

7. УГОЛОВНОЕ ПРАВО, УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО, КРИМИНОЛОГИЯ (СПЕЦИАЛЬНОСТЬ 12.00.08)

7.1. К 70-ЛЕТИЮ НЮРНБЕРГСКОГО ПРОЦЕССА: «ФОРМУЛА РАДБРУХА» (RADBRUCHSCHE FORMEL) И ОПЫТ ЕЕ ПРИМЕНЕНИЯ НА ПРАКТИКЕ ПОСЛЕ ОБЪЕДИНЕНИЯ ГЕРМАНИИ

*Серебренникова Анна Валерьевна, д-р юрид. наук.
Должность: профессор. Место работы: Московский
Государственный Университет имени М.В.
Ломоносова. Подразделение: кафедра уголовного права
и криминологии. E-mail: serebranna@hotmail.ru*

Аннотация

Цель статьи: настоящая статья ставит перед собой цель рассмотрение естественно правовой концепции философа Г. Радбруха. «Формула Радбруха», которая являлась концептуальной основой для деятельности Международного военного трибунала в г. Нюрнберг. Именно на основе указанного принципа был выработан подход, в соответствии с которым ссылка на исполнение национального законодательства не исключает ответственности за преступления, посягающие на права и свободы человека. Особую актуальность указанная проблема приобрела в 90-е годы после объединения Германии. На основе «формулы Радбруха» были осуждены должностные лица, совершившие преступления на территории ГДР.

Методология и методы: в статье используется сравнительно-правовой метод исследования, который позволяет лучше осмыслить институты уголовного права и определить основные направления их развития.

Выводы: «формула Радбруха» является классической естественно-правовой концепцией, которая объясняет принципы взаимодействия естественно-го и позитивного права. Данная концепция была востребована после окончания Второй мировой войны. Также она востребована в судебной практике и представляется актуальной и эффективной в использовании.

Область применения полученных результатов: данная статья может представлять интерес для студентов, аспирантов, а также специалистов, интересующихся уголовным правом.

Ключевые слова: Нюрнбергский процесс; формула Радбруха; уголовное право; преступления против человечности, объединение Германии.

**TO THE 70-TH. ANNIVERSARY OF NUREMBERG'S
TRIBUNAL: RADBRUCH'S FORMULA AND EXPERIENCE OF
ITS APPLICATION IN JUDICIAL OPINION AFTER THE
REUNION OF GERMANY**

Serebrennikova Anna Valerievna, Dr of law. Position: professor. Place of employment: Moscow state university named after M.V.Lomonosov. Department: criminal law and criminology chair. E-mail: serebranna@hotmail.ru.

Annotation

The goal of article: this article is dedicated to survey of natural law's concept of G. Radbruch. «Radbruch's rule» was the foundation for Nuremberg judgment. According to such concept was designed a principle that reference to national law wasn't able to exclude the criminal liability for serious international crimes. In German judicial opinion this problem was very important in 1990-es after the unification of Germany. Under Radbruch's rule officials from DDR were convicted for the crimes that they had previously committed on the territory of DDR.

Method. The comparative method used in this article enables better understanding of Russian criminal law's rules and also determines the main direction of Russian criminal law's development.

Results of study. Radbruch's rule is a classical concept of natural law which explains the correlation between natural and positive law. This concept was broadly used after the second world's war. It's important for judicial opinion now.

The originality and practical value. This article can be of interest for students, PHD-students and everybody who is interested in German criminal law.

Keywords: Nuremberg judgment; Radbruch's rule; international criminal law; international crimes; crimes against humanity.

При подготовке Нюрнбергского процесса страны победительницы и в их лице мировая общественность впервые столкнулась с проблемой привлечения к ответственности лиц, виновных в массовых нарушениях прав человека, в бесчеловечных преступлениях, но не нарушивших при этом национальных законов. После окончания Второй мировой войны возник вопрос о законном обосновании осуждения преступлений, совершенных во время гитлеровского режима. Проблема состояла в том, что сугубо последовательное толкование принципа законности требовало бы от судов применения законов Третьего рейха, часто преступных по своему содержанию, бесчеловечных, расистских и попирающих естественные права и свободы человека. Так, важнейший правовой принцип *nulla roena sine lege* (нет преступления и наказания без указания на то в законе) препятствовал бы возможности осуществлять правосудие в отношении лиц, виновных в массовых нарушениях прав человека, в то время как их действия не противоречили действовавшему на момент их совершения национальному законодательству Третьего рейха. В результате поисков решения вопроса об определении правил для наказания лиц, совершивших преступления во время Третьего Рейха, воспользовались известной формулой немецкого философа права Густава Радбруха.

Густав Радбрух (21 ноября 1878 – 23 ноября 1949) - немецкий ученый-юрист и политик. Он был профессором университета, а затем служил Министром юстиции Германии во время раннего Веймарского периода, затем преподавал в учебных заведениях Германии был уволен со службы в первые месяцы нахождения национал-социалистов у власти в 1933 году. Радбрух называется одним из самых влиятельных юридических философов 20-го века. Он одним из первых в мировой юриспруденции поднял проблему «несправедливого права», и сформулировал философско-правовую кон-

цепцию, получившую впоследствии широкую известность как «формула Радбруха» (Radbruchsche Formel). Суть данной концепции, заключалась в том, что очевидно противоречащий естественному праву (*lex naturalis*) закон не является справедливым и обязательным к исполнению. [8, с.105].

Согласно Радбруху, во времена Третьего рейха имел место конфликт между законностью и справедливостью, которые являются самыми важными ценностями права. Радбрух ставит справедливость на первое место, считая законность одним из выражений справедливости. Под справедливостью Радбрух понимает равное отношение нормы права к равным субъектам. Именно справедливости, по его мнению, служит и принцип законности. [9, с.31].

Радбрух пришел к выводу, что в ситуации, связанной с законами Третьего рейха, мы имеем дело с конфликтом справедливости с самой собой, поскольку законность является способом обеспечения справедливости. Вопрос о том, в пользу чего решать конфликт справедливости и законности, заключается в том, что считать более важным для равенства в отношении закона к человеку: абсолютное равенство в применении закона (законность) или равенство как цель содержания закона (справедливость).

Основываясь на этом, Радбрух предложил следующее: «Приоритет отдается позитивному закону, даже если его содержание несправедливо и нецелесообразно, за исключением случаев, в которых противоречие между позитивной нормой и справедливостью настолько нетерпимо, что закон как «неправильное право» уступает свое место справедливости». При этом невозможно определить точную границу между нетерпимой и еще терпимой несправедливостью. Точное разграничение возможно только в одном случае: «Когда законодатель сознательно отрицает принцип равенства, в котором заключается суть справедливости, имеет место не только «неправильное право», но и вообще нельзя говорить о праве». Таким законам, по мнению Радбруха, не должен служить принцип законности. [10, с.227].

Радбрухская формула состоит из двух частей: первая - «формула нетерпимости», вторая - «формула отрицания равенства».

Формула нетерпимости является предпосылкой для проведения двух последовательных шагов: устранение «неправильного» закона и его замена справедливым. Для осуществления первого шага требуется установить существование в содержании рассматриваемой статьи закона нетерпимого противоречия справедливости. В доктрине уголовного права данный случай определяется как нетерпимость в случае эксцесса. Гораздо больше проблем возникает при осуществлении второго шага – замены «неправильного» закона справедливым. Для этого требуется полное и точное знание о том, какое значение вкладывается в понятие справедливости вообще. Найти точную дефиницию этого понятия представляется проблематичным.

Что же такое справедливость и каковы ее источники в понимании Радбруха? Как отмечалось выше, при определении понятия справедливости, прежде всего, нужно иметь в виду принцип равенства. Но для заполнения конкретного пробела в законодательстве необходимы другие источники. Сам Радбрух никогда не имел в виду сверхпозитивное, вечное, общеправовое естественное право. Для него законодательное закрепление и позитивность являются условиями всякого

права, включая «справедливость» в смысле своей формулы. Позитивное право может быть и правом, содержащимся в правовых обычаях судебной практики государства и международно-правовой практики. Поэтому особое значение в данном случае имеют права человека, которые, по мнению Радбруха, являются главным источником права. На основании его формулы, права человека заменяют «неправильное» право. [10, с.227].

Радбрух не выступал за отмену запрета обратного действия закона, он лишь говорил о важности исключения из данного принципа, если налицо ситуация очевидной несправедливости и если, как в случае с нацистской диктатурой, правосудие имеет дело с несправедливыми законами: «Конфликт между справедливостью и правовой стабильностью мог бы быть разрешен в том смысле, что позитивное и облеченное властью санкцией право имеет приоритет даже тогда, когда оно по содержанию несправедливо и нецелесообразно. Исключение составляют лишь ситуации, когда противоречие позитивного закона справедливости достигает такой невыносимой степени, что закон как «несправедливое право» должен уступить справедливости. Невозможно разграничить случаи «законодательного неправа» и закона, действующего вопреки своему несправедливому содержанию. Зато можно четко определить: когда к справедливости даже не стремятся, а когда равенство, составляющее ее основу, сознательно отрицается в правотворческом процессе, тогда закон не является лишь «несправедливым правом», но даже более того – он является неправильным по своей природе, ибо право, включая и позитивное, нельзя определить иначе, чем порядок и совокупность законов (*Satzung*), призванных по сути своей служить справедливости. И этому критерию право нацистов не отвечает ни в целом, ни в отдельных его частях». [11, с.34].

Принципы, близкие «формуле Радбруха», были впервые реализованы в ходе Нюрнбергского процесса над нацистскими преступниками - устав Международного военного трибунала от 8 августа 1945 года и закон № 10 Контрольного Совета в Германии «О наказании лиц, виновных в военных преступлениях, преступлениях против мира и против человечности» от 20 декабря 1945 года провозгласили принципы международного права, на основании которых действия, направленные против мира и человечности, подлежали наказанию, даже если они не нарушали законов страны, в которой совершались. [5, с.81-82].

Однако с окончанием Нюрнбергских процессов история применения «формулы Радбруха» не заканчивается. Так, после объединения Германии немецкие правоведы снова были вынуждены обратиться к формуле Радбруха для осуждения преступлений, нарушающих основные права и свободы человека, совершенные на территории ГДР во время ее существования.

В современной истории развития общества найдется, пожалуй, не так много примеров мирного объединения государств. В этой связи весьма специфична и представляет особый интерес для любого правоведа история объединения Германии на основании Договора об объединении от 31 августа 1990 г., в результате чего возникло немало проблем, обусловленных, прежде всего различием в правовых системах двух государств на территориях бывшей Восточной и Западной Германии.

Остановимся лишь на одном наиболее типичном и актуальном случае, связанном с уголовно-правовой

оценкой действий пограничников ГДР, которые расстреливали перебежчиков при попытке пересечения государственной границы между ГДР и ФРГ, прежде всего, проходившей по городу Берлин (так называемая «Берлинская стена»).

Для начала необходимо уточнить, какое же право может быть применено для наказуемости или ненаказуемости действий пограничников ГДР вообще. На основании статьи 8, положения I, главы III, раздела C, подраздела III, § 1 Договора об объединении от 31 августа 1990 г. федеральное право, включая УК ФРГ, с 3 октября 1990 г. вступило в действие с некоторыми исключениями на территории новых федеральных земель Бранденбург, Мекленбург-Предпомерания, Саксония, Саксония-Анхальт, Тюрингия и бывшего Восточного Берлина. Поэтому ко всем преступным деяниям, совершенным на территории бывшей ГДР после этой даты, применяется законодательство ФРГ. Однако до сих пор остается открытым вопрос не только о том, какие законы, но и какое право (ФРГ или ГДР) надлежит использовать в отношении преступных деяний, совершенных на указанной территории до 3 октября 1990 г., в том числе рассматриваемых нами, поскольку они тоже совершены до указанной даты. [7, с.199].

Для российского правоведа на первый взгляд сразу становится очевидным, что по принципу территории действия пограничников должны быть оценены по праву ГДР. Какие же законы ГДР могут быть применены для юридической оценки действий пограничников, прежде всего убийств граждан ГДР, которые бежали через Берлинскую стену? Основополагающей при решении данного вопроса в настоящее время является ст. 103 Конституции ФРГ, часть 2 которой предусматривает, что «деяние подлежит наказанию, если его наказуемость была установлена законом до совершения этого деяния». В то время действовал УК ГДР от 12 января 1968 г. и Закон ГДР о границе от 25 марта 1982 г.

Однако не надо забывать о специфике обстановки после объединения Германии и законодательстве, регулирующем создавшееся положение. Так, например, специфическое ограничительное положение содержит ч. 3 § 2 УК ФРГ и ст. 315, включенная в Закон о введении в действие УК ФРГ от 2 марта 1974 г. (с последующими изменениями) на основании Договора об объединении Германии. Ст. 315 посвящена вопросам действия уголовного права в отношении совершенных на территории Германской Демократической Республики преступных деяний, и предусматривает, что «в отношении преступных деяний, совершенных на территории Германской Демократической Республики до вступления в силу Договора об объединении, находит свое применение § 2 Уголовного кодекса с указанием на то, что суд отказывается от наказания, если по праву Германской Демократической Республики, действовавшему на момент совершения деяния, не могли быть назначены ни лишение свободы, ни отсрочка исполнения наказания, ни денежный штраф». Часть 3 § 2 УК ФРГ гласит: «Если закон, который действовал в момент окончания деяния, изменяется перед принятием решения, то должен применяться самый мягкий закон.» Как видно из приведенных норм, к преступным деяниям, совершенным до 3 октября 1990 г. на территории бывшей ГДР, в настоящее время применяется преимущественно право ФРГ. Право же бывшей ГДР в отношении этих деяний подлежит применению лишь в случае, если оно является более мягким. Если указан-

ные деяния не наказывались по праву ГДР, то они не наказуемы и по праву ФРГ. Таким образом, деяния, совершенные преступное деяние на территории бывшей ГДР до объединения Германии, применяется то право, которое для него наиболее благоприятно.

Действие УК ФРГ по принципу гражданства регулирует § 7 УК ФРГ. Однако, ч.2 № 1 указанной статьи, устанавливающая, что «относительно других деяний, которые совершаются за границей, германское уголовное право действует, если деяние по месту его совершения уголовно наказуемо или по месту совершения деяние не подпадает под действие какой-либо карательной власти и если лицо: 1.к моменту совершения деяния являлось гражданином ФРГ или стало им после совершения деяния ...», будучи общей нормой, к деяниям, совершенным на территории ГДР, не применяется. В данном случае подлежит применению специальная норма (ст. 315 Закона о введении в действие УК ФРГ).

Одновременно, следуя установлениям § 2 УК ФРГ, необходимо учитывать такой основополагающий принцип уголовного законодательства, как принцип действия закона во времени, на основании которого смягчающий ответственность закон имеет обратную силу. Поэтому для решения вопроса о наказуемости пограничников ГДР, важно определить, какие законы (ФРГ или ГДР) являются более мягкими.

При сопоставлении норм УК обеих стран можно увидеть, что на основании § 112 УК ГДР убийство наказывалось лишением свободы на срок от 10 до 15 лет, а § 212 УК ФРГ предусматривает за убийство более мягкое наказание – лишение свободы на срок от 5 до 15 лет. В то же время нужно принять во внимание и ст.27 Закона о границе ГДР, которая в соответствии с УК ГДР оправдывала применение огнестрельного оружия пограничниками на границе, освобождая их от ответственности. Так, ч.2 ст.27 указанного Закона устанавливала, что «применение огнестрельного оружия является оправданным, чтобы предотвратить непосредственно возникшую опасность осуществления или продолжения преступного деяния, которое по обстоятельствам дела является преступлением». УК ГДР рассматривал умышленный переход границы в качестве тяжкого случая § 213, являющегося преступлением. Он имел место, если преступное деяние «осуществлялось с особой интенсивностью» или «совершалось с использованием опасных средств». Использование такой туманной формулировки в судебной практике ГДР часто приводило к тому, что любой случай, связанный с переходом границы, мог рассматриваться как тяжкий случай § 213 УК ГДР, что в свою очередь приводило к оправданию действий пограничников ГДР, применявших оружие в отношении перебежчиков. Поэтому по праву ГДР они вообще не наказывались.

Практика немецких судов о рассмотрении уголовных дел в отношении пограничников ГДР, расстреливавших лиц, перебежавших государственную границу ГДР через Берлинскую стену, неоднозначна:

Первый случай такого рода, который рассматривался Палатой по уголовным делам Федерального суда и с учетом которого она разработала схему, неоднократно подтверждаемую в дальнейшем, произошел 1 декабря 1984 г. в Берлине, районе Панков. Фабула данного уголовного дела заключается в следующем:

Подсудимые пограничники W. и H. в названный день несли пограничную службу на указанном участке Берлинской стены. Когда в 3.15 ночи S. пытался перелезть стену, W. и H. выстрелили в него из автомата продол-

жительным огнем. Один из 52 выстрелов оказался для S. смертельным.

Суд первой инстанции (Коллегия по уголовным делам несовершеннолетних областного суда г. Берлина) при рассмотрении данного уголовного дела, руководствуясь ч.1 ст. 315 Закона о введении в действие УК ФРГ, сначала определил, какой закон в данном случае является более мягким, УК ГДР или УК ФРГ. В этой связи судом было отмечено, что ст. 27 Закона о границе ГДР предусматривала возможность применения пограничниками ГДР для остановки лиц, перебегающих через государственную границу, огнестрельного оружия, в крайнем случае. Причем в данной ситуации эта мера рассматривалась законодателем и судебной практикой ГДР обстоятельством, исключающим противоправность деяния. Но при этом закон исходил из того, что выстрел должен быть крайним и последним средством для предотвращения побега через государственную границу ГДР. Исходя из этого, Берлинский областной суд считал, что в данном случае задержание беглеца продолжительным огнем не подпадает под действие ст. 27 Закона о границе ГДР. Излагая данную точку зрения, суд исходил из того, что, по его мнению, сначала должны были бы производиться одиночные выстрелы по ногам беглеца. При этом Берлинский суд пришел к выводу, что и по законам ГДР, и по законам ФРГ, действия подсудимых являются противоправными. Поэтому для уголовно-правовой оценки действий подсудимых, совершивших в данном случае убийство, должен применяться УК ФРГ, являющийся, как уже отмечалось выше, более мягким. [7, с.199].

На это решение подсудимые подали жалобу в Палату по уголовным делам Федерального суда. Палата подтвердила решение Берлинского областного суда. Что же касается обоснования этих двух решений, то обоснование второго существенно отличается от первого.

По мнению Палаты, Берлинский суд заблуждался, посчитав, что действия пограничников не могут быть признаны противоправными на основании ст. 27 Закона о границе ГДР. На основании закона, должен иметь место крайний случай. По мнению Федерального суда, у W. и H. не было других способов задержать S., поскольку тот быстро поднимался на стену, и у подсудимых не было реального шанса остановить его без применения продолжительного огня прежде, чем потерпевший достиг бы вершины стены. По мнению Федерального суда, следует также иметь в виду действовавший в пограничной службе ГДР принцип "лучше мертвый беглец, чем успешный побег". [2, с.68].

Отметим также и то обстоятельство, что хотя Палата по уголовным делам Федерального суда оценивала действия W. и H. на основании ст. 27 Закона о границе ГДР, она посчитала, что при решении дела обстоятельства, исключающие противоправность деяния, о которых говорится в данной норме, не учитываются, поскольку последняя грубо нарушает основные правовые принципы, в том числе принцип соразмерности.

Таким образом, Палата по уголовным делам указала на то, что закон, действовавший во время совершения деяния (речь идет прежде всего о ст. 27 Закона ГДР о границе), не должен приниматься в расчет при разрешении данного уголовного дела. Это вызвано тем, что в нем содержатся нормы, которые явно и грубо нарушают общепризнанные принципы справедливости и гуманности и противоречат общепринятым человеческим ценностям.

В этой связи интересной и, по мнению Федерального суда, заслуживающей внимания при разрешении данного уголовного дела, представляется некоторая историческая аналогия. Как нами отмечалось ранее, после Второй мировой войны для наказания лиц, совершивших преступления во время Третьего Рейха руководствовались формулой Радбруха. Рассматривая данную формулу применительно к расстрелу беглецов у Берлинской стены, на наш взгляд, можно сказать, что в данной ситуации наблюдается только "формула нетерпимости". Это объясняется, прежде всего, тем, что нельзя однозначно сказать, будто в ст. 27 Закона ГДР о границе отсутствовала идея о равенстве, хотя довольно проблематично определить волю законодателя, принимавшего данную норму.

Как мы ранее указывали формула нетерпимости является предпосылкой для проведения двух последовательных шагов: устранение "неправильного" закона и его замена справедливым. Для осуществления первого шага требуется установить существование в содержании рассматриваемой статьи нетерпимого противоречия справедливости. В доктрине уголовного права данный случай определяется как нетерпимость в случае эксцесса. Среди германских правоведов встречаются сторонники точки зрения о необходимости оправдания лиц, расстрелявших беглецов у Берлинской стены. Они обосновывают это тем, что в данном случае не существует нетерпимого противоречия справедливости применительно к формуле Радбруха в целом. Однако судебные органы ФРГ не придерживаются данной точки зрения и считают, что, учитывая радбрухскую формулу, ст. 27 Закона ГДР о границе нельзя применять вообще. На наш взгляд, в данной ситуации невозможно прийти к общей точке зрения. Вместе с тем, полагаем, что является очевидным и тот факт, что наличие нетерпимости возможно только в самых тяжких случаях.[1, с.31].

Учитывая вышесказанное и для применения формулы Радбруха при рассмотрении уголовного дела, связанного с расстрелами беглецов у Берлинской стены, второй шаг, связанный с применением радбрухской формулы, требует замены ст. 27 Закона ГДР о границе новой нормой. Она исполняла бы ту же функцию, но соблюдала бы права человека. Толкование ст. 27 Закона ГДР о границе, проведенное Федеральным судом с учетом прав человека, не сильно расходится с позицией Радбруха, хотя при этом суд и старался обойти применение «формулы Радбруха» (о чем речь будет идти ниже).

Продолжая обоснование своего решения, Федеральный суд увидел второе, более конкретное противоречие ст. 27 Закона ГДР о границе основным правовым принципам, выразившееся в нарушении международных договоров о правах человека, ратифицированных ГДР (например, Международного пакта о гражданских и политических правах от 19 декабря 1966 г.) Статья 12 данного документа гарантирует гражданам право покинуть любую страну, в том числе и свою собственную. Статья 6 провозглашает право человека на жизнь, которое не может быть предметом ограничений. По мнению Федерального суда, при решении вопроса о применении ст. 27 Закона ГДР о границе эти международно-правовые обязанности должны приниматься в расчет независимо от того, осуществляло ли ГДР свои международно-правовые обязательства путем изменения своего внутреннего законодательства или нет. Федеральный суд исходил также из того, что при оценке справедливости ст. 27 Закона ГДР о грани-

це нужно использовать данный международно-правовой акт. Сравнительный анализ позволяет сделать вывод, что нормы Закона ГДР о границе не соотносятся с международно-правовым обязательствам ГДР. Поэтому Федеральный суд счел возможным не принимать во внимание эту норму (устраняющую ответственность вообще) при поиске более мягкого закона. [3, с.490].

Палата по уголовным делам Федерального суда исследовала также вопрос о том, может ли ст. 27 Закона ГДР о границе толковаться по правилам, которые использовались правоприменительными органами ГДР во время совершения рассматриваемого деяния. Суды ГДР просто не принимали в расчет то, что ст. 27 Закона ГДР о границе противоречит международно-правовым обязательствам ГДР.

Палата по уголовным делам Федерального суда пришла к выводу, что ст. 27 Закона ГДР о границе противоречит также и Конституции ГДР. Так, согласно ст.30 Конституции ГДР, свобода и личность человека неприкосновенны, а ст. 89 Конституции ГДР содержит указание на то, что законы не могут противоречить Конституции. Отмена смертной казни в ГДР также свидетельствовало о том, что законодательство ГДР устанавливает приоритет основных человеческих ценностей. Таким образом, Конституция ГДР содержала нормы, анализируя которые можно прийти к подобному заключению. Однако если рассматривать ст. 27 Закона ГДР о границе применительно к этим принципам/приоритетам, то она не распространяет свое действие на случай расстрела пограничниками ГДР перебежчиков у Берлинской стены. Такой вывод можно сделать потому, что предотвращение побега с использованием огнестрельного оружия допускалось бы только в том случае, если совершение побега было бы связано с более опасными посягательствами на личность человека, в том числе и на его жизнь.

Учитывая вышеизложенное, Федеральный суд почитал, что при решении рассматриваемого уголовного дела не может учитываться ст. 27 Закона ГДР о границе, т.к. она противоречит основным правам человека и грубо нарушает принцип справедливости. Поэтому на основании данной нормы нельзя оправдать действия подсудимых. Следовательно, им должно быть назначено наказание на основании § 212 УК ФРГ (убийство), т.к. аналогичная статья УК ГДР, как уже отмечалось, предусматривает более строгое наказание за убийство.

По мнению Федерального суда, приговор по данному делу не противоречит принципу законности, закрепленному в ч.2 ст. 103 Конституции ФРГ: "Деяние наказуемо только тогда, если наказуемость была определена законом до совершения этого деяния". В данной норме Конституции ФРГ выражается мысль о том, что решающим является то обстоятельство, как во время совершения деяния определялась наказуемость "законом" (позитивным правом), а не как осуществляется толкование данной нормы судьями.

На наш взгляд, если бы суды ГДР учитывали в своей практике международно-правовые обязательства ГДР и основные правовые принципы, то ст.27 Закона ГДР о границе не применялась бы ими вообще. Однако суды ГДР не считали ее противоречащей международно-правовым обязательствам и основным правовым принципам и толковали иным образом (то есть ни в какой бы то ни было связи с международно-правовыми обязательствами ГДР).

Следует отметить, что германской уголовно-правовой доктриной приговор Федерального суда был воспринят неоднозначно. Многие положения приговора подверглись жесткой критике. Так, например, высказывалось сомнение в том, что Федеральный суд не применил при рассмотрении данного уголовного дела ст. 27 Закона ГДР о границе, руководствуясь тем, что она противоречит общепринятым правовым принципам. Критиковалась также и ссылка Федерального суда на «формулу Ратбруха». По мнению некоторых современных германских правоведов Радбрух имел в виду явную экстремальную несправедливость по типу того, что совершалось во времена Третьего рейха. "Несправедливость" пограничного режима ГДР несравнимо меньше, чем у открытого геноцида во время Второй мировой войны. Кроме того, ряду германских правоведов представляется неясным, чем (какой нормой) Федеральный суд заполняет пробел в законодательстве, возникший в связи с объявлением закона ничтожным. При заполнении этого пробела, нельзя основываться только на принципах справедливости и соразмерности, которые сами недостаточно определены, чтобы исполнять эту функцию. Уголовно-правовая доктрина считает проблематичным также и то, что Федеральный суд опирается на Международный пакт о гражданских и политических правах, т.к. в ГДР не было внутреннего законодательства, соответствующего его международно-правовым обязательствам. Для определения наличия или отсутствия юридической силы ст.27 закона ГДР о границе эти обязательства имели бы актуальное значение, если бы они были реализованы во внутреннем законодательстве ГДР.

Уголовно-правовая доктрина ФРГ считает также «искусственным» толкование данной нормы применительно к правам человека в соответствии с тем толкованием, которое дали бы судебные органы ГДР. Очевидно, что правила, по которым Федеральный суд сейчас толкует ст.27 Закона ГДР о границе, не имеют ничего общего ни с законодательством, ни с правовой действительностью ГДР.

Также в современной уголовно-правовой литературе высказывается мнение о том, что Федеральный суд приводит вышеуказанную аргументацию, чтобы избежать применения запрета обратной силы. При этом конструируется мнимое («искусственное») право ГДР, которым Федеральный суд пользуется, утверждая, что во время совершения действий их наказуемость определялась по праву ГДР. Такой аргументацией суд старается обойти требования запрета обратной силы, закрепленного в ч.2 ст. 103 Конституции ФРГ.[5, с. 81-82].

Подсудимые по рассматриваемому делу подали жалобу на решение Палаты по уголовным делам Федерального суда в Федеральный конституционный суд ФРГ. Последний подтвердил решение Федерального суда, проверяя только его конституционность. Он не обнаружил в решении Палаты нарушений ч.2 ст. 103 Конституции ФРГ. Однако Конституционный суд по иному обосновал утверждение о том, что можно не принимать во внимание ст.27 Закона ГДР о границе, не нарушая при этом предписаний ч.2 ст.103 Конституции ФРГ. Если по мнению Федерального суда ст. 27 Закона ГДР о границе не охватывает рассматриваемый случай при толковании данной нормы с учетом международно-правовых обязательств ГДР, то Конституционный суд прямо говорит, что здесь имеет место исключительное положение. В данном случае ч. 2 ст.

103 Конституции ФРГ не является гарантом применения и соответствующего толкования законов, действующих во время совершения деяния. [6, с.46-50].

Свою позицию Конституционный суд ФРГ аргументировал следующим образом. Как правило, ч.2 ст.103 Конституции ФРГ обязывает суд применять старые законы, изданные законодательными органами ФРГ на основании Конституции ФРГ. По мнению Конституционного суда, на основании Договора об объединении Германии запрет обратной силы ведет к тому, что в ряде случаев судам ФРГ придется применять законы ГДР–государства, в котором не всегда гарантировались права человека. В такой ситуации возможна коллизия требования запрета обратной силы закона с принципами справедливости. Это происходит потому, что при формулировании запрета обратной силы закона такие случаи не имелись в виду. В подобной ситуации при наличии нетерпимого противоречия между материальной справедливостью и старыми законами, применять которые суд обязан на основании ч.2 ст. 103 Конституции ФРГ, приоритет должен быть отдан справедливости. В рассматриваемом случае, таким образом, нет нарушений требований, установленных ч.2 ст.103 Конституции ФРГ. Является очевидным, что при конструировании данной нормы законодателем не предвиделась данная коллизия между основными правовыми принципами: запретом обратной силы и справедливостью. [4, с.57].

Ка видно из представленной аргументации Конституционный суд ФРГ опирается и на выводы Г. Радбруха. Согласно решению Конституционного суда, такое исключение действия запрета обратной силы допускается только в самых крайних случаях. Если нарушение справедливости представляет собой, по мнению суда, не крайний случай, то недействующие законы должны применяться в рамках ч. 2 ст. 103 Конституции ФРГ и тогда, когда они не соответствуют общему представлению о справедливости. Если же закон грубо нарушает основные правовые принципы и противоречит справедливости, то запрет обратной силы отсутствует. Это происходит потому, что данный запрет должен защищать именно то право и ту справедливость, а не их противоположность.

Таким образом, полагаем, что без использования «формулы Радбруха», представляется достаточно проблематичным выработать какую-то универсальную схему для решения вопроса о юридической ответственности в подобных случаях.

На наш взгляд, следует согласиться с выводами Палаты по уголовным делам Федерального суда о необходимости применения в данном случае более мягкого закона, т.е. § 212 УК ФРГ. Является также очевидным, на наш взгляд, и то обстоятельство, что в связи с тем, что ст. 27 Закона ГДР о границе противоречит основным правам личности, закрепленным в Международном пакте о гражданских и политических правах от 19 декабря 1966 г. и Конституции ГДР, указанная норма не должна применяться вообще. В связи с этим, суд совершенно правомерно признал возможность исключения из закона запрета обратного действия, «в тех случаях, когда позитивное право в недопустимой степени не согласуется со справедливостью».

Таким образом, рассмотренный нами пример применения «формулы Радбруха» явился инструментом призванным служить для более эффективного применения закона, что позволяет применять этот инструмент для разрешения различного рода аналогичных проблем и задач, и что, в свою очередь, служит под-

тверждением актуальности и практической значимости рассматриваемой «формулы Радбруха» как для целей ее изучения, так и для целей правоприменения.

Список литературы:

1. Alexy P. Mauerschuetzen; zum Verhaeltnis von Recht, Moral und Strafbarkeit. 1993.
2. Arnold J./Kuehl K. Forum: Probleme der Strafbarkeit von "Mauerschuetzen"//Juristische Schulung.1992.
3. Dannecker G./Stoffers C.-F. Rechtstaatliche Grenze fuer strafrechtliche Aufarbeitung der Todesstrafe an der innerdeutschen Grenze//Juristenzeitung.1996.
4. Dreier R. Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes. цит. по Festschrift fuer A.Kaufmann.1993.
5. Kaufmann A. Die radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom uebergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht// Neue juristesche Wochenschrift.1995.
6. Kirchner H. DDR-Unrecht in Fallbeispielen der hoechstrichterlichen Rechtsprechung// Jura.1998.H. 1.
7. BGH 39/1. Juristenzeitung/ 1993.
8. Radbruch G.Gesetzliches Unrecht und uebergesetzliches Recht//Sueddeutsche Juristen-Zeitung.1946.
9. Radbruch G. Neue Probleme in der Rechtswissenschaft/Eine Feuerbach-Gedenksrede sowie drei Aufsaezte aus dem wissenschaftlichen Nachlass.1962 (postum).
10. Radbruch G.. Vorschule der Rechtsphilosophie.3.Auflage.1965.
11. Sahlinger F. Radbruchsche Formel. 1993.