

Відповідальність за порушення обов'язку піклування та виховання у Кримінальному кодексі Федеративної Республіки Німеччина

Олексій Володимирович Зайцев*

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна*

**e-mail: o.v.zaytsev@nlu.edu.ua*

Катерина Олександрівна Павшук

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна*

Анотація

Актуальність теми зумовлено тим, що проблема невиконання або неналежного виконання батьками (особами, що їх замінують) обов'язків по догляду за дітьми існує в усіх країнах, незалежно від форми правління, державного устрою і рівня доходів населення. Україна перебуває у процесі інтеграції з Європейським Союзом, тому корисним є вивчення зарубіжного законодавчого підходу до регламентації відповідальності за порушення цих обов'язків. Мета статті полягає у вивченні німецького досвіду закріплення кримінальної відповідальності за невиконання обов'язків по догляду за дітьми. У дослідженні застосовано догматичний, системно-структурний, статистичний, історико-правовий, формально-юридичний методи. Приділено увагу законодавству Німеччини, що передбачає право і обов'язок батьків піклуватися та виховувати дітей. Наведено генезу кримінального закону щодо відповідальності за порушення цих обов'язків. Узагальнено статистичні дані щодо кількості кримінальних проваджень і осіб, засуджених за вчинення цього кримінального правопорушення (2010–2021). Вивчено особливості конструкції складу злочину, передбаченого § 171 Кримінального кодексу Федеративної Республіки Німеччина; об'єктивні і суб'єктивні ознаки. Аналіз проведено на підставі доктрини німецького кримінального права і практики судів загальної юрисдикції, зокрема Федерального Верховного суду Німеччини. Використано практику Федерального Конституційного суду Німеччини. За результатами проведеного дослідження сформульовано висновки щодо визначення: правового інтересу, який поставлений під захист; ознак «грубості» порушення обов'язків; критеріїв встановлення наслідку злочину, який передбачено як делікт створення небезпеки. Зауважено на особливості кваліфікації злочину в разі вчинення його у місці, де відбувається збройний конфлікт. Підтримується виокремлення у Кримінальному кодексі України самостійного структурного роз-

ділу (підрозділу), який включає кримінальні правопорушення проти сім'ї. Пропонується обговорення криміналізації заподіяння злочином, передбаченим ст. 166 цього Кодексу, створення реальної загрози (небезпеки) заподіяння шкоди потерпілому.

Ключові слова: кримінальна відповідальність; піклування та виховання; склад злочину; правові висновки суду.

Liability for Violation of the Duty of Care and Upbringing in the Criminal Code of the Federal Republic of Germany

Oleksiy V. Zaytsev*

Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

*e-mail: o.v.zaytsev@nlu.edu.ua

Kateryna O. Pavshuk

Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

Abstract

The relevance of the topic of research is determined by the fact that the problem of non-fulfillment or improper fulfillment by parents (persons who replace them) of childcare responsibilities exists in all countries, regardless of the form of government, state system and income level of the population. Ukraine is in the process of integration with the European Union, so it is useful to study the foreign legislative approach to regulating responsibility for the violation of these obligations. The aim of the article is to study the German experience of establishing criminal liability for non-fulfillment of childcare obligations. Dogmatic, systemic-structural, statistical, historical-legal, formal-legal research methods were used in the research. Attention is paid to German legislation, which provides for the right and duty of parents to care for and bring up children. The genesis of the criminal law regarding the liability for violation of these duties is given. Statistical data on the number of criminal proceedings and persons convicted of this criminal offense (2010–2021) are summarized. The peculiarities of the structure of the crime provided for in § 171 of the Criminal Code of the Federal Republic of Germany have been studied; objective and subjective characteristics. The analysis was carried out on the basis of the doctrine of German criminal law and the practice of courts of general jurisdiction, in particular the Federal Supreme Court of Germany. The practice of the Federal Constitutional Court of Germany was used. Based on the study, conclusions were formulated regarding the definition of: the legal interest that is protected; signs of "gross" violation of duties; criteria for establishing the consequence of the crime, which is provided as the tort of creating danger. The peculiarities of the qualification of the crime in case of its commission in a place where an armed conflict is taking place are noted. The allocation of an independent structural section (subsection) in the Criminal Code of Ukraine, which includes criminal offenses against family, is supported. The discussion of the criminalization of harm caused by a crime provided by Art. 166 of the Criminal Code of Ukraine, creating a real threat (danger) of causing harm to the victim is proposed.

Keywords: criminal liability; care and upbringing; composition of the crime; legal conclusions of the court.

Вступ

Закон про кримінальну відповідальність України, хоча і діє з 1 вересня 2001 р., але сотні разів змінювався і доповнювався Верховною Радою України. Його положення неодноразово визнавалися такими, що не відповідають Конституції України. Ідея, підходи, концепція його початкової редакції на сьогодні вже не повною мірою відповідають укладу суспільних відносин, що склалися у державі. Відповідно, виникли передумови і підстави для прийняття Кримінального кодексу України (далі – КК України) у новій редакції або нового Кодексу. Указом Президента України від 7 серпня 2019 р. № 584/2019 «Питання Комісії з питань правової реформи» створено робочу групу з питань розвитку кримінального права. Серед іншого, вона має завдання забезпечити розроблення та внесення Президентові України узгоджених пропозицій із питань удосконалення правової системи України з урахуванням сучасних викликів та потреб демократичного суспільства, зокрема підготовки та узагальнення пропозицій стосовно змін до законодавства про кримінальну відповідальність. В аспекті наведеної законопроектної роботи цікавим, і, певні, корисним, є досвід зарубіжних країн із питань регламентації кримінальної відповідальності за окремі кримінальні правопорушення.

Правова система України наближена до романо-германської, оскільки їй притаманні ознаки, що є характерними для європейської правової традиції. Зокрема, існує поділ права на публічне та приватне: визнання основним джерелом права нормативно-правового акта; ієрархічна нормативно-правова система; Україна є країною кодифікованого права; відведення значної ролі правовій доктрині як джерела формування принципів права; розробка і дотримання юридичної техніки тощо. Одним із представників цієї системи права є Федеративна Республіка Німеччина (далі – ФРН). Метою цієї статті є вивчення німецького досвіду закріплення відповідальності за невиконання обов'язків по догляду за дітьми.

У КК України відповідальність за вчинення цього злочину передбачена ст. 166 КК України, комплексне кримінально-правове дослідження якого вперше на рівні дисертаційного провела В. Р. Філіпенко у 2022 р. [1]. Водночас у вітчизняній науковій літературі зарубіжний досвід вивчається оглядово, що і пояснює потребу в детальному його аналізі в цій науковій статті.

Законодавець Німеччини приділив питанню регламентації у Кримінальному кодексі (далі – КК) відповідальності за порушення обов'язку піклування та виховання значну увагу. Сам факт криміналізації цього діяння у 1943 р.,

коли Друга світова війна була у розпалі, є неординарним кроком. У подальшому, із врахуванням широкої і різноманітної практики застосування і наукових розробок, ці положення закону змінювались і вдосконалювались. На сьогодні діє редакція § 171 КК ФРН «Порушення обов'язку піклування та виховання», яка є незмінною з 1998 р.

Досягнення мети цього дослідження потребує вирішення таких завдань:

- 1) дослідити генезис кримінальної відповідальності за порушення обов'язку піклування та виховання, у тому числі приділити увагу висновкам Спеціального комітету з питань реформи кримінального права під час розробки Четвертого закону про реформу кримінального законодавства 1973 р.;
- 2) узагальнити статистичні відомості щодо кількості кримінальних проваджень і осіб, засуджених за вчинення цього злочину в період з 2010 р. по 2021 р.;
- 3) проаналізувати доктрину кримінального права, зокрема наукові публікації дослідників з проблеми в науковій періодиці [2–4] та дисертаційні дослідження [5];
- 4) приділити увагу пошуку і детальному вивченню правових висновків Федерального Верховного суду Німеччини щодо складу злочину, передбаченого § 171 КК ФРН;
- 5) розглянути рішення Федерального Конституційного суду Німеччини від 15 жовтня 2014 р. [6] щодо здійснення кримінально-правової кваліфікації вчиненого як федеральний злочин у вигляді порушення обов'язку піклування та виховання;
- 6) визначити можливі рекомендації для вітчизняної законопроектної діяльності.

Матеріали та методи

Методологічно дослідження побудоване на аналізі системи законодавства ФРН, зокрема, положень Конституції, Кримінального кодексу, Цивільного кодексу, інших нормативно-правових актів, які стосуються предмета дослідження. Особлива увага приділяється широкій практиці Федерального Верховного суду Німеччини та судів інших інстанцій загальної юрисдикції за період дії положень закону про кримінальну відповідальність щодо відповідальності за порушення обов'язку піклування та виховання.

Статистичний метод застосовано для отримання результатів вивчення відкритих джерел інформації, а саме Порталу даних для відкритого уряду Німеччини та Інтернет-сервісу Федерального статистичного відомства для узагальнення статистичних відомостей за 2010–2021 рр. щодо реєстрації кримінальних проваджень та осіб, засуджених за вчинення злочину, передбаченого § 171 КК ФРН.

Використано джерела німецької доктрини кримінального права, зокрема сучасні наукові доробки у вигляді як наукових статей, так і результатів комплексного кримінально-правового дослідження розглядуваної проблеми.

При вивченні генезису правової регламентації відповідальності за цей злочин застосовано історико-правовий метод дослідження. Наводяться редакції відповідних законодавчих положень. Звернуто увагу на роль правової доктрини і науковців у процесі вдосконалення кримінального закону, зокрема роботі й висновках Спеціального комітету з питань реформи кримінального права під час розроблення Четвертого закону про реформу кримінального законодавства 1973 р.

Формально-юридичний метод використовувався для встановлення змісту складу порушення обов'язку піклування та виховання й аналізу практики їх застосування судами. Так, традиційним для кримінального права України на початку вивчення будь-якого складу кримінального правопорушення є приділення уваги його безпосередньому об'єкту. Для кримінального права Німеччини ключовим для розуміння сутності злочину є особливості визначення правового інтересу (правового блага), який поставлений під захист. У статті приділяється увага визначенню цього інтересу в контексті § 171 КК ФРН. Акцентовано на правових висновках судових інстанцій щодо його формулювання, зокрема обґрунтування його визначення Федеральним Конституційним судом Німеччини. Його важливість складно переоцінити, йдеться як про підстави криміналізації діяння, так і про ознаки, за допомогою яких проводиться розмежування цього злочину від інших суспільно небезпечних діянь.

Далі, у фокусі уваги дослідження – об'єктивна сторона порушення обов'язку піклування та виховання, до складу якої входять суспільно небезпечне діяння, суспільно небезпечні наслідки і причинний зв'язок. У статті звертається увага на використанні німецьким законодавством низки оціночних понять для опису цих ознак. Зокрема, саме порушення обов'язків має бути грубим, а діяння повинно створити небезпеку того, що це спричинить істотну шкоду підопічному у його фізичному або психічному розвитку. Водночас критерії грубості й істотності у самому законі відсутні, що, до речі, є характерним підходом і для КК України. Для правильного й однакового застосування наведених оціночних понять значну роль відіграла доктрина кримінального права, пропозиції якої сприйняв правозастосувач. Так, рішення Федерального Верховного суду Німеччини на сьогодні містять правові висновки щодо характеристики сутності грубості діяння, що може полягати не тільки в систематичності порушень, а й у формі діяння, що вчиняється один раз. Важливою є правова позиція щодо форми діяння, яке може бути вчинено не тільки дією, а й бездіяльністю особи.

Однією з проблем кваліфікації цього злочину є формулювання наслідку у вигляді потенційної шкоди для фізичного і психічного розвитку особи,

яка не досягла 16-річного віку. У статті наводиться опис складності цього питання і його вирішення шляхом формування Федеральним Верховним судом Німеччини правового висновку щодо критеріїв оцінки такого наслідку.

У статті розкрито суб'єктивні ознаки злочину, який вчиняється виключно умисно зобов'язаною особою (батьками, опікунами). Наведено приклади із сучасної практики застосування § 171 КК ФРН. Ураховуючи воєнний стан в Україні, приділяється увага випадкам вчинення кримінального правопорушення на території збройного конфлікту.

Результати та обговорення

Законодавча регламентація обов'язку щодо піклування і виховання дітей

Захист дитини передбачено Основним законом ФРН, ч. 2 ст. 6 якого закріпила, що піклування про дітей та їхнє виховання є природним правом і головним обов'язком батьків. Державна спільнота здійснює нагляд за їхньою діяльністю [7]. Це конституційне положення знаходить свій розвиток у § 1626 Цивільного кодексу ФРН «Батьківське піклування, принципи»: «Батьки зобов'язані і мають право піклуватися про неповнолітню дитину (батьківське піклування). Батьківське піклування включає в себе піклування про особу дитини (особисте піклування) та про її майно (майнове піклування). Здійснюючи догляд за дитиною та її виховання, батьки повинні враховувати зростаючу здатність і потребу дитини діяти самостійно та відповідально. Вони обговорюють із дитиною питання батьківського піклування настільки, наскільки це відповідає рівню розвитку дитини, і прагнуть досягнення згоди» [8].

Також заслуговують на увагу положення Закону про добробут дітей та молоді, який є складовою Соціального кодексу (Книга восьма), зокрема, § 1 «Право на виховання, батьківська відповідальність, соціальне забезпечення молоді», в якому передбачено, що кожна молода людина має право на сприяння її розвитку та на виховання як самовизначеної, відповідальної та соціально компетентної особистості. Догляд та виховання дітей є природним правом батьків та їхнім головним обов'язком [9].

Генезис регламентації кримінальної відповідальності за порушення обов'язку щодо піклування і виховання дітей

У випадку невиконання батьками наведених обов'язків передбачено юридичну відповідальність, зокрема кримінальну, регламентація якої пройшла низку етапів розвитку. Уперше її встановлено Постановою про охорону шлюбу, сім'ї та материнства від 9 березня 1943 р., § 4 ст. 1 якої закріпив: «Кожен, хто ставить під загрозу фізичне або моральне благополуччя дитини,

грубо нехтуючи своїми обов'язками по догляду або вихованню, зокрема, залишаючи дитину без достатнього харчування або утримання, карається позбавленням волі, якщо тільки за це діяння не передбачено більш суворого покарання згідно з іншими положеннями» [10]. Ці положення як § 170d КК діяли з 30 березня 1943 р. до 24 листопада 1973 р. майже без змін, тільки у 1969 р. було уточнено покарання – позбавлення волі на строк до п'яти років [11].

Четвертий закон про реформу кримінального права від 23 листопада 1973 р. надав § 170d назву «Порушення обов'язку піклування та виховання», уточнив особу потерплого, виклавши параграф у такій редакції: «Той, хто грубо порушує свої обов'язки щодо піклування та виховання особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку, і тим створює небезпеку того, що це спричинить істотну шкоду підопічному в його фізичному або психічному розвитку, призведе його до злочинного способу життя або зайняттю проституцією, – карається позбавленням волі на строк до трьох років або грошовим штрафом» [11].

1 квітня 1998 р. § 170d виключений і Розділ дванадцятий КК «Злочини проти цивільного стану, шлюбу та сім'ї» доповнений § 171, який містить той самий текст, що і редакція § 170d [12].

Статистичні відомості за період 2010–2021 рр.

Якщо звернутися до поліцейської статистики [13], то можна дійти висновку, що кількість кримінальних проваджень, які порушено за § 171, є значною, хоча і має тенденцію до зниження (табл. 1).

Таблиця 1

Рік	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Кількість справ	1726	1766	1642	1535	1359	1388	1357	1176	1251	1132	1062	1009

Кількість засуджених за вчинення злочину, передбаченого § 171, суттєво менше [14] аніж кількість порушених кримінальних справ (табл. 2).

Таблиця 2

Рік	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Кількість засуджених	110	122	109	96	83	80	72	61	71	74	53	66
З них кількість чоловіків	33	35	24	29	24	25	17	23	21	23	19	29

Аналіз складу злочину, передбаченого § 171 КК. Визначення правового інтересу, який поставлений під захист. Об'єктивні і суб'єктивні ознаки

Сутність і особливості кваліфікації цього злочину є предметом низки наукових робіт у науці кримінального права Німеччини. Німецькі науковці неоднозначні у своїй оцінці. Одні зазначають, що, незважаючи на своє нечасте застосування, сам факт існування § 171 є дуже важливим для захисту наймолодшої частини суспільства від небезпеки, зокрема розвитку дітей [2]. Інші науковці нарікають на складнощі у кваліфікації злочину [3–4].

Звернемося до аналізу складу цього злочину. Перш за все це стосується визначення *правового інтересу*, який перебуває під захистом § 171. Наприклад, у рішенні місцевого суду м. Вермельскірхен вказано, що ним є благополуччя дитини, успішний розвиток, вільний від небезпек із психологічної точки зору. Це особливо важливе благо, бо так, як здоров'я, тіло і свобода, посідає після життя високе місце в ієрархії законних інтересів. Той, хто порушує цей законний інтерес порушенням свого обов'язку з піклування і виховання, отже, посягає на особливо чутливий порядок законних інтересів. Суд також звернув увагу на особливі соціальні наслідки порушення цього законного інтересу, вказавши, що діяння такого роду також ставлять під загрозу майбутні перспективи широких верств населення, що виправдовує застосування до батьків кримінального покарання з метою як загальної, так і спеціальної превенції [5, с. 236–237]. Подальшого розвитку це визначення набуло у рішеннях судів федерального рівня, про що буде зазначено нижче.

Щодо характеристики *об'єктивної сторони* цього злочину, то закон вказує саме на «грубе» порушення обов'язків щодо піклування та виховання. Під поняття «грубе порушення», за логікою, може підпадати систематичне чи неодноразове порушення обов'язків. Але це не так. Під час розроблення Четвертого закону про реформу кримінального законодавства 1973 р., яким змінено редакцію § 170d КК, Спеціальний комітет з питань реформи кримінального права зауважив, що навіть одного порушення обов'язку може бути достатньо, якщо це призводить до ризику заподіяння істотної шкоди фізичному або психічному розвитку підопічного [15, с. 16].

Федеральний Верховний суд Німеччини застосовує правовий висновок про наявність складу цього злочину, якщо діяння об'єктивно явно суперечить принципам належного виховання і суб'єктивно, з урахуванням можливостей правопорушника, виявляє підвищений ступінь безвідповідальності. Отже, для констатації грубого порушення обов'язків може бути достатньо однієї дії. Водночас, навіть порушення, які самі по собі мають незначний

характер, можуть набути ступеня грубого, у разі їх повторності або більшої тривалості [16].

Судова практика застосування §171 свідчить про те, що діяння може бути вчинено не тільки у разі активної поведінки особи, а й у випадку бездіяльності, відповідальність за яку настає у разі існування небезпеки істотного відставання у фізичному або психічному розвитку, якщо винний міг попередити її виникнення своїм втручанням [17–18].

Це злочин із матеріальним складом, і вважається закінченим у разі створення діянням небезпеки того, що це спричинить істотну шкоду підопічному в його фізичному або психічному розвитку, призведе його до злочинного способу життя або зайняттю проституцією. Тобто це делікт створення небезпеки. Для притягнення до кримінальної відповідальності необов'язкове настання реальної шкоди, достатньо створення реальної небезпеки її настання.

Згідно зі звітом Спеціального комітету з питань реформи кримінального права 1973 р., характеристика психічного розвитку застосовується тільки до тих порушень, які можуть бути зафіксовані за допомогою медико-психологічних критеріїв [15, с. 16]. З урахуванням цього слід звернути увагу на правовий висновок, сформований судовою практикою. Зокрема, вважається, що істотна шкода розвитку має місце тоді, коли нормальний перебіг процесу фізичного або психічного розвитку порушений назавжди або має стійкий характер. Склад злочину наявний і в тих випадках, якщо до вчинення злочину особа вже мала порушення розвитку або існував ризик такого порушення. Однак для того, щоб викликати передбачувану § 171 небезпеку, необхідно, щоб діяння спричинило небезпеку значного збільшення вже наявного порушення або небезпеки його заподіяння чи вимірюваного збільшення небезпеки, яка існує через індивідуальну схильність особи [17–18].

Судова практика виявила проблему конкуренції § 171 та § 225, який передбачає відповідальність за жорстоке поводження з особами, які потребують захисту. Потерпілим є, зокрема, особа, яка не досягла вісімнадцятирічного віку і є членом сім'ї суб'єкта злочину. Згідно із правовим висновком суду у випадку, якщо особа через жорстоке поводження ставить особу, яка потребує захисту, під загрозу заподіяння значної шкоди фізичному або психічному розвитку (§ 225 абз. 3 речення 2), то застосуванню підлягає саме положення § 225, а не § 171 [19].

Використання законодавцем при описі складу злочину, передбаченого § 171, низки оціночних понять, зокрема, «грубе порушення обов'язків щодо піклування і виховання», «створення небезпеки істотного відставання», «фізичний

або психічний розвиток» призвело до проблем у правозастосовній практиці. Аналіз складу цього злочину навіть став предметом розгляду Федерального Конституційного суду за таких обставин. У Німеччині навчання у школі є обов'язковим. Воно починається в шестирічному віці й закінчується у 18 років. Батьки неповнолітніх дітей зобов'язані забезпечити виконання обов'язкового шкільного навчання. Порушення цього обов'язку може переслідуватися як адміністративне правопорушення, а в деяких федеральних землях навіть як кримінальне правопорушення. Зокрема, згідно із § 182.1 Гессенського закону про школу кожен, хто наполегливо або неодноразово позбавляє іншу особу обов'язкової освіти, підлягає покаранню у вигляді позбавлення волі на строк до шести місяців або грошовому штрафу в розмірі до ста вісімдесяти денних штрафних одиниць [20].

На підставі цього Закону землі батьки були неодноразово притягнуті до відповідальності за те, що вони позбавили трьох дітей обов'язкового шкільного навчання. При цьому виховання і навчання відбувались у домашніх умовах з урахуванням їх віри і совісті. Після накладення чергового штрафу батьки подали конституційну скаргу, в якій просили визнати неконституційними положення § 182.1 Гессенського закону про школу. Основним аргументом стало посилення саме на § 171 КК, якою врегульовано підстави кримінальної відповідальності за подібні порушення з боку батьків, і, відповідно, земля Гессен не мала повноважень на встановлення кримінальної відповідальності у § 182.1. Як наслідок, Федеральний Конституційний суд Німеччини мав визначити ознаки складу злочину, передбаченого § 171 КК.

Рішенням від 15 жовтня 2014 р. [6] Суд визнав § 182.1 Гессенського закону про школу конституційним і звернув увагу на таке. Об'єктивні елементи складу злочину, передбаченого § 171 КК, наявні у разі, якщо злочинець грубо порушує свій обов'язок піклуватися та виховувати особу, яка не досягла 16-річного віку. При цьому суд звернув увагу на те, що саме діяння (дія або бездіяльність) не конкретизується в законі і це може дати підстави для висновку, що «позбавлення обов'язкової освіти», яке використане у § 182.1, підпадає під ознаки § 171 КК. Проте зміст обов'язків щодо догляду та виховання має розкриватися з урахуванням правового інтересу, що поставлений під захист § 171 КК. Зроблено висновок, що ним є як фізичне благополуччя, так і моральний, і психічний розвиток особи, яка захищається, зокрема, її підготовка до майбутньої правової поведінки, яка дозволить впоратися із життєвими завданнями, враховуючу чинну систему норм.

Однак, каральне положення § 182.1 спрямоване винятково на забезпечення дотримання загального обов'язкового відвідування школи, яке регулюється

земельним законодавством. Отже, проаналізовані кримінальні положення слугують для захисту значною мірою різних правових інтересів. Щодо проблеми порушення обов'язкового відвідування школи у разі збереження освітнього процесу в домашніх умовах, то Суд висловив сумніви, що таке діяння може свідчити про злочин, передбачений § 171, а саме настання настільки серйозних наслідків для інтелектуальних здібностей особи, що становлять ризик заподіяння шкоди її психічному розвитку.

У тексті закону відсутня вказівка на форму вини особи. З цього приводу заслуговує на увагу правова позиція суду, що злочин вчиняється тільки умисно як з прямим, так і з непрямим умислом [17–18].

Щодо суб'єкта злочину, то очевидно, що обов'язок виховувати і піклуватися за дітей, що не досягли 16-річного віку, стосується першочергово батьків, оскільки забезпечення інтересів дитини, її соціальний, психічний і фізичний розвиток значною мірою залежать саме від них. Водночас не виключається притягнення до кримінальної відповідальності осіб, що їх замінюють, зокрема опікунів. Наприклад, грубе порушення обов'язку виховувати дітей було підтверджено у справі щодо матері, яка, незважаючи на неодноразові особисті застереження з боку поліції протягом одного року, допускала бездіяльність та не завадила тому, щоб її син перебував у групі осіб, з якою регулярно вчиняв крадіжки [5, с. 249].

Особливості кваліфікації злочину в разі його вчинення на території збройного конфлікту

З урахуванням воєнного стану в Україні й активної фази бойових дій особливо цікавою є практика застосування § 171 Федеральним Верховним судом Німеччини у випадках, коли притягують до кримінальної відповідальності із подальшим засудженням батьків-репатріантів, які повертаються під час збройного конфлікту із дітьми до Іраку чи Сирії. Наприклад, показовою є судова справа, за матеріалами якої з жовтня 2015 р. по 4 квітня 2019 р. обвинувачена як член угруповання «Ісламська держава» (далі – ІД) [у неєвропейській терористичній організації] брала участь у діях на території Німеччини та Сирії. Окрім цього, вона виїхала зі своїми трьома дітьми на територію ІД в Сирії, де постійно проживала з ними в зоні міжнародного збройного конфлікту. Діти неодноразово зазнавали обстрілів і не відвідували школу. Крім того, обвинувачена разом із ними брала участь у публічній страті. Також жінка навчила свого 15-річного сина поводженню з вогнепальною зброєю в тренувальному таборі організації, що призвело до його включення до членів злочинного угруповання, та піддавала покаранню з боку «релігійної поліції» ІД, коли він висловлював сумніви в ідеології організації.

Ці відомості у сукупності, за переконанням Федерального суду, свідчать про підвищений ступінь безвідповідальності з боку обвинуваченої, внаслідок чого діти перебували під конкретною небезпекою зазнати істотної шкоди у своєму фізичному та психологічному розвитку [21].

У іншій судовій справі обвинувачена вивезла своїх дворічного та однорічного синів із федеральної території на контрольовану ІД частину Сирії, де прожила з ними понад два роки. Окрім того, що діти проживали на території, де відбувалися бойові дії, небезпека для їхнього фізичного та психічного здоров'я була спричинена самим фактом перебування їх у Сирії. Через виховання синів відповідно до ідеології ІД також існувала небезпека, що вони будуть поділяти її підходи та цілі, а також вести злочинний спосіб життя [22].

Привертає увагу те, що за практикою Федерального Верховного суду Німеччини як злочин, передбачений § 171 КК, кваліфікуються дії батьків, які проживали з дитиною протягом лише двох місяців на контрольованій ІД частині Сирії, де підопічний постійно зазнавав ризику для життя і здоров'я від вибухів та іншого збройного насильства [23].

Висновки

Піклування і виховання дітей є правом і обов'язком батьків (осіб, що їх замінюють), які встановлені Конституцією ФРН та регуляторним законодавством. Відповідальність за його порушення запроваджена у 1943 р. шляхом доповнення КК ФРН § 170d.

Визначальним для розуміння сутності злочину, передбаченого § 171, є правовий інтерес, який поставлено під захист: фізичне благополуччя, моральний і психічний розвиток особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку. Враховуючи його особливу важливість, законодавець передбачив злочин, як делікт створення небезпеки, який може вчинятися як шляхом дії, так і бездіяльності. Для притягнення до кримінальної відповідальності достатньо, щоб особа своїм діянням створила конкретну небезпеку того, що це спричинить істотну шкоду підопічному в його фізичному або психічному розвитку, призведе його до злочинного способу життя або зайняттю проституцією. Злочин вчиняється зобов'язаними особами (батьки, опікуни) виключно з умисною формою вини. Важливе значення щодо кваліфікації кримінального правопорушення мають правові висновки, сформульовані Федеральним Конституційним судом та Федеральним Верховним судом Німеччини.

Сучасна практика застосування § 171 поширюється на випадки вчинення діяння як на території федерації, так і за її межами, зокрема, у випадках

виїзду батьків-репатріантів із дітьми до зони бойових дій, а саме збройного конфлікту на території Сирійської Арабської Республіки.

Наведене дослідження свідчить про високий рівень захисту німецьким кримінальним законом прав і інтересів дітей. Цей матеріал може бути корисним як для подальших вітчизняних наукових досліджень, так і для законопроектної діяльності, зокрема, як додатковий аргумент на користь виділення самостійного структурного розділу (підрозділу), який включає кримінальні правопорушення проти сім'ї. Заслугує наукового обговорення криміналізація заподіяння злочином, передбаченим ст. 166 КК України, не тільки реальної шкоди потерпілому, а й створення загрози (небезпеки) її заподіяння.

References

- [1] Filipenko, V.R. (2022). *Criminal responsibility for a persistent failure to fulfill a duty of care for a child or adult under guardianship or in the custody*. PhD Thesis. Kharkiv: Yaroslav Mudryi National Law University.
- [2] Dittrich, Tilmann Ein. (2022). Update zum Schutz der kindlichen Entwicklung nach § 171 StGB. *Juristische Rundschau*, 2, 64-72. <https://doi.org/10.1515/juru-2021-0048>.
- [3] Heribert Ostendorf. (2008). Die strafrechtliche Verantwortung von Eltern und Betreuern bei Kindesvernachlässigung. *Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe*, 3, 106-110.
- [4] Wiss, Mit, Georg Köpferl. (2015). Zu Rechtsgut und Tatbestandsvoraussetzungen der Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht (§ 171 StGB). Anmerkung zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 2 BvR 920/14 vom 15.10.2014 = HRRS 2015 Nr. 3. *Aufsätze und Anmerkungen*, 2, 81-84. Retrieved from <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/15-02/hrrs-2-15.pdf>.
- [5] Christine Geisler. (2003). *Die strafrechtliche Behandlung von Eltern minderjähriger Täter. Strafbares Unterlassen im Rahmen der unechten Unterlassungsdelikte und § 171 StGB*. Doctoral Thesis. Göttingen: Georg-August-Universität.
- [6] BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats. (Oktober 15, 2014). 2 BvR 920/14, Rn. 1-33. Retrieved from http://www.bverfg.de/e/rk20141015_2bvr092014.html.
- [7] Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Retrieved from <https://www.bundestag.de/gg/grundrechte>.
- [8] Bürgerliche Gesetzbuch. Retrieved from https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1626.html.
- [9] Sozialgesetzbuch (SGB) – Achtes Buch (VIII) – Kinder- und Jugendhilfe. Retrieved from https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_8/_1.html.
- [10] Verordnung zum Schutz von Ehe, Familie und Mutterschaft. (März 9, 1943). Retrieved from http://ns-quellen.at/gesetz_anzeigen_detail.php?gesetz_id=2310&action=B_Read.
- [11] § 170d StGB Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. (Mai 15, 1871). Retrieved from <https://lexetius.com/StGB/170d,4>.

- [12] Strafgesetzbuch (StGB) § 171 Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht. Retrieved from https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_171.html.
- [13] Datenportal für Deutschland. Retrieved from <https://www.govdata.de>.
- [14] Statistisches Bundesamt (Destatis). Retrieved from <https://www.destatis.de>.
- [15] Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Reform des Strafrechts. (June 14, 1972). Bundestag - Drucksache VI/3521.
- [16] Bundesgerichtshof Beschluss AK 56/19 (Oktober 17, 2019). In dem Strafverfahren gegen wegen Kriegsverbrechen. Retrieved from <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=f5dafed8bc3f38b8342de114ca4c3361&nr=101432&pos=12&anz=24>.
- [17] Bundesgerichtshof (BGH) 4 StR 61/18 – Beschluss. (November 8, 2018). (LG Zweibrücken). Retrieved from <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/18/4-61-18-1.php?referer=db>.
- [18] Bundesgerichtshof (BGH) 4 StR 380/20 – Beschluss. (April 14, 2021). (LG Essen). Retrieved from <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/20/4-380-20.php>.
- [19] Bundesgerichtshof (BGH) 2 StR 298/10 – Beschluss. (August 4, 2010). (LG Köln). Retrieved from <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/2/10/2-298-10.php>.
- [20] Hessisches Schulgesetz (Schulgesetz – HSchG). In der Fassung. (Juni 14, 2005). Retrieved from <https://www.rv.hessenrecht.hessen.de/bshe/document/jlr-SchulGHE2005pP182>.
- [21] Bundesgerichtshof Beschluss AK 56/19. (Oktober 17, 2019). In dem Strafverfahren gegen wegen Kriegsverbrechen. Retrieved from <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=f5dafed8bc3f38b8342de114ca4c3361&nr=101432&pos=12&anz=24>.
- [22] Bundesgerichtshof Beschluss AK 14/22. (April 21, 2022). In dem Ermittlungsverfahren gegen. Retrieved from <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=f5dafed8bc3f38b8342de114ca4c3361&nr=129400&pos=3&anz=24>.
- [23] Bundesgerichtshof Beschluss AK 33/22. (Oktober 18, 2022). In dem Strafverfahren gegen. Retrieved from <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=f5dafed8bc3f38b8342de114ca4c3361&nr=131590&pos=1&anz=24>.

Олексій Володимирович Зайцев

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: o.v.zaytsev@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0002-6743-7114

Катерина Олександрівна Павшук

кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри конституційного права України
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: k.o.pavshuk@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0003-0588-4178

Oleksiy V. Zaytsev

Ph.D. in Law, Assistant Professor,
Assistant Professor of the Department of Criminal Law
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: o.v.zaytsev@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0002-6743-7114

Kateryna O. Pavshuk

Ph.D. in Law, Assistant Professor,
Assistant Professor of the Department of Constitutional Law of Ukraine
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: k.o.pavshuk@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0003-0588-4178

Рекомендоване цитування: Зайцев О. В., Павшук К. О. Відповідальність за порушення обов'язку піклування та виховання у Кримінальному кодексі Федеративної Республіки Німеччина. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 161. С. 215–229. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.161.276942>.

Suggested Citation: Zaytsev, O.V., & Pavshuk, K.O. (2023). Liability for Violation of the Duty of Care and Upbringing in the Criminal Code of the Federal Republic of Germany. *Problems of Legality*, 161, 215-229. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.161.276942>.

Статтю подано / Submitted: 10.04.2023
Доопрацьовано / Revised: 01.05.2023
Схвалено до друку / Accepted: 15.05.2023
Опубліковано / Published: 30.06.2023