливало зі ст. 74 § 2 Закону від 23 вересня 1944 року «Про устрій Військових судів та Військової прокуратури».⁶⁷⁸ В ситуації, коли прокурор підтримував обвинувальний акт, що був внесений не ним особисто, така самостійність давала йому право відмовитися в суді від обвинувачення, якщо оцінюючи перебіг справи, він переконався у недостатності підстав для обвинувачення, на що йому давала право ст. 236 § 1 Кодексу військового кримінального судочинства (КВКС) від 25 червня 1945 року.⁶⁷⁹

Недотримання вищезазначеного положення та вимагання смертної кари для обвинувачених як осіб, які вчинили саботаж, становило собою неналежне виконання прокурорських обов'язків, як про це зазначається в ст. 67 КВКС, що окреслювала статус військових прокурорів у суді як державних обвинувачів, які співдіяли в системі правосуддя у визначений законом спосіб, і покладала на них обов'язок прагнути об'єктивно з'ясувати усі обставини з метою встановлення істини⁶⁸⁰. Неналежне виконання цього обов'язку прокурором у справі, яку він розглядав, полягало у тому, що він уніс клопотання про визнання винних у крадіжці, яку вони фактично вчинили, винними у саботажі та засудження їх до смертної кари, натомість така поведінка становила зловживання

⁶⁷⁸ Це положення передбачало, що «в суді військові прокурори [...] та слідчі офіцери виступають самостійно».

⁶⁷⁹ Положення закріплювало, що «обвинувач має право відмовитися від обвинувачення, якщо визнає, що обвинувачення не було підтвержене під час судового процесу».

⁶⁸⁰ Положення розпочиналось реченням: «Військові прокурори виконують обов'язки державних обвинувачів у військових судах та співдіють у здійсненні акту правосуддя у визначений законодавством спосіб», а в заключній частині їхні обов'язки визначалися словами: «Своїми діями вони мають прагнути з однаковою для всіх неупередженістю з'ясувати всі обставини, що допомагають встановити істину».

службовим становищем згідно з чинною на той час ст. 286 § 1 КК 1932 року (зараз кваліфікується за ст. 231 § 1 КК 1997 року).

Сформульоване обвинувачення щодо Єжи К., члена суддівської колегії, яка призначила смертну кару одному з обвинувачених, базувалося на положеннях про зловживання службовим становищем (ст. 286 § 1 КК 1932 року) та вбивство людини (ст. 225 § 1 КК 1932 року – ст. 148 § 1 чинного КК). На обґрунтування такої кваліфікації поведінки судді зазначається, що як професійний суддя, який виконував обов'язки асесора, він не виконав свого суддівського обов'язку і всупереч зібраним у справі доказам і наведеним обставинам визнав Чеслава п. винним у вчиненні злочину саботажу, незважаючи на те, що дії обвинуваченого не містять ознак цього злочину, після чого, діючи з метою позбавити обвинуваченого життя, присудив йому смертну кару, яку було виконано через два тижні після ухвалення вироку.

Правова оцінка засудження за саботаж та присудження покарання у вигляді 15 років позбавлення волі другому обвинуваченому, Мар'янові Д., базується на тому самому положенні, що встановлює відповідальність судді як посадової особи, що таким чином неналежно виконав свої обов'язки на шкоду правам потерпілого, що захищаються законом (ст. 286 § 1 КК 1932 року), адже суддя визнав його винним у вчиненні злочину, незважаючи на те, що дії обвинуваченого не містили ознак цього злочину.

Окружний військовий суд у Познані, до якого надійшов обвинувальний акт щодо прокурора та судді з наведеною юридичною кваліфікацією їхніх дій, рішенням від 19 липня 2002 року⁶⁸¹, що було винесене на засіданні перед початком судового розгляду, закрит кримінальне провадження у справі обох обвинувачених, визнавши, що в діях, у яких їх обвинувачують, відсутні ознаки протиправності. На обґрунтування цього рішення стверджувалося, що і прокурор Станіслав М., який вніс клопотання щодо визнання винними у саботажі та засудження обох до смертної кари, і суддя Єжи К., який ухвалював вирок, діяли «в межах помилки», за яку не можуть нести кримінальну відповідальність.

У направленій до Верховного Суду з приводу цього рішення касаційній скарзі із вимогою його скасувати та передати справу до Окружного військового суду з метою продовження слухання зазначалося, що воно базувалося на хибних висновках, що мали наслідком безпідставну констатацію того, що обвинувачувані суддя та прокурор діяли в межах помилки, яка не тягне кримінальної відповідальності. Щодо прокурора Станіслава М. безпідставність констатації обґрунтовувалася власне

⁶⁸¹ Шифр актів So.124/01, неопубл.

його поясненнями в підготовчому процесі, в яких він зазначив, що підтримуючи обвинувальний акт, а згодом вносячи клопотання про присудження двох смертних вироків, він знав, що Чеслав п. та Мар'ян Д. не вчинили злочину саботажу, в учиненні якого вони обвинувачувалися.

Верховний Суд рішенням від 20 вересня 2002 року⁶⁸² залишив у силі оскаржуване рішення суду першої інстанції й сформулював додаткове обґрунтування щодо закриття справи без проведення судового розгляду, ключові фрагменти якого варто навести.

Поділяючи погляди суду першої інстанції про те, що в діянні, у якому обвинувачувався прокурора, «недостатньо ознак протиправності», і заперечуючи наведені в касаційному поданні аргументи на користь того, що ці ознаки дістали підтвердження, Верховний Суд зазначив, що цей прокурор отримав завдання від керівника військової районної прокуратури «підтримати обвинувальний акт у справі Чеслава п. [...] та Мар'яна Д. [...], спрямований на приписування їм учинення злочинів за ст. 3 § 1 Декрету від 13 червня 1946 року «Про злочини, особливо небезпечні в період відбудови держави» і присудження обом смертної кари». Далі Суд акцентував: «Безперечно, це розпорядження він ретельно виконав», після чого окреслив основну проблему: «Принциповим є питання, чи вчинив злочин прокурор, виконуючи це розпорядження». Відповідаючи на це питання, Верховний Суд як касаційна установа підтвердив, що позиція Окружного військового суду, на думку якого «зібраний у справі доказовий матеріал не дає достатньо підстав для того, щоб діяння обвинуваченого Станіслава М. [...] визнати протиправними, заслуговує на схвалення».

Твердження, що поведінка прокурора в досліджуваному процесі про уявний саботаж не була протиправною, обґрунтовувалося Верховним Судом шляхом апелювання до поняття військового наказу. Такий погляд впливає з визнання Верховним Судом військового наказу обставиною, що скасовує протиправність діяння, що вражає. Сумнівний висновок Верховного Суду щодо впливу наказу на кримінальну відповідальність підлеглого звучить так:

Одним з організаційних принципів прокуратури, у т.ч. військової прокуратури, в той час був принцип ієрархічного підпорядкування. Впливало з нього насамперед те, що всі працівники прокуратури всіх рангів виконують розпорядження своїх керівників, і ці розпорядження є для них обов'язковими. Це правило у сфері військової

⁶⁸² Шифр актів Wz.30/02, неопубл.

прокуратури набувало особливого значення через те, що з позиції військового кримінального права службові розпорядження, видані керівником підлеглому, становили наказ, невиконання якого наражало підлеглого на дисциплінарну або кримінальну відповідальність. Згідно з чинним тоді законодавством навіть протиправне розпорядження мусило бути виконане, а за його невиконання відповідальність ніс той, кому воно було віддане. Натомість за виданий наказ відповідальність ніс керівник, який цей наказ віддав.

Якщо слідувати такими міркуваннями Верховного Суду і визнати, що прокурор отримав обов'язковий наказ засудити за саботаж і вимагати страти для обвинувачених у цьому злочині, то в цьому випадку виконання такого наказу не позбавляло б ознаки протиправності його поведінку в суді, оскільки обвинувачені не вчиняли злочину, у якому їх обвинувачують.

Тому погоджуючись з тим, що військовий наказ не скасовує протиправності діяння його виконавця, а тільки виключає провину покірного наказові підлеглого, варто зазначити, що прокурор, виконуючи розпорядження керівника, діяв протиправно, що робить незрозумілим схвалення Верховним Судом твердження суду першої інстанції про недостатність підстав для того, щоб визнати, що дія обвинуваченого була протиправною.

Натомість окремим питанням є приписування провини прокуророві, що діяв протиправно, в контексті категорій необхідності діяти згідно з правом, тобто визнання, що він міг відмовитись від того, щоб вимагати смертну кару, знаючи, що обвинувачений не вчиняв злочину, за який загрожувало таке покарання. Із питанням обвинувачення прокурора, котрий діяв протиправно, пов'язана необхідність дослідження того, чи його правомірна поведінка перед судом «наражала його як підлеглого на дисциплінарну або кримінальну відповідальність». Формулювання висновків щодо вини прокурора Станіслава М. було б можливим, якби суд дозволив провести судовий процес, під час якого обвинувачений прокурор повторив би або прокоментував те, що сказав у підготовчому процесі, а саме те, що якщо він виступав би в судовому процесі всупереч розпорядженню керівника, проте відповідно до своїх переконань, не вимагаючи смертної кари для обох обвинувачених, то «був би гостро розкритикований» і мусив би оскаржувати вирок.

У цій справі наказ керівника не призвів до стану крайньої необхідності, що виключав провину, за якого прокурор, рятуючи власне життя або свободу у зв'язку з прямою небезпекою, жертвував життям двох несправедливо обвинувачених, усвідомлюючи, що вони не вчинили

злочину саботажу. Особливої уваги і особливих роздумів над змістом вимагає таке речення: «Обвинувачений, виступаючи в ролі державного обвинувача, мав право на власну оцінку цього випадку, навіть помилкову, як це правильно зазначив Окружний військовий суд в Познані». З пояснень прокурора випливало, однак, що його оцінка не була помилковою, оскільки він знав, що обвинувачені не вчинили злочину саботажу, натомість він все одно засуджував їх за цей злочин, вимагаючи найсуворішого покарання для того, щоб уникнути докорів від керівника та оскарження вироку.

Коментар до рішення Верховного Суду все ж не можна обмежити лише цим зауваженням, тому що ключовим для всього обґрунтування є наведене твердження, що прокурор «мав право на власну оцінку цього випадку, навіть помилкову».

Щоб зрозуміти юридичну суть того, що містилось у цій тезі, варто уявити собі обвинуваченого прокурора, який схилився над взятим ним як правова підстава обвинувачення положенням ст. 3 Декрету від 13 червня 1946 року, назва якого звучить так: «Про злочини, особливо небезпечні в період відбудови держави». Положення ст. 1 § 1 цього Декрету говорить про злочин раптового замаху на підрозділ Збройних Сил, за що загрожує покарання у вигляді довічного позбавлення волі, однак не смертна кара. За описаний в ст. 3 злочин вчинення саботажу загрожує покарання у вигляді довічного позбавлення волі або смертна кара. Прокурор вчиняє субсумування дрібної крадіжки під положення, санкція якого вказує, що йдеться про один з найнебезпечніших злочинів з-поміж усіх перелічених в назві Декрету як «особливо небезпечні», а далі вимагає присудження смертної кари обвинуваченим у вчиненні злочину саботажу. На думку Верховного Суду, «він мав право» на власну оцінку випадку, нехай «навіть хибну».

Намагаючись зрозуміти міркування Верховного Суду, треба запитати, як він окреслює межі права прокурора на власну хибну оцінку випадку, на якій ґрунтувалася вимога щодо присудження смертної кари для обвинувачених. Того, хто ставить таке запитання, підведе уява при спробі вказати такий випадок, помилкова оцінка якого – в аспекті аналізованої тези Верховного Суду, що стосується дій обвинуваченого Станіслава М., – виходила б за межі прав прокурора на «власну, навіть помилкову оцінку». А йдеться про принципове питання, адже «право на помилку» Верховний Суд тлумачить як аргумент, що виключає відповідальність прокурора Станіслава М. за вбивство засудженого ним Чеслава П., що породжує запитання, чи поніс би і в якому випадку цей прокурор таку відповідальність? Це запитання можна сформулювати по-іншому: чи можна, на думку Верховного Суду, вважати правом

на помилку прокурора кваліфікування кожної крадіжки як саботажу, тобто злочину, «особливо небезпечного в період відбудови держави», і вимагання смертної кари для виконавця крадіжки речі? Чи вже власне назва Декрету визначала межі «права на помилку» при здійсненні кримінально-правової кваліфікації вчинку, що давало прокуророві право вимагати страти обвинуваченого?

Сформульоване таким чином запитання, звісно, має риторичний характер і має вказувати на труднощі, з якими стикається коментатор рішення, намагаючись зрозуміти, що саме стало настільки очевидним для суддів двох інстанцій у питанні підстав кримінальної відповідальності судді та прокурора в цій справі, що вони визнали правильним закриття провадження перед початком судового процесу, посилаючись на ст. 17 § 2 КПК, в якому йдеться, що провадження закривається, якщо «вчинок не містить ознак протиправних дій».

Текст обґрунтування Верховного Суду наштовхує на роздуми про те, що з перспективи сучасності він визнав тогочасні докори свідомості обвинуваченого прокурора Станіслава М. за цілком зайві в ситуації, коли останній вимагав смертної кари, незважаючи на свої переконання про вину обвинуваченого та саботаж, і тому було визнано за непотрібне вивчати його пояснення на слуханні, не даючи згоди на його проведення.

Окрему лінію роздумів Верховний Суд закінчив твердженням, що

обвинувачений Станіслав М. [...] не міг також відмовитись від обвинувального акту, оскільки безперечним є те, що Чеслав п. та Мар'ян Д. [...] вчинили злочин, правильну юридичну оцінку якому слід було здійснити під час проведення кримінального процесу.

Таке твердження змушує звернути увагу, що з моменту, коли в судовому процесі стало відомо, що виконавці крадіжки не вчинили злочину саботажу, за що були засуджені, прокурор отримав повноваження, що містилось в положеннях КВКС стосовно саме такої ситуації: «Обвинувач має право відмовитися від обвинувачення, якщо визнає, що обвинувачення не було підтвержене під час судового процесу» (ст. 236 § 1). Однак Верховний Суд у наступних своїх міркуваннях заперечив право прокурора відмовитись під час судового засідання від безпідставного обвинувачення і позбавив юридичного значення положення Закону «Про устрій Військових судів та Військової прокуратури» 1944 року, яке встановлює, що військові прокурори подають клопотання до суду самостійно (ст. 74 § 2). Свою позицію в цій ситуації Верховний Суд окреслив так:

Зміст згаданого вище положення означає, що вищевказані особи, виступаючи перед судом, виступають самостійно і не мусять свої висновки погоджувати з керівниками. Однак це не означає, що якщо раніше вони отримали службовий наказ із певного питання, вони не мусять його дотримуватись, що, як уже зазначалося вище, впливає з загального принципу організації прокуратури.

Таке розуміння законодавчого визначення «самостійності прокурора, який виступав перед судом» зводило військового прокурора до ролі «сліпого багнету» також у ситуації, коли, усвідомлюючи відсутність фактичних та юридичних підстав, він виступав із заявою про присудження смертної кари.

Висновок Верховного Суду на обґрунтування своєї позиції щодо правильності закриття провадження без показань підозрюваного прокурора може базуватись на його сприйнятті в контексті тих самих юридичних і фактичних категорій, як і члена «групи страти», котрий за наказом керівника стріляє в засудженого до страти. Висловлена позиція Верховного Суду вказала також прокурорам шлях до зняття з себе кримінальної відповідальності за злочини проти правосуддя, посилаючись на службовий наказ, котрий зумовлює те, що «в інкримінованих їм діях не буде ознак протиправності».

В аналізованому рішенні Верховний Суд відкинув також обвинувачення щодо Єжи К., члена суддівської колегії, що ухвалила вирок, котрий визнав обох виконавців крадіжки винними у саботажі й засудив одного з них до смертної кари, а другого – до 15 років позбавлення волі. У своєму висновку Верховний Суд в основному звертав увагу на те, чи мав право Єжи К., виконувач обов'язків асесора військового районного суду, засідати в суддівській колегії. Обвинувачення в цьому питанні формулювалося в обвинувальному акті щодо Єжи К. так, що положення ст. 18 Закону «Про устрій Військових судів та Військової прокуратури» 1944 року однозначно визначало, що ці суди виносять рішення колегією у складі головуючого та двох суддів або засідателів, «а Єжи К. [...], будучи працевлаштованим на посаді асесора, не був ані суддею, ані засідателем, а отже, не мав не тільки обов'язку, а й права брати участь в основному слуханні». Суд першої інстанції закрив кримінальне провадження, обґрунтовуючи своє рішення тим, що Єжи К., ухвалюючи вирок у складі колегії військового суду в справі про саботаж, «висловив хибну оцінку щодо зібраного доказового матеріалу, діючи таким чином в межах помилки, за яку він не може нести кримінальну відповідальність».

Верховний Суд, залишаючи без задоволення касаційну скаргу прокурора про безпідставність рішення про закриття провадження, зазначив, що положення тогочасних законів про судовий устрій «не забороняли засідати у ролі засідателя працівникам судів, прокуратур та інших органів кримінального переслідування», причому «засідателі в судовій колегії призначались командуючими підрозділів, де вони несли військову службу, а це призначення мало форму службового завдання, тобто наказу». Стосовно обвинуваченого Єжи К. написано, що він міг засідати у суддівській колегії й мав не лише право, а й відповідний обов'язок здійснювати це, що впливав з службового завдання його керівника – командуючого підрозділу, яким був керівник військового суду. У підсумку висновку в справі прокурора і судді Верховний Суд зауважив:

Оскільки, як зазначено вище, обоє обвинувачених виконували свої функції у системі військового судочинства згідно з чинним тоді законодавством, а в актах справи немає будь-яких доказів, які свідчили б про те, щоб це законодавство вони порушували свідомо, бажаючи таким чином настання умисного і безпідставного засудження осіб, котрі в цьому процесі виступали як обвинувачені, варто визнати правильною позицію суду першої інстанції, котрий кримінальне провадження в цій справі закрав перед початком судового розгляду.

У цьому місці варто згадати, що суд першої інстанції закрав кримінальне провадження щодо прокурора та судді, визнаючи, що в учинених ними діях відсутні протиправні ознаки. Залишення в силі цього рішення породило запитання про те, чи вчиняють взагалі й у якому випадку – на думку Верховного Суду – протиправні дії судді та прокурори, відповідь на яке знаходилась в кінцевій частині висновку:

Актуальною варто визнати тезу, проголошену військовою колегією Верховного Суду в неопублікованому вирокі від 2 квітня 2001 року, шифр актів WA 7/01, з якої випливає, що протиправним є вчинок судді або прокурора тоді, коли виконанням своїх функцій у правоохоронних органах та органах правосуддя, вони, зокрема, спричиняють засудження обвинуваченого без жодних доказів або знаючи, що докази були сфальсифіковані, або у випадках, коли вони самі ці докази фальсифікують.⁶⁸³

⁶⁸³ Цей вирок було представлено у попередньому розділі.

Підсумовуючи результати аналізу наведеної справи, варто ствердити, що мало місце перекручування права, що полягало в порушенні меж типу злочину, окреслених у його ознаках, що їх описано у ст. 3 МКК, і кваліфікування фактично вчиненої мародерської крадіжки відповідно до положень, що застосуванню не підлягали (ст. 43 § 1 МКК), з тим, щоб обґрунтувати присудження обвинуваченим смертної кари і ухвалити такий вирок одному з них, а також засудити іншого до 15 років позбавлення волі.

Визнання сучасними судами того, що перекручування семантичного змісту положення, яке описує заборонену дію, і призначення невідповідного покарання за приписуваний обвинуваченому вчинок, перебувало в «межах помилки», а в обвинуваченні та засудженні «були відсутні протиправні дії», узаконює дії суддів та прокурорів, які перекручують право і котрі в 1944–1955 роках вчиняли злочини проти правосуддя, і становить свого роду юридичне «оздоровлення» Верховним Судом усієї тогочасної практики військових судів⁶⁸⁴.

3. Кримінальна відповідальність судді за засудження обвинуваченого за готування насильницької зміни устрою та поширення неправдивої інформації

Ретельною та докладною аргументацією в питанні кримінальної відповідальності за вчинок, що є перекручуванням права, вирізняється поки що єдиний обвинувальний вирок, ухвалений 18 квітня 2003 року щодо судді Військовим гарнізонним судом у Варшаві⁶⁸⁵.

⁶⁸⁴ Директор Комісії з розслідування злочинів проти польського народу – заступник Генерального прокурора вніс касаційне подання на це рішення військової палати Верховного Суду від 20 вересня 2002 року WZ 30/02, посилаючись на надані йому міністром юстиції повноваження Генерального прокурора, згідно з наказами від 8 квітня 2002 року та 8 липня 2002 року, а також на підставі положень ст. 525 § 2 та ст. 521 § 1 КПК, що передбачало, що Генеральний прокурор «може внести касаційне подання на кожне правомірне рішення суду, яке закриває провадження». Постановою від 16 квітня 2003 року (шифр актів WK 8/03) Верховний Суд не прийняв касаційне подання від «неуповноваженої особи», оскільки згідно зі своїми повноваженнями директор Комісії «не мав права вносити спеціальні касаційні подання, в тому числі в справах, що підлягають юрисдикції військових судів». Одночасно зазначалося, що відповідні повноваження вносити спеціальні касаційні подання до «військової палати Верховного Суду має Головний військовий прокурор, оскільки згідно зі ст. 657 § 1 КПК він має повноваження Генерального прокурора».

⁶⁸⁵ Шифр актів 477/2002. Вирок неопубл.

У цьому вироку Тадеуша Н. визнано винним у тому, що, будучи головою суддівської колегії Військового районного суду в Щеціні, він у вирокі від 11 грудня 1950 року припустився виходу за межі своїх повноважень і незаконно позбавив волі, засуджуючи до 6 років позбавлення волі, працівника управління порту в Щеціні Мар'яна Д. за готування насильницької зміни державного устрою та поширення неправдивої інформації, що є шкідливою для держави.

Дію обвинуваченого судді кваліфіковано у резолютивній частині обвинувального вироку відповідно до ст. 231 § 1 КК (зловживання владою) разом із ст. 189 § 2 КК (довгострокове позбавлення волі) у зв'язку із ст. 2 § 1 Закону від 18 грудня 1998 року «Про Інститут національної пам'яті – Комісію з розслідування злочинів проти польського народу», де визначалися комуністичні злочини.

Ця кваліфікація стосувалася вироку обвинуваченого судді Тадеуша Н., в якому визнавалися злочини висловлені у 1950 році в присутності кількох співробітників зауваження такого змісту:

- у польських газетах пишуть неправду, нібито американці розпочали війну в Кореї, однак загально визнано, що цю війну спровокували корейські комуністи;
- зараз у Польщі, як в Росії не можна подорожувати без перепустки з одного міста до іншого;
- без необхідності видають стільки грошей на червоні ганчірки [про державне свято з нагоди річниці оголошення про прихід до влади ПКНВ 22 липня 1944 року];
- він лише народився в Польщі, а всю молодість провів у Росії [...] його біографію відповідним чином відредаговано [про маршала Польщі рокоссовського];
- у нас у Польщі вже цілковито запроваджують радянські порядки, а люди бояться щиро один з одним розмовляти.

На обґрунтування засудження за «готування насильницької зміни державного устрою», про яку йшлося у ст. 87 КК ВП, суддя Тадеуш Н. написав, що такі висловлювання «мають на меті збудити неспокій та недовіру суспільства до існуючого устрою, щоб з легкістю спромогтися цей устрій повалити».

Окремим злочином суддя визнав переховування і прочитання у 1950 році колегам по роботі листка паперу, на якому Мар'ян Д. переписав з довоєнної газети катастрофічне «пророцтво Вернигори». Свідки, які

давали показання на процесі щодо Мар'яна Д. у 1950 році, говорили, що в цьому пророцтві йшлося про «дурниці, на кшталт: схід переїде на захід, Польща опиниться під Москвою, не буде ані сонця, ані місяця». Військовий суд дуже серйозно сприйняв зміст «пророцтва» як такий, що містив неправдиву інформацію, а його прочитання мало на меті «викликати переконання про непостійність існуючого устрою в Польщі», що становило окремих злочин, описаний у ст. 23 § 1 МКК.

Під час судового процесу Мар'ян Д. не визнав себе винним і пояснював, що під час роботи в управлінні порту він розмовляв зі співробітниками на різні теми, при цьому він підтвердив, що приніс на роботу і прочитав «пророцтво Вернигори», а також свої слова про СРСР, про який добре був обізнаний, адже його батька заарештувала радянська влада в 1940 році, й він безвісти пропав.

Теза обвинувального акту від 9 липня 2002 року щодо судді Тадеуша Н.⁶⁸⁶ базувалася на результатах аналізу змісту вироку від 11 грудня 1950 року, що засуджував Мар'яна Д. за готування насильницького повалення устрою та поширення неправдивої інформації, в якому «суд, що ухвалював вирок, не врахував фундаментального питання, що становилося законних ознак дій, у яких обвинувачувався Мар'ян Д. [...], а у зв'язку з тим і його провини, без якої не могло йтися про ухвалення обвинувального вироку». Не зробивши необхідних висновків з точки зору суддівського обов'язку, суд ухвалив вирок, що містив низку «тверджень, що не мали нічого спільного з принципами кримінальної відповідальності».

Щоб проілюструвати це, прокурор – автор обвинувального акту щодо Тадеуша Н. – процитував уривок з обґрунтування вироку, що його підписав суддя як голова суддівської колегії:

Просякнута отрутою ненависті й основана на брехні, наклепах та обмовах антимирна радіопропаганда імперіалістичних держав, своїм вістрям спрямована насамперед проти Радянського Союзу та країн народної демократії, знаходить охочий відгук серед недобитків реакції в Польщі та їхніх прислужників. Ці люди, зловживаючи почутими аргументами, що базуються на фальсифікації фактів, намагаються збудити в суспільстві неспокій та недовіру до існуючого устрою, щоб їм було легше цей устрій повалити. Однозначним ворогом Народної Польщі є обвинувачений Мар'ян Д. На тлі подій у сім'ї в ньому про-

⁶⁸⁶ Обвинувальний акт, шифр 92/01/Zk, підготовлений прокурором відділу Комісії з розслідування злочинів проти польського народу. Неопубл.

росла ненависть до радянського Союзу і усіх тих та всього того, що бере приклад з великих і чудових досягнень Радянського Союзу.

У подальшій частині обґрунтування стверджується, що

у зв'язку з цим суд визнав доведеною провину обвинуваченого в учиненні дій, у яких він обвинувачувався і які відповідають ознакам злочинів, описаних у ст. 87 у зв'язку зі ст. 86 § 2 КК ВП та ст. 23 § 1 Декрету від 13 червня 1946 року «Про злочини, особливо небезпечні в період відбудови держави».

Автор обвинувального акту далі вказував на загадки суддівських міркувань Тадеуша Н., який сам написав у обґрунтуванні вироку про «пророцтво Вернигори»: «Це пророцтво, сукупність дурниць та шахрайств, що поширювалося в період санації у шовіністичних цілях», після чого засудив за його прочитання, визнавши, що така література є об'єктом злочину поширення текстів, які містять неправдиву інформацію і які можуть істотно зашкодити інтересам Польської держави (ст. 23 § 1 Декрету «Про злочини, особливо небезпечні в період відбудови держави»).

Обвинувачуваний у зловживанні своєю владою суддя Тадеуш Н. пояснював під час процесу над ним, що обвинувальний вирок щодо Мар'яна Д. він ухвалив, керуючись чинним тоді законодавством, а його поведінка як голови суддівської колегії «може бути визнана лише звичайною судовою помилкою в тлумаченні законів». Далі він зазначав, що, здійснюючи тлумачення законів, «керувався рекомендаціями Верховного військового суду, які містились в циркулярах, прочитаних під час засідання в його рідному суді». Обвинувачений також додав, що як суддя він не відчував зовнішнього впливу: «Я не засудив Мар'яна Д. через те, що остерігався репресій з боку апарату служби безпеки».

На обґрунтування кримінально-правової оцінки суддівського вчинку, Військовий гарнізонний суд у Варшаві, що ухвалював вирок у його справі, послався на «формулу Радбруха» і навів висновок, який з неї випливав: «існують такі юридичні правила, які є міцнішими за будь-яке юридичне положення, і, як наслідок, закон, що їм суперечить, не має юридичної сили. Ці правила визначаються як право природи або право розуму». Далі наводилося посилання на постанови німецького Федерального конституційного суду та Федерального військового суду, що підтверджують цю тезу щодо судового безправ'я, що панувало в Третьюму Рейху та НДР.

У наступній частині висновку зазначалося, що після знищення комуністичного тоталітаризму польський законодавець чітко дотримується пріоритету природного права (об'єктивної справедливості) над комуністичним позитивним правом. З метою обґрунтування цього твердження було прийнято Закон від 23 лютого 1991 року «Про визнання недійсними вироків, ухвалених щодо осіб, репресованих за діяльність в інтересах незалежного існування Польської держави», а також Закон від 18 грудня 1998 року «Про Інститут національної пам'яті – Комісію з розслідування злочинів проти польського народу». Звертаючись до положень КК ПВ та МКК, на які посилався обвинувачений суддя Тадеуш Н. як на основу засудження, суд відзначив:

Не можна визнати справедливими закони, які вираження поглядів, думок та поширення інформації, що гарантуються ст. 19 Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 року, визнають злочинами проти держави, не даючи при цьому громадянину можливості довести правдивість своїх тверджень. Не можна узгодити з відчуттям справедливості засудження до багаторічного позбавлення волі молоді людини за її погляди і висловлення, що відповідають дійсності.

Висновок щодо цієї частини міркувань суд сформулював так:

Не можна погодитись з твердженням обвинуваченого, що кожен встановлений державною владою закон, навіть якщо б він суперечив основним цінностям, виправдовує державних службовців.

Процитований уривок вказує, що суд слушно визнав перекручуванням права (хоча і не вжив це визначення) те, що підставою засудження Мар'яна Д. вважалися положення КК ВП і МКК, які дозволяли призначити йому покарання, що своєю суворістю є несумісним з елементарним відчуттям справедливості.

У наступній частині висновку докладно було обґрунтовано те, що можна назвати перекручуванням права, що полягало у виході за межі семантичного змісту положення шляхом розширення його тлумачення для того, щоб обґрунтувати покарання за дію, яка не є забороненою законом. В основній частині обґрунтування вироку суд вказав, що обвинувачений суддя ухвалив обвинувальний вирок також всупереч чинному на той час закону, здійснюючи акт грубого свавілля як в інтерпретації цього Закону, так і в питаннях оцінки доказів. Зловжи-

вання суддею владою полягало у тому, що він посилався на положення ст. 87 КК ВП про караність готування зміни устрою із застосуванням «насилля», а обвинувачений Мар'ян Д. не мав на меті чинити насильницький державний переворот. Так було хоча б тому, що реалії комуністичного устрою оберігались військом, міліцією, органами безпеки та присутньою в Польщі Червоною Армією. Натомість друге застосоване положення – ст. 23 § 1 МКК – передбачало покарання за поширення текстів, що містять «неправдиву інформацію», а пророцтво з довоєнної газети такою інформацією не було, оскільки можна вірити, що пророцтва збудуться в майбутньому, або не вірити, однак самі по собі вони не містять ані правдивої, ані неправдивої інформації. Суд наголосив, що навіть у сталінську епоху вірити в пророцтва не було заборонено.

Зловживання владою суддею та перекручування права полягало також у тому, що на обґрунтування присудження вироку щодо Мар'яна Д. обвинувачуваний суддя процитував після обвинувального акту його відповіді, що їх не згадували заслухані на засіданні свідки. Суддя написав, що злочином були слова обвинуваченого, звернені до співробітників, про «пануючі в державі злидні» та «підпорядкування собі Радянським Союзом держав народної демократії», однак ці слова не повторили свідки, що давали показання в суді.

Підсумовуючи кримінально-правову оцінку поведінки судді, суд зазначив, що засудження Мар'яна Д. за його висловлення було вчинене на порушення «навіть тогочасного тоталітарного права, яке слугувало справі здійснення репресій щодо політичних противників». Ця оцінка базувалась на докладному аналізі висловлювань, за які його було засуджено, здійсненого крізь призму ознак злочинів, описаних у положеннях, на які посилався суддя Тадеуш Н. як на основу вироку. Тому суд визнав, що «обвинувачений як головуючий суддя умисно вчинив зловживання своїми повноваженнями і позбавив волі невинувату людину».

Слід акцентувати на тому, що цілком слушно в обґрунтуванні написано про суддю Тадеуша Н., що були сумнівними його пояснення, нібито «що він виконав суддівські обов'язки при розгляді справи Мар'яна Д., а ухвалений у цій справі вирок можна вважати хіба що суддівською помилкою». Це речення обумовлює визнання судом того, що ця «судова помилка» не була помилкою щодо законної ознаки забороненої дії, яку вчинив суддя, і тому не виключала його умислу, а отже, умислу на перекручування права, здійснене у змісті вироку.

З таких міркувань – як йдеться в обґрунтуванні – «не може виправдовувати обвинуваченого обставина, згадана в його поясненнях, що,

на його думку, тогочасну молоду державу слід було зміцнювати, а не критикувати». Встановлення усвідомлення суддею протиправності засудження суд побудував на тому, що суддя, який ухвалював вирок у цій справі, закінчив юридичний факультет університету, викладав право в Вищій торговельній школі, а під час ухвалення вироку в справі Мар'яна Д. мав кількарічний досвід на посаді судді, тому «безперечно розумів, що для того, щоб обвинуватити у злочині, обвинуваченому необхідно вказати, де саме він порушив закон, та довести його вину».

В окремій частині обґрунтування суд надав результати своїх висновків стосовно того, чи не примусили суддю, який усвідомлював неправомірність засудження, ухвалити саме такий вирок: «Обвинувачений [Тадеуш Н.] перед справою Мар'яна Д. на роботі ознайомився з прикладами підроблених Управлінням безпеки обвинувачень. Навіть коли він виправдовував несправедливо засуджених осіб, крім невдоволення Управління, він не зазнавав жодних утисків». У наступному абзаці заперечується правове значення аргументу обвинуваченого судді, який посилався на «циркуляри з Верховного військового суду», оскільки як незалежний суддя при виконанні своїх суддівських обов'язків він підкорявся виключно праву: «Тому засуджуючи не відповідно до закону, а згідно з вказівками керівників, обвинувачений Н. [...] порушив принцип суддівської незалежності». Висновок переконливого міркування, що містилося у наведеному рішенні суду, котрий необхідно визнати цілком відповідним зразком кримінально-правового осуду дій судді, що їх у цій книзі названо *crimen laesae iustitiae*, звучить так:

Зважаючи на це суд вирішив, що своєю поведінкою обвинувачений втілює у життя ознаки дії, описаної в ст. 231 § 1 КК у зв'язку зі ст. 189 § 2 КК, ст. 2 § 1 Закону від 18 грудня 1998 року «Про Інститут національної пам'яті – Комісію з розслідування злочинів проти польського народу», а його винуватість не викликає жодних сумнівів.

За цей злочин суд призначив обвинувачуваному судді покарання у вигляді позбавлення волі на строк 2 роки, без умовної відстрочки його виконання, й відзначив, що цей суддя і зараз не змінив свого ставлення до покараної ним людини, говорячи в суді, що правильно засудив у 1950 році «запеклого ворога системи». Засуджений суддя подав апеляцію на цей вирок, у якій зазначав, що безпідставно визнано, що він як суддя усвідомлював незаконність своєї поведінки, і – на його думку – також його безпідставно обвинувачено в умисному зловживанні владою та позбавленні людини волі.

4. Суддівський імунітет

Засуджуючи Тадеуша Н. за зловживання суддівською владою при здійсненні правосуддя та незаконне позбавлення людини волі, Військовий гарнізонний суд у Варшаві у своєму вирокі, який розглядався вище, від 18 квітня 2003 року висловив думку, що «обвинувачений, полковник у відставці, має статус військового пенсіонера [...]. Тому він не має процесуального імунітету, і для притягнення його до відповідальності не вимагалася згода дисциплінарного суду».

Тут варто зазначити, що процесуальний імунітет суддів та прокурорів означає, що для відкриття щодо них кримінального провадження необхідною є попередня згода дисциплінарного суду. Відсутність такої згоди є процесуальною перешкодою для відкриття кримінального провадження, про що йдеться у ст. 17 § 1 п. 10 КПК, речення перше: «Не відкривається провадження, а відкрите провадження закривається, якщо [...] немає необхідного дозволу на переслідування»⁶⁸⁷.

Окружний військовий суд у Варшаві, що розглядав апеляцію на обвинувальний вирок, ухвалений щодо Тадеуша Н., 3 грудня 2003 року скасував цей вирок і закрити кримінальне провадження щодо нього, «відповідно до ст. 17 § 1 п. 10 речення перше», адже визнав, що колишній суддя має процесуальний суддівський імунітет, що не було взято до уваги судом першої інстанції⁶⁸⁸. Відповідно до такої позиції сучасне право також охоплює імунітетом суддю, який ухвалював вирок у сталінську епоху, і не дозволяє притягти його до відповідальності в суді без попередньої згоди дисциплінарного суду.

Відсутність такої згоди суд, що розглядав апеляцію, визнав безумовною перешкодою, що унеможлиблювала проведення кримінального провадження щодо особи, яка в минулому обіймала посаду судді й відмовилася від неї або втратила її з інших причин. Таким чином, з вироку суду другої інстанції випливає, що сучасне право захищає також того, хто вже давно не є суддею і не користується статусом судді, перебуваючи у відставці, а у сталінську епоху ухвалював вирок, за які тепер він не може поставати перед судом без попередньої згоди дисциплінарного суду. На обґрунтування касаційного подання від 5 травня 2004 року до Верховного Суду у зв'язку з цим рішенням, зокрема, вказувалося, що

⁶⁸⁷ Інститут процесуального суддівського імунітету в такому його розумінні відсутній у системі німецького права, тому відкриття і проведення кримінальних проваджень щодо суддів Третього Рейху та НДР не залежало від попередньої згоди дисциплінарного суду.

⁶⁸⁸ Вирок Окружного військового суду у Варшаві (шифр актів S.A. 134/03, неопубл.).

якби прийняти погляд, який висловив Окружний військовий суд, про необхідність отримання згоди дисциплінарного суду на проведення щодо Тадеуша Н. [...] кримінального провадження, могло б виявитися, що жоден з дисциплінарних судів не визнав би своєї змістової та місцевої компетенції для розгляду заяви, направленої прокурором, що як наслідок мало б позбавлення прокурора права втілювати у життя законний обов'язок щодо переслідування злочинів, що є комуністичними тяжкими злочинами у розумінні ст. 2 § 1 Закону від 18 грудня 1998 року «Про Інститут національної пам'яті – Комісію з розслідування злочинів проти польського народу»⁶⁸⁹.

Основною тезою обґрунтування касаційного подання було те, «що не викликає сумнівів факт, що суддівський імунітет є процесуальним непостійним імунітетом, тому він забезпечує захист суддям лише в період виконання ними своїх суддівських обов'язків». Зазначалося, що суддівський імунітет як одна з ключових гарантій суддівської незалежності «є атрибутом, пов'язаним з ухваленням вироків [...], і як такий «є не особистим привілеєм, а нерозривно пов'язаний з функцією, яку виконує конкретна особа». Висновок касаційного подання був таким: «Немає юридичних підстав, щоб стверджувати, що суддівський імунітет поширюється також на особу, яка не виконує функції судді, тобто фактично не здійснює правосуддя».

Верховний Суд прийняв касаційне подання, але «залишив його без розгляду»⁶⁹⁰.

⁶⁸⁹ Касаційне подання заступника Генерального прокурора – Головного військового прокурора. PN. Kas. 14/04, неопубл.

⁶⁹⁰ Це касаційне подання Головний військовий прокурор вніс до військової палати Верховного Суду. У постанові від 8 червня 2004 року (шифр актів WK 12/04) Верховний Суд зазначив, що «непринятною є позиція, щоб Головний військовий прокурор мав користуватися своїми процесуальними повноваженнями у справах про дії, перелічені у ст. 1 п. 1 «а» Закону «Про Інститут національної пам'яті [...]», які насправді підлягають юрисдикції військових судів, але залишаються поза сферою компетенції військової прокуратури, якою він керував». Тут варто згадати, що касаційне подання на рішення Верховного Суду від 20 вересня 2002 року, що закривало провадження до початку судового слідства, яке вніс директор Комісії з розслідування злочинів проти польського народу, не було прийнято Верховним Судом з тим обґрунтуванням, що воно подано «неуповноваженим суб'єктом», адже згідно зі своїми повноваженнями директор Комісії «не мав права вносити спеціальні касаційні подання, в тому числі в справах, що підлягають юрисдикції військових судів». Верховний Суд тоді зазначив, що відповідні повноваження для внесення спеціального касаційного подання «до військової палати Верховного Суду має Головний військовий прокурор, оскільки згідно зі ст. 657 § 1 КПК він має повноваження Генерального прокурора» (постанова від 16 квітня 2003 року – WK 8/03). Залишаючи без розгляду касаційне подання, яке на цей раз вніс Головний військовий прокурор, Верховний Суд заперечив власні попередні чіткі вказівки.

Розділ XV

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СУДДІВ ТА ПРОКУРОРІВ ЧАСІВ ВОЄННОГО СТАНУ В СУЧАСНИХ УМОВАХ

1. Покарання за дії, вчинені до оприлюднення у «Законодавчому віснику» від 14 грудня 1981 року Декрету «Про воєнний стан»

1.1. Правове становище

Ретроактивні положення кримінального права тоталітарна влада використовувала як на початку встановлення свого панування в Польщі (йдеться про Декрет від 30 жовтня 1944 року «Про захист держави»), так і на його завершенні, чим в історичній перспективі виявилось введення воєнного стану Декретом від 12 грудня 1981 року «Про воєнний стан».

Найбільш яскравими проявами судового безправ'я, що мало місце після оголошення воєнного стану 13 грудня 1981 року, стали випадки засудження за вчинені цього дня діяння, що раніше заборонені не були, особливо за продовження діяльності в розпущеній профспілці й за організацію страйку, незважаючи на те, що власне Декрет «Про воєнний стан» був опублікований у «Законодавчому віснику» пізніше – 14 грудня 1981 року.

Випадки такого засудження явно суперечили принципу *lex retro non agit*, яким судді нехтували, незважаючи на те, що порівнювання часу вчинення дій, що заборонялися Декретом (13 грудня 1981 року), з пізнішим на день його офіційним оприлюдненням (14 грудня 1981 року) давало їм підстави до роздумів, що вони порушують фундаментальну для суддівського правосуддя заборону покарання за поведінку, яка не була злочином за чинним на відповідний момент законодавством.

Реально «Законодавчий вісник», що вийшов друком 14 грудня, відправлявся типографією 17–18 грудня, а його розповсюдження відбу-

валося наступними днями (19–23 грудня 1981 року), відтак, до деяких адресатів він потрапив лише в січні 1981 року. У вироках, якими засуджувалися особи за організацію 13 грудня 1981 року протестів і страйків, судді посилалися на положення ст. 61 Декрету, яке проголошує, що «[Декрет] набуває чинності з моменту оприлюднення і вступає в силу з моменту ухвалення».

З огляду на це вважалось, що суддям надано право засуджувати тих, хто порушив положення акта законодавства часів воєнного стану в момент його прийняття Державною Радою, тобто 12 грудня 1981 року – до його оприлюднення.

Застосуванням елементарних правових знань ця норма могла тлумачитися як така, що встановлює ретроактивність положень Декрету, за винятком однак тих, що були по суті кримінально-правовими, оскільки ст. 1 чинного на той час КК 1969 року основою системи кримінального права передбачала принцип *nullum crimen sine lege poenali anteriori*. Застосована у цьому положенні частка «лише» («кримінальній відповідальності підлягає лише той, хто вчиняє діяння [...], заборонене чинним на час його вчинення законом») виключала можливість додавання шляхом кон'юнкції того, що підлягає покаранню також і той, хто вчинив діяння, заборонене законом, який встановлює в порядку зворотної дії заборону на його вчинення.

У перші дні воєнного стану такі дії, як організація акцій протесту, могли кваліфікуватися як правопорушення, передбачене ст. 52 Кодексу правопорушень 1971 року, згідно з якою карається штрафом або доганою той, «хто [...] скликає збори без належного повідомлення або дозволу відповідного органу державної адміністрації [...] або здійснює керівництво такими зборами (забороненими зборами)».

Якщо прокурори виносили постанови про арешт, а судді призначували покарання у вигляді позбавлення волі стосовно організаторів перших протестів проти воєнного стану, що відбувалися 13 грудня 1981 року, посилаючись на кримінально-правові положення Декрету «Про воєнний стан» як на правову підставу своїх рішень, то вони чинили це, зневажаючи принципом *lex retro non agit*. У їхніх руках ці положення стали діючим в ухвалених вироках «узаконеним безправ'ям», а караючі рішення, що їх вони містять, становили собою перекручування права. Обвинувачуючи і караючи «сьогодні» за страйки і продовження профспілкової діяльності, які відбувалися «вчора» і не були в той час діяннями, забороненими законом, оскільки останній буде оприлюднений лише «завтра», стосовно часу злочинів, вчинення яких інкримінується обвинуваченому, вони перекручували

право, роблячи з нього вияв судового безправ'я. Їхні рішення становили яскраве порушення стану юридичної безпеки, а тому виходили далеко за рамки правосуддя.

Ключовим для встановлення відповідальності суддів за перекручування права є питання, чи усвідомлювали вони, засуджуючи за організацію та участь у страйках у перші дні воєнного стану, те, що чинять безправ'я? Відповідь на питання про те, чи можна було застосовувати кримінально-правові положення Декрету до дій, учинених обвинуваченими до його оприлюднення в «Законодавчому віснику», містилося в обох коментарях до ст. 1 чинного на той час КК 1969 року. У першому, зокрема, написано, що «кримінальна заборона, яка випереджає діяння, повинна бути заборonoю на вчинення злочину»⁶⁹¹.

Це твердження могло дати суддям привід констатувати, що покарання на підставі Декрету «Про воєнний стан» діянь, які в момент їх учинення становили «правопорушення порядку і публічного спокою» (розділ VIII Кодексу правопорушень 1971 року), становитиме порушення принципу *lex retro non agit*.

Другий коментар щодо *principium lex retro non agit* зазначав, що «цей принцип виключає зворотну дію як норми Кримінального кодексу, так і норми, що містяться в спеціальному законі (ст. 121)»⁶⁹². Єдиним ретроактивним положенням у системі кримінального права була в той час (і залишається досі) ст. 1 п. 1 Декрету 1944 року «Про покарання фашистсько-гітлерівських злочинців, винних у вбивстві та жорстокому поводженні з цивільними особами і ув'язненими, а також зрадників Польського народу», обґрунтування законності якого міститься в підручниках з кримінального права. Проте норми Декрету 1944 року не могли жодним чином співвідноситися з кримінально-правовими положеннями Декрету «Про воєнний стан» 1981 року⁶⁹³.

Вивчення коментарів і підручників мусило підвести суддів часів воєнного стану до висновку про відсутність передумов для покарання за дії, вчинені до офіційного оприлюднення кримінально-правових

⁶⁹¹ I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 28.

⁶⁹² J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977, s. 10.

⁶⁹³ Й. Слівовські, задаючись питанням, чи не відходить польське законодавство від основного принципу заборони зворотної дії закону, що впливає зі ст. 1 КК, робив такий висновок щодо воєнних злочинів і злочинів проти людства: «Якби виключити у цьому випадку зворотну силу кримінального закону, ми мусили б щонайменш стати на позицію легкого покарання виконавців найогидніших злочинів, що викликають загальне обурення, і це суперечило б елементарним уявленням про справедливість». Див.: J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 42.

положень Декрету «Про воєнний стан» – знати це був їхній обов'язок. Як наголошується в одному з підручників,

Якщо приймається новий закон, згідно з яким підлягає покаранню діяння, яке до прийняття цього закону *не каралося*, то нікого, хто вчинив таке діяння до набрання чинності цього закону, не може бути притягнуто до кримінальної відповідальності за це діяння⁶⁹⁴.

Водночас додається, що

якщо новий закон запроваджує [...] *суворішу* відповідальність, ніж передбачалася до його прийняття, то той, хто вчинив злочин до набуття чинності закону, відповідає за нормами попереднього закону⁶⁹⁵.

Використання такого доктринального знання дозволило б суддям часів воєнного стану оцінити дії обвинувачених у контексті категорій правопорушень публічного порядку, за які на момент учинення їм загрожувало б позбавлення волі у вигляді арешту. Судді були свідомі того, що чинна на той час Конституція 1952 року передбачала їхню незалежність у відправленні правосуддя (ст. 46), проголошувала їхнє підкорення лише законам (ст. 52) і встановлювала водночас, що «вони охороняють народне правосуддя [...] і громадянські права, засуджуючи злочинців» (ст. 48).

Положення Конституції наказували суддям під час застосування Декрету «Про воєнний стан» задаватися питанням, чи є злочинцем, який підлягає покаранню, також той, чиї діяння на момент, коли вони були вчинені, не були діяннями, забороненими законом?

Здавалося б, що юридичні та історичні знання суддів, а також їх уміння самостійно тлумачити закони і кримінально-правові положення часів воєнного стану повинні були б зумовити те, що вони не повернуться до практики, сформованої на підставі Декрету «Про захист держави» 1944 року, і вони не ухвалюватимуть вироків, що засуджують за діяння, не заборонені законом на момент їх учинення. Іншими словами, можна було припускати, що судді у своїх рішеннях засвідчуватимуть те, що вони своєю роллю не вважають служіння державній владі,

⁶⁹⁴ I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa, 1978, s. 42.

⁶⁹⁵ Там само.

яка повертається до тоталітарної практики сталінської епохи, і будуть готові зробити висновки з коментарів до ст. 1 чинного в той час КК і тез підручників з права щодо порушення принципу *lex retro non agit*.

Тогочасні автори зазначали: «Польське право дотримується принципу *lex retro non agit*» і додавали, що «винятки з цього принципу є дуже нечисленними й стосуються лише деяких злочинів, вчинених до Другої світової війни й під час цієї війни»⁶⁹⁶. Навіть якщо б судді не посилалися на положення Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, ратифікованого ПНР 3 березня 1977 року, то звертаючись до підручника, вони знаходили б тезу про те, що «йдеться про гарантію громадянських свобод і про відчуття стабільності правового порядку»⁶⁹⁷.

Те, що тогочасна Конституція не містила вираженого *expresiss verbis* принципу *lex retro non agit*, не позбавляло його значення і функцій у системі норм права, оскільки ці положення відкривали Кримінальний кодекс. Обвинувальні вироки, ухвалені з порушенням цієї норми, становили найбільш очевидний вияв свідомого перекручування права. Однією з передумов твердження, що судді перекручували право свідомо, є те, що караючи обвинувачених за організацію в перші дні воєнного стану страйків і протестів, вони ігнорували аргументацію захисників, які на кожному судовому процесі посилалися на зміст ст. 1 КК і заборону ретроактивного застосування кримінально-правових положень Декрету «Про воєнний стан», що впливала з цієї статті.

Введення воєнного стану становило в контексті історичних і правових категорій акт своєрідного рецидиву сталінізму в Польщі з притаманним йому презирством до норм кримінального права і правил, без дотримання яких судові покарання не становить собою вимір правосуддя⁶⁹⁸. Щоб примусити суддів реалізовувати цілі влади, вони мотивувалися так само, як і в епоху сталінізму, прагнучи виправдати пору-

⁶⁹⁶ Там само.

⁶⁹⁷ W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa, 1978, s. 89.

⁶⁹⁸ У ніч з 12 на 13 грудня 1981 року розпочато затримання осіб, які позбавлялися волі на підставі розпорядження Ради Міністрів від 12 грудня 1981 року щодо принципів розслідування у справах інтернування польських громадян. Рішення про інтернування до часу «припинення воєнного стану» в одному з місцевих осередків видавав воеводський комендант цивільної міліції щодо осіб, стосовно яких «існує обґрунтована підозра, що, залишаючись на волі, вони не будуть дотримуватися правового порядку або будуть провадити діяльність, яка загрожує інтересам безпеки або обороноздатності держави». Інтернована особа мала право на подання скарги щодо рішення до міністра внутрішніх справ. Згідно з офіційними даними під час воєнного стану було інтерновано 10 131 особу; не встановлено, скільки осіб інтерновано без дотримання формальностей. Див.: A. Lityński, *Historia prawa Polski Ludowej*, Warszawa 2010, s. 199.

шення ними в ухвалених вироків елементарних норм щодо виконання суддівських обов'язків.

У роз'ясненнях суддям часів воєнного стану зазначалося, що вони не повинні почуватися зв'язаними нормами права: «Не можна підходити до рішення з точки зору фахівця, спеціаліста з кримінального права – кожен вирок представляється суспільству як зброя боротьби. Пом'якшувальні вироків тлумачаться як бойкот влади. Якщо вирок, яким особа виправдовується, тлумачиться як прояв слабкості влади, це треба взяти до уваги»⁶⁹⁹.

1.2. Покарання за діяння, що не є злочином у момент його вчинення, як приклад ретроактивного застосування Декрету «Про воєнний стан»

Вироком воєводського суду в Лодзі від 30 грудня 1981 року⁷⁰⁰, що його було ухвалено в спрощеному порядку, визнано «обвинувачених за ст. 46 ч. 1 і 2 Декрету «Про воєнний стан» від 12 грудня 1981 року («Законодавчий вісник», № 29, номер документа 154)» винними у тому, що:

13 грудня 1981 року в Лодзі Анджей Словік у ролі голови, а Єжи Кропівницькі – віце-голови Регіонального управління Лодзинської землі НПСР «Солідарність», діючи спільно і за взаємною згодою, не припинили профспілкової діяльності відповідно до положень Декрету від 12 грудня 1981 року «Про воєнний стан», а організували й особисто провели акцію протесту в офісі Регіонального управління, закликаючи за допомогою гучномовців і брошур створювати страйкові комітети організацій і розпочинати загальний страйк.

З рішень суду, що містилися в обґрунтуванні, впливало, що обвинувачені вчинили дії, які їм приписувалися, 13 грудня 1981 року з 7.00 до 14.00, при цьому з 6 до 14.00 по радіо щогодини транслювалася промова генерала Ярузельського, а також (о 10.30) – звернення Військової ради національного порятунку і (о 12.00) – оголошення Голови

⁶⁹⁹ Звернення міністра юстиції с. Завадзькі до суддів, які брали участь у міжвоєводській нараді суддів, які ухвалюють вироків в кримінальних справах, 6 жовтня 1982 року. Цит. за: M. Gałązka, *Prawo karne procesowe w okresie stanu wojennego*, [y:] *Prawo karne stanu wojennego*, red. A. Grześkowiak, Lublin 2003, s. 134.

⁷⁰⁰ Шифр III K 122/81 dor. Неопубл.

Державної Ради, що інформували про «припинення прав працівників» організувати і проводити страйки та акції протестів. Треба додати, що цього самого дня по обіді, вже після затримання обвинувачених, Декрет «Про воєнний стан» з його положеннями був офіційно оприлюднений по радіо і телебаченні.

Захист обвинувачених посилався на порушення принципу *lex retro non agit*, при цьому в перший день процесу (19 грудня 1981 року) «Законодавчий вісник», у якому був опублікований Декрет «Про воєнний стан», був ще недоступний, у зв'язку з чим ним не керувалися ані прокурор, ані суд.

Обом обвинуваченим суд призначив покарання у вигляді 4 років і 6 місяців позбавлення волі⁷⁰¹, яке Верховний Суд вироком від 18 березня 1982 року підвищив до 6 років позбавлення волі⁷⁰² (розгляд справи у Верховному Суді відбувався у зв'язку із апеляцією Генерального прокурора). Цим вироком Верховний Суд підтвердив своє ставлення, висловлене в рішенні від 1 березня 1981 року, що:

не можна посилатися на неусвідомлення неправомірності дії, якщо визначені в законі (Декреті) заборони [...] до оприлюднення правового акту в «Законодавчому віснику» були оприлюднені в засобах масової інформації, якщо такі заборони [...] за посередництва засобів масової інформації виконавець дії усвідомлював або міг усвідомлювати⁷⁰³.

З цієї тези випливало, що, на думку Верховного Суду, обвинувачені повинні були усвідомлювати майбутню беззаконність форм, у яких вони висловлювали протест проти воєнного стану, до того, як Декрет «Про воєнний стан» був оприлюднений у «Законодавчому віснику». Верховний Суд оминув питання, що закономірно виникало, про те, чи може таке усвідомлення становити елемент умислу на вчинення дій,

⁷⁰¹ Прокурор вимагав покарання у вигляді 12 років позбавлення волі для кожного обвинуваченого.

⁷⁰² Шифр V KRN 59/82. Неопубл.

⁷⁰³ Шифр. V KRN 50/82, OSN KW 1982, № 6, поз. 39. Критику вироку див. у: J. Kochanowski, T. de Virion, PiP 1982, № 9, s. 151. Див.: також: s. Maurer, *Dwa sporne zagadnienia (na tle glosy J. Kochanowskiego i T. de Virion)*, PiP 1983, № 1, s. 107; K. Wiak, *Zasady gwarancyjne prawa karnego na tle rozwiązań komunistycznego prawa karnego Polski Ludowej*, [w:] A. Grześkowiak (red.), *Komunistyczne prawo karne Polski Ludowej*, Lublin 2007, s. 81–82.

ще не заборонених законом, оскільки він не є пролонгованим у спосіб, який вимагається для його існування.

Обов'язок мати уявлення щодо того, чого не можна було робити під час воєнного стану, яке базувалося на змісті плакатів і інформації в засобах масової інформації, суди вважали достатньою передумовою для ухвалення обвинувальних вироків за вчинені в перші дні воєнного стану дії, незважаючи на те, що для суддів, які ухвалювали вирок, основним був обов'язок визначити дату, з якої можна було давати оцінку поведінки в контексті категорій діянь, заборонених законом, що був чинним на момент їх учинення. Якщо й після цього судді засуджували обвинувачених за дії, що не становили собою злочини, незважаючи на те, що Конституція визначала їх завдання як здійснення правосуддя і покарання злочинців, то вони ставали виконавцями суддівського перекручування права.

2. Покарання, що перекручують право

Обвинувальні вирок, що ухвалювалися з порушенням принципу *lex retro non agit*, є **першою** – згідно з прийнятим у цьому дослідженні поділом – формою суддівської забороненої дії перекручування права.

Численні вирок ілюструють **другу** форму перекручування права, яка полягає у застосуванні загальної норми у спосіб, що розширює її зміст і дає можливість судді «створювати» злочини, за вчинення яких він потім засуджував. Такою нормою була ст. 270 § 1 КК 1969 року, яка повторювала за ст. 29 МКК, що покаранню підлягає той, «хто публічно зневажає, висміює і принижує Польський народ, Польську Народну Республіку, її устрій або керівні органи». Таким злочином суд визнав розміщення написів «Російський союз нам непотрібний» та «Ворона орла не переможе», стверджуючи, що за своїм змістом вони підбурюють до дій проти союзної єдності та ображають Військову раду національного визволення (офіційна аббревіатура WRON – пол. *Wojskowa Rada Ocalenia Narodowego*), яку у вирок суд підніс до рангу керівного органу ПНР, незважаючи на те, що оголосивши про своє формування в ніч з 12 на 13 грудня 1981 року, вона не стала таким органом у правовому сенсі⁷⁰⁴.

⁷⁰⁴ Прокурор вимагав для двох авторів написів покарання у вигляді 3,5 років позбавлення волі для однієї особи і 3 років і 3 місяці позбавлення волі – для іншої. Окружний

На підставі саме цієї ст. 270 § 1 КК засуджено двох студентів за листівку, яка оголошувала «10 пунктів програми уряду ген. Ярузельського: Використання (пол. *Wyzysk*), В'язниці (пол. *Więzienia*), Режим (пол. *Reżim*), Репресії (пол. *Represje*), Ревізії (пол. *Rewizje*), Табори (пол. *Obozy*), Лицемірство (пол. *Obluda*), Неосталінізм (пол. *Neostalinizm*), Неволя (пол. *Niewola*), Злидні (пол. *Nędza*) (перші літери склалися в абрєвіатуру «WRON»)»⁷⁰⁵.

У такий спосіб, що розширює зміст норми, застосовувалася ст. 271 § 1, що була клоном ст. 22 МКК і встановлювала покарання стосовно того, «хто поширює неправдиву інформацію, якщо це може завдати серйозної шкоди інтересам Польської Народної Республіки». Змістом цієї норми Верховний Суд охопив прочитання у приватному помешканні в присутності кількох осіб приватного листа від особи, інтернованої у часи воєнного стану, віршований фрагмент якого містив «неправдиву інформацію»⁷⁰⁶. Ця сама норма слугувала підставою засудження наукового працівника⁷⁰⁷.

військовий суд у Варшаві відступив від спрощеного порядку і присудив одному обвинуваченому покарання у вигляді позбавлення волі на строк 1 рік і 3 місяці, а іншому – покарання у вигляді позбавлення волі з відстрочкою. Див.: М. Stanowska, *Przestępstwa polityczne w orzecznictwie warszawskich sądów powszechnych i wojskowych*, [w:] А. Strzembosz, М. Stanowska, *Sędziowie warszawscy w czasie próby*, Warszawa 2003, s. 107.

⁷⁰⁵ Там само, с. 109.

⁷⁰⁶ Суд ствердив, що «факт, що неправдива інформація [...] була розміщена не у певному виданні, а у змісті приватного листа, що його було прочитано у присутності кількох осіб, не має істотного значення для суті злочину». Вирок від 17 грудня 1982 року, OSN KW 1983, № 6, поз. 48.

⁷⁰⁷ Прокурор вимагав для автора покарання у вигляді 4 років позбавлення волі. Окружний військовий суд у Варшаві вироком від 24 червня 1982 року присудив покарання у вигляді 2 років позбавлення волі, а після скасування цього вироку Верховним Судом – 1 року і 4 місяців позбавлення волі; це покарання вироком Верховного Суду від 6 грудня 1982 року було залишене в силі. Див.: М. Stanowska, *Przestępstwa polityczne...*, s. 99. Означене покарання перегукується з вироком Військового районного суду в Лодзі від 15 лютого 1947 року, яким засуджено професора географії Лодзинського університету Станіслава Гожуховські, який, як пише дослідник процесу с. Лішевські, – завдяки своїм знанням і науковим здобуткам був запрошений до польсько-радянської делімітаційної комісії для визначення кордону між цими державами у 1946 році. Був арештований через обвинувачення у приналежності до нелегальної організації ВіН (Воля і Незалежність) і визнаний винним, зокрема, у тому, що «з листопада 1945 року до кінця червня 1946 року у Лодзі, діючи на шкоду Польській державі, передавав документи, які становили державну таємницю і стосувалися роботи польсько-радянської делімітаційної комісії, а також особового складу і розміщення військових одиниць на польсько-радянському кордоні». Присудження обвинуваченому, який не визнав свої вини, покарання у вигляді 5 років позбавлення волі, а також втрати публічних прав і почесних громадянських прав строком на 2 роки власне суд, що ухвалював рішення, вважав «невеликим покаранням» і пояснював його в обґрунтуванні свого вироку в оригінальний спосіб: «Фактом є те, що обвинувачений є видатним науковцем, його фахові статті, написані для нелегальної

Участь «у страйку або акції протесту» стає правопорушенням, за яке загрожує покарання у вигляді арешту на строк до 3 місяців або штрафу відповідно до ст. 50 Декрету «Про воєнний стан». При цьому дістає широкого тлумачення невизначене й нове в кримінальному праві поняття «акція протесту».

Верховний Суд у вирокі від 10 травня 1982 року висловив міркування, що «участь» у карній акції протесту може полягати також у «бездіяльності», чого, однак, не проілюстрував, обмежившись твердженням про те, що підлягає покаранню «будь-яка поведінка (діяльність, бездіяльність) її учасників, спрямована на те, щоб за допомогою різних зовнішніх форм досягти задуманої мети», у тому числі «накладанням пов'язок» на рукави робочого одягу⁷⁰⁸.

Послідовно збільшуючи обсяг того, що він визнавав карним, Верховний Суд сформулював тезу, з якої однозначно випливало, що інтерпретоване положення ст. 50 Декрету «Про воєнний стан» має становити підставу для засудження, незважаючи на те, буде приписуватися обвинуваченим участь у страйку чи в акції протесту. Ця теза стосувалася питання кримінально-правової оцінки 3-хвилинних дій працівників, що надихнули Верховний Суд сформулювати таке міркування:

Навіть кількахвилинна перерва на роботі може бути визнана страйком або акцією протесту залежно від того, якої мети хотіли досягти учасники страйку чи протесту. Отже, необхідно встановити, чи висловлювався у таких діях протест, і проти чого чи кого він був спрямований, а також якої мети він мав би досягти, або, можливо, чи мали такі дії на меті примушування до виконання певних вимог⁷⁰⁹.

Дії особи поза робочого місця, яка, не будучи присутньою на роботі, не брала участі у страйку, проте «придбавала хліб для учасників страйку», Верховний Суд кваліфікував як злочин за ст. 46 ч. 1 Декрету

організації, овіяні демократичним духом. Він будь-якою ціною хотів публікувати свої наукові праці у легальній пресі, проте це йому не вдалося, через що виявилися задітими його хворобливі амбіції величі, й саме це могло стати однією з причин, через які обвинувачений Гожуховські зголосився до співпраці у нелегальній організації «WiN». Див.: s. Liszewski. *Profesor Stanisław Gorzuchowski 6 VI 1899 – 22 III 1948*, «Przegląd Geograficzny» 199S, R. LXX. z. 1–2, s. 112–113.

⁷⁰⁸ Sygn. V. KR 72/82, OSN KW 1982, z. 9, poz. 60. Szerzej W. Kulesza, *Demonstracja. Błokada. Strajk (Granice wolności zgromadzeń i strajku w polskim prawie karnym na tle prawa niemieckiego)*, Łódź 1991, s. 172.

⁷⁰⁹ VI KZP 61/82, OSN KW 1983, z. 7–8, poz. 55.

«Про воєнний стан», визнаючи, що обвинувачувана особа «не припирила участі у діяльності» розпущеної профспілки⁷¹⁰.

Розширювальному тлумаченню піддавалося положення ст. 282а КК, внесеної до Кодексу Законом від 18 грудня 1982 року, яке проголошувало, що підлягає покаранню у вигляді позбавлення волі на строк до 3 років той, «хто діє з метою викликати публічний неспокій або заворушення».

До цього положення звернувся суд, засуджуючи трьох осіб за те, що у жовтні 1985 року вони займалися підготовкою і поширенням листівок, в яких закликали не брати участі у голосуванні під час виборів до сейму, і намалювали на свині напис «я голосую». Суд покарав одного з обвинувачених до 2 років і 6 місяців, а двох інших – до 2 років позбавлення волі⁷¹¹.

Змінами від 28 липня 1983 року до ст. 282а КК було додано § 2, який встановлював, що такому самому покаранню підлягає той, хто організовує або керує акцією протесту, проведеною всупереч нормам права, при цьому жодне положення не визначало форм «акції протесту», що допускається правом.

Третя форма перекручування права полягала в порушенні меж семантичного змісту норми, яка ясно і докладно описує карані дії, з тим, щоб всупереч мовному поясненню засуджувати за дії, які законом не забороняються. Положенням, що не викликало сумнівів щодо обсягу криміналізації, визначеної його змістом, була ст. 279 КК, яка передбачала, що підлягає покаранню той, «хто організовує збори, метою яких є вчинення злочину, або такими зборами керує». Суд засудив на підставі цього положення до 4 років позбавлення волі (прокурор вимагав призначити покарання у вигляді 7 років) особу за те, що 15–17 грудня 1981 року вона організувала збори, закликаючи їх учасників до розповсюдження газет поза офіційним обігом. В обвинуваченні й вирокі встановлювалося, що ці газети могли містити неправдивий зміст⁷¹².

Положення ст. 280 § 1 КК встановлювало, що підлягає покаранню у вигляді позбавлення волі до 5 років той, хто підбурює до вчинення злочину, а до 10 років «якщо дії [...] стосуються тяжкого злочину»

⁷¹⁰ Вирок Верховного Суду від 21 квітня 1981 року – V KR 32, z. 10–11, поз. 74. Див.: W. Kulesza, *Demonstracja. Blokada. Strajk...*, s. 174.

⁷¹¹ Суддя, який ухвалив цей вирок (голова районного суду), не склав його обґрунтування. Див.: A. Strzembosz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, którzy w latach 1944–1989 sprzeniewierzyli się niezawisłości sędziowskiej*, [w:] A. Strzembosz, M. Stanowska, *Sędziowie warszawscy...*, s. 281.

⁷¹² M. Stanowska, *Przestępstwa polityczne...*, s. 107.

(§ 2). Розміщення напису «Смерть ПОРП – Солідарність» прокурор, який обвинувачував виконавців, визнав підбурюванням до вчинення тяжкого злочину, однак суд визнав, що автори підбурювали [лише] до злочину, і призначив їм покарання у вигляді 1 року і 6 місяців та 1 року і 3 місяців позбавлення волі.

Засуджуючи членів «Солідарності», суди порушували семантичний зміст ст. 276 § 1, яка встановлювала, що підлягає покаранню у вигляді позбавлення волі на строк до 5 років той, хто бере участь у організації, метою якої є вчинення злочину. За участь у такій злочинній організації Окружний військовий суд у Варшаві призначив шістьом членам Міжзаводського робітничого комітету «Солідарність» покарання у вигляді від 2 до 3 років і 6 місяців позбавлення волі⁷¹³.

Четверту форму перекручування права становило присудження покарань, які своєю суворістю порушували всі директиви щодо суддівського встановлення покарання і суперечили елементарному відчуттю справедливості. Прикладом є засудження у лютому 1982 року Судом Військово-Морських Сил в Гдині до 10 і 9 років позбавлення волі осіб, обвинувачуваних в організації страйку у Вищій морській школі та в підготовці й поширенні листівок⁷¹⁴. До цієї самої категорії перекручування права треба віднести засудження до 5 років позбавлення волі одного з лідерів «Солідарності» у Щеціні (Е. Балуки) за «нелегальне» повернення до країни під час воєнного стану, що Окружний військовий суд у Бидгощі визнав доказом прагнення насильницьким способом повалити устрій та послабити обороноздатність ПНР⁷¹⁵. Покарання у вигляді 4 років позбавлення волі призначив Суд Повітряних Військ у Познані голові Тимчасового уряду регіону Великопольща і члену Тимчасової координаційної комісії (Й. Палубіцькі).

У цій самій формі здійснювали перекручування права також загальні суди, про що свідчить засудження воєводським судом у Вроцлаві до 6 років позбавлення волі голови Управління регіону «Солідарності» Нижня Сілезія (В. Фрасинюка)⁷¹⁶.

⁷¹³ Там само, с. 115.

⁷¹⁴ А. Lityński, *Historia prawa...*, s. 138.

⁷¹⁵ Там само.

⁷¹⁶ Там само. Метою положень, що становлять систему воєнного права, було встановлення особливо суворого покарання щодо громадян за будь-які прояви зневаги до влади та несубординації стосовно її розпоряджень. Цієї мети було досягнуто переданням до компетенції військових судів справ цивільних осіб, які каралися за зневагу до органів влади ПНР, поширення неправдивої інформації, участь у злочинних угрупованнях, підбурювання до невідкорення закону – Декрет від 12 грудня 1981 року «Про передачу до компетенції військових судів справ про деякі злочини...» Водночас запроваджувався

П'ятою формою перекручування права є засудження обвинуваченого, позбавленого прав людини, в тому числі права на захист, і катованого під час слідства. Ці методи, що полягають у побитті та залякуванні підозрюваних, були виявлені під час перегляду в надзвичайному порядку обвинувальних вироків, ухвалених за часів воєнного стану. У рішеннях, які присуджували відшкодування, а також у реабілітаційних вироків, які ухвалювалися в 90-ті роки, були підтверджені факти застосування психологічного тиску під час попереднього розслідування, дуже частих допитів підозрюваних, проведення багатогодинних, багаторазових допитів, схиляння до власноручного написання «заяв» із міркуваннями про події, які могли становити інструмент психологічного тиску на власне авторів та інших підозрюваних⁷¹⁷. До заарештованих жінок застосовувалися погрози віддати дитину до інтернату. Погрожували найсуворішими покараннями у випадку невизнання вини і відмови від видання інших осіб, які порушують норми часів воєнного стану⁷¹⁸. В окремих випадках відбувалося побиття затриманих працівниками цивільної міліції безпосередньо після затримання, а також під час слідства разом з прикладанням пістолета до голови і погрозою викинути через вікно⁷¹⁹.

Шоста форма перекручування права – це засудження без доказів або на підставі фальшивих доказів, сфабрикованих під час слідства,

спрощений порядок призначення покарання загальними і військовими судами за ці й багато інших злочинів – відтак, суд міг призначити «покарання у вигляді позбавлення волі на строк не менше 3 років [...], незважаючи на вид і межі покарання, визначені законом» – Декрет від 12 грудня 1981 року «Про особливості провадження у справах про злочини і правопорушення в період воєнного стану». Суди сприймали це як те, що, караючи у спрощеному порядку, вони мають обов'язок призначати в кожному випадку покарання до трьох років позбавлення волі або суворіше, що становило вихід за межі змісту Декрету, як про це слушно зауважила К. Дашкевич. Див.: К. Daszkiewicz, *Glosa do wyroku SN z 22.12.1982 r.*, PiP 1982, № 1–2, s. 194–196. Питання щодо ведення провадження у спрощеному порядку вирішував прокурор, що мало наслідком обов'язковий тимчасовий арешт підозрюваного.

⁷¹⁷ M. Stanowska, *Przestępstwa polityczne...*, s. 186.

⁷¹⁸ Характерним було залякування прокурором, який усвідомлював, що за злочин, учинення якого інкримінується арештованому, не загрожує смертна кара, тим, що власне такого покарання він вимагатиме від суду, а вирок буде виконаний, що на початку воєнного стану допитувані могли сприймати як правдоподібне. Заарештований у перший день воєнного стану Й. Кропівницькі так згадує слова прокурора: «Зрозумійте, воєнний стан – це вид шокової терапії для суспільства. Дуже гострої терапії. Це може вимагати також гострих покарань. Дуже гострих. Сьогодні [...] це так на 99% – ми змушені будемо вимагати смертну кару. І дуже ймовірно, що такий вирок буде ухвалено. І виконано в короткі строки. Ви розумієте: суспільство мусить пережити шок. Шокова терапія». Див.: J. Kropiwnicki, *Zapis protestu*, Londyn 1987, s. 165.

⁷¹⁹ M. Stanowska, *Przestępstwa polityczne...*, s. 185.

що їх судді не перевіряли. Засудження на підставі ст. 275 § 1 КК часто базувалися на власне факті затримання особи в місці, де відбувалася демонстрація проти воєнного стану або незалежні збори у дні національних свят. Заяв працівників цивільної міліції, Управління безпеки, які розганяли збори і здійснювали затримання осіб, як правило, вистачало для покарання кожного, кого було представлено як «учасника публічного збіговиська, учасники якого спільними силами здійснюють раптовий замах на особу або майно». Верховний Суд у вироку від 9 березня 1985 року⁷²⁰ зазначив, що «власне участь у такому збіговиську вичерпує ознаки розглядуваного злочину», і додав у вироку від 22 квітня 1983 року, що не несе відповідальності, зокрема, «особа, яка потрапивши в натовп, не може, незважаючи на всі намагання, з нього вибратися»⁷²¹.

Така позиція Верховного Суду переносила тягар доведення на осіб, обвинувачуваних в участі у зборах, які будучи затриманими на місці подій, мали б доводити, що вони намагалися вибратися з натовпу⁷²².

Прикладом засудження, що супроводжувалося усвідомленням відсутності належних доказів, міг стати обвинувальний вирок у справі двох священників і паламаря за кидання каміння в міліціонерів, оскільки свідки обвинувачення постійно змінювали показання, а десятки осіб запевняли, що обвинувачені вийшли з будівлі костельу, щоб пересвідчитися, що віряни можуть вже залишити костьол⁷²³.

Без доказів щодо мети «розповсюдження» Окружний військовий суд у Варшаві вироком від 4 березня 1982 року засудив бібліотекарку за зберігання і перевезення п'яти примірників газет з неправдивою інформацією. Не було взято до уваги пояснення обвинуваченої, що вона хотіла зберегти одиничні примірники як свідчення тих часів. Її в спрощеному порядку було засуджено до 3 років позбавлення волі⁷²⁴.

⁷²⁰ Шифр IV KR 13/S3, OSN KW 1983, № 10. поз. 88.

⁷²¹ Rv 279/83 OSN KW 1983, № 10, поз. 88.

⁷²² W. Kulesza, *Glosa łączna do obu, tych wyroków*, «Palestra» 1985, № 9, s. 100.

⁷²³ A. Strzembosz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów...*, s. 285.

⁷²⁴ M. Stanowska, *Przestępstwa polityczne...*, s. 101, прим. 54. За офіційною інформацією, в часи воєнного стану було засуджено 2580 осіб за злочини, окреслені як «антидержавні», у тому числі 1462 особи на підставі Декрету «Про воєнний стан». Див.: A. Lityński, *Historia prawa...*, s. 169.

3. Усвідомлення судьями неправомірності перекручування права

До питання про те, чи усвідомлювали судді безправ'я вироків, що їх вони ухвалювали на підставі кримінально-правових положень часів воєнного стану, повернулися під час дисциплінарних розслідувань, у межах яких піддавалися оцінці, зокрема, наведені вище вирокі, що ілюструють перекручування права⁷²⁵. «Коронним аргументом» суддів тих часів було переконання про необхідність підкорятися будь-якому закону, незалежно від його змісту. Так це представив один з них: «Суддя повинен застосовувати чинний закон, яким би він не був»⁷²⁶.

Вони також стверджували, що інтерпретуючи кримінально-правові положення не на користь обвинувачених, вони зверталися до роз'яснень Верховного Суду та настанов доктрини з цього приводу⁷²⁷. А. Стшембош зазначав: «Під час проведеного аналізу я не зустрівся з

⁷²⁵ Ці процеси відбувалися на підставі Закону від 3 грудня 1998 року «Про дисциплінарну відповідальність суддів, які в 1944–1989 роках порушили принцип суддівської незалежності». Як зазначає А. Стшембош, цей Закон не стосувався тяжких злочинів проти правосуддя, у тому числі свідомого засудження без доказів провини чи на підставі сфальсифікованих доказів. Здійснення провадження в політичних справах – як припускалось на момент прийняття цього Закону – мало тягти кримінальну відповідальність, а додатково в обвинувальному вирокі, ухвалюваному суддею, мало призначатися покарання у вигляді позбавлення права обіймати суддівські посади. Закон мав виконувати субсидіарну функцію у тому сенсі, що, коли б не дійшло до засудження судді за тяжкий злочин проти правосуддя, його карана поведінка мала тягти визначені у цьому Законі наслідки порушення суддівської незалежності. З вивчених автором справ щодо 48 суддів, стосовно яких надійшли заяви про відкриття провадження у Дисциплінарному суді при Верховному Суді, у 41 з них суд постановляв про відмову у відкритті дисциплінарного провадження, і це *de facto* означало звільнення цих суддів уже на самому початку від пред'явлених обвинувачень. Щодо 3 суддів таке провадження було відкрито, проте завершилося ухваленням виправдувальних вироків, що обґрунтовувалося тим, що цих суддів обвинувачено неналежним чином, або тим, що не було доведено порушення ними принципу суддівської незалежності. Результати цих проваджень – наголошує автор – яскраво свідчать про те, що юридичний позитивізм все ще загально визнається, навіть у ретельно дібраних суддівських колегіях, які, обґрунтовуючи виправдання, посилалися на правове регулювання часів воєнного стану, судову практику Верховного Суду тих часів та на допустимість порушення прав обвинувачених у межах суддівської помилки. Див.: А. Strzembosz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów...*, s. 268, 273–274.

⁷²⁶ До цілковитих винятків – як пише А. Стшембош – належав суддя, який, будучи обвинуваченим у засудженні на підставі Декрету «Про воєнний стан», сказав: «Мені соромно, що я брав участь у цьому процесі. Я був інструментом цього жорстокого права. Інструментом у тому сенсі, що реалізовував це право. Тоді мені не спадало на думку, що воєнний стан було введено незаконно. Тогочасна атмосфера у суді була страшною. Це був перший місяць воєнного стану». Там само, с. 277.

⁷²⁷ Там само, с. 276.

жодним випадком, коли б судді зізналися, що вони ухвалювали вироки під впливом впливу ззовні або з метою сподобатись владі»⁷²⁸.

4. Правова позиція, що виключає відповідальність суддів часів воєнного стану за перекручування права

Підставою оцінки поведінки суддів, які ухвалювали вироки з порушенням принципу *lex retro non agit*, стало висловлювання Верховного Суду від 24 жовтня 1991 року, у якому через 10 років після ухвалення вироків часів воєнного стану він сформулював таку тезу:

Декрет «Про воєнний стан» міг набути чинності і набув її після завершення друку цілого номеру і його розповсюдження, а отже, не раніше 19 грудня 1981 року, й саме з цієї дати дії, які він описував, слід було вважати злочинними. Адже з цього дня цей Декрет став доступним, і саме тоді виник обов'язок ознайомитись із його змістом, що виключав неусвідомлення неправомірності передбачених ним дій⁷²⁹.

Ця теза мала ключове значення для встановлення відповідальності суддів, які ухвалювали обвинувальні вироки за дії, вчинені в перші дні воєнного стану, що раніше не були злочинами. Адже міркування Верховного Суду передбачали визнання неправомірними вироків, ухвалених на підставі Декрету, щодо дій, які сталися до дня, з якого «слід було вважати злочинними описані у ньому дії», а отже, дій, що не були злочинами до 19 грудня 1981 року.

Натомість кримінальні провадження, що велися з 2000 року в справах про злочини проти правосуддя, вчинені прокурорами і суддями часів воєнного стану, які всупереч принципу *lex retro non agit* арештовували, обвинувачували і ухвалювали вироки, що засуджували до безумовного позбавлення волі організаторів і учасників страйків і протестів, закривалися, тому що дисциплінарні суди не давали згоди на притягнення цих суддів та прокурорів до кримінальної відпові-

⁷²⁸ Там само, с. 277.

⁷²⁹ II KRN 273/91 – LEX № 22 068.

дальності (суддівський імунітет)⁷³⁰. Висунення під час кримінального провадження стосовно судді обвинувачення у тому, що він вийшов за межі права судити, адже засуджуючи і караючи позбавленням волі на підставі ретроактивної норми, він втілює у життя ознаки, визначені у двох положеннях закону (як публічна посадова особа він перевищив повноваження, що охоплюється ст. 231 § 1 КК, і позбавив людину волі, що є дією, забороненою ст. 189 § 2 КК), вимагає попередньої згоди дисциплінарного суду на притягнення цього судді до кримінальної відповідальності.

Дисциплінарний суд при Верховному Суді в складі 3 суддів своєю постановою від 28 вересня 2007 року поставив на розгляд розширеної колегії Верховного Суду правову проблему, що дістала вияв у питанні:

Чи є очевидним те, що на підставі положень Конституції Польської Народної Республіки [...], за одночасної відсутності регулювання основоположними правовими нормами, суд, який розглядав справу про злочини, визначені Декретом від 12 грудня 1981 року «Про воєнний стан» [...], звільнявся від необхідності зважати на дату, вказану в офіційному друкованому органі (14 грудня 1981 року) як дату «офіційного оприлюднення» цього Декрету у розумінні ст. 3 Закону від 30 грудня 1950 р. «Про видання «Законодавчого вісника»?

Наступне речення питання про те, чи був суд «звільнений від необхідності зважати», вирішувало посиланням на ст. 61 згаданого Декрету у частині, яка надає йому зворотню дію «з моменту ухвалення».

Значення відповіді, яка містилася в ухвалі розширеного колегії Верховного Суду від 20 грудня 2007 року, було підкреслене шляхом внесення її до Книги правових позицій⁷³¹. Ця ухвала, зокрема, проголошує, що

⁷³⁰ W. Kulesza, Czy sędzia lub prokurator może odpowiadać za stosowanie prawa?, [w:] A. Grześkowiak (red.). Prawo karne stanu wojennego, Lublin 2003, s. 191.

⁷³¹ Шифр актів I KZP 37/07. Критичні відгуки щодо цієї ухвали див. у: J. Zajadło, *Pięć minut antyfilozofii antyprawa*, «Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa» 2008, № 1, s. 161; W. Zalewski, *Iuspozytywizm kontra sprawiedliwość*. Там само, № 3, s. 127. Частково критичний відгук див. у: M. Królikowski, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 grudnia 2007 r. (sygn. akt I KZP 37/07)*. «Przegląd Sejmowy» 2008, z. 3, s. 243. Див. також: S.M. Przyjemski, *Zagadnienie odpowiedzialności karnej za retroaktywne stosowanie prawa stanu wojennego (artykuł dyskusyjny)*, «Annales Universitatis Mariae Curie Skłodowska» 2007–2008, vol. LIV/ LV, s. 141; *Glosa [aprobująca] clo uchwały z 20 XII 2007, I KZP 37/07, PiP 2008, № 9, s. 127.*

суди, які ухвалювали рішення в кримінальних справах про злочини відповідно до Декрету Державної Ради від 12 грудня 1981 року «Про воєнний стан» («Законодавчий вісник», № 29, номер документа 154), не були звільнені від обов'язку застосовувати ретроактивні кримінально-правові положення, що мали силу закону.

Цю тезу потрібно розуміти як твердження, що обов'язком судді було ухвалення вироку, який засуджував за поведінку 13 грудня 1981 року – як це мало місце в наведеному вище випадку – незважаючи на те, що цей суддя мав перед собою «Законодавчий вісник» з датою 14 грудня 1981 року, якою було опубліковано Декрет. Таким чином Верховний Суд сприйняв за правову норму те, що суддя не був «звільнений від обов'язку застосовувати ретроактивне положення», незважаючи на те, що не підлягає покаранню виконавець, дії якого не були заборонені законом, чинним на момент їхнього вчинення.

Ця «правова норма» іде навіть далі, аніж принцип, сформульований у змісті ст. 24 ч. 3 Конституційного закону від 19 лютого 1947 року⁷³², де йшлося про те, що «суди не мають права досліджувати чинність законів і декретів, що мають силу закону, які оприлюднено належним чином». Отже, з твердження Верховного Суду випливає, що судді часів воєнного стану не мали права вивчати чинність Декрету, незважаючи на те, що він не був «оприлюднений належним чином».

Правове питання, на яке Верховний Суд дав однозначну відповідь, випливало, скоріш за все, з визнання того, що Декрет від 12 грудня 1981 року «Про воєнний стан» власне не був оприлюднений належним чином, що породжувало сумніви в тому, чи був суд, який розглядав справу про злочин, визначений у цьому Декреті, «звільнений від необхідності зважати на дату, вказану в офіційному друкованому органі (14 грудня 1981 року)».

Можна було б при цьому очікувати, що Верховний Суд зауважуватиме, що Конституція 1952 року не повторювала заборону дослідження судами чинності законів і декретів, що відкривало судді, який ухвалює вирок, процесуальний шлях встановлення того, чи «було чинним» кримінально-правове положення Декрету, що встановлювало кримінальну відповідальність за дії, які раніше не були заборонені, в аспекті принципу *nullum crimen*, до того, як воно було оприлюднене у «Законодавчому віснику». Натомість Верховний Суд констатував безпорадність суддів «унаслідок відсутності в Конституції ПНР 1952 року заборони

⁷³² Dz.U., № 18, poz. 71.

на прийняття кримінально-правових положень зі зворотною дією (принцип *lex retro non agit*) та відсутності правового механізму здійснення контролю відповідності положень законодавчих актів, що мали силу закону, Конституції або міжнародному праву, а також унаслідок відсутності норм, що визначали б місце міжнародних договорів у національній правовій системі». Власне у такий спосіб описана «відсутність» мала зумовлювати те, що суди «не були звільнені від обов'язку застосовувати ретроактивні кримінально-правові положення» Декрету «Про воєнний стан».

Очевидно, випадково квінтесенція цього міркування, а також його мовна стилістика є схожими з аргументацією, використаною Земельним судом Нюрнберга у вироку від 4 березня 1968 року, який зняв обвинувачення з суддів Третього Рейху, які звинувачувалися в незаконних засудженнях у 1942 році за злочини «зневаги раси» на підставі Закону «Про захист німецької крові та гідності» 1935 року. У цьому вироку (який був залишений в силі Верховним федеральним судом Німеччини) зроблено висновок щодо правового становища у Третьому Рейху:

У ті часи судді не мали жодної можливості ухилитись від виконання цього Закону. Судді тоді не мали ані повноважень, ані обов'язків вивчати застосовувані закони в аспекті того, чи відповідають вони Конституції та основним принципам моралі⁷³³.

Ця теза стала однією з передумов звільнення повоєнним правосуддям нацистських суддів від кримінальної відповідальності за вироки, що втілювали у життя «узаконене безправ'я», причому варто наголосити, що Верховний федеральний суд Німеччини відмежувався від цієї практики і засудив її у вироку від 16 листопада 1995 року, в якому водночас визначалися особливості кримінальної відповідальності суддів НДР за злочин спотворення права (§ 336 КК Німеччини)⁷³⁴. Як підстава твердження про те, що судді НДР несуть кримінальну відповідальність за призначення суворих покарань, що порушували права людини, було визнано, що держава та судді, які ухвалювали вироки її іменем, мали підкорятися ратифікованим (23 березня 1976 року) НДР Пактам про права людини, незважаючи на те, що їхні положення не були імплементовані до національного права⁷³⁵.

⁷³³ Цит. за J. Friedrich, *Freispruch für die Nazi – Justiz. Die Urteile gegen NS – Richter seit 1948. Eine Dokumentation*, Berlin 1998, s. 361. Див. Розділ V цієї книги.

⁷³⁴ 5 StR 747/94, NJW 1996, s. 857. Див. Розділ VII цієї книги.

⁷³⁵ A. Rost, *Rechtsbeugung*, [w:] A. Eser, J. Arnold (Hrsg.), *Strafacht in Reaktion auf Systemunrecht*, Freiburg im Breisgau 2000, s. 137. Див. Розділ VII цієї книги.

Треба зазначити, що протилежне твердження стало основою правової позиції, сформульованої Верховним Судом у аналізованій вище ухвалі, на обґрунтування якої стверджувалось, що Міжнародний пакт про громадянські і політичні права, ратифікований ПНР 3 березня 1977 року з його ст. 15, що проголошує, що принцип *lex retro non agit* не може не застосовуватися навіть у випадку введення надзвичайного стану, не обмежував суддів у застосуванні ретроактивних положень Декрету «Про воєнний стан».

Міркування, згідно з яким «відсутність правового механізму здійснення контролю відповідності положень законодавчих актів, що мали силу закону, Конституції або міжнародному праву», робило суддів часів воєнного стану безвольними виконавцями «узаконеного безправ'я», може призвести до висновку, що судді, які засуджували на підставі декретів 1944–1946 років, також не були «звільнені від обов'язку дотримуватися» положень, якими декретам надавалася зворотні дія. Тому слід зазначити, що описана вище ухвала Верховного Суду вписала «узаконене безправ'я» часів воєнного стану до Книги правових позицій, а аргументація, що в ній міститься, може застосовуватися на обґрунтування твердження, що не перевищували своєї влади також судді, які ухвалювали вироки, що були інструментом судового терору в 1944–1956 роках, метою якого було фізичне знищення тих, кого тоталітарна держава визнавала своїми політичними противниками.

5. Наслідки правової позиції, що виключає відповідальність суддів часів воєнного стану за перекручування права, та її оцінка в аспекті міркувань Конституційного трибуналу

На наслідки винесення ухвали Верховного Суду від 20 грудня 2007 року увагу звернув Конституційний трибунал на обґрунтування рішення від 27 жовтня 2010 року, зазначаючи, що теза щодо обов'язку суддів застосовувати кримінально-правові положення з порушенням принципу *lex retro non agit* може викликати «заморожувальний ефект» і знеохотити правоохоронні органи ефективно здійснювати будь-які спроби притягнення до кримінальної відповідальності суддів, які засу-

джували на підставі ретроактивних положень Декрету «Про воєнний стан»⁷³⁶.

Це твердження перегукується з досвідом прокуратури ФРН, про який написано, що позиція судів, які заперечували злочинний характер вироків, що ухвалювалися нацистськими суддями, які «лише застосовували чинне тоді право», мало наслідком те, що прокурори, не вбачаючи шансу отримати обвинувальний вирок, припиняли попереднє розслідування⁷³⁷.

Позицію Верховного Суду, згідно з якою суди часів воєнного стану не були звільнені від обов'язку застосовувати ретроактивні кримінально-правові положення Декрету «Про воєнний стан», прямо заперечила теза рішення Конституційного трибуналу від 16 березня 2011 року:

Декрет від 12 грудня 1981 року «Про воєнний стан» («Законодавчий вісник» № 29, номер документа 154) не відповідає ст. 7 Конституції Республіки Польща у зв'язку зі ст. 31 ч. 1 Конституції Польської Народної Республіки, прийнятої сеймом 22 липня 1952 року («Законодавчий вісник», 1976, № 7, номер документа 36), та зі ст. 15 ч. 1 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права [...] («Законодавчий вісник», 1997, № 38, номер документа 167)⁷³⁸.

⁷³⁶ 81/8/A/2010, шриффт актів К 10/08. У цьому рішенні Конституційний трибунал ствердив, що ст. 80 § 26 Закону «Про устрій загальних судів», яка дає підставу для визнання «очевидно незаконною» заяви про скасування суддівського імунітету і відмови розгляду її дисциплінарним судом, суперечить змістові ст. 2 Конституції. Це означає, що дисциплінарні суди не можуть відмовляти у розгляді по суті заяви прокурора про притягнення до кримінальної відповідальності судді, який засуджував на підставі ретроактивних положень Декрету «Про воєнний стан», подаючи як обґрунтування «очевидну незаконність» такої заяви. Це, однак, не означає, що дисциплінарний суд після проведення процесу в конкретній справі обов'язково надасть таку згоду. Відмова може бути обґрунтована так, як це зробив Верховний Суд, створюючи правову позицію в змісті ухвали від 20 грудня 2007 року. Треба наголосити, що Конституційний трибунал слушно зауважив, що суддівський імунітет не може тлумачитися як груповий привілей безвідповідальності, адже він є гарантією незалежності й особисто захищає кожного суддю. Далі Трибунал зазначив, що відмова у скасуванні імунітету з метою забезпечення суддівської безкарності була б однозначно розумим зловживанням цим інститутом. Тому дисциплінарний суд – як зазначається – повинен дати згоду на притягнення судді до кримінальної відповідальності, якщо є достатньо обґрунтована підозра в учиненні ним злочину.

⁷³⁷ W. Dreßen, *Blinde Justiz – NS-Justizverbrechen vor Gericht*. [w:] J. Weber, M. Piazzolo (Hrsg.), *Justiz im Zwielicht*, München 1998, s. 79. Див. Розділ VI цієї книги.

⁷³⁸ 11/2/A2011, шифр актів К 35/0S, опубліковано 28 березня 2011 року («Законодавчий вісник», № 64, номер документа 342).

Фундаментом, на якому Конституційний трибунал збудував свою позицію, є твердження, що принцип *nullum crimen sine lege* і його наслідок, уміщений формулі *lex retro non agit*,

дістають вияву в ст. 98 березневої конституції, а далі у ст. 68 ч. 4 квітневої конституції, а в період ПНР його чинність виводилася зі ст. 1 кримінальних кодексів як 1932, так і 1969 років.

Цей принцип у кримінальному праві має абсолютний характер, що означає, що заборона зворотної дії «має безумовний характер у сфері кримінального права і забороняє законодавцю надавати встановленим нормам зворотну дію», натомість органам, що застосовують право, «наказує, щоб у випадку будь-яких сумнівів щодо значення інтерпретованих положень вони відкидали ті з них, положення яких матимуть зворотну дію». Трибунал визнав, що декрети про воєнний стан і особливі процеси «були оприлюднені 18 грудня 1981 року, і лише в цей день відповідно до їх «Прикінцевих положень» вони набули чинності, незважаючи на те, що номер «Законодавчого вісника», у якому вони були вміщені, був датований 14 грудня». Розширене обґрунтування цієї тези завершують два висновки:

– у період з 13 грудня 1981 року до дня реального його оприлюднення Декрет «Про воєнний стан» не був частиною польської правової системи, оскільки як неоприлюднений акт не був чинним, натомість громадяни могли очікувати, що стосовно дій, учинюваних у цей період, будуть застосовуватись попередні кримінально-правові положення;

– з огляду на зворотну дію Декрету виконавці притягалися до кримінальної відповідальності за дії, вчинені в період з 13 до 17 грудня 1981 року, хоча ці дії не були заборонені на момент їх учинення, або притягалися до відповідальності за більш суворими положеннями, ніж ті, що були чинними на момент цих дій.

У питанні відповідальності суддів часів воєнного стану за засудження на підставі положень Декрету до позбавлення волі за дії, що на момент їх учинення не заборонялися законом, Конституційний трибунал зазначив, що «у розглянутій справі на порушення принципу «неретроактивності права» законодавцем нашарувалися порушення цього принципу органами, які застосовують закон», однак відзначив, що питання застосування судами необв'язкового нормативного акту як дія у сфері застосування права виходить поза рамки розгляду судової справи Конституційним трибуналом.

6. Перекручування права в умовах воєнного стану та відповідальність суддів

Позиція Конституційного трибуналу дає змогу під поняття злочину проти правосуддя підвести поведінку суддів часів воєнного стану, які, перевищуючи свою владу, засуджували на підставі ретроактивних кримінально-правових положень, позбавляючи волі обвинувачених за діяння, що не були заборонені чинним на момент їх учинення законом. В аспекті встановленого Трибуналом формується погляд, що судді «не звільнялися від обов'язку зважати» на закріплене Декретом безправ'я. Висновок, що міститься в обґрунтуванні рішення Конституційного трибуналу, дозволяє також стверджувати, що всі наведені в цих міркуваннях вироки, якими в період сталінського судового терору особи засуджувались до смертної кари або до позбавлення волі з посиленням на ретроактивні кримінально-правові положення, реалізували ознаки об'єктивної сторони злочину проти правосуддя.

При цьому необхідно зазначити, що, хоча кожне покарання, яке порушувало принцип *lex retro non agit*, втілювало в життя ознаки об'єктивної сторони злочину проти правосуддя, кримінальна відповідальність судді за його вчинення залежить від визначення ознак суб'єктивної сторони. На це, зрештою, слушно звернув увагу Верховний Суд в обґрунтуванні ухвали від 20 грудня 2007 року, оскільки передбачаючи, що правова позиція, яку він сформулював, може бути піддана сумніву, зазначив:

слід наголосити, що можливе визнання тогочасних положень, що мали силу закону, такими, що не відповідають конституційним положенням або положенням міжнародного права, що як наслідок зумовило б оцінювання застосування таких положень судом як об'єктивно неправомірного, ще не передбачало б відповідальності конкретного судді.

Далі йшлося:

Адже є очевидним, що відповідальність судді в такій ситуації, так само як і кримінальна відповідальність будь-якої іншої особи, не лише вимагає здійснення передумови втілення у життя ознак забороненої дії під загрозою покарання і передумови неправомірності діяння, а й мусить ґрунтуватися на принципі вини.

Видається, що Верховний Суд мав на меті «умисну вину», а відтак – умисел виконавця, що зумовлює необхідність опрацювання зауважень стосовно суддівського умислу на вчинення забороненої дії.

У справах настільки очевидних, як ті, що описані вище, судді порушували принцип *lex retro non agit* і умисно реалізували ознаки злочину проти правосуддя. Інтелектуальним моментом умислу, що супроводжував ухвалення вироків, були їхні знання про зміст принципу *nullum crimen sine lege poenali anteriori*. Про вольовий момент їх умислу можна робити висновок переважно на підставі суворості покарань, що їх вони присуджували. Якщо вони ухвалювали вирок, які за своїм змістом сприймалися кожним як такі, що виходять за рамки їхньої суддівської влади, адже вони порушували елементарне відчуття справедливості, то було б безпідставно стверджувати, що вони діяли так без умислу на реалізацію ознак забороненої дії перевищення повноважень публічною посадовою особою (ст. 231 § 1 КК).

Розмірковування щодо нацистських суддів, а саме – чи могли вони засуджувати без умислу на вчинення забороненої дії спотворення права і сумнівів щодо цього – як це представив Й. Фрідріх, пишучи про суддів, звільнених на цій підставі від кримінальної відповідальності, – робить їх «найдурнішими під сонцем»⁷³⁹.

Здається, що внесення Верховним Судом до Книги правових позицій тези, що проголошує, що суддя зв'язаний «узаконеним безправ'ям», що виникає внаслідок порушення принципу *lex retro non agit*, створює *per se* стан жахливого юридичного парадоксу. Адже це призводить до висновку, що не був звільнений від обов'язку застосування положення про зворотню дію, надану Декретом «Про воєнний стан», воєводський суд в Ольштині, який 6 червня 1982 року ухвалив вирок, який виправдовує обвинуваченого, зважаючи на ретроактивні положення цього Декрету⁷⁴⁰.

Важко знайти іншу формулу підсумування роздумів над правовою нормою, сформульованою в ухвалі Верховного Суду від 20 грудня 2007 року, ніж у формі рефлексії, що вміщена у її змісті: перекручування права вберегло суддів часів воєнного стану – виконавців «узаконеного безправ'я» від кримінальної відповідальності за перекручування права.

⁷³⁹ J. Friedrich, *Freispruch...*, s. 78. Див. Розділ IV цієї книги.

⁷⁴⁰ Шифр П К 78/82. Цей вирок був наведений як приклад, який ілюструє «підхід судоустрою до проблеми дієвості міжнародних угод у внутрішніх відносинах і разом з тим повага до принципу *lex retro non agit* як фундаментальної гарантії громадянських свобод». Див.: Z. Wąsik, Z. Witkowski, *O potrzebie konstytucjonalizacji zasady lex retro non agit*, PiP 1984, № 11, s. 49.

7. Фінал процесу у справі суддів та прокурорів часів воєнного стану

Обґрунтування тези, сформульованої на завершення попереднього підрозділу книги, вимагає наведення подальшого перебігу правових подій у справі, про яку писалося на початку розділу, щодо покарання А. Словіка і Й. Кропівніцькі за організацію протесту і заклик до страйку 13 грудня 1981 року. Верховний Суд вироком від 23 травня 1990 року⁷⁴¹ виправдав обох засуджених у період воєнного стану з обґрунтуванням, яке повертає в цій справі непорушну силу основної норми кримінального права, на якій ґрунтується все правосуддя. На обґрунтування виправдання наголошувалось, що норма ст. 61 Декрету «Про воєнний стан» про те, що «Декрет набуває чинності з моменту оприлюднення і вступає в силу з моменту ухвалення», не могла зупиняти дію основного принципу кримінальної відповідальності, закріпленого ст. 1 КК, – *nullum crimen sine lege poenali anteriori*. Тому «поведінка обвинувачених 13 грудня 1981 року не становила злочину, оскільки цього дня ще не діяли кримінально-правові положення Декрету «Про воєнний стан», а засудження на їх підставі відбулося з порушенням ст. 1 і ст. 121 КК, через помилкову інтерпретацію ст. 61 Декрету «Про воєнний стан», яка нібито надала зворотну силу встановленим кримінально-правовим нормам». З обґрунтування вироку можна було зробити однозначний висновок, що це не обвинувачувані на підставі Декрету «мали усвідомлювати незаконність або могли усвідомлювати таку незаконність» своїх дій, що не були злочинами, а прокурори, які їх обвинувачували, і судді, які засуджували, «були або могли бути» свідомими незаконності своїх дій, що призводили до позбавлення волі засуджених.

Слідство у справі застосування щодо А. Словіка і Й. Кропівніцькі репресій, що полягали у незаконному довготривалому позбавленні свободи шляхом безпідставного засудження їх до позбавлення волі, що охопило дії воєводської прокуратури в Лодзі і Генеральної прокуратури у Варшаві, а також суддів воєводського суду в Лодзі та суддів Верховного Суду, було розпочато постановою від 14 січня 2003 року, виданою прокурором відділу Комісії з розслідування злочинів проти польського народу в Лодзі. Засудження обох обвинувачених у період воєнного стану було кваліфіковане як комуністичний злочин (ст. 2 ч. 1 Закону «Про Інститут національної пам'яті...»), який полягає у незаконному позбавленні волі (ст. 189 § 2 КК), що здійснене публічними

⁷⁴¹ Шифр V KRN 300/ 89. Неопубл.

посадовими особами, які перевищили свої повноваження (ст. 231 § 1 КК).

Постановою прокурора цього відділу Комісії від 7 жовтня 2011 року слідство було закрито з висновком, що дії суддів і прокурорів часів воєнного стану не відповідали ознакам злочину незаконного позбавлення волі, що становить комуністичний злочин⁷⁴². В обґрунтуванні містилося посилання на ухвалу Верховного Суду від 20 грудня 2007 року, яка стверджувала, що суди не були звільнені від обов'язку застосування ретроактивних кримінально-правових положень Декрету «Про воєнний стан», і водночас визнано, що рішення Конституційного трибуналу від 27 жовтня 2010 року не перекреслило закономірності аргументів, які підтверджують це твердження. Визнано, що на підставі обох рішень виникає обов'язок здійснення оцінки суддів і прокурорів, які застосовують положення Декрету «Про воєнний стан», індивідуально на підставі обставин кожної окремої справи.

Результатом таких міркувань був висновок, що в тогочасному правовому становищі тлумачення положень, на підставі яких засуджено за дії, вчинені 13 грудня 1981 року, «була не лише обґрунтованою, а й загальнообов'язковою». Тому сформульовано твердження, що дії суддів і прокурорів не мали умисного характеру, спрямованого на переслідування потерпілих, за відсутності будь-яких підстав для припущення, що судді і прокурори свідомо вийшли за межі своїх повноважень, порушили закон і діяли з прямим або евентуальним умислом на позбавлення волі потерпілих.

Ця постанова була залишена в силі 9 березня 2012 року районним судом Лодзі-Середмістя⁷⁴³ з обґрунтуванням того, що

⁷⁴² Шифр актів S 22/07/Zk. У цій постанові заперечується мотив слідства щодо психологічного знущання прокурором над арештованим Й. Кропівницькі, яке полягало «у залякуванні його безпідставною інформацією про смертну кару, що йому загрожує за злочин, у якому його звинувачують, і утримування його у такому стані». Стосовно цієї дії прокурора, яку кваліфіковано на підставі ст. 207 § 1 КК (знущання) у зв'язку зі ст. 231 § 1 КК (зловживання владою), закриття провадження відбулося через давність караності дії. Згідно з ухвалою Верховного Суду від 25 травня 2010 року, внесеною до Книги правових позицій (5/10), положення ст. 4 ч. 1а Закону від 18 грудня 1998 року «Про Інститут національної пам'яті...» не становить самостійної нормативної підстави для визначення строку давності караності комуністичних злочинів, окреслених в ст. 2 ч. 1 цього Закону. З цієї ухвали випливає, що караність усіх злочинів, учинених до 1990 року, виконавцям яких загрожує покарання у вигляді позбавлення волі до 5 років, щодо яких принаймні не відкрито кримінального провадження у справі до 1 січня 1995 року, визначається найпізніше 1 січня 1995 року – за 4 роки до прийняття Закону «Про Інститут національної пам'яті...».

⁷⁴³ Postanowienie w sprawie IV Kp. 1170/11. Неопубл.

аналіз зібраного у справі доказового матеріалу не дозволяє стверджувати, що судді і прокурори свідомо перевищували свої повноваження, порушували закон і діяли з прямим або евентуальним умислом щодо незаконного позбавлення волі потерпілих. Вчинення ними дій, згідно з оцінкою суду, не можна вважати умисним, спрямованим на переслідування потерпілих. Попри відсутність умисності суддів і прокурорів у цій справі, їх поведінка, на думку суду, не містила ознак злочину незаконного позбавлення волі, що становив комуністичний злочин, і кримінальне провадження [потрібно] закрити, зважаючи на твердження, що ці дії не містять ознак забороненої дії.

Здається, що це міркування унеможлиблює осуд діянь суддів і прокурорів часів воєнного стану. Слід взяти до уваги, що воно стосується найтяжчої форми перекручування права, яким було в цьому випадку обвинувачення і засудження до позбавлення волі з порушенням принципу *lex retro non agit*. Якщо вже стверджується про відсутність підстав для визнання того, що прокурори і судді, які діяли спільно, умисно перевищили свої повноваження, порушуючи закон, то такий висновок мусить вплинути на звільнення від відповідальності із таким самим обґрунтуванням усіх інших суддів і прокурорів за всі випадки реалізації в кримінальних процесах безправ'я часів воєнного стану.

Таке припущення виникає з усього прокурорського обґрунтування постанови про закриття провадження і залишення її в силі судом. У цих обґрунтуваннях немає бодай згадки про рішення Конституційного трибуналу від 16 березня 2011 року, у якому звернено увагу на те, що принцип *lex retro non agit* був запроваджений до польського права у XIV столітті, й стверджено, що Декрет «Про воєнний стан» в період з 13 грудня 1981 року до дня реального оприлюднення у «Законодавчому віснику» не був частиною польської правової системи. Конституційний трибунал зазначив, що на порушення законодавцем заборони ретроактивності закону нашарувалися порушення органами, що застосовують право. Хоч Трибунал і визнав при цьому, що питання застосування судами необов'язкового нормативного акту як дія зі сфери застосування права виходить за межі розгляду судової справи, він водночас ствердив, що абсолютний характер принципу *lex retro non agit* обумовлює те, щоб у випадку якихось сумнівів щодо значення інтерпретованих норм суди відкидали ті серед них, що передбачають зворотну дію відповідних положень.

Отже, можна було б очікувати, що у слідстві, предметом якого є засудження 30 грудня 1981 року, що порушило цей принцип, буде сфор-

мультимедійно оцінку дій суддів і прокурорів, які застосовували положення Декрету «Про воєнний стан», індивідуально з урахуванням обставин кожної окремої справи (як було заявлено). Таке дослідження, здавалося б, повинне бути проведене з використанням зразка забороненої дії судді і прокурора, які не відкинули тлумачення Декрету «Про воєнний стан», що передбачало зворотню дію його кримінальних положень⁷⁴⁴.

Тому варто було відрізнити заборонену дію, яка полягає у перекручуванні права і порушує принцип *lex retro non agit*, від неусвідомлення незаконності цієї дії, що виключає провину виконавця, якщо воно було виправданим (ст. 30 КК). Тому слід було визначити критерії, що після співвіднесення із суддею та прокурором дають змогу визначити, чи виправданим було неусвідомлення ними незаконності засудження і покарання всупереч забороні ретроактивності.

Під час слідства досліджувалося, «чи рішення, які ухвалювалися прокурорами і суддями під час кримінального провадження, були результатом їх власних, таких, що відповідали фактичним висновкам і моральним переконанням, роздумів і оцінок, чи вони ухвалювалися

⁷⁴⁴ В обґрунтуванні згаданої постанови про закриття провадження наголошується, що «через потребу здійснити оцінку зібраного у справі доказового матеріалу досліджено рішення Верховного Суду у справах, що стосуються можливості встановлення кримінальної відповідальності суддів за рішення, ухвалені на підставі Декрету «Про воєнний стан». На увагу заслуговує, зокрема, ухвала Верховного Суду від 1 липня 2002 року, шифр актів SND 1/02 [неопубл.], у дисциплінарному процесі у справі судді Верховного Суду у зв'язку із заявою прокурора IPN-OKŚZpNP від 14 травня 2002 року про дозвіл на притягнення судді до кримінальної відповідальності. В обґрунтуванні ухвали суд, який ухвалив рішення у цій справі, вказував на обставини загального характеру, які безперечно стосуються питань, охоплених цим процесом». Далі цитовано переважно тези цієї ухвали Верховного Суду: «Зовсім невдалою є теза про відповідальність за порушення принципу *lex retro non agit* у результаті зважання колегією, яка ухвалювала рішення, на норму, сформульовану в ст. 61 Декрету від 12 грудня «Про воєнний стан» («Законодавчий вісник», № 29, номер документа 154). Це положення встановлювало: «Декрет набуває чинності з моменту оприлюднення і вступає в силу з моменту ухвалення». Наводився погляд, висловлений у письмовій формі в 1993 році, про те що «у тогочасному правовому становищі суди не мали умов для визнання того, що ст. 61 суперечить Конституції ПНР». Висновки містилися у твердженнях: «Треба наголосити, що тогочасна Конституція не містила норми, яка санкціонувала принцип *nullum crimen sine lege anteriori*, також не було створено Конституційного трибуналу. Натомість відповідно до загальноприйнятих правил пояснення суди не могли піддавати сумнівам чинність встановленого права. [...] У касаційному процесі виявлення помилок, окреслених як «разюче порушення права», завжди становить підставу врахування касації. Однак ані в доктрині, ані в практиці ухвалення рішень ніколи не подавалося заяв, щоб притягнути до кримінальної відповідальності суддів, які ухвалили неправильні вироки, оскільки виявлення [у касаційному вирокі] навіть «разючого порушення права» не є рівнозначним можливості приписання злочину судді, який ухвалював рішення у цій справі».

внаслідок зовнішнього впливу, який у випадку суддів порушував принцип суддівської незалежності».

Про прокурора, який давав показання як свідок, написано, що

насправді [...] він пред'явив обвинувачення підозрюваному, не маючи у розпорядженні акту, що мав силу закону, – Декрету «Про воєнний стан», однак зробив це, виконуючи службове доручення Генерального прокурора. Варто наголосити, що з показань [цього] свідка не випливає, щоб він піддавав сумніву чинність положень Декрету «Про воєнний стан», а випливає лише те, що через відсутність положень він не знав, як сформулювати обвинувачення.

Наведено також показання свідка – судді Верховного Суду – який брав участь у розгляді апеляції на шкоду обвинуваченим:

Ніхто з членів колегії, яка ухвалювала рішення, не мав сумнівів щодо того, що положення Декрету «Про воєнний стан» є чинними з моменту їх ухвалення. Я теж не мав сумнівів. [...] Ніхто не чинив вплив на мої дії й переконання в цій справі. Мені також невідомо, щоб хтось впливав на дії чи переконання інших суддів.

На обґрунтування постанови про закриття провадження зазначено, що «схожу інформацію отримано і з показань іншого судді Верховного Суду».

Необхідно зауважити, що ці висновки зводяться до констатації того, що ані прокурор, ані судді не усвідомлювали неправомірності своїх дій, які порушували принцип *lex retro non agit*, однак не було досліджено в кожному індивідуальному випадку, чи можна було б визнати, що це неусвідомлення було виправданим і як таке виключало б можливість приписати їм провину.

Отже, слід було визначити, чи мали можливість прокурори і судді, які тлумачили ст. 61 Декрету «Про воєнний стан», враховувати тогочасні коментарі і підручники з кримінального права, які вказували на роль і значення принципу *lex retro non agit*. Якщо натомість вони цього не досліджували, то така недбалість у поєднанні зі змістом конкретних ухвалених ними вироків, що порушують цей принцип, і суворістю призначених покарань повинна становити підставу для приписування їм умислу на здійснення неналежного виконання суддівського обов'язку і перевищення через те своєї влади, а також провини, яку розуміють

як вимогу поводитися відповідно до закону. Натомість в обґрунтуванні закриття провадження щодо них вказано, що:

У тогочасних умовах не було іншого, крім Верховного Суду, органу, рішення якого могло б впливати на оцінку правового становища. Факт того, що здійснене тоді як воєводським судом, так і Верховним Судом тлумачення положень Декрету «Про воєнний стан» суперечить сучасній їх оцінці, не становить обставини, що спричиняє визнання того, що судді і прокурори, які здійснювали тоді тлумачення, вчинили злочин.

Здається, що ця теза базується на понятті так званого «юридичного засліплення», в стані якого ці юристи реалізовували «узаконене безправ'я» і яке зараз тлумачиться як обставина, що виключає їх кримінальну відповідальність за злочини, вчинені під виглядом застосування права судом, оминувши мету відправлення правосуддя. Таке «юридичне засліплення», що тягне втрату вміння побачити мету права суддями тоталітарних систем, було визнане у демократичній державі за свого роду нездужання, яке звільняє їх від звинувачень у тому, що вони умисно в ухвалюваних вироках порушували цю мету. Треба зауважити, що з обґрунтування закриття провадження може випливати, що «юридичне засліплення», яке не дозволило прокурорам і суддям усвідомити того, що принцип *lex retro non agit* має абсолютний характер, є специфічною формою слабоумства судових юристів, яке передається посадовим шляхом, а його симптоми закріплюються внаслідок їх взаємовпливу під час застосування судом «узаконеного безправ'я».

Розділ XVI

ПЕРЕКРУЧУВАННЯ ПРАВА ЯК ЗЛОЧИН *SUI GENERIS* – ПОСТУЛАТ *DE LEGE FERENDA*

1. Злочин проти правосуддя у доктринальних поглядах

Згідно з тезою, яку ми прийняли на початку роздумів щодо польського кримінального права, поняття караної суддівської несправедливості, про яку як окремий злочин йшлося у кримінальних кодексах держав, що поділили Польщу, опинилося у КК 1932 року серед караних дій синтетично, причому у вигляді загального службового злочину зловживання владою (ст. 286 § 1). Іншими словами, тогочасний законодавець помістив стрижень безправ'я судової несправедливості всередині конструкції злочину зловживання владою посадовою особою, вважаючи зайвим або занадто казуїстичним описувати окремим положенням перекручування права суддею і прокурором, які безчестять своє покликання і чинять несправедливість.

Цю конструкцію згодом було відтворено в КК 1969 року, при цьому набором ознак забороненої дії посадової особи (ст. 246 § 1) охоплювалося перекручування права суддею і прокурором, що було наслідком повторення змісту положення про зловживання владою, взятого з КК 1932 року. Зараз суддівська несправедливість стосується стрижня безправ'я поведінки посадовця, який перевищуючи свої права або неналежним чином виконуючи обов'язки, шкодить публічному або приватному благу – ст. 231 § 1 КК 1997 року.

У цьому дослідженні також прийнято, що суддя, який перевищував свої повноваження, засуджуючи з перекручуванням права обвинуваченого до смертної кари або до позбавлення волі, водночас реалізовував ознаки вбивства людини або позбавлення її волі, що робило його вирок актом злочину проти правосуддя. Ця теза, однак, не дістала підтвердження в жодному обвинувальному вирокі щодо судді. Так, у судовій практиці не було підтверджено, що кримінальну відповідальність за

підбурювання до вчинення злочину проти правосуддя несе прокурор, який вимагає покарання, присудження якого є перекручуванням права.

У висловленнях представників доктрини поняття злочину проти правосуддя поєднувалося зі встановленням відповідальності судді за вбивство людини у випадку присудження смертної кари невинувато засудженому. На думку М. Северські, яку ми наводили раніше і яка стосувалася суддів, які в сфабрикованих процесах присуджували смертну кару, те, що

дії виконавця не мають безпосереднім наслідком смерть певної особи, а акт умиртвлення вчиняє кат, виконуючи оголошений правомочний судовий вирок, не позбавляє дій виконавця ознак убивства, якщо його умисел спрямований на позбавлення життя цієї особи.

Цей автор посилався на погляд С. Слівінські, який зазначав, що спричинення присудження смертної кари становить собою набір ознак, що описують спосіб поведінки виконавця, а також реалізує ознаку «вбивства» людини, що означало дійсний збіг положень закону⁷⁴⁵. Сьогдні такий погляд презентує А. Стшембош, пишучи про кримінальну

⁷⁴⁵ с. Слівінські стверджував: «А тепер кілька прикладів зі сфери збігу положень закону: якщо свідок у судді свідомо дає неправдиві показання, бажаючи спричинити засудження обвинуваченого до смертної кари (*dolus directus*), то він відповідає за вчинення вбивства (ст. 255) – якщо смертний вирок виконано, або за замах на вбивство – якщо обвинуваченого не засуджено до страти або такого вироку не виконано, та й навіть якщо обвинуваченого виправдано; якщо особа, яка дає неправдиві показання, усвідомлює можливість присудження обвинуваченому смертного вироку і з цим погоджується (*dolus eventualis*), то вона відповідає за умисне вбивство (вчинене або таке, що його намагалися вчинити, – збіг ст.ст. 140, 225)». Далі автор поширив ці самі роздуми на ситуацію, в якій ухвалено вирок, що присуджує покарання у вигляді позбавлення волі: «Якщо свідок дає неправдиві показання з умислом (прямим чи евентуальним) на те, щоб обвинуваченого було засуджено до позбавлення волі, він відповідає за ст. 248 за вчинення злочину, якщо обвинувачений почав відбувати покарання, а зрештою за замах – збіг ст. 140 і ст. 248)». Див.: *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 388. Посилаючись на цю аргументацію, М. Северські стверджував, що конструкція відповідальності за умисне вбивство стосується як прокурорів, які фальсифікували обвинувачення у вчиненні злочинів, за які загрозувала смертна кара, а потім на їхнє підтвердження творили фальшиві докази, щоб до смертної кари засудити, так і суддів, які присуджували таке покарання. О. Гурньок, посилаючись на вирок Верховного Суду від 12 липня 1973 року, V RN 181/73, констатувала, що ознака «вбиває» людину як дієво-наслідкова за своєю суттю охоплює всі випадки, коли між дією виконавця і припиненням його дії існує такий причинно-наслідковий зв'язок, що не можна виключити цієї дії або її припинення без одночасного усунення смерті як наслідку. Як приклад авторка наводить неправдиві показання свідка, що призвели до присудження жертві смертної кари. Див.: О. Górnioł, s. Нос, S.M. Przymjski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. III. Gdańsk 1999, s. 90.

відповідальність суддів, вирокі яких можна тлумачити як убивство або незаконне позбавлення волі. Незважаючи на те, що судді своїми безпосередніми діями не позбавляли жертв життя, не замикали їх у камерах, проте якщо вже дійшло до виконання вироку, існує підстава «розглядати їх як виконавців, а не як підбурювачів [...], оскільки ситуація тут подібна до тієї, в якій особа, яка віддає злочинний наказ солдатіві, відповідає не за підбурювання, а за вчинення»⁷⁴⁶.

Таким чином, відповідальність за вбивство несе суддя, який усвідомлює, що його було спеціально обрано для ухвалення вироку, яким обвинуваченому присуджують наперед визначене покарання⁷⁴⁷.

Також Л. Тишкевіч, вважаючи неправильним погляд, згідно з яким актом убивства є лише ті дії, що становлять безпосередню причину пошкодження тіла або порушення здоров'я, що у біологічному процесі призводить до смертельного наслідку, визнає судове вбивство однією з форм вбивства. Як він стверджує:

⁷⁴⁶ У прийнятій цим автором типології злочинів проти правосуддя вказано три його види. Перший, найбільш очевидний вид, як пише автор, це – слухняне ухвалення суддями рішення, зміст якого був визначений до проведення або під час судового процесу. Суддя, який наперед схвалив видання продиктованого йому рішення, концентрував всі свої зусилля не на з'ясуванні обгрунтованості обвинувального акту, а на створенні видимості обгрунтування виданого рішення, а «таке «судження» є явним порушенням власне суті здійснення правосуддя». Другим видом, – розмірковує далі автор, – «є ті злочини проти правосуддя, у яких можна переконливо довести за допомогою судових актів, що суддя, ухвалюючи вирок, діяв відповідно до відомих йому очікувань його керівництва, партійних органів, органів безпеки тощо», про що свідчить очевидна необ'єктивність судді при розгляді доказів, повне незважання ним наданих під час процесу пояснень чи зізнань або представлених слідів катувань. Третя категорія злочинів проти правосуддя становить собою тенденційну діяльність суду, що полягає «у неврахуванні усіх обставин, які звільнили б обвинуваченого від кримінальної відповідальності, проте особливо «в незважанні» на відсутність відповідних ознак злочину цього типу, без яких не можна обвинуваченого засудити за його вчинення», за відсутності будь-яких матеріалів, що дозволяють стверджувати, що своїми діями він втілює у життя ці ознаки. Злочини проти правосуддя у такій формі вчиняють судді, дуже ретельно відібрані «з погляду їх «політичної свідомості» і готовності». Див.: A. Strzembosz, [w:] A. Przewoźnik, A. Strzembosz, *General «Nil»*, Warszawa 1999, s. 28–29.

⁷⁴⁷ На докладно обгрунтованій думці А. Жепліньські, яка позитивно відповідає на питання, «чи можна стверджувати, що для розгляду справи [...] були призначені спеціально вибрані судді, які про цей свідомий вибір знали», базувався обвинувальний акт щодо судді, який був головою суддівської колегії воєводського суду м. Варшави, що засудила 16 квітня 1952 року ген. Августа Еміля Фільдорфа. Неопубл. характеристика, див. акти справи V Ds. 246/94 воєводської прокуратури м. Варшави. Після внесення обвинувального акту 22 січня 1998 року провадження було закрито внаслідок смерті обвинуваченого – шифр актів 346/96 воєводського суду м. Варшави. Див.: W. Kulesza, *Sądowe karanie jako przypadek sądowej zbrodni – przeszłość z perspektywy współczesności*, [w:] *Aktualne problemy prawa karnego, kryminologii i penitencjarystyki. Księga ofiarowana Profesorowi Stefanowi Lelentalowi w 45 roku pracy naukowej i dydaktycznej*, Łódź 2004, s. 171.

За вбивство відповідає, наприклад, особа, яка підступним чином взяла участь у проведенні сфабрикованого процесу (слідчий офіцер, прокурор, фальшивий свідок, суддя, виконавець вироку), у якому присуджено смертну кару, що її потім було виконано⁷⁴⁸.

Схожого погляду дотримується також А. Золл, наголошуючи, що поведінка, яка реалізує ознаки типу злочину, описаного в ст. 148 § 1, полягає в тому, щоб довести до смерті людину, і немає різниці, відбуватиметься це шляхом фізичного чи психічного впливу на неї. Розвиваючи цю думку, він стверджує: «Ознаки об'єктивної сторони вбивства реалізовувалися також у випадку так званого судового вбивства, коли особа, яка бере участь у кримінальному процесі, використовувала інститут суду для того, щоб спричинити смерть іншої людини»⁷⁴⁹. Хоча автор не визначає значення у процесі таких осіб, здається, що це стосується як дій судді, так і дій прокурора.

А. Марек піддав сумніву конструкцію відповідальності судді, який в акті присудження у злочинному процесі смертної кари реалізує своїми діями ознаки, що містяться в двох положеннях закону, де описуються зловживання владою посадовими особами і вбивство людини. На думку цього автора, згідно зі ст. 148 § 1 дії виконавця «повинні полягати у вбиванні, тобто в поведінці, яка атакує життєві функції людини». З огляду на це

не можна погодитися із розширеним тлумаченням, згідно з яким у цих рамках перебувають дії [...], які полягають у даванні свідком неправдивих показань, що у свою чергу спричиняє засудження до страти [...], або з тим, що вбивством може бути так зване судове вбивство з обтяжувальними обставинами.

⁷⁴⁸ L. Tyszkiewicz, [w:] J. Bojarski, M. Bojarski, M. Filar, W. Filipkowski, O. Górniok, s. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L.K. Paprzycki, E. Pływaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwik, R.A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, M. Filar, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 693. Коментуючи ознаки вбивства, с. Гураль стверджує, що його наслідок, яким є смерть людини, може спричинитися будь-якою діяльністю, проте також і бездіяльністю, і додає: «Варто зауважити, що існують також так звані судові вбивства з обтяжувальними обставинами. Виконавцем може бути, наприклад, особа, яка свідомо взяла участь у проведенні сфабрикованого процесу, у якому присуджено і виконано смертну кару. Такими особами будуть, наприклад, слідчий офіцер, прокурор, свідок, який дає неправдиві показання, суддя, кат. Див.: *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2007, s. 267.

⁷⁴⁹ A. Zoll, [w:] A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiąkalski, P. Kardas, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczegółowa. Komentarz, t. II, Komentarz do art. 117–277 K.K.*, Warszawa 2008, s. 215.

Перешкодою, на думку автора, є те, що польське право

не передбачає серед форм учинення злочину так званого опосередкованого його вчинення, тому в поданих прикладах враховуються лише злочини давання неправдивих показань, неправомірного засудження і зловживання владою (ст.ст. 233, 234 і 231)⁷⁵⁰.

Здається, що цей погляд виключає існування нормативного зв'язку між дією судді, який перекручує право, та наслідком, яким є смерть невинувато засудженого, а також можливість поєднання цієї дії з наслідком згідно з правилами об'єктивного приписування.

2. Злочин перекручування права – *crimen laesae iustitiae* – постулат *de lege ferenda*

Поняття злочину проти правосуддя в науковій літературі переважно з'являється в контексті відповідальності за вбивство людини, що призводить до того, що погляди доктрини сягають минулого і лише опосередковано можуть стосуватися сучасності, в умовах якої смертну кару скасовано. Треба, однак, додати, що положення про вбивство людини описувало, у прийнятому тут розумінні поняття злочину проти правосуддя, наслідок поведінки судді, яку названо перекручуванням права, натомість сьогодні цим наслідком може бути позбавлення волі засудженої особи в акті судового безправ'я.

Якщо припустити, що перекручування права у наші часи не має місця у рішеннях, що ухвалюються під час попереднього розслідування, й у змісті судових рішень, це було б безпідставною ідеалізацією прокурорів і суддів. Дія прокурора і судді, яка перекручує право,

⁷⁵⁰ А. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 368. Визнаючи дискусійним питання, чи можна тлумачити як «вбивство» давання неправдивих показань, що призводить до засудження іншої особи до смертної кари, якщо таким був умисел цього свідка, або також як так зване судове вбивство, Б. Міхальські стверджує, що практика схиляється до ствердної відповіді, про що свідчить обвинувачення в убивстві одного з суддів, який брав участь в ухваленні вироку, яким до страти було засуджено Е. Фільдорфа. Див.: М. Fleming, В. Michalski, R. Stefański, J. Warylewski, J. Wojciechowska, А. Wąsek, J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117–221, t. I*, Warszawa 2006, s. 154–155.

міститься всередині нормативного зразка зловживання владою, ознаки якого описано в ст. 231 § 1 КК. Доцільним видається вилучення дії перекручування права з поля, визначеного змістом положення про зловживання владою посадовою особою, і описання його окремим положенням як злочин *sui generis*, що повинен знаходитись у розділі, присвяченому злочинам проти правосуддя. Тип злочину перекручування права міг би бути описаний так:

Стаття 247а. Суддя, засідатель або прокурор, який перевищуючи свої повноваження або неналежним чином виконуючи свої обов'язки, перекручує право і завдає істотної шкоди правосуддю, підлягає покаранню позбавленням волі строком від 3 місяців до 5 років.

Впровадження такого положення обґрунтувало б тезу про те, що злочин проти правосуддя є наслідком перекручування права суддею або прокурором, оскільки його нормативне існування залежить від наслідку, яким є істотна шкода правосуддю. Термін «злочин проти правосуддя» означає завдання шляхом учинення дії, яка перекручує право, шкоди, що оцінюється як істотна стосовно правосуддя, натомість мовою закону це – проступок, з огляду на нижню межу передбаченого покарання (ст. 7 § 2 КК). Можна запропонувати також назву цього злочину як *crimen laesae iustitiae*, оскільки перекручування права під час його застосування судом і завдання цим істотної шкоди правосуддю є актом тяжкої образи.

3. Обґрунтування постулату – загальні положення

У своїй праці «Про дух законів» Монтеस्क'є писав, що на відміну від умов, що визначають спосіб засудження у деспотичних, а також у монархічних державах, «основою республіканського урядування є те, щоб судді дотримувалися букви закону. Немає громадянина, на шкоду якому треба спотворювати право, тоді, коли йдеться про його майно, честь або життя»⁷⁵¹.

У сучасній правовій державі, що спирається на ідеї поділу влади на три гілки, принцип, який проголошує, що суддя несе кримінальну

⁷⁵¹ Monteskiusz, *O duchu praw*, Kraków 2003, s. 74–75.

відповідальність за рішення, у змісті якого він не дотримувався букви закону, а спеціально спотворив право на шкоду громадянина, має забезпечувати його незалежність в ухваленні рішень.

Адже суддя, рішення якого суперечить вказівкам представників виконавчої чи законодавчої влади, а також очікуванням щодо його змісту з боку співгромадян, може посилатися на те, що було б перекручуванням права ухвалювати рішення згідно з тими вказівками і очікуваннями, оскільки це становило б *expressis verbis* описану суддівську заборонену дію. Іншими словами, принцип установаження кримінальної відповідальності судді має виконувати гарантійну функцію стосовно конституційної декларації, яка проголошує, що «судді, перебуваючи на службі, є незалежними і підкоряються лише Конституції і законам» (ст. 178 ч. 1 Конституції Республіки Польща). Розвитком думки Монтеск'є стала позиція Конституційного трибуналу від 9 листопада 1993 року, який констатував, що:

Незалежність є не лише суб'єктивним повноваженням особи, яка має професію судді, – вона стосується суті правильного виконання професійних обов'язків, і у цьому значенні незалежність судді є водночас гарантією громадянських прав і свобод⁷⁵².

У цьому розумінні суддівська незалежність визначає відносини, в яких знаходиться суддя, ухвалюючи рішення, з усіма іншими особами, незважаючи на те, кого вони представляють, а також з усіма іншими державними органами, та передбачає заборону будь-якого зовнішнього втручання під час розгляду ним судової справи. Таке твердження зумовлює потребу зазначити норму, що санкціонує заборону чинити вплив на суддю з тим, щоб він здійснив перекручування права у змісті свого рішення, прийнявши заздалегідь і кимось визначену позицію.

Проектоване положення дозволяє кваліфікувати поведінку того, хто чинить вплив на формування у визначеному напрямі суддівської волі, як підбурювання судді до вчинення забороненої дії. Таку поведінку варто визнати одночасним схилянням – за змістом ст. 18 § 2 КК – судді до того, щоб він вчинив заборонену дію, якщо підбурювач хоче, щоб суддя перекручував право у конкретній справі⁷⁵³. Натомість публічний

⁷⁵² Постанова К11/93, ОТК w 1993 r. – cz. II, Warszawa 1994, s. 359.

⁷⁵³ У 1981 році у громадському проєкті оновлення КК 1969 року було закріплене положення, що мало встановити кримінальну відповідальність за намагання вплинути на незалежність судді в ухваленні рішень: «Стаття 246 bis § 1. Хто, зловживаючи своєю посадою або функціями в політичних або громадських органах, намагається вплинути

заклик до суддів здійснювати порушення права шляхом, наприклад, застосування тимчасового затримання підозрюваних у вчиненні певних злочинів незалежно від наявності законних для того підстав, або призначення суворого покарання за визначений вид злочину без урахування відповідних директив, вказаних у законі, варто оцінювати в контексті категорій публічного заклику до вчинення суддівського проступку перекручування права (ст. 255 § 1 КК).

Для встановлення незаконності схилення судді або заклику до суддів не має значення, якими аргументами керується виконавець, посиляючись на власне чи групове відчуття справедливості, – вирішальним натомість є те, що перекручування права під час суддівської служби є забороненою дією. Отже, можна було б визнати, що на першому плані *rationis legis* кримінальної відповідальності судді за перекручування права є тлумачення її як свого роду сполучника поділу влади на три гілки, що робить можливим здійснення контролю застосування права судьями. Йдеться про те, що суддя використовує конституційну гарантію незалежності у застосуванні права судом з тим, щоб не перекручувати права у своїх рішеннях, а проектоване положення повинне встановлювати контроль за тим, як він реалізує своє покликання визначати міру справедливості.

У демократичній правовій державі як законодавча, так і виконавча влада підлягають зовнішньому контролю, що здійснюється третьою гілкою влади, якою є правосуддя. Судова влада майже повністю «віддана на відкуп» самоконтролю, і це для неї є надважким завданням, оскільки вона виступає в ролі судді «у власній справі», тобто у «справі правосуддя». Тому обов'язком законодавчої влади у властивих їй рамках є точне визначення у кримінальному праві нормативного зразка контролю за діяльністю суддів і прокурорів, у якій реалізуються повноваження обвинувачувати, засуджувати і здійснювати правосуддя. Законодавче визначення ознак забороненого суддівського і прокурорського безправ'я було б формою зобов'язання судів виконувати важке завдання самоконтролю у системі правосуддя.

на індивідуальне рішення судді або присяжного, підлягає покаранню позбавленням волі на строк від 6 місяців до 8 років. § 2 Особа, на рішення якої намагалися вплинути, якщо відразу не повідомить про цей факт відповідного керівника, підлягає покаранню обмеженням волі або штрафом». Див.: Centrum Obywatelskich Inicjatyw Ustawodawczych, *Wstępny społeczny projekt nowelizacji ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks Karny, Opracowanie Komisji Kodyfikacyjnej powołanej przez 1 Ogólnopolskie forum pracowników wymiaru sprawiedliwości NSZZ Solidarność*, Kraków, styczeń-maj 1981, s. 18–19. У своєму § 1 проєктована стаття КК описувала індивідуальний злочин, натомість § 2 накладав на суддю обов'язок принесення доносів – обидва положення породжували ряд інтерпретаційних сумнівів і побоювань щодо їх дієвості в судовій практиці.

Отже, запровадження кримінально-правового положення, що описує суддівське діяння перекручування права, становило б з боку законодавця гарантію того, що право не «звертає зі шляху», на якому воно є судовим інструментом здійснення правосуддя. Дотримання суддями права в незалежному його застосуванні повинне спиратися на положення, що встановлює кримінальну відповідальність судді і прокурора у випадку нехтування правом як таким, що слугує справедливому вирішенню справ. Звільнення від відповідальності судді за застосування права у змісті вироку не може сприйматися як суддівське право на безвідповідальне ставлення до положень закону. Шляхом визначення в КК ознак, що формують тип злочину перекручування права, законодавець описав би дії судді, що заслуговують на найбільший осуд, – осуд того, хто всупереч своєму покликанню охороняти право вчиняє акт зневаги правосуддя у справі, яку розглядає.

Треба зауважити, що одним із аспектів проєктованого положення було б одночасне охоплення змістом законної гарантії звільнення від відповідальності судді за заподіяння шкоди або знищення актом ухвалення суддівського рішення приватних благ і публічного інтересу, якщо в своєму рішенні він не перекручував права.

Підсумовуючи цю частину роздумів, можна навести три аспекти *rationis legis* положення, зі змісту якого має впливати кримінальна відповідальність судді за перекручування права: це положення виконує гарантійну функцію стосовно принципу суддівської незалежності, є водночас засобом самоконтролю правосуддя, для якого надає нормативний зразок, а також захищає справедливого суддю від відповідальності за порушення правових цінностей, викликане оскарженням вироком.

4. Умисне перекручування права – злочин *sui generis*

Постулат «вилучення» дії, яка перекручує право, зі сфери, визначеної набором ознак, описаних у ст. 231 § 1 КК, і встановлення в окремому положенні кримінальної відповідальності за цю заборонену дію здається цілком обґрунтованим передусім тому, що караною поведінкою судді може визнаватися лише умисне вчинення несправедливості, натомість конструкція караного зловживання владою передбачає також

відповідальність за ненавмисне перевищення своїх повноважень або неналежне виконання обов'язків (ст. 231 § 3 КК).

Покарання за ненавмисно вчинену суддею несправедливість у змісті ухваленого рішення заперечувало б суть застосування права судом, оскільки умисної несправедливості не можна уникнути, внаслідок чого вона ніби «втягується» в природу судового процесу. Для того, щоб її обмежити, існують передбачені засоби оскарження у процесі, який не завершується рішенням, ухваленим лише в одній інстанції. Незаконний вирок може бути змінений унаслідок подання апеляції, а також скасований, а справа може бути направлена на повторний розгляд, зрештою він може підлягати касаційній процедурі, яка зрештою скасовує акт судової несправедливості.

Можна сказати, що прагнення втілити судову справедливість з історичної перспективи становить поступ у матеріальному і процесуальному праві, проте це не може виключати з реалій сьогодення випадки ненавмисного ухвалення суддями несправедливих рішень у конкретних випадках застосування права. Суддя, що зазвичай не може ухилитися від вирішення справи, а отже, діє у стані примусу, що впливає з його покликання вершити правосуддя, не повинен відчувати побоювань, що у випадку оцінки його рішення як несправедливого він нестиме кримінальну відповідальність, незважаючи на відсутність умислу на вчинення несправедливості. Тому кримінальна відповідальність судді може встановлюватися лише в тих випадках, коли він умисно перекидає право у змісті ухваленого рішення, і це повинно впливати з безпосереднього опису його дій у законі, яким не каратиметься ненавмисна реалізація ознак об'єктивної сторони таких заборонених дій.

Потрібним видається внесення змін до ст. 231 КК в частині встановлення того, що не повинне підлягати покаранню ненавмисне ухвалення суддею несправедливого вироку. За чинної редакції цієї статті Кодексу неможливим є обґрунтування твердження, що підлягає покаранню лише умисне зловживання владою суддею (ст. 231 § 1 КК), оскільки в § 3 йдеться про покарання виконавця дії, передбаченої § 1, який «діє ненавмисно і завдає значної шкоди».

Проект положення передбачає, що перелічені в ньому ознаки забороненого умисного перекидання права, яке завдає істотної шкоди правосуддю, можуть реалізовуватися виконавцем, який діє з прямим або евентуальним умислом. Передбачення окремого випадку відповідальності за умисно вчинену несправедливість, що виявилася у змісті суддівського рішення, мало б акцентувати також на тому, що це – злочин *sui generis*, не пов'язаний у жодному разі з поведінкою, яка має на

меті досягнення майнової або особистої вигоди, що в ст. 231 § 2 КК становить ознаку, яка обумовлює відповідальність кожної іншої публічної посадової особи, яка зловживає своєю владою, у межах, визначених принципом субсидіарності (ст. 231 § 4).

5. Виконавець злочину перекручування права

Доцільним здається внесення до КК норми, яка повинна охороняти правосуддя як правову цінність, тому окреме законодавче визначення суддівської забороненої дії перекручування права повинне опинитися у розділі XXX КК, що містить види злочинів проти правосуддя. Отже, виконавцями судової несправедливості можуть бути лише особи, поведінка яких має втілювати правосуддя як мету суддівської влади.

До кола виконавців злочину проти правосуддя належать насамперед судді, які, маючи гарантовану Конституцією незалежність у здійсненні правосуддя, перекручують матеріальне або процесуальне право у процесі його застосування судом.

Концепція відповідальності (відокремлена від тієї, що передбачена ст. 231 КК) судді має застосовуватися щодо його поведінки в рамках виконання суддівських функцій. Положення натомість не охоплювало б перевищення влади й повноважень і неналежного виконання обов'язків суддею, якщо він здійснює в суді адміністративні функції; ця поведінка охоплювалася б ст. 231 КК.

Потенційними виконавцями суддівської забороненої дії можуть бути судді, які ухвалюють рішення у кримінальних, цивільних, трудових, адміністративних, військових, конституційних справах та справах адміністративного судочинства.

Присяжні мали б нести кримінальну відповідальність за перекручування права лише тоді, коли їхні голоси були вирішальними у змісті ухваленого за їхньої участі вироку, що перекручує право, тобто у тих випадках, коли вони приєдналися до голосу судді, який вчиняв заборонену дію, або проголосували за неї, здійснюючи таким чином власними діями порушення права в ухваленому судом рішенні.

Виконавцями забороненої дії перекручування права можуть також бути прокурори, що приймають самостійні рішення на етапі попереднього розслідування, які тягнуть несправедливість щодо підозрюваного у рамках слідства, яке стосовно нього ведеться. На етапі судового

розслідування взаємодія прокурора з судом, який ухвалює рішення, що перекручує право, може підлягати оцінці в контексті категорій підбурювання суддів до вчинення забороненої дії або допомоги, яка спрощує ухвалення такого рішення (наприклад, шляхом надання суду фальшивого доказу).

До кола виконавців злочину проти правосуддя у вигляді перекручування права не належать інші особи, які можуть у певних ситуаціях ухвалювати рішення «як суддя» або вирішувати «як прокурор», зазначені у КК як публічні посадові особи, разом з суддею, присяжним і прокурором, тобто судовий виконавець, співробітник фінансового органу попереднього розслідування, нотаріус, судовий розпорядник, розпорядник майна, судовий наглядач і управляючий, а також особа, яка ухвалює рішення у дисциплінарному органі, що діє на підставі закону (ст. 115 § 13, п. 3 КК). Якщо такі особи порушують право, перекручуючи його під час виконання своїх службових обов'язків, їхні дії можуть реалізовувати ознаки злочину зловживання владою публічною посадовою особою (ст. 231 § 1 КК).

До кола виконавців злочину судової несправедливості не зараховують також публічних посадових осіб, які перекручують право при ухваленні адміністративних рішень, оскільки щодо громадян вони виступають як представники адміністрації і не ухвалюють рішень «як суддя», незалежний і покликаний вирішувати об'єктивно у змагальному процесі. Такі співробітники можуть бути виконавцями злочинного зловживання владою у розумінні ст. 231 КК.

Незалежний депутат, виконуючи свою роль голови слідчої комісії стосовно вивчення певної справи⁷⁵⁴, якщо він перекручує право на шкоду правосуддю, через свій імунітет не може нести кримінальної відповідальності за зловживання владою (безумовний імунітет), хіба що своєю дією він порушує права третіх осіб, а сейм дасть згоду на притягнення його до такого виду відповідальності. Якщо ця умова буде виконана, правовою підставою його відповідальності буде ст. 231 § 1 КК в частині, яка регулює діяння, що зашкоджують особистому інтересу.

⁷⁵⁴ Закон від 21 січня 1999 року «Про слідчу комісію сейму», «Законодавчий вісник», 2009, № 151, номер документа 1218, зміни: «Законодавчий вісник», 2010, № 182, номер документа 1228.

6. Поняття перекручування права

6.1. Суть перекручування права

Ключовим для з'ясування наведеної тут конструкції кримінальної відповідальності судді і прокурора є питання критеріїв оцінки рішення як дії, що перекручує право. Поняття перекручування права є елементом, який поєднує дію судді або прокурора, що полягає у перевищенні повноважень або неналежному виконанні обов'язків, із наслідком, яким є істотна шкода, завдана правосуддю.

Щоб пояснити нормативне значення злочинної дії, якою є перекручування права, варто застосовувати термінологію, що виникла на ґрунті науки про об'єктивне приписування і підвищений ризик. У контексті цих категорій приписуванню вважається лише такий стан несправедливості, який відповідає ознакам розглядуваного типу дії, що його спричинив суддя через недозволене створення небезпеки – ризик для правосуддя або значно підвищив існуючу небезпеку – ризик виникнення шкоди для юридичного блага, яким є правосуддя.

Істотна шкода, якої зазнало правосуддя, нормативно приписується судді лише тоді, коли спричинений ним стан небезпеки відрізняється від звичайного стану, що обумовлений природою застосування права судом, або коли він перевищив прийнятний рівень ризику настання несправедливості, що становить іманентну ознаку застосування права судом. Цей звичайний стан небезпеки, який полягає у тому, що під час застосування права судом будуть ухвалюватися несправедливі рішення, впливає з суті процесу, що відбувається у судді, і становить собою неминучу загрозу, що постійно супроводжує суддівську діяльність. Цей стан може визначатися як повсякденний ризик правосуддя і як такий є нормативно прийнятним, у тому сенсі, що судді, який ухвалює рішення з несправедливим змістом, приписується не завдання шкоди юридичному благу неправомірно засудженої людини, а завдання такої шкоди правосуддю в цілому.

Зважаючи на це за основу можна прийняти, що перекручує право суддя, який, ухвалюючи рішення, застосовує положення закону в спосіб, що створює небезпеку для правосуддя такою мірою, яка не є юридично прийнятною, або посилює існуючий звичайний ризик виникнення шкоди настільки, що він перестає бути прийнятним і стає підставою приписування судді наслідку, що становить ознаку суддівської забороненої дії.

6.2. Звичайна, тобто прийнятна небезпека зашкодити правосуддю

З природи судового процесу випливає і нерозривно з ним пов'язаний ризик ухвалення рішень, що порушують норми матеріального і процесуального права. Тому існує небезпека, яку важко мінімізувати, що конкретне судове рішення буде несправедливим і як таке заперечуватиме мету права і суддівське покликання здійснювати правосуддя. Це становить небезпеку для правосуддя, яка супроводжує щоденну діяльність судів і прокуратур і яку можна визначити як «повсякденний ризик» у здійсненні правосуддя.

Існування повсякденного ризику того, що правосуддя не буде здійснене у процесі, який базується на правилах матеріального і процесуального права, перебуває в процесуальних рамках у тому сенсі, що відповідною процедурою передбачені засоби оскарження рішень, ухвалених із порушенням суддівських обов'язків і повноважень.

Ризик несправедливості передбачається законодавцем, який усвідомлює, що він повинен, наскільки це можливо відповідно до норми *nullum crimen sine lege certa*, якнайдокладніше описати дії, заборонені у матеріальному праві, а також визначити правила визначення покарання за дії, що відповідають тому описові, і це становитиме собою гарантії судової процедури для підозрюваного в учиненні такої дії, а також засоби оскарження рішень, ухвалених у процесі. На мовчазному схваленні прийнятного ризику щодо того, що рішення може виявитися несправедливим, ґрунтується також інститут надання законної сили кожному судовому вироку після вичерпання усіх можливостей для його оскарження. Те, що правомочний вирок може бути об'єктивно несправедливим, припускає інститут відновлення провадження, яке може мати місце тоді, коли будуть виявлені нові докази, невідомі суду під час ухвалення рішення.

Якщо суддя ухвалює несправедливий вирок, проте не виходить при цьому за межі прийнятної судової загрози несправедливості, то, у прийнятому тут розумінні слова, він не перекручує право, і тому йому не може об'єктивно приписуватися шкода, якої зазнало правосуддя. Треба наголосити, що роздуми, що виходять з контексту категорії об'єктивного приписування, призводять до висновку, що не чинив у нормативному сенсі несправедливості суддя, рішення якого через правові недоліки пізніше було скасоване під час інстанційного контролю, або навпаки, незважаючи на те, що оцінене зовнішнім спостерігачем як несправедливе, воно було залишене в силі апеляційним судом і стало

правомочним, якщо несправедливість, що перебуває у змісті рішення, виникла з нормативно прийнятної небезпеки, пов'язаної з діяльністю зі здійснення правосуддя. Так, суддя не несе особистої відповідальності за несправедливе вирішення навіть тоді, якщо слухність звинувачень у цьому, що є досить частим випадком, підтвердило рішення суду, який розглянув апеляцію, констатує, що зміст оскарженого вироку порушив право.

У цьому місці варто додати, що поняття, яке вживається в юридичній лексиці, «порушення права», матеріального або процесуального, що має обґрунтовувати необхідність інстанційного контролю суддівського рішення, дає оцінку його змісту в контексті категорій повсякденного ризику в діяльності судів. Термін «тяжкий злочин проти правосуддя» стосується лише дії судді, який здійснює перекручування права у такий спосіб і у такому обсязі, що він руйнує остаточну мету права, якою є правосуддя.

Такий акт вже не міститься в межах прийнятного ризику здійснення справедливості, якій мають служити судді з огляду на своє покликання, і не охоплюється правом на суддівську помилку, за яку він не несе відповідальності перед законом.

6.3. Перекручування права як таке, що породжує недопустиму небезпеку для правосуддя

Перекручуванням права є застосування положення права у такий спосіб, який не може визнаватися прийнятним у здійсненні правосуддя, відповідно воно нормативно оцінюється як неприйнятне. Стан неприйнятного ризику виникає тоді, коли через рішення судді ставиться під сумнів правосуддя як остаточна мета застосування права судом. Ознака, яка визначає злочинну дію перекручування права, становить підставу для цілої конструкції кримінальної відповідальності судді, оскільки твердження, що він перекручував право, стає істинним в аспекті об'єктивного приписування йому шкоди, завданої правосуддю.

Відповідь на запитання про критерії об'єктивного приписування наслідку, яким є істотна шкода, завдана правосуддю, базується на визначеннях, опрацьованих у попередніх розділах цієї книги, у яких ми намагалися показати, чим є суддівське перекручування права. Визначено шість форм дії, яка становить акти суддівського перекручування права: засудження всупереч нормі *lex retro non agit*; засудження за злочин, вчинений суддею, який застосовує загально сформульовану кримі-

нально-правову норму; засудження за дію, що не є забороненою законом, що ґрунтується на порушенні правил тлумачення; встановлення покарання, яке порушує своєю суворістю елементарне відчуття справедливості; засудження обвинуваченого, якого у процесі позбавлено людських прав, у тому числі права на захист; засудження без доказів або на підставі фальшивих доказів, створених під час слідства. Кожна з наведених форм перекручування права створює небезпеку для правосуддя у мірі, яка перевищує ризик, який міг би бути прийнятним, тому судді можна приписувати наслідок у формі акту несправедливості, що реалізує ознаку суддівської забороненої дії. Злочин перекручування права є поведінкою, через яку власне суддя з огляду на тягар вчиненого безправ'я ставить себе поза правом на суддівську діяльність.

Іншими словами, під час встановлення критеріїв об'єктивного приписування судді несправедливості як наслідку, за який він несе особисту відповідальність, треба вказати форми перекручування права, у яких суддя виходить за межі своєї влади і замість того, щоб виконувати свій обов'язок здійснення правосуддя у справі, яку він розглядає, він виявляє зневагу. Прийняті у цій книзі критерії об'єктивного приписування, що впливають з поняття перекручування права, мають слугувати визначенню випадків, у яких судді у період існування тоталітарної держави вчиняли злочини, за які вони повинні були нести кримінальну відповідальність. Однак у цьому місці слід зазначити, що кримінально-правова оцінка їх поведінки у ролі суддів принципово відрізняється від оцінювання суддівської поведінки в етичних категоріях.

Міркування, що базуються на етичних категоріях, обумовлюють висновок про те, що судді, які застосовують кримінальне право, встановлене тоталітарною владою, зміст якого не відповідає мінімальним умовам щодо справедливості, у кожному випадку ухвалення рішення, що базувалося на такому праві, порушували суддівську етику⁷⁵⁵. При-

⁷⁵⁵ Зважаючи на важливість висловлювання заслугує на цитування фрагмент роздумів М. Саф'яна в «Етиці суддівської професії»: «Додамо, що етично вразливий суддя не може підпорядковуватися будь-якому закону. Отже, не буде достатнім у крайніх чи екстремальних ситуаціях, добре відомих і описаних, посилатися на суддівське відчуття міри, справедливості і вразливості при застосуванні права, щоб зберегти сенс і гідність професії. Не можна було гідно і чесно виконувати расистські закони Третього Рейху, і чинити це з поміркованістю, так само як було це неможливим, наприклад, при застосуванні Малоого Кримінального кодексу у сталінську епоху. Існує певний поріг системи права чи юридичного порядку, нижче якого ми вже матимемо справу з запереченням власне основної ідеї права – порушенням основних принципів і цінностей. Таке право не може виконувати жоден чесний суддя». Схвалюючи погляд М. Шишковської, що не можна від суддів, подібно як від інших громадян, очікувати героїчних дій, далі автор наголошує, що «обов'язком судді є точне дотримання законів, але повинні, однак, зберігатися певні «порогові» точки системи, щоб можна було говорити про здійснення правосуддя». Див.:

йняті тут критерії кримінально-правової оцінки мають обґрунтувати твердження про те, що ці судді вчиняли злочин лише у випадках, у яких в одній з шести форм вони робили своїми діями, що перекручують право, власний внесок до безправ'я, вчиняючи акти тяжкої несправедливості в ухвалюваних вироків, які позбавляли підсудних життя або волі. Отже, кримінальна відповідальність судді є наслідком вчинення ним однієї з дій, що перекручували право в прийнятому тут розумінні цього поняття.

6.4. Перекручування права в сучасних умовах

Можна змодельовати гіпотетичну ситуацію, за якої в теперішні часи могли б мати місце акти перекручування права, зауважуючи при цьому, що вони не були предметом кримінальних проваджень, завершених твердженням про те, що було вчинено суддівський або прокурорський злочин.

Враховуючи певні сумніви щодо обставин і застосовуваних до них положень права, зумовлених природою публікацій у пресі, в яких описувалися випадки несправедливості, що мали місце під час кримінальних проваджень⁷⁵⁶, можна все ж таки зробити висновки, що такі випадки підлягають вивченню, як можна припустити, в контексті категорій дій, що створюють загрозу завдання істотної шкоди правосуддю, що перевищує рівень прийнятного ризику.

Надто загально і неясно сформульоване положення ст. 585 § 1 Кодексу торговельних товариств 2000 року, яке передбачало покарання у вигляді до 5 років позбавлення волі щодо, зокрема, члена органу управління або наглядової ради товариства за те, що той «діє на [його] шкоду», застосовувалося у кримінальних провадженнях щодо менеджерів, рішення яких перебували в межах економічного ризику, та незважаючи на це, все одно тлумачилися як злочин. У такому випадку

Ius et lex – Księga jubileuszowa ku czci profesora Adama Strzembosza, Lublin 2002, s. 272. Обґрунтовуючи свій погляд обізнаністю щодо ухвалення рішень німецькими судами, що застосовували нацистське право, а також стосовно вироків, що ухвалювалися в Польщі у політичних справах у сталінську епоху і за часів воєнного стану, А. Стшембош сформулював етичну норму, яка стосується ситуації, у якій правові норми, що зобов'язують суддю, явно суперечать моральним нормам. Тоді суддя має вибір: або піти з посади, або ухвалити вирок відповідно до власної свідомості, незважаючи на усвідомлення того, що у зв'язку з таким кроком можуть настати істотні для нього наслідки. Див.: А. Strzembosz, M. Zdanowska, *Sędziowie w czasie próby 1981–1988*, Warszawa 2005, s. 303.

⁷⁵⁶ Дії прокуратури в одній зі справ, у якій був знищений суб'єкт господарювання, стали нещодавно фавулою відомого фільму.

власне винесенням постанови про відкриття кримінального провадження вчинявся злочин, оскільки діяння не відповідало в повному обсязі визначеним відповідним положенням ознакам. Це становище було виправлене внаслідок заміни цього положення на ст. 296 § 1а КК, що докладніше описує заборонену дію⁷⁵⁷.

У провадженнях, предметом яких є економічні злочини, могло доходити до застосування кримінально-правових норм, зміст яких, що не викликає сумнівів щодо свого нормативного сенсу, перекручувався внаслідок тлумачення, що суперечило прийнятим у юриспруденції правилам, маючи наслідком учинення злочину прокурором або суддею, які були переконані в тому, що вони мають заповнювати «прогалини» у кримінальному праві.

Здається, що проявом такого суддівського міркування є фрагмент обґрунтування постанови Верховного Суду від 24 січня 2013 року, у якому стверджується, що положення ст. 300 § 2 КК [всупереч назві розділу XXXVI «Злочини проти економічного обороту», у якому знаходиться ця стаття] «надає захист також зобов'язанням, що не пов'язані з економічним оборотом, у тому числі тим, що впливають з податкових зобов'язань»⁷⁵⁸. Про те, що ця теза повинна заповнювати «прогалину в законі», йдеться в обґрунтуванні постанови Суду:

Думка про те, що ст. 300 § 2 КК охороняє претензії кредиторів, пов'язані не лише з економічним оборотом, не тільки підтримується аргументами зі сфери мовного тлумачення; це впливає і з тлумачення системного і функціонального. Якщо б визнати, що положення ст. 300 § 2 КК захищає лише відносини, пов'язані з економічним оборотом, виникала б неприйнятна прогалина, особливо враховуючи положення законів, що регулювали раніше відповідні відносини. Аналіз обґрунтування проекту чинного КК не дає жодних підстав для твердження, що такою була мета законодавця⁷⁵⁹.

⁷⁵⁷ R. Zawłocki, [w:] System prawa karnego, t. 9. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarce, red. R. Zawłocki, Warszawa 2011, s. 455.

⁷⁵⁸ 1 KZP 22/12. LEX № 1 252 700.

⁷⁵⁹ Про такий вид інтерпретації положень КК 1932 року писав Й. Макаревич: «Найважливішим є факт того, що Кримінальний кодекс не тлумачиться як законодавчий витвір, що відірваний від «верстату» кодифікаційної роботи, – навпаки, Кодекс оцінюється з перспектив 13 років роботи на «верстаті» Кодифікаційної комісії. Забувають про те, що Кримінальний кодекс 1932 року становить самодостатній законодавчий твір, закритий у собі. Все те, що було до цього, було матеріалом для законодавця. [...] це звернення за куліси, це заглядання до майстерні кодифікаційної роботи є дуже небезпечним для застосування чинного закону». Далі автор застерігав, що «звернення до мотивів Коди-

До питання відповідальності судді за перекручування права, що полягає у виході за змістовне значення положення, окреслене його вербальним звучанням, звернувся Апеляційний суд у Вроцлаві у тезі вироку від 27 жовтня 2011 року, яку можна вважати важливою для юриспруденції:

Суддя зв'язаний змістом норми права і має обов'язок її застосовувати відповідно до її буквального звучання. Якщо, однак, граматичне тлумачення викликає труднощі та сумніви, можливо, він і повинен звертатися до опрацьованих наукою, відомих і застосовуваних юридичною практикою методів тлумачення. Суддя не має натомість повноважень повністю довільно прочитувати зміст норми закону і на її розуміння, підпорядковане лише своїм суб'єктивним переконанням, незважаючи на їх суперечність чинним правилам тлумачення закону. Перехід межі, за якою знаходиться очевидне і разуче порушення права (що охоплює так само очевидну і разучу помилкову інтерпретацію норм права), на підставі Закону 2001 року «Про устрій загальних судів» має наслідком притягнення судді до дисциплінарної відповідальності. Це означає, що поза визначений у такий спосіб обсяг суддя не має гарантій незалежності в ухваленні рішень⁷⁶⁰.

фікаційної комісії неможливо обґрунтувати з точки зору конституційного права» і вказував: «На мою думку, Кримінальний кодекс варто пояснювати лише на підставі *ratio legis*, яку треба читати у самому звучанні закону». Потім зауважував, що «є ще одна властивість коментаторів, виключно польська властивість, створена останніми кільканадцятьма роками. Відомо, що польська законодавча техніка не перебуває на високому рівні, відомо, що в практиці виникають сумніви, переважно внаслідок певної необережності чи небалості, щодо чинників, які стосувалися оприлюднення закону. Відомо, що таке звинувачення можна адресувати і до законодавчих творів, які проходять крізь парламентський дистиллятор, і до тих, що приймаються як розпорядженнями президента РП. Тим не менш звідси не випливає, що польське законодавство через це становить немов би пластилін, який кожен може у власний спосіб вигинати, виходячи з принципу, що законодавець хотів сказати не те, що сказав, що з його боку мала місце так звана «кодифікаційна неточність». Оперування поняттям «кодифікаційної неточності» може призвести до повної анархії, до повного хаосу у правових термінах». Див.: *Wykładnia kodeksu karnego*, «Gazeta Sądowa Warszawska», 5 березня 1934 року, № 10, с. 145–146.

⁷⁶⁰ Теза була сформульована щодо головуючого судді, який не заявив самовідвід у справі, виходячи із власного розуміння положення Закону про те, що «суддя підлягає відводу, якщо існує така обставина, яка могла б викликати обґрунтовані сумніви щодо його об'єктивності у цій справі» (ст. 41 КПК). «Зовсім незрозумілою» причиною відмови заявити самовідвід Апеляційний суд визнав твердження про те, що «відсутність заяв інших суддів, які засідали у колегії, що виносила рішення у справі, а також сторін процесу після розгляду справи [...] може свідчити, що об'єктивність головуючого судді у цій справі не піддавалася сумнівам». Коментуючи цю думку, Апеляційний суд ствердив: «Головуючий суддя не дає показань, що впливають з власного внутрішнього переконання, що ґрунтується на його свідомості, ретельності і суддівському об'єктивізмi,

До цієї тези варто звернутися, обґрунтовуючи наведений вище проєкт норми про заборонену дію, що її вчиняє суддя, який перекручує право, описаним у ній способом, додаючи, що завдання нею істотної шкоди правосуддю повинне тягти не лише дисциплінарну, а й кримінальну відповідальність за суддівський злочин перекручування права.

У конкретних випадках може мати місце застосування прокурором поняття організованої злочинної групи (ст. 258 § 1 КК), яке настільки розширене, що засудження за «участь» у ній дорівнювало б покаранню за поведінку, яка не є дією, забороненою законом.

Перекручуванням права є вказівка прокурора затримати особу і примусово доставити її до приміщення прокуратури, якщо не були дотримані умови, визначені законом (обґрунтоване побоювання, що особа не з'явиться за повісткою, буде ускладнювати незаконним способом проведення процесуальних дій, обумовлює потребу термінового застосування запобіжного засобу – ст. 247 § 1 КПК). Інша ніж процесуальна мета такої вказівки, наприклад пропагандистський вияв «сили права», становить мотив, з яким прокурор перекручує процесуальне право, і як такий не скасовує безправ'я його дії.

Направлена до районного суду заява прокурора про застосування тимчасового затримання може оцінюватися в контексті категорій перекручування процесуального права, якщо вона не ґрунтується на достатніх правових і фактичних підставах (хоча й не має місця обґрунтоване побоювання ані втечі, ані переховування обвинуваченого, ані того, що він буде підмовляти давати неправдиві показання, а також не мають місця передумови для призначення за інкриміновані йому дії суворого покарання, ані він не погрожував, що вчинить тяжкий злочин, – ст. 258 § 1, 2, 3 КПК). Це саме може стосуватися постанови суду про застосування цього запобіжного заходу, як і заяви прокурора та постанови суду про продовження його застосування, незважаючи на те, що для цього немає правових підстав (ст. 263 КПК). У таких випадках перекручування права призводить до незаконного позбавлення волі осіб, щодо яких відсутні правові підстави і докази, що підтверджують обґрунтованість висунених їм обвинувачень у вчиненні заборонених дій, і – що

про те, що у цій справі, незважаючи на виникнення аналізованих сумнівів, він зберіг об'єктивність, а висновки, зроблені у двох попередніх справах і ухвалені у цих справах вирокі ніяк не вплинули на перебіг і результат цього процесу. Суддя, який ухвалював рішення в цій справі, звертається, як видається, до неконкретних процесуальних подій, пов'язаних з ухваленням рішень іншими суддями в інших справах, а також до позиції сторін». II Ака 261/11, LEX № 1 086 226.

тісно з цим пов'язане – відсутніми є законні передумови для застосування тимчасового затримання⁷⁶¹.

Оцінка в контексті категорій перекручування права дій прокурора, який звертається з позбавленою підстав заявою про тимчасове затримання, не залежить від мети, яку собі ставив прокурор. Ця мета, що суперечить законним концепціям інституту тимчасового затримання, яку потрібно досліджувати як мотив учинення забороненої дії прокурором, може впливати з його очікування, що особа, позбавлена волі, сама дасть інформацію, яка може знадобитися правоохоронним органам у її справі, або обмовить інших осіб за отримання взамін волі або обіцянки вийти на волю (у публіцистиці такі випадки називають похмурими словами «видобувний арешт»). Давання такої пропозиції тимчасово затриманій особі або особі, яка відбуває покарання у вигляді позбавлення волі, у конкретних випадках саме собою є перевищенням повноважень прокурора, якщо становить обіцянку нагороди у цій формі за обтяження даванням показань вказаної прокурором особи. Поведінка прокурора, який свідомий того, що підтримує стан незаконного позбавлення волі тимчасово затриманої особи, і який заявляє, що цей стан припинить, що саме по собі становить його обов'язок, визначений законом, за умови бажаної для нього поведінки затриманого підозрюваного, є перекручуванням процесуального права.

До цієї самої категорії перекручування права під час попереднього розслідування (незалежно від того, чи застосовувався запобіжний захід) належить відкриття і провадження слідства у такому широкому розумінні, що воно не має явно визначеного об'єкта, що призводить до того, що воно позбавляється правової та фактичної підстави, а реальним мотивом його провадження є очікування прокурора, що саме під час допитів багатьох осіб з'являться передумови для підозр у вчиненні

⁷⁶¹ Б. Півнік (суддя кримінальної палати Окружного суду у Варшаві, міністр юстиції у 2001–2002 роках) так оцінює цю групу випадків: «Коли я думаю про масові тимчасові затримання, я думаю також, що прийде час, коли треба буде нести відповідальність за те, що колись робилось. [...] А вже на рішення про застосування тимчасового затримання, яке застосовує районний суд, подаються жалоби до касаційних судів. Колись можна буде звернутися до цих актів, побачити, як судді оцінювали клопотання прокурорів, чи існували ці докази, на які посилалися. Я знаю справу, у якій посилалися на показання свідка, якого ніколи не допитували. А ці докази повинні були обтяжувати провину». Наголошуючи, що навіть позбавлення волі, що триває три місяці, становить собою втручання в життя людини, авторка подає як приклад конкретне кримінальне провадження у справі пасивного хабарництва, яке велося без достатніх для цього підстав, під час якого одна підозрювана особа вчинила самогубство, а друга, тимчасово затримана, була виправдана, і формулює питання риторичного характеру: «Я запитую, чи ніс якусь відповідальність прокурор, який вів слідство? Чи її ніс той, хто наглядав?». Див.: «Przeгляд» 2011, № 30(604), s. 6–8.

заборонених дій, а також будуть встановлені особи, які могли підозрюватися в їх учиненні. У таких випадках (які у публіцистці називають «тралові слідства») прокурор лише на наступному етапі свого розслідування вибирає осіб і їх дії, з якими поєднує правові оцінки. Зазвичай слідства цієї категорії тривають багато років, причому зібрані матеріали можуть у будь-який час використовуватись прокурором, який не керується законним режимом попереднього розслідування, а передумовою для припущення, що йдеться про слідство такого характеру, може бути, зокрема, відсутність шифру актів справи, у якій конкретній особі висунуто обвинувачення у вчиненні забороненої дії⁷⁶².

Враховуючи сучасні реалії треба навести також категорію перекручування права, яка охоплює зловживання, що полягає у застосуванні під час кримінального провадження доказів, отриманих незаконним шляхом або з неперевіраних чи недостатньо перевірених джерел. У цій групі знаходяться випадки застосування прокурором для обґрунтування тез обвинувачення матеріалів, отриманих шляхом незаконного прослуховування⁷⁶³, а також показань свідка, який співпрацює зі слідством, правдивість слів якого не була достатньою мірою перевірена⁷⁶⁴.

Хоча надані суду докази підлягають його власній незалежній («вільній») оцінці, що має наслідком те, що незаконно отриманий доказ може і повинен відкидатися судом, якщо він визнає його «плодом отруєного дерева», водночас слід зазначити, що на ранньому етапі розслідування перекручує право прокурор, який вносить обвинувальний акт, що містить обвинувачення, сформульовані на підставі безправ'я, вчиненого

⁷⁶² Б. Півнік: «По різних шухлядах лежать різні протоколи. Їх тримають, оскільки раптом знадобляться... Я маю надію, що колесо історії повернеться так, що буде потрібно навести лад у цих шухлядах і впорядкувати матеріали. Також ті, що без шифру, адже вони також існують. Коли бракує шифру в протоколі допиту підозрюваного, це є частим випадком». З контексту випливає, що це висловлення стосується також випадків неформального знищення матеріалів у інших розслідуваннях, ніж тих, що провадяться у справах про перекручування права. Там само, с. 10.

⁷⁶³ У коментарі до ст. 237 КПК влучним було визнано те, «що підтвердження незаконності прослуховування спричиняє втрату доказом свого значення і неможливість процесуально його застосовувати, тобто брати до уваги під час ухвалення вироку, незважаючи на перегляд під час провадження носія, на якому зареєстровані проведені розмови». В обґрунтуванні зазначається, що «навіть інтерес, який має велике значення для суспільства, не може виправдовувати порушення положень, що вноормовують пошук і отримання доказів шляхом прослуховування телефону, оскільки б це зводило нанівець конституційний захист громадянських прав і судовий контроль за втручанням в їхню реалізацію». Див.: J. Grajewski, L.K. Paprzycki, s. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego, Komentarz Lex*, t. 1, Warszawa 2013, s. 755.

⁷⁶⁴ Перекручуванням права є надання прокурором суду показань свідка, який співпрацює зі слідством, якому раніше дозволили ознайомитися з актами справи, в якій він дає показання в суді.

у ході попереднього розслідування. Тому перекручуванням права слід визнавати обґрунтування тез обвинувачення змістом висловлювань, зареєстрованих під час незаконного прослуховування, як і показаннями свідка, який співпрацює зі слідством, не проводячи встановлення правдивості доказів.

Перекручуванням права є також застосування прокурором для обґрунтування тверджень обвинувального акту доказу, що отриманий унаслідок перевищення працівником, який проводить оперативні дії, дозволу робити іншій особі пропозицію прийняти майнову вигоду в ситуації, коли йшлося не про «перевірку отриманої раніше інформації про ймовірний злочин», вчинений особою, а про те, що працівник «під прикриттям» не лише пропонував особі хабара, а й схилив її його прийняти⁷⁶⁵. Слід визнати, що в такій ситуації відбувається порушення принципу довіри до держави, що ним має керуватись громадянин, який своєю поведінкою не дає підстав підозрювати, що раніше він учинив заборонену дію. Порушення полягає в тому, що державний службовець схиляє такого громадянина до вчинення забороненої дії для того, щоб державна влада змогла його потім покарати за вчинений таким чином злочин.

⁷⁶⁵ Дозволенним є здійснення працівником Центрального антикорупційного бюро оперативної дії, що полягає у «поданні пропозиції прийняти або вручити майнову вигоду», лише тоді, коли така дія «спрямована на перевірку отриманої раніше інформації про ймовірний злочин, а також викриття виконавців і отримання доказів» (ст. 19 ч. 1 і 3 Закону «Про Центральне антикорупційне бюро» від 9 червня 2006 року («Законодавчий вісник» 2006, № 104, номер документа 708; 2012, номер документа 621, 627, 664). Отже, йдеться по суті про отримання для кримінального провадження доказу, який підтверджує, що конкретна особа, яка виконує публічну функцію, керується у виконанні своїх обов'язків умислом на набуття злочинної вигоди, цей умисел реалізувала, вчиняючи вже раніше корупційний злочин. Орган приймає ймовірне, хоча в процесуальному сенсі недостатнє повідомлення, наслідком чого є те, що подання пропозиції особі на прийняття вигоди уможливить законне отримання такого потрібного доказу в момент, коли фактично вона прийматиме хабар з рук працівника правоохоронних органів. Якби працівник Центрального антикорупційного бюро схилив особу, яка виконує публічну функцію, прийняти вигоду для того, щоб ця особа була затримана у момент її приймання і була притягнута до кримінальної відповідальності за злочин, умисел на вчинення якого цей працівник-провокатор викликав, така провокація становила б заборонену дію. У такому випадку працівник, який схилив відповідну особу прийняти хабар з метою притягнення її до кримінальної відповідальності, ніс би сам кримінальну відповідальність «за підмовляння» до пасивного хабарництва – що випливає зі змісту ст. 24 КК. Положення ст. 21 Закону «Про Центральне антикорупційне бюро» (яке встановлює, що не вчиняє злочину працівник, який виконує дії, «якщо були дотримані умови, визначені в ст. 19 ч. 3») не скасовує незаконності поведінки працівника, що полягає у підмовлянні іншої особи до вчинення забороненої дії, яка становить собою караний акт корупції. Докладніше див. у: W. Kulesza, *Korupcja a polskie prawo karne*, [w:] *Etyka w biznesie. Forum Przedsiębiorczości na rzecz promocji etyki w biznesie*, Łódź 2008, s. 44.

Схвалення застосування прокурором доказу, отриманого таким способом, і засудження судом на його підставі позбавляло б відчуття правової захищеності всіх громадян, оскільки щодо кожного з них, навіть того, хто своєю поведінкою не давав підстав підозрювати, що в минулому він порушував право, а був би мимовільно вибраний державним службовцем під прикриттям, могли б застосуватися підступні, неприйнятні методи у формі підмовляння вчинити заборонену дію лише для того, щоб отримати привід для призначення судом покарання.

Загалом, інститут дозволеного «внесення пропозиції прийняти або вручити комусь майнову вигоду» може використовуватися для боротьби з реальною злочинністю в ситуації, коли правоохоронний орган не зможе зібрати доказів, які мають процесуальне значення, того, що конкретна особа вчинила заборонену дію. Перекручуванням права було б натомість надання Генеральним прокурором згоди на «створення» злочину, що його мала б вчиняти особа, яка виконує публічну функцію, внаслідок «пробудження» цього злочину діяльністю службовця під прикриттям. Порушенням принципів правової держави було б дозволяння здійснювати необмежений за часом і за своєю частотою вплив державного службовця на особу для того, щоб потім її засудити за вчинення дії, якої у минулому вона не вчинила⁷⁶⁶.

При цьому треба звернути увагу на те, що затримання спровокованого громадянина, який все ж не виявляв бажання отримувати майнову вигоду, «на гарячому» – в момент, коли відбувається «оперативно-технічна» передача вигоди, перекладало б на нього тягар доказування в тому сенсі, що для звільнення від кримінальної відповідальності саме він як підозрюваний, а потім – як обвинувачений повинен був би доводити, що його дії щодо службовця не супроводжував умисел прийняти майнову вигоду у зв'язку з виконуваною ним публічною функцією. Засудження судом обвинуваченого, який не довів своєї невинуватості, слід було б визнати актом суддівського перекручування права.

Слід додати, що постулат встановлення у КК кримінальної відповідальності судді, який перекручує право, у пропонованому тут розумінні цього поняття, впливає також із наміру встановити нормативну підставу для запровадження до процесуального права теорії «плодів отруєного дерева», яка наказує судді відкидати докази, отримані у ході процесуального безправ'я.

⁷⁶⁶ Проведення оперативної дії може організувати керівник Центрального антикорупційного бюро на термін, визначений після отримання згоди Генерального прокурора, який до її видачі знайомиться з матеріалами, що обґрунтовують потребу її проведення (ст. 19 ч. 2, 3 Закону «Про Центральне антикорупційне бюро»).

Суддя, який заперечує процесуальне значення такого доказу для свого рішення, звертався б власне до положення матеріального права, у якому опис такої забороненої дії, як «перекручування права», охоплює також ухвалення рішення, яке базується на незаконно отриманому доказі, наданому прокурором як обґрунтування обвинувального акту.

7. Істотна шкода правосуддю як наслідок перекручування права

7.1. Функція поняття істотної шкоди, завданої правосуддю

Проектований законодавчий опис забороненої дії базується на припущенні, згідно з яким обов'язковою умовою кримінальної відповідальності судді або прокурора є завдання істотної шкоди правосуддю шляхом перекручування права. Хоча кожен випадок перекручування права у процесі його судового застосування зумовлює небезпеку завдання шкоди правосуддю, все ж таки потрібним видається запровадження основоположного чинника до групи ознак, які творять заборонену дію, у формі істотності наслідку, який у свою чергу і обумовлюватиме притягнення до кримінальної відповідальності судді та прокурора. Функцією такого визначення наслідку є обмеження відповідальності за перекручування права лише тяжкими випадками завдання шкоди правосуддю як юридичному благу.

Тому винесення ознак суддівського забороненого перекручування права з істотною шкодою правосуддю в окреме положення КК, що становило б *lex specialis*, обумовлювало б кримінальну відповідальність судді та прокурора, що залежала б від настання такого власне істотного наслідку.

Благом, яке охороняється від перекручування права, є правосуддя, що відправляється у судовому процесі. Акт порушення правосуддя, що здійснюється суддею, є замахом на нього «зсередини», так само, як і дія прокурора, який перекручує право під час попереднього розслідування і в обвинувальному акті, становить замах, виконаний «всередині» перебігу кримінального розслідування і процесу відправлення правосуддя.

Акт правосуддя як предмет захисту є процесом застосування норм права до індивідуальних випадків, під час якого мають дотримуватися

принципи права і правила їх застосування суддею, без чого судовий процес і ухвалювані під час його суддівські рішення є такими, що порушують елементарне відчуття справедливості. Основою поняття акту правосуддя є повага до прав людини, тому що порушення права на чесний процес, а також застосування покарань та інших засобів, передбачених кримінальним правом, проте у спосіб, що порушує принципи гуманізму, а особливо гідність людини, руйнує правосуддя, замінюючи суддівське рішення на заперечення його покликання до здійснення правосуддя.

Функцію ознаки істотної шкоди правосуддю як такої, що обмежує відповідальність судді, можна уявити, вказуючи на випадки перекручування змісту права суддями, які засуджували обвинувачених, посиляючись як на підставу вироків на положення, яке говорить, що підлягає покаранню той, «хто публічно пропагує фашистський або інший тоталітарний устрій держави» (ст. 255 § 1 КК). Суд здійснив субсумцію під це положення, зокрема, поведінки двох виконавців, які прийшли до шкільного будинку для того, щоб взяти участь у дискотеці, яка цього дня не відбувалася через те, що в шкільному залі була виборча комісія. Дізнавшись про це, «придурюючись», вони виконали жест нацистського привітання, викрикнувши кілька разів слова *Sieg Heil*⁷⁶⁷. Хоча засудження за «публічне пропагування фашистського устрою держави» становило у цьому випадку перекручування матеріального права, однак слід погодитися, що умовне покарання у такому випадку, хоча і завдає шкоди правосуддю, однак не в тому обсязі, що обґрунтував би притягнення до кримінальної відповідальності судді.

Слід наголосити, що правосуддя зазнає шкоди також тоді, коли перекручування права у суддівському рішенні надає вигоду, що сприймається крізь призму інтересів державної або місцевої влади, чи також інтересів політичної партії, що уособлює цю владу. Отже, завдає шкоди правосуддю несправедливий суддя також тоді, коли ухвалює рішення

⁷⁶⁷ Автор дослідження вироків судів у цій категорії справ зазначає, що засудження відбувалося, зокрема, за «фашистські привітання», натомість у практиці органів, що ведуть розслідування, було прийнято «стилізувати» під таку ситуацію положення ст. 270 § 2 КК 1969 року. Див.: P. Bachmat, *Przestępstwo publicznego propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa lub nawoływania do nienawiści* (art. 256 § 1 K.K.), [w:] A. Siemaszko (red.), *Stosowanie prawa. Księga jubileuszowa z okazji XX-lecia Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości*, Warszawa 2011 s. 728–729, 732. Як можна припустити, обвинувальні вирoki обумовлюються переконаннями суддів у необхідності заповнення в такий спосіб «прогалин» у законі, що виникла після прийняття чинного КК. Про погляди Верховного Суду у цій справі див.: W. Kulesza, *Pochwalanie faszysmu i komunizmu w świetle prawa karnego (uwagi de lege praevia, lata et ferenda)*, [w:] A. Michalska-Warias, I. Nowinkowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, Lublin 2011, s. 420.

на шкоду громадянина, хоча і в інтересах політичної влади. Справедливе рішення може, натомість у конкретному випадку суперечити інтересам влади і саме тому лишатися за характером своїм правосуддям. Недопустимість отожднення правосуддя з інтересами виконавчої влади становить аспект незалежності судді в ухваленні рішень і його покликання до об'єктивного ухвалення рішень, не перекручуючи права, у кожній ситуації, коли інтереси громадян суперечать інтересам публічної влади.

7.2. *Поняття справедливості*

Маючи на меті не пояснення поняття, а лише коментування проєктованого положення, можна припустити, що правосуддя є ідеєю, уявлення про яку виконує функцію врегулювання міжособистісних відносин за умов такого самого розуміння своїх прав та обов'язків більшістю громадян, яка водночас повинна бути рисою розумного юридичного порядку і найвищою етичною цінністю, яка реалізується у кожному конкретному владному рішенні судді. Справедливий вирок – це такий, що ґрунтується на об'єктивності судді, який ухвалює рішення іменем держави⁷⁶⁸. Принцип правосуддя досліджував М. Цесьляк, разом із

⁷⁶⁸ За всіх відмінностей концепцій, що пояснюють це основоположне поняття, загальноприйнятим є те, що «справедливість становить одну з найважливіших чеснот для кожного суспільного порядку». Див.: Н. Brighthouse, *Sprawiedliwość*, Warszawa 2007, s. 7. Вважається непорушним те, що «як істина у системах знань, так і справедливість є першою чеснотою суспільних інститутів», водночас «істина і справедливість як основні чесноти людської діяльності є безкомпромісними». Див.: J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994, s. 13. Ці твердження обґрунтовуються у спосіб, який, як видається, становить собою розвиток поглядів Платона про те, що «більша справедливість живе в тому, що більше, і легше її там розглядіти [...], відтак, передусім у державах будемо шукати, чим вона є». Див.: Platon, *Państwo*, t. I, Warszawa 1958, s. 102. Цей пошук зумовлює висновок про те, що справедливість є зв'язком, що поєднує членів суспільства, які виконують різні завдання, що виникають з їхніх різних можливостей, які взаємодіючи творять гармонійну державну спільноту. Там само, с. 110. У вихідній точці роздумів, що ведуть до цього висновку, знаходиться твердження: «Якщо б ми подумки оглядали створення держави, то ми б і справедливість побачили так, як вона у ній твориться, і несправедливість», а також твердження, що «державу творять тому, що жоден з нас не є самодостатнім, а потрібно йому багато інших». Там само, с. 102. У цей спосіб було ініційовано мисленневий експеримент, наслідки якого у політичній філософії названо теорією суспільного договору, що представляла справедливість у суспільних устроях як моральну ідею, що стосується відносин між членами суспільства, і становила предмет договору, укладений між особами, які беруть у ньому участь. З цього самого джерела виводить Й. Ролс свою теорію, яка (як зауважує Х. Брайхаус) захопила більшість учасників сучасних дебатів, що точаться довкола проблеми справедливості. Ядром цієї теорії є теза про справедливість як зв'язок, що поєднує громадян, основою якого є об'єктивність, що вимагає розглядати громадян як рівних і вільних, що визнають розумні, хоч і протилежні

принципом гуманізму як основним у кримінальному праві, наголошуючи, що йдеться в ньому про відповідність цієї категорії суспільному

доктрини, відмінність яких компенсується частковим консенсусом, що зумовлює те, що суспільне відчуття справедливості означає їх переконання у тому, що інші визнають ті самі принципи справедливості. Див.: J. Rawls, *Liberalizm polityczny*, Warszawa 1998, s. 73. У справедливості, яку розуміють як об'єктивність, міститься ідея «блага суспільства, що є добре організованим». Там само, с. 248. З тези Аристотеля про те, що участь у житті добре організованого суспільства є великим благом, а усвідомлення взаємного сприйняття принципів справедливості розширює узи ідентифікації на всю спільноту, Ролс виводить думку, яка, як він пише, пов'язана з кантівською інтерпретацією: «Дія справедливості є чимось, чого ми хочемо як вільного і розумного раціонального буття». Див.: J. Rawls, *Teoria...*, s. 771–772. Політична концепція справедливості виходить з власних поглядів громадян, які керуються релігійними, філософськими і моральними істинами, що їх надають прийняті ними доктрини. Консенсус ґрунтується на основних ідеях, в рамках яких випрацьовується справедливість як об'єктивність, при цьому домовленість супроводжується урівноваженням істини у межах власної розумної доктрини, що виключає компроміс, викликаний обставинами. Див.: J. Rawls, *Liberalizm...*, s. 212–214; *Teoria...*, s. 533–535. У цьому значенні консенсус має обов'язковий (нормативний) характер і як такий зберігає свободу для багатьох світоглядних переконань, але водночас визначає межі толерантності. Як коментує З. Рау, теорію справедливості Ролса можна «сприймати як опис нашого відчуття справедливості», і наголошує, що справедливе суспільство, згідно з теорією справедливості як об'єктивності, є і в майбутньому буде стабільним суспільством, тобто здатним до постійного творення у своїх членів відчуття справедливості. Див.: Z. Rau, *Umowa społeczna w Teorii sprawiedliwości Johna Rawlsa*, [w:] Z. Rau, M. Chmieliński (red.), *Umowa społeczna i jej krytycy w myśli politycznej i prawnej*, Warszawa 2010, s. 208–227. Здійснюючи синтез висновку Й. Ролса, Б. Войцеховські наголошує, що він є вираженням ідеї про універсалізм прав людини; ця ідея некритично не приймає усі фактично існуючі в культурі світогляди (частковий консенсус), проте містить нормативне переконання щодо необхідності взаємного сприйняття людей, які визнають і реалізують різні орієнтації і способи життя. Див.: B. Wojciechowski, *Interkulturowe prawo karne. Filozoficzne podstawy karania w wielokulturowych społeczeństwach demokratycznych*, Toruń 2008, s. 109–110. У коментарі до політичної теорії справедливості Ролса Х. Брайхаус зауважує, що «вона відкидає погляди тих, які незважаючи на причини, не здатні перенести тягар судів», і більшу увагу присвячує підтримці з боку тих, яких «доктрини визнають такого роду тягарями». Див.: *Sprawiedliwość...*, s. 111. Розвиваючи думку Й. Ролса і посиляючись на сучасні філософські течії, які тлумачать право як розмову, Б. Войцеховські констатує, що покарання, так само, як і право, є явищем, яке втілюється у процесі спілкування, що виконує етичні вимоги і через це стає культуротворчою інституцією, оскільки «ми визначаємо нашу індивідуальну і колективну ідентичність у спосіб, який має істотне значення для суті функціонування спільноти і суспільства, і який відіграє також фундаментальну роль у виправданні інституту покарання. Там само, с. 414. Отже, поняття справедливості як елемент міжособистісного зв'язку становить предмет дискурсу, у якому також бере участь суддя, який ухвалює рішення у конкретній справі, при цьому його участь полягає у тому, що він виконує своє поклонання і обов'язок об'єктивного втілення справедливості, у переконанні, що інші приймають ті самі принципи справедливості. Суддя відповідає, таким чином, очікуванням, що виникають з суспільного відчуття справедливості, хоча її при цьому не визначає. Сократ на питання про його розуміння справедливості відповідає: «Я зовсім не розумінням [...], проте дією доводжу, що становить собою справедливість, оскільки «безперечно, більш вартими є дії, ніж розуміння [справедливості]». Див.: P. Nowak, *Postłowie do H. Arendt, Odpowiedzialność i władza sądzienia*, Warszawa, s. 307–308.

відчуттю справедливості, та додаючи, що його зміст не має абсолютного, метафізичного значення, проте визначається тим, що принаймні більша частина суспільства вважає справедливим.

Незважаючи на те, що поняття суспільного відчуття справедливості важко докладно визначити, однак це не означає, «що можна було б відмовитися від поняття справедливості у сфері права», оскільки «право без справедливості було б мертвою руїною». Стосовно кримінального права справедливість означає, зокрема, покарання, співмірне вчиненій дії, яка порушує важливу цінність, охоронювану правом, визначення якого ґрунтується на принципі індивідуальної відповідальності. Водночас він зазначив, що суспільне відчуття справедливості, незважаючи на розмаїття критеріїв та точок зору, що визначають оцінки справедливості, «виразно визначає одні дії як справедливі та інші, напевно частіше, – як несправедливі»⁷⁶⁹.

Докладний аналіз поглядів на справедливість у покаранні приводить Т. Качmareка до таких роздумів:

Якщо б [...] йшлося про висновок, можливо вільний від суперечливих тверджень, можна було б ризикнути сказати, що якщо ідея справедливої відплати має своїм джерелом психічні переживання особи чи соціальної групи, і якщо кримінальне право становить і надалі має становити інструмент справедливості, то застосування покарання з метою запобігти злочинності, без прагнення, з повним перекресленням мети задоволення суспільного відчуття справедливості, природно мало б призводити до перекручування і послаблення превентивного і виховного сенсу покарання. Отже, сучасна телеологія покарань повинна враховувати як превентивні цілі, так і справедливу відплату, яку розуміють як задоволення суспільного відчуття справедливості⁷⁷⁰.

З перспективи проведених досліджень обвинувальних вироків суддів⁷⁷¹ автор пише про Кримінальний кодекс:

⁷⁶⁹ M. Cieślak, *Polskie prawo karne, Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 127–130.

⁷⁷⁰ T. Kaczmarek, *Sędziowski wymiar kary w PRL w świetle badań ankietowych (1972) przedruk, T. Kaczmarek, Sprawiedliwa odplata i jej celowościowe ujęcie, [w:] Rozważania, o przestępstwie i karze. Wybór prac z okresu 40-lecia naukowej twórczości*, Warszawa 2006, s. 462.

⁷⁷¹ T. Kaczmarek, G. Solińska, J. Giezek, W. Sitek, *Decyzja sędziego w sprawie wymiaru kary i jej psychospołeczne uwarunkowania*, Wrocław 1987, s. 121.

Надмірний ригоризм засудження, так само як і необґрунтований лібералізм, з'являється в одному і другому випадках як наслідок невірного пізнання стану злочинності, рівня відчуття загрози чи неправильної оцінки змісту безправ'я дій, охоплених кримінальною заборонаю.

Натомість

близьким до ідеалу став би такий кодекс, норми якого дозволяли б стимулювати політику засудження до раціональних, «нормальних» покарань, тобто таких, що були б позбавлені елементів як надмірної суворості, так і перебільшеної поблажливості⁷⁷².

Подібні категорії роздумів використовує В. Хассемер, розвиваючи питання про те, «чому повинно існувати покарання», і пояснюючи, що відчуття справедливості – переконання, що є справедливим, а що є несправедливим – становить елемент культури повсякденності і тісно пов'язане з загальноприйнятим розумінням норм кримінального права, у змісті яких глибоко вкорінилися очікування справедливості, тому такі очікування залишаються «досить стабільними»⁷⁷³.

Відчуття справедливості і її очікування не співпадає повністю зі змістом двох основних кодексів. Перегортання сторінок Кримінального кодексу може привести до висновку, що матеріальне право є несправедливим тому, що містить незрозумілі прогалини стосовно караності або загрози надмірно суворим покаранням. Огляд процесуального закону може зумовити оцінку його як несправедливого, якщо він дозволяє вести провадження, що надмірно обтяжує, є нечесним або незрозумілим у своєму перебігу⁷⁷⁴. Суспільне відчуття справедливості тісно пов'язане з очікуванням щодо принципової мети покарання, що вбачається в тому, як «сьогодні майже всі збираються під прапором превентивної концепції покарання, що підходить культурі повсякденності і відповідає основам нашого правового порядку».

Далі автор стверджує, що у демократичній правовій державі не є засобами залякування загроза покаранням і кримінальне провадження, проте вони становлять частину процесуального суспільного контролю,

⁷⁷² T. Kaczmarek, *Nowy polski kodeks karny i jego aksjologiczne oraz kryminalno-polityczne założenia* (1988) przedruk w: T. Kaczmarek, *Rozważania o przestępstwie...*, s. 795.

⁷⁷³ W. Hassemer, *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*. Berlin 2009, s. 20, 28.

⁷⁷⁴ Там само, с. 114.

згідно з правилами і пропорційним способом установлюють відповідальність за порушення права і тому отримують і зміцнюють довіру громадян до правового порядку.

Підсумовуючи, автор наголошує, що навіть превентивні наміри не можуть виправдати порушення меж визначення покарання⁷⁷⁵. Відносячи поняття справедливості до покарання, що присуджується об'єктивним суддею, явно вимальовується сучасне твердження, що воно втрачає цю рису, якщо повністю не дає можливості виконавцю злочину, навіть у далекій перспективі, повторно інтегруватися в суспільство⁷⁷⁶.

КК, докладно визначаючи у ст. 53 § 2 директиви визначення покарання, наказує судові, щоб присуджуючи покарання, він враховував, зокрема, намагання виконавця виправити завдану шкоду або задовольнити в інший спосіб «суспільне відчуття справедливості». У доктрині вказано, що лише такі покарання, що є суспільно прийнятними, можуть таке відчуття задовольняти, що створює атмосферу довіри до чинного права. Водночас зазначено, що часом це порушується з огляду на брак можливості з'ясування суспільних очікувань щодо визначення покарання⁷⁷⁷.

⁷⁷⁵ Там само.

⁷⁷⁶ В. Хассемер представляє це так: «Засуджений в'язень має претендувати на виправлення і на те, щоб знову стати членом суспільства, і це має бути основою його людської гідності». Там само. Б. Войцеховські, розвиваючи теорію справедливості Й. Ролса, доходить висновку, що «покарання, яке містить у собі елементи, що виключають злочинця зі суспільства, становить водночас діалектичну умову і засіб повторного інтегрування виконавця в суспільні структури», і додає: «Обов'язок повторного інтегрування повинен тлумачитися радше як елемент, що обмежує покарання». Див.: *Interkulturelles prawo karne...*, s. 415. В аспекті теорії справедливості остання не є присутньою ані в інституті смертної кари, ані в інституті довічного позбавлення волі, без можливості умовного звільнення. Однак треба зауважити, що в теоретичних роздумах, предметом яких є поняття «справедливість», на першому плані не з'являється, будучи щонайменш «тлом», те, за що особу може спіткати покарання, тобто конкретний злочин у всьому вимірі його безправ'я. Натомість суспільне відчуття справедливості повинно формуватися з урахуванням конкретних злочинів, вчинених індивідуальними виконавцями, які в окремих випадках можуть викликати у суспільній думці найбільший осуд і найбільшу відразу, що тягнуть елімінаційні покарання, особливо покарання у вигляді довічного позбавлення волі без можливості умовного звільнення щодо виконавців убивства людей, серійних убивств, убивств дітей на ґрунті педофільії – суворі покарання за подібні діяння можуть визнаватися як такі, що не суперечать правосуддю.

⁷⁷⁷ Автори коментаря до ст. 53 КК наводять як приклад вирок Апеляційного суду від 30 грудня 2007 року (II АКа 223/7), у якому зазначається, що для призначення покарання не має жодного значення «суспільне відчуття справедливості», оскільки воно є поняттям неточним і недослідженим, і виражає радше власну уяву осіб, які його застосовують, бо ніхто не досліджував, як суспільство оцінює злочини, що піддаються осуду. Далі у вирокі зазначено, що немає також обґрунтування для того, щоб незалежний суд підпорядковував ухвалення вироку настроям якоїсь групи населення, адже ці настрої за

Заперечення сенсу нормативного поняття суспільного відчуття справедливості ставило б його «в опозицію» до справедливості у розумінні суду. Натомість варто зазначити, що поняття відчуття справедливості вживається як рекомендація для з'ясування, чим є разюча несправедливість конкретного суддівського рішення. Положення ст. 440 КПК встановлює, що якщо залишення рішення в силі «було б разюче несправедливим», воно підлягає зміні касаційною інстанцією на користь обвинуваченого або скасуванню, незалежно від меж, у яких воно було оскаржене, і висунених обвинувачень.

В аспекті цього положення судова разюча несправедливість є нормативною категорією. Для її пояснення у коментарі зазначається, що «йдеться про таке упущення, яке в разючий спосіб порушує відчуття справедливості», і наголошується при цьому, що це не лише є питанням неспівмірності покарання або іншого засобу покарання, а й свідченням, зокрема, існування істотних сумнівів щодо обґрунтованості вироку, як і сумнівів щодо фактичних висновків, прийнятих за основу рішення, а також обґрунтування судом свого рішення невідповідними доказами⁷⁷⁸. Це може стосуватися «як провини, так і покарання»⁷⁷⁹.

З прийнятої у цій книзі точки зору цьому положенню відводиться центральне місце в системі самоконтролю визначення справедливості ухвалюваних судами рішень – адже загальним поняттям разючої несправедливості охоплювалися такі рішення, у яких в різних формах, – як ми намагались показати, – зустрічалося перекручуване право. Якщо положення про суддівську заборонену дію було б внесене до КК, це могло б зумовити внесення відповідних змін до змісту ст. 440 КПК, яка б звучала після цього таким чином: «Незалежно від меж обвинувачення і висловлених обвинувачень підлягає зміні на користь обвинуваченого або скасуванню рішення, у якому мало місце перекручування права і завдавалося істотної шкоди правосуддю».

своєю природою є неправильними, оскільки переважно базуються на неповному знанні реальії події. Категорично звучить твердження: «Для того суддям і надано незалежність, щоб вони ухвалювали рішення справедливо, а не для того, щоб виконували спонтанно виникаючі, часом умисно створювані настрої якихось груп мешканців, не завжди відповідні, зрідка стабільні, зазвичай нерациональні. Не були справедливими вироки, під час ухвалення яких урахувалися такі настрої». Див.: P. Hofmański, L.K. Paprzycki, [w:] J. Bojarski, M. Bojarski, M. Filar. W. Filipkowski, O. Górniok, s. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L.K. Paprzycki, E. Plywaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz. Z. Siwik, R.A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, *Kodeks kamy...* s. 215.

⁷⁷⁸ T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*. Warszawa 2007, s. 839.

⁷⁷⁹ J. Grajewski, L. K. Paprzycki, s. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego...*, t. 1, s.115.

7.3. Істотна шкода правосуддю

Щоб встановити, чи вчинений «зсередини» правосуддя суддівський замах на нього у формі акту перекручування права в ухваленому рішенні завдав йому істотної шкоди, вирішальною є оцінка «ззовні». Яскраво це представив Апеляційний суд у Вроцлаві у згаданому в цьому розділі книги вироку від 27 жовтня 2011 року, в якому зробив предметом своїх роздумів поняття об'єктивного, а отже, справедливого судді:

Судова влада не закривається в межах своїх функцій і не діє на власну користь. Вона мусить бути так збудована, повинна мати таким чином сформовану компетенцію і застосовувати її у такий спосіб відповідно до положень права, щоб в суспільних оцінках вона сприймалася як об'єктивна, ретельна, компетентна, незалежна і справедлива. З цієї перспективи вирішальним не є ані те, чи суддя, який ухвалює рішення, сам себе вважає об'єктивним, ані також те, чи сторони і учасники процесу піддають сумніву його об'єктивність (що зрештою може зумовлюватися різноманітними причинами або суто неусвідомленням і незнанням повноважень); натомість важливим є те, чи в конкретному випадку провадження, з урахуванням конкретних фактичних обставин, можна було б уникнути сумнівів і переконати кожного пересічного освіченого, інтелігентного і розсудливого члена суспільства, особисто не зацікавленого в результаті процесу, що власне в цьому провадженні суддя міг зберегти і зберіг об'єктивність⁷⁸⁰.

Такий самий гіпотетичний зразок зовнішнього спостерігача повинен використовуватися для здійснення оцінки того, наскільки істотно в конкретній справі суддя, який перекручує право, зашкодив правосуддю, ухвалюючи рішення, зміст якого оцінюється в контексті категорій істотної шкоди для справедливості.

Оцінка того, чи є істотною шкода, завдана правосуддю, вимагає врахування насамперед нормативної цінності юридичного блага, що зазнало порушення внаслідок ухвалення рішення, в якому перекручувалося право, а вже потім суспільного сприйняття цього порушення. Позбавлення життя або волі на багаторічний строк осіб вироками, що перекручують право, які ухвалювалися суддями сталінської епохи, завдали такої шкоди правосуддю, що діяльність судів у сприйнятті сус-

⁷⁸⁰ II Akta 261/11. LEX № 1 085 916.

пільства становила вже терор, що його застосовувала влада за допомогою судів як свого роду декорації.

Оцінюючи шкоду, якої зазнає правосуддя внаслідок судового перекручування права в умовах сучасності, варто брати до уваги як знищення або завдання збитків індивідуальному благу потерпілого, так і викликану таким чином негативну суспільну оцінку суду, що вчинив такий акт. Суспільне схвалення діянь прокуратури і судів є умовою формування у громадській думці переконання, що у судовому процесі чиниться правосуддя. Кожне справедливе судове рішення, тобто таке, у якому право не було перекручене, водночас утворює як нормативну, так і суспільну цінність правосуддя. Вирок, який перекручує право, спричиняє не лише шкоду правосуддю, яку розуміють як *damnum emergens*, а й *lucrum cessans* – втрату очікуваної користі, якою стало б суспільне схвалення судового рішення і визнання здійснюваного судами правосуддя.

Вже власне направлення до суду обвинувального акту, у якому здійснено перекручування права, змінює правовий статус обвинуваченої людини, внаслідок чого змістом обвинувачення підривається презумпція її доброго імені, що становить благо, яке захищається законом, завдаючи водночас шкоди правосуддю шляхом здійснення провадження всупереч закону. З тих самих причин шкоду правосуддю спричиняє також ухвалення у першій інстанції вироку, який перекручує право, і засудження обвинуваченого, навіть якщо не дійшло б до виконання призначеного йому покарання.

На те, чи шкода, завдана рішенням, яке перекручує право, є істотною, а отже, чи реалізує вона ознаку наслідку суддівської або прокурорської забороненої дії, спільно впливають тягар обвинувачення, висунутого обвинуваченому, покарання, що йому загрожує, і обсяг шкоди за бажаного суспільного схвалення правосуддя.

Істотний негативний наслідок може мати також відмова прокурора відкрити кримінальне провадження, незважаючи на підтвержене фактами повідомлення про злочин, особливо у випадку, коли така пасивність дає можливість виконавцеві продовжувати злочинну діяльність і завдавати шкоди багатьом особам, що згідно з громадською думкою породжує втрату довіри до прокуратури і побоювання того, чи реалізує вона своє покликання оберігати від безправ'я громадянські блага.

Перекручування права, яке не завдає шкоди в обсягах, які роблять його істотним для правосуддя, зумовлює те, що неповною залишається група ознак, які творять тип забороненої дії; як наслідок – не настає кримінальна відповідальність ані судді, ані прокурора, які перекручували право, в такому разі.

8. Суддівський умисел на перекручування права

Конструйоване тут поняття злочину *sui generis* перекручування права суддею або прокурором має також виконувати цю функцію, адже воно однозначно вказує, що його можна вчиняти лише умисно. Це означає, що ненавмисний варіант караного зловживання владою (ст. 231 § 3 КК) не стосується судді чи прокурора, які перекручують право, поведінку яких не супроводжує умисел на вчинення несправедливості. Отже, якщо суддя помилиться в оцінці права або обставин справи, яку розглядає, але він ані не хоче чинити заборонену дію, ані не погоджується на таку можливість, то відсутність умислу спричиняє те, що він умисно не вчиняє заборонену дію перекручування права. Однак при цьому слід зазначити, що усвідомлення суддею того, що ухвалене ним рішення піддаватиметься контролю вищої інстанції, не виключає його умисності, з якою він перекручує право в змісті ухваленого рішення. Для визначення того, чи супроводжує ухвалення рішення, яке перекручує право, умисел судді чинити несправедливість, не має значення політичний або інший, у тому числі особистий, мотив його дії.

Суддівський злочин перекручування права може бути вчинений в обох формах, як з прямим, так і евентуальним умислом, проте в обох випадках йдеться про ухвалення рішення, яке через перекручування права створює небезпеку завдання шкоди правосуддю і власне завдає йому такої шкоди.

Адже правосуддя реалізується в суддівських рішеннях, які є неупередженим застосуванням права і не становлять його перекручування – спотворення на користь інтересів якогось учасника судового процесу.

З прямим умислом діє суддя, який, усвідомлюючи обсяг своєї суддівської влади, хоче шляхом зловживання нею вчинити акт несправедливості – перевернути право. Ця форма умислу не вимагає приписування судді прагнення ухвалити несправедливе рішення. Прямий умисел наявний також тоді, коли воля судді насправді не набуває форми «прагнення» вчинити несправедливість, проте є його згодою на те, про що суддя, який ухвалює вирок, знає, що воно становитиме однозначне порушення матеріального або процесуального права в ухваленому вирокі. Адже згода на вчинення дії, що полягає у перекручуванні права і перетворенні його на судове безправ'я, є рівнозначною бажанню вчинити заборонену дію.

З прямим умислом перекручує право також суддя, який усвідомлює, що бракує доказів, які обґрунтовують твердження обвинувачення, і незважаючи на це ухвалює обвинувальний вирок, розмірковуючи при

тому, що, можливо, обвинувачений і справді вчинив дію, що заслуговує на покарання, яку неможливо довести шляхом застосування жодного законного способу. У такій ситуації суддя, хоча й не хоче засуджувати невинуватого, однак погоджується на те, що є покаранням без доказів, що означає, що він з прямим умислом перекручує доказове право.

Евентуальний умисел супроводжує суддю, який усвідомлює, що його рішення може становити зловживання владою на засудження і як таке є актом несправедливості, й погоджується на таку евентуальність. Це означає, що він хоче наразити юридичне благо на небезпеку – а у разі перекручування права така небезпека є неминучою, – що супроводжується байдужістю щодо самого наслідку, яким є істотна шкода правосуддю⁷⁸¹.

Умисел в обох своїх формах стосується таких суддівських дій, які як перекручування матеріального або процесуального права створюють або активізують небезпеку, ступінь якої не дозволяє толерантно її сприймати в реаліях повсякденного застосування судового права, і завдають істотної шкоди правосуддю. Перекручування права, яке не супроводжується умислом судді завдати тяжкої шкоди правосуддю, не є злочином, оскільки неповним є набір ознак, що створюють цей тип караної дії, саме через відсутність елемента, що належить до його суб'єктивної сторони.

Розглядаючи крізь призму сконструйованого тут зразка суддівської забороненої дії поведінку суддів, які застосовували Декрет «Про воєнний стан», що порушував норму *lex retro non agit*, треба визнати, що вони перекручували право, однак не можна було б приписати умисел на завдання істотної шкоди правосуддю тим з них, які намагалися в різний спосіб зменшити небезпеку, що загрожувала благам осіб, обвинувачуваних на підставі несправедливих положень (наприклад, передаючи справу зі спрощеного до звичайного порядку, частково здійснюючи розслідування доказів, створюючи сприятливі можливості для захисту, присуджуючи покарання в нижніх його межах, умовно припиняючи їх виконання). Такою своєю поведінкою в ролі судді в окремих випадках вони доводили, що ані не хотіли втілювати в життя безправ'я воєнного стану шляхом завдання тяжкої шкоди правосуддю, ані не залишалися байдужими до того, що мало виникати з волі законодавця, який надав безправ'ю форми Декрету.

⁷⁸¹ J. Waszczyński, *Jeszcze w sprawie zamiaru ewentualnego*, «Palestra» 1977, № 5, s. 78.

9. Суддя, який перекручував право, та його переконаність у тому, що він дотримується закону

Судді, які обвинувачувалися в тому, що в ухвалених вироках вони чинили несправедливість, як правило відповідали, що вони застосовували чинне на той час право. Таке переконання не є ані помилкою щодо ознаки суддівської забороненої дії, ані неусвідомленням неправомірності такої дії, якщо воно викликане зовнішнім чинником і має «екзогенний» характер.

У тоталітарній державі велася тривала індоктринація суддів з метою викликати в них відчуття обов'язку при ухваленні рішень ставити на першому місці вказані пропагандою цілі влади, що реалізовувала через діяльність прокуратур і судів свою ідеологію. У період судового терору вказівку суддям через комуністичну владу, як вони мають ухвалювати рішення, переказувала формула: «Суддівська незалежність повинна бути як шкаралупа, яка оберігає від сторонніх впливів, однак вона повинна тріскати перед партією»⁷⁸².

Судді, які були ідеологічно мотивованими виконавцями наказів, здійснюючи перекручування права в ухвалюваних вироках і керуючись при цьому переконанням у потребі дослухатися до вказівок політичної влади, не чинили цього, помиляючись чи щодо «ознаки право», чи «щодо права».

У реаліях сучасності прокурори і судді можуть потрапити під вплив, який діє опосередковано, наприклад коли політична влада оголошує акцію боротьби зі злочинністю визначеного виду, що зустрічається зі

⁷⁸² J. Poksiński, «*My, sędziowie, nie od Boga...*», Warszawa 1996, s. 226. Переконання про те, як карати за поведінку, яку влада визнавала за злочини, що їй загрожують, формувалося у процесі політичної індоктринації суддів і прокурорів, які піддавалися обов'язковим вишкілам з «марксизму-ленінізму» з його твердженням про класовий характер права, що становить інструмент боротьби панівного класу з його противниками. Всі вишкіли і проведені в їхній період спостереження суддівських позицій старанно контролювалися і аналізувалися в аспекті прийняття персональних рішень, аж до звільнення з суддівської служби. Див.: A. Machnikowska, *Wymiar sprawiedliwości w Polsce w latach 1944–1950*, Gdańsk 2008, s. 210–217. У наступний період політичної «відлиги» «після усунення найнебезпечніших противників нової системи і перебиття хребта суддівській незалежності можна було перейти до використання дещо тонших засобів тиску на працівників правосуддя». Див.: P. Kładoczny, *Kształcenie prawników w Polsce w latach 1944–1989*, «*Studia Iuridica*» 1998, z. XXXV, s. 113. А. Стшембош висловив погляд щодо суддів – членів ПОРП (у 1969 році – 50%, а 10-ма роками пізніше – 60%) про те, що хоча «серед партійних переважали в цей час опортуністи, а не ідейні прихильники реального соціалізму, тим не менш здійснення на них впливу по партійній лінії було напевно простішим, ніж на інших суддів, особливо позапартійних». Див.: A. Strzembosz, M. Zdanowska, *Sędziowie warszawscy...*, s. 39.

схваленням зі боку, відповідно, більшої частини громадської думки, що очікує на обвинувальні акти і засудження виконавців вказаної категорії. Мотивом прокурорів може бути також бажання швидшого кар'єрного росту в організаційній структурі прокуратури шляхом демонстрування своєї діяльності, яка, хоча перекручує процесуальне право, однак має ефект, що визнається як бажаний їх начальством. У таких випадках не йдеться ані про помилку щодо ознаки забороненої дії перекручування права, ані про неусвідомлення її безправ'я.

Переконання судді, який перекручує право, що він застосовує закон згідно зі своїм покликанням до здійснення суддівської влади, може впливати з проведеного ним неправильного міркування, яке водночас залишається вільним від зовнішнього впливу, що порушувало б його незалежність. Таке внутрішнє переконання має «ендогенний характер». Можливий зовнішній вплив у такому випадку не має на меті схилити суддю до ухвалення рішення визначеного змісту, але може спричинити те, щоб він швидко «залагодив» справу шляхом прийняття бодай якогось рішення. Сьогодні така суддівська невизначеність у тому, чи здійснює він, застосовуючи право, правосуддя, може бути наслідком постійного впливу на швидкість процесу; як наслідок – суддя визнає, що докорінна рефлексія над тим, чи в підготовленому рішенні він не перекручуватиме права, робить його в очах інших «нездарою», оскільки зайво «філософськи налаштованим»⁷⁸³. При цьому треба зауважити, що переобтяження роботою і нестача часу на читання літератури як причини обмеження здатності до юридичного міркування суддів діагностувалися вже у міжвоєнний період⁷⁸⁴.

Ця сама причина може бути підставою перекручування права, що здійснюється прокурорами в обвинувальних актах унаслідок помилкового визначення ознак злочину в діях, які інкримінуються обвинуваченому. На це, зокрема, вказують вироки, що виправдовують осіб, обвинувачуваних у вчиненні економічних злочинів. Обґрунтування цих

⁷⁸³ А. Габерле відзначає, що постійний вплив на швидкість провадження виключає у багатьох справах сумлінний розгляд справи, унеможливує проведення дослідження додаткових доказів у тяжких справах і докладніший їх аналіз. Цей автор пише: «Кілька суддів, звісно в неофіційних розмовах, поділились зі мною такими спогадами: «Шеф не висуне претензії, якщо у швидко розглянутій справі мій вирок буде скасований другою інстанцією, натомість погано сприймається прагнення, що займе час, з'ясувати сумніви, що мене засмучують». Див.: *Rozważania o prawie i sądownictwie*, Zakamycze 2005, s. 55.

⁷⁸⁴ Б. Врублевські, коментуючи результати анкетних досліджень, зазначав: «Судді скаржаться на переобтяження роботою, на нестачу часу, необхідного для читання літератури». Див.: *Sprawność i prawnicza kultura umysłowa sędziów karnych*, Odbitka z t. X «Rocznika Prawniczego Wileńskiego» 1939, s. 30.

вироків визнаються такими, що «руйнують» тези спрямованих щодо них обвинувальних актів.

«Ендогенне» переконання судді і прокурора, які перекручують право, застосовуючи його відповідно до своїх посадових обов'язків, підлягає оцінці в контексті категорій неусвідомлення неправомірності їхніх дій (ст. 30 КК). Це означає, що у випадках, коли їхні рішення становлять перекручування права, якого вони не виявили, ключовим питанням стає визначення безправ'я процесу. Роздуми, чи було очевидним безправ'я, що містилось у суддівському рішенні, що перекручує право, вимагає застосування об'єктивного критерію, що полягає у розміщенні на місці конкретного судді, який не усвідомлює неправомірності ухваленого рішення, ідеального зразка доброго судді. Якщо такий «добрий суддя», вірний своєму покликанню до об'єктивного вирішення справ і здійснення таким чином правосуддя, який володіє знаннями про закон і є незалежним у його застосуванні, потрапивши в ситуацію конкретного судді, в якій він готує свої рішення, не розпізнав би незаконності рішення, що перекручує право, то слід визнати виправданим неусвідомлення неправомірності, з якою реальний суддя перекручував право.

Однак, якщо зразковий «добрий суддя», ухвалюючи рішення на місці судді, який посилається на своє неусвідомлення дії, розпізнав би неправомірність оголошеного вироку, слід констатувати, що невинуватою була відсутність самоусвідомлення тим реальним суддею неправомірності вчиненої дії. Невиправдане неусвідомлення неправомірності не виключає провини виконавця, хоча зменшує її ступінь.

На завершення коментування суддівської і прокурорської забороненої дії перекручування права варто ще раз наголосити, що наведений у цьому розділі книги *de lege ferenda* проект норми, у якій були б описані її ознаки, не має на меті встановити кримінальну відповідальність тих категорій юристів, оскільки, як ми намагалися показати у роздумах *de lege lata*, вона впливає зі змісту загально сформульованої ст. 231 § 1 КК, а також має на меті виокремлення, як караної дії *sui generis*, поведінки, яка полягає у спричиненні перекручування права і завдання цим істотної шкоди правосуддю. Ця пропозиція впливає з переконання, що справедливе застосування права повинно охоронятися загальним положенням Кримінального кодексу, що становить санкціонуючу норму, зі змісту якої можна було б виокремити норму, що забороняє перекручування права у формах, які завдають істотної шкоди правосуддю як фундаментові демократичної правової держави.

Інститут кримінальної відповідальності суддів та прокурорів відповідно до нюрнберзького, німецького, австрійського та польського законодавства.

ПІСЛЯМОВА

У цій книзі вживається термін *crimen laesae iustitiae* для визначення вчинку судді, який перевищує свої повноваження та спотворює правосуддя у суді, при цьому він ухвалює рішення, зміст якого завдає великої шкоди законності.

Інститут кримінальної відповідальності судді за незаконне рішення сформувався вже у римському праві і спершу пов'язувався із суддівською продажністю. Закон *Lex Cornelia de falsis* (81 рік до н.е.) розглядав зневагу суддею норм права в ухваленому рішенні як самостійний заборонений акт фальсифікації (*falsum*).

У німецькому законодавстві описувалося як окремий злочин у КК Німеччини від 1871 року (§ 336 – зараз § 339) *спотворення права суддею, чиновником або третейським суддею, який веде провадження або ухвалює рішення і спотворює право на користь або шкоду однієї зі сторін судового процесу, і йому виносився вирок у позбавленні волі від одного до п'яти років*.

Під час третього Нюрнберзького процесу - над нацистськими юристами у 1947 році — судді Третього Рейху, яких звинувачували у скоєнні злочинів проти людства під час виконання ними суддівських функцій, посилалися на те, що вони лише використовували чинне тоді законодавство відповідно до його змісту (юридичний позитивізм) і не здійснювали спотворення норм права, на які посилалися в ухвалених вироках. Трибунал, перед яким вони постали, визнав, що нацистські судді вчиняли злочин, засуджуючи когось до страти, тому що обвинувачений був поляком або євреєм, а власне закон, який це дозволяв, було визнано таким, що становить одночасно воєнний злочин та злочин проти людства. Засудження німецьких юристів під час Нюрнберзького процесу над ними ґрунтувалося на тезі, що кримінально-правові норми, які вони застосовували, навіть за своїм змістом не були правом як таким, а посилання на них у вироках, які засуджували до страти, не були визнані достатньою причиною для звільнення прокурорів та суддів від кримінальної відповідальності за участь у геноциді. У післямові

вказувалося на розпорядження «Про кримінальний процес щодо поляків і євреїв на приєднаних східних територіях» 1941 року, яке було визнано злочинним за своїм змістом.

Правосуддя Федеративної Республіки Німеччини та Австрії підставою кримінально-правової оцінки діянь нацистських юристів за ухвалені ними за часів Третього Рейху смертні вироки визнало тезу, що проголошує: «Те, що тоді було правомірним, може вважатися сьогодні неправомірним». Таке обґрунтування стало основою відмови від справедливого засудження націонал-соціалістичних юристів – виконавців рішень про вбивство, що об'єктивувалися у формі вироків, ухвалених із посиланням на положення Закону «Про захист німецької крові та гідності» 1935 року і розпорядження «Про кримінальний процес щодо поляків та євреїв...» 1941 року. Це відбувалося, хоча у вченні про післявоєнне право (Г. Радбух) було створено термін законної неправомірності, до цього відносяться перш за все Закон «Про захист німецької крові та гідності» (який карав за осквернення раси) і розпорядження «Про кримінальний процес щодо поляків та євреїв...» (який карав тих, що висловлювали ворожі думки щодо німців). Існували всі доктринальні підстави для визнання того, що смертні вироки, ухвалені на підставі актів нацистського кримінального права, навіть якщо вони обґрунтовувалися його приписами, становили злочини проти життя та волі засуджених жертв.

Як підставу кримінальної відповідальності суддів Третього Рейху було взято норму § 336 КК Німеччини й проаналізовано, чи умисно вони спотворювали чинне тоді право в ухвалюваних вироків. Під поняттям «спотворення права у вироків» розуміється фальсифікація обставин справи (*Sachverhaltsverfälschung*), не підкріплене правовими положеннями, «підганяння» обставин справи під кримінально-правову норму (*Sachverhaltssubsumtion*), а також зловживання суддівською незалежністю при присудженні смертної кари (*Ermessensmissbrauch*).

У судочинстві одночасно сформульовано умову щодо покарання діяльності судді, якою стало доведення того, що, засуджуючи невинного обвинуваченого, він вчиняв це з прямим умислом на спотворення права в ухваленому вироків, і зазначено, що умовного умислу недостатньо для притягнення його до відповідальності за завдану неpravочинність. Судді, які сповідували націонал-соціалістичну ідеологію, успішно посилались на те, що вони ухвалювали смертні вироки, будучи переконаними у відповідності правомірності своїх рішень, прийнятих із наміром служіння німецькому народові, якому загрожувала війна. Визначення поняття суддівського «юридичного засліплення»

(*Rechtsblindheit*) дало можливість ухвалювати виправдувальні вироки щодо суддів, а також відмовлятися від порушення кримінальних проваджень проти них через відсутність доказів того, що вони з прямим умислом спотворювали право, присуджуючи жорстоке покарання.

У повоєнній Австрії було прийнято рішення не порушувати кримінальні провадження щодо юристів, які виконували свої обов'язки в період панування націонал-соціалізму, якщо засудження обвинувачених відбувалися у правових формах, встановлених нормами чинного тоді законодавства Третього Рейху. Умовою покарання судді було доведення йому, що ухвалюючи вирок, він здійснив ексцес за межі тогочасного закону, і що він учинив це у зв'язку зі своєю діяльністю на користь націонал-соціалістичної партії (за участю націонал-соціалістичної трудової партії Німеччини). Відсутність достатніх доказів винятково неправомірної мотивації судді, з якою він карав, стала причиною звільнення суддів від відповідальності за нелюдські вироки, ухвалені в період існування Австрія як частини Німецького Рейху.

Після об'єднання Німеччини у судочинстві були сформовані принципи відповідальності комуністичних суддів за ухвалення вироків, які спотворювали право в період існування НДР. Визнається, що вони несуть відповідальність на підставі § 339 КК Німеччини, якщо вони чинили тяжкі порушення прав людини, ухвалюючи свавільні вироки. Разом з тим Верховний федеративний суд Німеччини (*Bundesgerichtshof*) здійснив акти самокритики стосовно свого попереднього судочинства, яке звільняло від кримінальної відповідальності нацистських суддів, щодо яких обов'язковою умовою покарання вважалося доведення, що вони спотворювали право з прямим умислом. Верховний федеративний суд (ВФС) називав таких суддів надалі «кривавими суддями», які повинні були визнати неправочинність у багатьох випадках, та переглянув за рахунок цього своє попереднє судочинство:

Хоча корупція можновладців націонал-соціалістичного режиму була очевидною для правників, проте під час кримінального процесу щодо націонал-соціалістичного беззаконня виникали значні труднощі. Ухвалені смертні вироки Народною судовою палатою залишилися безкарними, жоден суддя та прокурор Народної судової палати не був засуджений за спотворення права, як і судді надзвичайного та воєнного суду. Суттєву роль у цьому розвитку відіграло не в останню чергу судочинство ВФС. Це судочинство нашкодило на значну критику, яку Сенат визнав справедливою. В цілому Сенат схилився до висновку, що невдалий кримінальний процес щодо націонал-соціалістичних

суддів власне зумовлений через широке обмеження під час визначення суб'єктивних передумов спотворення права.

У польському праві генезу відповідальності за ухвалення несправедливого рішення можна вбачати в середньовічному інституті догани щодо судді. До поділу держави у 18 ст. цю відповідальність тісно пов'язували з суддівською продажністю, першочергове покарання за яку повинно було бути відсторонення упереджених суддів від ухвалення рішень.

Під час роботи над КК 1932 року було визнано, що загальна норма про службовця, який перевищив свої повноваження, повинна також становити законну основу для притягнення до відповідальності судді та прокурора за вчинювану несправедливість (ст. 286 § 1). Норма стверджувала наступне: «Чиновник, який перевищував свої повноваження або не слідував своєму обов'язку і діяв на шкоду публічним чи приватним інтересам, підлягав до 5 років тюремного ув'язнення.» Таким же чином заборонений вчинок публічної особи було описано у КК від 1969 (ст. 246 § 1) та у чинному нині КК (ст. 231 § 1).

У часи сталінського терору у Польщі у 1944-1956 рр. суди ухвалили понад 6000 смертних вироків за політичні злочини.

Після закінчення доби сталінізму, тобто у 1957 р., було впроваджено кримінальне переслідування суддів та прокурорів, які винесли смертні вирoki безневинним обвинуваченим, при цьому вони здійснювали «судові вбивства». Правова основа їхньої відповідальності повинна була представити положення про зловживання владою громадських діячів у зв'язку з положенням про злочин проти життя. Судові виконавці цих

злочинів, наполягали на тому, що їхні вирoki відповідали чинному на той час законодавству і вказівкам партії щодо поводження з класовими ворогами. Стосовно прокурорів, обвинувачуваних у подібних справах, в яких зазвичай застосовувалися катування арештованих під час слідства, розглядалося притягнення їх до відповідальності за зловживання наданою їм владою. Щоправда, так і не дійшло до порушення кримінальних справ щодо суддів та прокурорів сталінської епохи.

У 1998 році розпочався системний аналіз незаконних вироків, які були ухвалені у Польщі за часів комуністичної влади, з ціллю підготувати позови проти ще живих суддів та прокурорів. На початку процедури підготовки було визначено поняття правового злочину, або вироку, який був ухвалений із зловживанням влади і показував репресію державної влади і з порушенням при цьому прав людини. Поняття

¹ BGH, Urt. v. 16.11.1995 - 5 StR 747/94 (SchwurGer. Berlin), NJW 1996, s. 857, 863

уточнювалося згідно посилання на шість груп випадків, під час яких судді чинили беззаконня.

Перша група випадків охоплює вироки, які були ухвалені з порушенням принципу *lex retro non agit*, отже на основі закону, який має зворотну силу. Між іншим, прикладами є вироки на основі указу «Про відповідальність за стан у вересні (1939 р.) та фашизацію державного життя» від 28. 06. 1946 р., який стверджував, що державні службовці **підлягають покаранню за те, що вони протягом міжвоєнного періоду (між Першою та Другою світовими війнами) «послаблювали дух оборони польського суспільства».**

Друга група складається з випадків, під час яких судді керувалися загально сформульованими нормами, при цьому вони самі «чинили» злочин. Іншими прикладами є смертні вироки за «шпійонські злочини» тим обвинуваченим, які «діяли на шкоду польській державі, збираючи інформацію, яка містила державну таємницю.» Загальне формулювання статті 90 військового КК від 23.09.1944 р. надало можливість притягнути до кримінальної відповідальності тих «шпійонів», які не мали жодного зв'язку з таємною службою.

До третьої групи належать вироки, під час яких судді зловживали семантичним змістом указу, хоча вони чітко окреслювали злочин, щоб ухвалити вирок підсудному як кара тоталітарної влади. Одним із прикладів є винесення вироку обвинуваченому за пошкодження червоного прапору на шкільній будівлі. Для суддів червоний прапор був символом конституції, хоча указ не захищав такі прапори, але лише польський державний прапор, тобто біло-червоний.

Четверта група складається з вироків, які судді ухвалювали за вчинки або злочини, які такими не були, присуджуючи жорстокі покарання, що протирічили усім правовим принципам визначення міри покарання і елементарному почуттю справедливості. Багато чисельні приклади зображають смертні вироки та багаторічні ув'язнення, які були ухвалені за приналежність до «незаконних» організацій, в тому ж числі до народної армії (Armia Krajowa) після війни.

П'яту групу складають випадки вироків, які стосувалися осіб, що не мали жодного права захисту і під час розслідування піддавалися тортурам. Тілесні та психологічні тортури, які чинили службовці служби безпеки щодо затриманих, були щоденною практикою, про яку знали як судді, так і прокурори.

До шостої групи належать випадки, під час яких судді чинили правові злочини, ухвалюючи вироки без доказів або на основі сфальсифікованих доказів, які були сфабриковані під час розслідування і не пере-

вірялися суддями. Прикладами є сплановані показові процеси «змовники проти державної конституції», а також процеси, під час яких єдиним доказом обвинувачення були слова осіб, яких раніше засуджували до смертної кари по цій же справі.

З 2000 року було проведено чисельні десятки кримінальних справ, і лише окремі з них завершилися обвинувальним актом. Проте жодному судді і прокурору не був ухвалений вирок у законному порядку за вчиненні злочини у суді. В обґрунтуваннях вироків з виправданими вердиктами було визначено, що юристи, які сьогодні обвинувачувалися у злочинах, використовували чинне на той час законодавство тоталітарної держави, і що вони не чинили умисно жодного злочину стосовно життя та свободи засуджених ними осіб.

Після 2000 року була спроба засудити до кримінальної відповідальності суддів та прокурорів за часів воєнного стану у Польщі, який повторювався також у сфері правосуддя під час доби сталінізму. Щоправда, жодному судді та прокурору не було винесено вироку, оскільки вважалося, що вони діяли з переконанням, що використовують чинне тоді право і не чинять умисно кримінальні злочини, при цьому вони засуджували тих осіб до позбавлення волі, які протестували проти воєнного стану¹.

Переконання суддів на службі тоталітарних систем – націонал-соціалістичного та комуністичного режимів – у тому, що вони застосовували чинний закон, залишалося незмінним та не залежало від тяжкості вчинюваних ними злочинів проти правосуддя. «Юридичне засліплення», або «юридичне слабоумство», у стані якого вони ухвалювали вирокі із призначенням особливо жорстоких покарань, були визнані обставинами після повалення системи, що виключали їхню кримінальну відповідальність за вчинені злочини проти правосуддя.

Частиною цих злочинів було покарання за усі прояви неповаги до влади, якій вони служили, в тому числі за словесні жарти, що становили собою форму реакції людей, замучених реаліями тоталітарної держави. Ірраціональність судового терору була однією зі спільних рис обох тоталітарних систем – нацистської та комуністичної.

Звільнення суддів тоталітарних систем від відповідальності обґрунтовувалося й тим, що вони не мали можливості досліджувати відповідність застосовуваних ними норм положенням Конституції. Суддів

¹ Більше в: В. Кулеша, Кримінальна відповідальність суддів і прокурорів часів неправової держави у Польщі. [В:] Г. Кюппер (під редак.), Неперервність та порушення: східне право на зміні епох. Ювілейне видання до 75-тої річниці Фрідріха-Крістіана Шрьодера, Франкфурт на Майні, 2011, с. 91.

визнали звичайними урядовцями, які у будь-якому випадку зобов'язані приймати рішення на основі чинних норм, незважаючи на їхній зміст, а також на те, чи відповідають вони аксіології, основою якої є правосуддя, що його вони покликані здійснювати. Таким чином, роль суддів понизили, як і пониженою виявилася її суть, призначенням якої є здійснення незалежного правосуддя.

Не встановлено, що судді, ухвалюючи злочинні за своїм змістом вироки, робили це в стані найвищої необхідності, тобто приносили в жертву життя чи волю підсудних, рятуючи тим самим власне життя чи волю.

Зроблений у книзі висновок призводить до формулювання постулату *de lege ferenda* впровадження до Кримінального кодексу норм, у яких перекручування права вважалось б злочином *sui generis*:

Стаття 247а. Суддя, засідатель або прокурор, який перевищуючи свої повноваження або неналежним чином виконуючи свої обов'язки, перекручує право і завдає істотної шкоди правосуддю, підлягає покаранню позбавленням волі строком від 3 місяців до 5 років.

Для обґрунтування постулату вказано на випадки перекручування права, що відбуваються сьогодні, однак вони не становлять собою об'єкт оцінки в контексті категорій заборонених дій проти правосуддя. Ця книга могла б бути корисною для впровадження такої кримінально-правової норми. Варто також зазначити, що метою цієї пропозиції є намір викликати дискусію серед представників доктрини, а у випадку її запровадження в законодавстві – також виступи суддів з заявами стосовно забороненого законом перекручування права в демократичній правовій державі, що завдає шкоду правосуддю, а тому спричиняє втрату довіри до нього громадян.

Перекручування права має на сьогодні багато форм як і під час підготовчої процедури, так і судового процесу. У цій книзі ми намагалися довести, що спотворення права прокурором або суддею стає злочином, якщо заподіює істотну шкоду правосуддю, і саме в таких випадках заслуговує на запропоноване у цій книзі визначення – *crimen laesae iustitiae*.