

KRYMINALIZACJA ZWIĄZKÓW PRZESTĘPCZYCH W KODEKSIE KARNYM RFN

EWA M. GUZIK–MAKARUK¹

Truizmem dzisiaj pozostaje teza, że działalność zorganizowanych grup przestępczych, podobnie jak terroryzm, stanowi jedno z najpoważniejszych zagrożeń dla jednostek, państw i społeczności międzynarodowej XXI wieku. Adekwatna odpowiedź na zagrożenia, jakie z sobą niesie, wymaga odpowiedniego ukształtowania przepisów prawa oraz instrumentów represji karnej. W wypadkach, w których niepożądane zjawiska przekraczają granice państwowe, a ściganiem i zwalczaniem zainteresowanych jest więcej państw, celowym wydaje się porównanie instytucji prawnych, funkcjonujących w porządkach wewnątrz krajowych innych państw. Nie ulega wątpliwości, że współczesna przestępczość zorganizowana posiada w dużej mierze międzynarodowy charakter, gdyż „umiędzynarodowienie” zostało niejako wplecione w zjawisko przestępczości wraz ze swobodnym przepływem osób, towarów i usług w państwach członkowskich Unii Europejskiej.

Niniejsze opracowanie stanowi próbę przybliżenia regulacji prawnokarnych przyjętych w Republice Federalnej Niemiec, mających swe źródło w kodeksie karnym, a dotyczących kryminalizacji związków przestępczych. Warto odnotować, że ustawodawca niemiecki przyjmuje nieco odmienną technikę prawodawczą w kodeksie karnym aniżeli ustawodawca polski. W niemieckim kodeksie karnym obok każdego przepi-

1 Zakład Prawa Karnego i Kryminologii, Katedra Prawa Karnego, Wydział Prawa, Uniwersytet w Białymstoku.

su części ogólnej StGB² oraz części szczególnej StGB³ występuje konkretna nazwa. O ile przy kształtowaniu znamion ustawowych przestępstwa prawodawca nie posługuje się wprost konkretnie nazwanymi znamionami (w niniejszym opracowaniu: związek przestępczy), o tyle użyta przez ustawodawcę nazwa danego typu przesądza o zakresie przedmiotowym regulacji.

1. Kryminalizacja związków przestępczych – zagadnienia wstępne

Penalizacja związków przestępczych następuje w § 129 StGB⁴ w rozdziale 7, grupującym przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu.⁵ Przepis ten w pierwotnej formie występował już w pierwszej obowiązującej wersji niemieckiego kodeksu karnego z 1871 r.⁶ Ustawodawca niemiecki w 1871 r., wychodząc naprzeciw istniejącym potrzebom, zareagował prawnokarnie (w § 129 StGB) jedynie na tworzenie związków kryminalnych,⁷ kreując tym samym instrument do zwalczania czynów motywowanych politycznie, wrogich dla państwa niemieckiego.⁸

- 2 Np. § 1 StGB „Keine Strafe ohne Gesetz” – Nullum crimen sine lege; § 2 StGB „Zeitliche Geltung” – obowiązywanie w czasie.
- 3 Np. § 129 StGB „Bildung krimineller Vereinigungen” – tworzenie związków kryminalnych; § 129b StGB „Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland; Erweiterter Verfall und Einziehung” – związki kryminalne i terrorystyczne za granicą. Rozszerzony przypadek i konfiskata.
- 4 StGB – Das Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871, RGBI 1871, 127 mit weiteren Änderungen. In der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998 (BGBl. I S. 3322), zuletzt geändert durch Gesetz vom 24.09.2013 (BGBl. I S. 3671) m.W.v. 28.09.2013
- 5 7. Abschnitt – Straftaten gegen die öffentliche Ordnung (§§ 123–145d)
- 6 Kodeks karny Republiki Federalnej Niemiec należy do najstarszych kodyfikacji prawa karnego materialnego w całej Europie. Od czasu uchwalenia pierwotnej wersji tekst ulegał wielokrotnym zmianom, co jednak nie zmienia faktu, iż kodyfikacja pojawiła się już w 1871 r., na początku panowania cesarstwa Hohenzollernów i kanclerstwa Otto von Bismarcka, tuż po powstaniu II Rzeszy Niemieckiej. Kodeks przetrwał zawirowania dziejowe – Republikę Weimarską, III Rzeszę i po zjednoczeniu Niemiec w 1990 r. obowiązuje na terytorium nowo ukształtowanej Republiki Federalnej Niemiec.
- 7 Die Theilnahme an einer Verbindung, zu deren Zwecken oder Beschäftigungen gehört, Maßregeln der Verwaltung oder die Vollziehung von Gesetzen durch ungesetzliche Mittel zu verhindern oder zu entkräften, ist an den Mitgliedern mit Gefängniß bis zu Einem Jahre, an den Stiftern und Vorstehern der Verbindung mit Gefängniß von drei Monaten bis zu zwei Jahren zu bestrafen. Gegen Beamte kann auf Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter auf die Dauer von Einem bis zu fünf Jahren erkannt werden. http://de.wikisource.org/wiki/Strafgesetzbuch_%C3%BCr_das_Deutsch
- 8 Więcej na temat genezy, zob.: K. Lange, 'Many a Lord is Gulty, Indeed For Many a Poor Man's Dishonest Deed': Gangs of Robbers in Early Modern Germany, (w:) C. Fijnaut, L. Pa-

Nieco później rozszerzono kryminalizację na wspieranie tych grup, by ostatecznie ukształtować obiektywne znamiona przestępstwa jako zakładanie, udział, wspieranie czy pozyskiwanie nowych członków do związków kryminalnych, zaś od roku 1951⁹ zdecydowanie zrezygnowano z wymogu politycznie motywowanych dążeń.¹⁰ Nietrudno się domyśleć, iż § 129 StGB był nagminnie wykorzystywany w czasach narodowego socjalizmu do zwalczania wrogów politycznych. Praktycznie każdemu inaczej myślącemu, który wymieniał swoje poglądy z kimś innym, można było postawić zarzut usiłowania zakładania związku kryminalnego.

Treść przepisu brzmi obecnie następująco:

§ 129 Tworzenie organizacji przestępczych¹¹

(1) Kto zakłada związek, którego cele i działania są nakierowane na popełnianie przestępstw lub kto uczestniczy w takim związku jako członek

-
- oli (red.), *Organised Crime in Europe. Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Dordrecht 2004, s. 110–111.
- 9 Pierwsza nowelizacja StGB, BGBl. I 1951, 739. § 129 Strafgesetzbuch (1951) (1) Wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind, strafbare Handlungen zu begehen, oder wer sich an einer solchen Vereinigung als Mitglied beteiligt, sie sonst unterstützt, oder zu ihrer Gründung auffordert, wird mit Gefängnis bestraft. (2) [...] (3) [...] (4) [...] Bundesgesetzblatt 1951 Teil I, S. 739–747 (744)
- 10 H. J. Rudolphi, U. Stein, (w:) H. J. Rudolphi, J. Wolter (red.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band II Besonderer Teil (§§ 80–358)*, München 2005, s. 2 do § 129 StGB.
- 11 § 129 Bildung krimineller Vereinigungen (1) Wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind, Straftaten zu begehen, oder wer sich an einer solchen Vereinigung als Mitglied beteiligt, für sie um Mitglieder oder Unterstützer wirbt oder sie unterstützt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Absatz 1 ist nicht anzuwenden: 1. wenn die Vereinigung eine politische Partei ist, die das Bundesverfassungsgericht nicht für verfassungswidrig erklärt hat; 2. wenn die Begehung von Straftaten nur ein Zweck oder eine Tätigkeit von untergeordneter Bedeutung ist oder; 3. soweit die Zwecke oder die Tätigkeit der Vereinigung Straftaten nach den §§ 84 bis 87 betreffen. (3) Der Versuch, eine in Absatz 1 bezeichnete Vereinigung zu gründen, ist strafbar. (4) ehört der Täter zu den Rädelsführern oder Hintermännern oder liegt sonst ein besonders schwerer Fall vor, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen; auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren ist zu erkennen, wenn der Zweck oder die Tätigkeit der kriminellen Vereinigung darauf gerichtet ist, in § 100c Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe a, c, d, e und g mit Ausnahme von Straftaten nach § 239a oder § 239b, Buchstabe h bis m, Nr. 2 bis 5 und 7 der Strafprozessordnung genannte Straftaten zu begehen. (5) Das Gericht kann bei Beteiligten, deren Schuld gering und deren Mitwirkung von untergeordneter Bedeutung ist, von einer Bestrafung nach den Absätzen 1 und 3 absehen. (6) Das Gericht kann die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2) oder von einer Bestrafung nach diesen Vorschriften absehen, wenn der Täter; 1. sich freiwillig und ernsthaft bemüht, das Fortbestehen der Vereinigung oder die Begehung einer ihren Zielen entsprechenden Straftat zu verhindern, oder; 2. freiwillig sein Wissen so rechtzeitig einer Dienststelle offenbart, daß Straftaten, deren Planung er kennt, noch verhindert werden können; erreicht der Täter sein Ziel, das Fortbestehen der Vereinigung zu verhindern, oder wird es ohne sein Bemühen erreicht, so wird er nicht bestraft.

albo taki związek wspiera lub do niego werbuje, podlega karze pozbawienia wolności do pięciu lat lub karze grzywny.

(2) Ustęp 1 nie ma zastosowania

1. gdy związek stanowi partię polityczną, która nie została uznana za niekonstytucyjną przez Federalny Trybunał Konstytucyjny,
2. gdy popełnianie przestępstw jest tylko celem lub czynnością o niewielkim znaczeniu lub
3. o ile cele lub działania związku dotyczą §§ 84 do 87.

(3) Usiłowanie czynu, o którym mowa w ustępie 1 jest karalne.

(4) Jeśli sprawca należy do przywódców związku lub jego popleczników bądź zachodzi szczególnie ciężki przypadek, podlega karze pozbawienia wolności od sześciu miesięcy do pięciu lat.

Sprawca podlega karze pozbawienia wolności od sześciu miesięcy do dziesięciu lat, jeśli cel lub działalność związku nakierowane są na popełnianie przestępstw określonych w § 100c ust. 2 nr 1 litery: a, c, d, e oraz g z wyjątkiem przestępstw wymienionych w § 239a lub § 239b, litery: h do m, nr 2 do 5 i 7 kodeksu postępowania karnego.

(5) W stosunku do członków związku, których wina jest nieznaczna i których udział ma niewielkie znaczenie, sąd może odstąpić od wymierzenia kary, o której mowa w ustępach 1 i 3.

(6) Sąd może według własnego uznania złagodzić karę (§ 49 ust. 2) lub odstąpić od jej wymierzenia, jeżeli sprawca:

1. dobrowolnie i poważnie starał się zapobiec dalszemu utrzymywaniu związku lub popełnieniu przestępstwa, zgodnego z zamierzonymi celami związku, lub
2. dobrowolnie przekazuje organowi powołanemu do ścigania przestępstw informacje o planowanych przestępstwach w takim czasie, że można zapobiec ich popełnieniu; jeśli sprawca zapobiegł dalszemu utrzymywaniu związku, nie podlega karze.

Niemiecki kodeks karny posługuje się w odniesieniu do struktur kryminalnych (§ 129) czy terrorystycznych (§§ 129a i 129b) pojęciem „związku”, rezerwując pojęcie „grupy” dla § 127 StGB, który typizuje tworzenie grup o charakterze zbrojnym.

Stosownie do przyjętej linii orzeczniczej, przez „związek” należy rozumieć organizacyjne porozumienie więcej niż dwóch osób, zawarte na pewien czas, niekoniecznie z góry określony, gdzie treścią porozumienia objęte jest dążenie do osiągnięcia założonych celów.¹² Krytycznie odnosi się do tego stanowiska H.J. Rudolphi, który przedstawia pogląd, iż w przypadku związku trzech czy nawet czterech osób nie rozwija się niebezpieczna dynamika działalności grupy i postuluje, aby także w celu rozróżnienia od zwykłej bandy przyjąć istnienie związku dopiero przy większej ilości uczestniczących osób.¹³ W orzecznictwie przyjmuje się, że dla istnienia bandy wystarczy porozumienie dwóch osób.¹⁴ Wydaje się, że sama tylko liczebność grupy nie może decydować o ładunku społecznej szkodliwości, jaki niesie z sobą jej działalność. Do oceny tej szkodliwości i nawet abstrakcyjnego zagrożenia konieczna jest dodatkowo analiza celu, na jaki skierowana jest aktywność grupy.

2. Ustawowe znamiona przestępstwa z § 129 StGB

Czyn zabroniony opisany w § 129 umiejscowiony został w rozdziale 7, zatytułowanym: „Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu”. Rodzajowym przedmiotem ochrony prawnokarnej jest zatem porządek publiczny, natomiast jako przedmiot indywidualny wskazuje się w doktrynie na: bezpieczeństwo i porządek publiczny¹⁵ czy wewnętrzne bezpieczeństwo RFN.¹⁶ Na marginesie warto wspomnieć, iż w innych krajach niemieckojęzycznych, takich jak Szwajcaria czy Austria, prawo karne chroni „pokój publiczny”¹⁷ przed działalnością grup kryminal-

- 12 G. Arzt, U. Weber, *Strafrecht. Besonderer Teil. Delikte gegen den Staat, gegen Amtsträger und durch Amtsträger*, Bielefeld 1982, s. 20.
- 13 H.J. Rudolphi, *Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i.S.d. §§ 129, 129a StGB*, (w:) W. Frisch (red.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Köln, München 1978, s. 315–334.
- 14 G. Arzt, U. Weber, *op. cit.*, s. 20.
- 15 K. Kühl, (w:) K. Lackner, K. Kühl (red.), *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München 2001, s. 551.
- 16 H. Tröndle, Th. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. Beckische Kurz Kommentare, München 2004, Band 10, s. 890; H.H. Jescheck, W. Ruß, G. Willms, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Berlin, New York 1988, s. 47, 60.
- 17 Art. 260ter StGB, *Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937*, Systematische Sammlung des Bundesrechts, SR 311.0. § 278 i § 278a. StGB, *Österreichisches Strafgesetzbuch vom 23. Jänner 1974*, BGBl I 15/2004. Szerzej na temat szwajcarskich regulacji dotyczących zorganizowanych grup przestępczych, zob. E. Kowalewska-Borys,

nych. Tym samym w jednakowy sposób identyfikuje się dobro zagrożone funkcjonowaniem tego typu grup lub związków.

Istnienie związków kryminalnych samo w sobie stanowi już potencjalne zagrożenie dla tego porządku, a dynamika ich rozwoju stwarza poważne niebezpieczeństwo dla prawidłowego funkcjonowania społeczeństwa.¹⁸ Jak podaje G. Arzt, geneza kryminalizacji związków przestępczych sprowadza się do obawy władz państwowych przed tworzeniem tajnych organizacji, czego aktualnym dowodem jest chociażby istnienie różnorodnych rejestrów organizacji, związków, stowarzyszeń. Ze względów bezpieczeństwa państwo chce sprawować funkcje kontrolne względem nowo powstających organizacji społecznych. W regulacji § 129 StGB na pierwszy plan wysuwa się ochrona państwa przed zagrożeniami płynącymi ze strony tajnych związków.¹⁹

Przestępstwo ma charakter ogólnospawczy, co oznacza, że popełnić może go każdy podmiot zdolny do zawinięcia. Stosownie do § 19 StGB osobą niezdolną do ponoszenia winy jest ten, kto nie ukończył jeszcze 14. roku życia, co oznacza, że sprawcą czynu przestępczego może być osoba, która ukończyła lat 14. Przed ukończeniem 14. roku życia dziecko nie jest w stanie zrozumieć bezprawności swego czynu, brak mu zdolności rozpoznania i pokierowania swoim postępowaniem.²⁰

Sprawcy pomiędzy 14. a 18. rokiem życia traktowani są jako nieletni, zaś między 18. a 21. rokiem życia jako młodociani. Obie te kategorie podmiotów podlegają przepisom ustawy o sądach dla nieletnich.²¹ Ustawa przewiduje dość bogaty katalog środków wychowawczych, karcenia i poprawczych, włącznie z aresztem dla nieletniego oraz karą pozbawienia wolności wykonywaną w zakładach karnych dla nieletnich.²² Podstawą jej stosowania jest popełnienie czynu, który wyczerpuje znamiona określone w ustawie karnej jako przestępstwo w formie zbrodni lub występku (§ 4 ustawy JGG). Sprawca w wieku pomiędzy 14. a 18. rokiem

Szwajcarska definicja organizacji przestępczej, (w:) E.W. Pływaczewski (red.), Aktualne problemy prawa karnego i kryminologii, Białystok 2005, s. 88 i n.

18 Th. Lenckner, (w:) A. Schönke, H. Schröder (red.), Strafgesetzbuch. Kommentar, München 2001, s. 1200.

19 G. Arzt, U. Weber, Strafrecht. Besonderer Teil, Bielefeld 2000, s. 922, 923.

20 J. Wessels, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Heidelberg 1989, s. 115.

21 § 1 Jugendgerichtsgesetz vom 4. August 1953, BGBl I 1953, 751.

22 § 17 ustawy zakreśla zasadniczo ramy czasowe tej kary względem nieletniego od 6 miesięcy do 5 lat, § 105 od 6 miesięcy do 10 lat wobec młodocianego.

życia podlega tzw. odpowiedzialności warunkowej z powodu warunkowej zdolności do zawinienia.²³

Generalnie, sprawcą całkowicie dorosłym jest ten, który ukończył 21. rok życia w chwili popełnienia czynu zabronionego, a wyjątkowo – przy zastosowaniu § 105 ustawy o sądach dla nieletnich – młodociany po ukończeniu 18. roku życia, pod warunkiem, że sąd dla nieletnich po dokonaniu oceny stopnia rozwoju sprawcy przekaże sprawę do rozpoznania sądowi dla dorosłych.

Zgodnie z przyjętą klauzulą nieumyślności karalne jest tylko zachowanie umyślne, zaś nieumyślne tylko wtedy, gdy ustawa tak stanowi (§ 15 StGB). Dla przypisania odpowiedzialności za przestępstwo z § 129 StGB konieczne jest zachowanie umyślne, podjęte co najmniej z zamiarem ewentualnym. Zamiar ten wystarcza do przyjęcia odpowiedzialności za wszystkie z analizowanych przestępstw – zakładania, udziału, wspierania i werbowania do związku. Kwestia ta nie budzi większych wątpliwości²⁴ i po lekturze wiodących komentarzy śmiało można zaryzykować tezę, iż nie wywołuje sporów doktrynalnych. Zamiar sprawcy musi obejmować fakt, iż aktywność związku służąca osiągnięciu jego celów jest karalna, sprawca musi zatem co najmniej godzić się na to, iż środkiem wiodącym do celu założonego przez związek jest popełnianie przestępstw.²⁵ Jeśli pozostaje w błędzie co do tej okoliczności, nie obejmując swą świadomością charakteru związku (celu albo działalności związku), działa on pod wpływem błędu co do faktu.²⁶

Od strony obiektywnej penalizowane jest: zakładanie związku kryminalnego, uczestnictwo w takim związku, wspieranie lub werbowanie do takiego związku, którego cele i działania są nakierowane na popełnianie przestępstw.

23 „Bedingte Schuldfähigkeit Jugendlicher”, zob. U. Kindhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden–Baden 2005, s. 173.

24 H. Tröndle i Th. Fischer podają, iż werbowanie członków do związku wymaga zamiaru bezpośredniego, gdyż celem jest pozyskanie nowych uczestników albo osób wspomagających. Nie wystarczy zatem sam zamiar ewentualny. Stanowisko to jest jednak odosobnione. Zob. H. Tröndle, Th. Fischer, *op. cit.*, s. 876.

25 Th. Lenckner, *op. cit.*, s. 1208; H. Ostendorf, (w:) H. Ostendorf (red.), *Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Band 3, Neuwied und Darmstadt 1986, s. 416; H.H. Jescheck, W. Ruß, G. Willms, *op. cit.*, s. 54; H.J. Rudolphi, U. Stein, *op. cit.*, t. 9 do § 129a StGB.

26 K. Kühl, *op. cit.*, s. 554.

Zakładanie oznacza utworzenie organizacji od nowa nie tylko przez jej przywódców i popleczników, ale przez wszystkie osoby, które były zaangażowane w powołanie związku kryminalnego do życia, a które podczas jego działalności wcale nie muszą pełnić następnie kierowniczych ról.²⁷ Dla przyjęcia odpowiedzialności za uczestnictwo w związku kryminalnym wystarcza bycie członkiem takiego związku i nawet jednorazowa aktywność w działalności organizacji. Nie jest wymagane, by doszło do realizacji konkretnego przestępstwa.²⁸ Wspieranie związku i werbowanie do niego dotyczą sprawców niebędących w istocie członkami związku kryminalnego.²⁹

W § 129 ust. 2 ustawodawca zawarł trzy wyłączenia przepisu § 129 ust. 1 StGB. Pierwszym z nich jest przypadek, gdy związek stanowi partię polityczną, która nie została uznana za niekonstytucyjną przez Federalny Trybunał Konstytucyjny. Jest to tzw. przywilej partyjny, wywodzący się w prostej linii z art. 21 Ustawy Zasadniczej RFN. Przepis konstytucyjny stanowi, że partie współdziałają w celu powstawania woli politycznej narodu. Zakładanie partii politycznych nie podlega ograniczeniom. Wewnętrzna organizacja partii musi odpowiadać zasadom demokratycznym. Partie zobowiązane są do publicznego ujawnienia źródeł zdobytych środków oraz ich użycia, jak i do ujawnienia danych o stanie posiadania. W dalszej kolejności Ustawa Zasadnicza RFN stanowi, że działalność partii, których cele lub zachowanie członków narusza lub zagraża demokratycznemu porządkowi konstytucyjnemu lub które zagrażają stanowi posiadania Republiki Federalnej Niemiec, jest sprzeczna z konstytucją. O sprzeczności tej rozstrzyga Trybunał Konstytucyjny, a szczegóły określa ustawa federalna.³⁰ Wyłączenie przepisu opisane powyżej służy ochronie legalnie działających partii politycznych i ma swoje konstytucyjne uzasadnienie. Zatem nie można uznać partii politycznej za związek kryminalny, zanim nie zdelegalizuje jej Trybunał Konstytucyjny. Nie dotyczy jednak samych członków partii, którzy w jej ło-

27 E. Dreher, H. Tröndle, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Beckische Kurz Kommentare, Band 10, München 1982, s. 739.

28 Th. Fischer, *op. cit.*, s. 942.

29 E. Dreher, H. Tröndle, *op. cit.*, s. 740.

30 Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec z 23 maja 1949 r., tłumaczenie z języka niemieckiego dr Ewa Schwierskott-Matheson, LL.M., http://www.de-iure-pl.org/gesetze/recht/verfassung/text/1,1,741_DE,PL,.html.

nie zorganizowali się w celu popełniania przestępstw; w takim wypadku podlegają oni odpowiedzialności karnej na podstawie § 129 StGB.³¹

Druga sytuacja ma miejsce wówczas, gdy popełnianie przestępstw jest tylko celem lub działalnością o niewielkim znaczeniu w aktywności związku, a zatem nie są związkami kryminalnymi te, które nakierowane są na okazjonalne popełnianie przestępstw lub przestępstw o niewielkim ciężarze gatunkowym.³² G. Arzt podaje jako przykład sytuację, w której kilka osób tworzy grupę zamalowującą sprayem ściany budynków, wywołując tym niewielkie szkody materialne.³³

Trzecie wyłączenie stanowi klauzulę subsydiarności. Wyłączone jest stosowanie przepisu § 129 ust. 1 w sytuacji, w której cele lub działania związku dotyczą §§ 84 do 87 StGB. Przepisy owe usytuowane są w trzecim tytule kodeksu karnego „Zagrożenie demokratycznego państwa prawnego”. W § 84 StGB ustawodawca penalizuje kontynuowanie działalności partii politycznej uznanej za niekonstytucyjną, w § 85 StGB – naruszenie zakazu zrzeszania się (np. w partie, których cele działalności są zakazane, jak chociażby skierowane przeciwko porządkowi konstytucyjnemu), w § 86 – rozpowszechnianie środków propagandowych organizacji uznanych za niekonstytucyjne, w § 87 – działalność agenturalną w celach sabotażowych. Jeśli zatem cele lub działania związku dotyczą §§ 84 do 87 StGB, stosuje się wówczas te przepisy zamiast § 129 StGB.

W tym miejscu należałoby zwrócić uwagę na to, iż kodeks karny niemiecki, tak jak zdecydowana większość demokratycznych porządków prawnych, zawiera dualistyczne ujęcie przestępstwa. Ze względu na ciężar gatunkowy ustawodawca dzieli przestępstwa na dwie kategorie: zbrodnie – zagrożone karą pozbawienia wolności od jednego roku oraz występki – zagrożone karą pozbawienia wolności w wymiarze minimalnym do jednego roku lub karą grzywny. Nadzwyczajne złagodzenie czy obostrzenie kary nie powoduje zmiany kwalifikacji przestępstwa z występku na zbrodnie lub odwrotnie (§ 12 StGB).

Stosownie do powyższego rozróżnienia – zakładanie związku kryminalnego, uczestnictwo w takim związku, wspieranie lub werbowanie

31 Th. Fischer, *op. cit.*, s. 940.

32 *Ibidem*, s. 941.

33 G. Arzt, U. Weber, *op. cit.*, s. 927.

do takiego związku, którego cele i działania są nakierowane na popełnianie przestępstw, stanowi podstawowy typ przestępstwa i jest zagrożone karą pozbawienia wolności do pięciu lat lub karą grzywny. Stanowi zatem występki. Karalne jest także usiłowanie wyżej opisanego czynu. W oparciu o § 23 StGB usiłowanie zbrodni jest zawsze karalne, natomiast usiłowanie występkę, tylko gdy ustawa tak stanowi. Usiłowanie może być karane łagodniej aniżeli czyn dokonany (przy zastosowaniu § 49 ust. 1 StGB), a w przypadku usiłowania nieudolnego sąd może nadzwyczajnie złagodzić karę (według zasad określonych w § 49 ust. 2 StGB) lub odstąpić od jej wymierzenia.

Kwalifikowana odpowiedzialność karna dotyczy przywódców związku lub jego popieczników, albowiem w stosunku do tej kategorii sprawców ustawodawca przewidział karę pozbawienia wolności od sześciu miesięcy do pięciu lat. Nie zmienia to oczywiście faktu, że czyn nadal stanowi występki.

Najsurowsza kara przewidziana jest w stosunku do sprawców działających w związku, którego cel lub działalność nakierowana jest na popełnianie enumeratywnie wymienionych przestępstw o dużym ciężarze gatunkowym, przykładowo: zdrady stanu czy zagrożenia bezpieczeństwa zewnętrznego RFN. W takim wypadku sprawca podlega karze pozbawienia wolności od sześciu miesięcy do dziesięciu lat.

Pewnym złagodzeniem odpowiedzialności jest fakultatywna możliwość odstąpienia od wymierzenia kary względem członków związku, których wina jest nieznaczna i których udział w związku miał podrzędne, niewielkie znaczenie.

Czynny żal sprawcy ma także kolosalne znaczenie dla zakresu jego odpowiedzialności, gdyż sąd może nadzwyczajnie złagodzić karę bądź nawet odstąpić od jej wymierzenia, gdy sprawca:

- 1) dobrowolnie podejmuje działania w celu uniemożliwienia dalszego funkcjonowania związku lub uniemożliwienia popełnienia przestępstwa, odpowiadającego celowi grupy lub
- 2) dobrowolnie przekazuje znane mu informacje właściwym organom w takim czasie, iż możliwe jest zapobieżenie popełnieniu zaplanowanego przestępstwa.

W sytuacji, kiedy uniemożliwiono dalszą egzystencję związku, o którym mowa powyżej, sprawca korzysta z najbardziej dalece idącego dobrodziejstwa, mianowicie pozostaje bezkarny. W takim przypadku sąd obligatoryjnie wydaje wyrok uniewinniający.³⁴

3. Kwalifikowane typy przestępstwa z § 129 StGB

Wypada zauważyć, że § 129 StGB posiada dwa typy kwalifikowane – § 129a (związek terrorystyczny) oraz § 129b (związek kryminalny lub terrorystyczny za granicą).

Pierwszy z analizowanych przepisów, § 129a, penalizuje następujące typy zachowań, wymienione w sposób enumeratywny:

1. Zakładanie związku lub członkostwo w związku, którego cele albo działalność są skierowane na popełnianie następujących przestępstw: morderstwo (§ 211 StGB) lub zabójstwo (§ 212 StGB), ludobójstwo (§ 6 kodeksu karnego międzynarodowego³⁵), zbrodnie przeciwko ludzkości (§ 7 kodeksu karnego międzynarodowego), zbrodnie wojenne (§ 8–12 kodeksu karnego międzynarodowego), przestępstwa przeciwko wolności z § 239a StGB (uprowadzenie człowieka w celu szantażowania osób trzecich) lub z § 239b StGB (wzięcie zakładnika);³⁶

2. Zakładanie związku, którego cele albo działalność są skierowane na to, by:

- a) wyrządzić innemu człowiekowi ciężkie szkody fizyczne lub psychiczne, w szczególności określone w § 226 StGB (ciężkie uszkodzenie ciała);
- b) popełnić przestępstwa określone w następujących przepisach: § 303b StGB (sabotaż komputerowy), § 305 StGB (zniszczenie budowli), § 305a (zniszczenie środków pracy o ważnym znaczeniu);

34 H.H. Jescheck, W. Ruß, G. Willms, *op. cit.*, s. 56.

35 Völkerstrafgesetzbuch vom 26. Juni 2002, BGBl I 2002, 2254. Uchwalenie przedmiotowego kodeksu stanowiło odpowiedź ustawodawcy niemieckiego na Statut Rzymski Międzynarodowego Trybunału Karnego, który został przyjęty 17. lipca 1998 r. i wszedł w życie w dniu 1. lipca 2002.

36 § 129a ust. 1 StGB.

- c) popełnić przestępstwa powszechnie niebezpieczne w wypadkach: §§ 306–306c StGB (podpalenie, ciężkie podpalenie, szczególnie ciężkie podpalenie, podpalenie ze skutkiem śmiertelnym) albo § 307 ust. 1–3 StGB (umyślne wywołanie eksplozji przy wykorzystaniu energii jądrowej), § 308 ust. 1–4 StGB (umyślne wywołanie eksplozji z wykorzystaniem materiałów wybuchowych), § 309 ust. 1–5 StGB (umyślne nadużycie promieni jonizujących), § 313 StGB (sprowadzenie niebezpieczeństwa powodzi), § 314 StGB (sprowadzenie powszechnego niebezpieczeństwa zatrucia), § 315 ust. 1, 3 lub 4 StGB (niebezpieczne zamachy na ruch kolejowy, morski lub powietrzny), § 316b ust. 1 lub 3 StGB (zakłócanie pracy przedsiębiorstw publicznych), § 316c ust. 1–3 StGB (ataki na ruch morski lub powietrzny) lub § 317 ust. 1 StGB (zakłócanie pracy urządzeń telekomunikacyjnych);
- d) popełnić przestępstwa przeciwko środowisku naturalnemu w wypadkach § 330a ust. 1–3 (ciężkie narażenie na niebezpieczeństwo utraty życia lub zdrowia poprzez rozpuszczenie truczyny);
- e) popełnić przestępstwa z § 19 ust. 1–3 (umyślne nielegalne wytwarzanie lub handel bronią atomową), § 20 ust. 1 lub 2 (umyślne nielegalne wytwarzanie lub handel bronią biologiczną lub chemiczną), § 20a ust. 1–3 (umyślne nielegalne wytwarzanie lub handel minami przeciwpiechotnymi), każdorazowo także w związku z § 21 (czyny popełnione poza zakresem obowiązywania ustawy) albo przestępstwa określone w § 22a ust. 1–3 ustawy (szczególne przepisy karne, np. nielegalne wytwarzanie broni wojennej bez wymaganego zezwolenia) o kontroli broni wojennej;³⁷
- f) popełnić przestępstwa z § 51 ust. 1–3 ustawy o broni³⁸ (umyślne nielegalne posiadanie broni, wytwarzanie, handel bronią).³⁹

37 Kriegswaffenkontrollgesetz vom 20. April 1969, BGBl 1961, 444.

38 Waffengesetz vom 11. Oktober 2002, BGBl I 2002, 3970.

39 § 129a ust. 2 StGB.

3. Członkostwo w związku, opisanym w punkcie 2, jeśli wymienione tam przestępstwa⁴⁰ nadają się do:

- a) poważnego zastraszenia ludności;
- b) bezprawnego zmuszenia urzędu lub organizacji międzynarodowej przemocą bądź przez groźbę jej użycia do określonego zachowania;
- c) poważnej destabilizacji lub zniszczenia podstawowych politycznych, konstytucyjnych, gospodarczych lub społecznych struktur kraju lub organizacji międzynarodowej i przez sposób ich popełnienia albo ich charakter mogą wyrządzić poważne szkody krajowi lub organizacji międzynarodowej.⁴¹

4. Skierowanie działalności związku na zagrożenie popełnieniem czynów określonych w § 129a ust. 1 lub 2 StGB.⁴²

4. Wspieranie związku określonego w § 129a ust. 1–3 StGB.⁴³

6. Werbunek członków do związku określonego w § 129a ust. 1 lub 2.

W § 129b StGB postanowiono, iż przepisy § 129 StGB (tworzenie związków kryminalnych) oraz § 129a (tworzenie związków terrorystycznych) mają także zastosowanie do związków za granicą. Szczególne uregulowania przewidziano dla czynów, które wykazują związek z terytorium pozaunijnym. Jeśli czyn odnosi się do związku (kryminalnego lub terrorystycznego) spoza krajów Unii Europejskiej, przepisy §§ 129 i 129a StGB stosuje się jedynie wówczas, gdy:

1. możliwa jest odpowiedzialność karna za popełniony czyn na mocy ustawy niemieckiej (w grę wchodzi § 9 StGB – miejsce popełnienia czynu zabronionego, teoria wszędobylstwa);
2. sprawca jest obywatelem niemieckim (obowiązuje zatem § 7 ust. 2 nr 1 StGB – zasada personalna czynna – zasada obywatelstwa);
3. sprawca znajduje się na terytorium RFN (jest rezydentem);

40 Tutaj: powyżej, od „a” do „f”.

41 § 129a ust. 2 StGB.

42 § 129a ust. 3 StGB.

43 § 129a ust. 5 StGB.

4. ofiara jest obywatelem niemieckim;
5. ofiara znajduje się na terytorium RFN (jest rezydentem).⁴⁴

W takich wypadkach ściganie uzależnione jest od zgody Federalnego Ministerstwa Sprawiedliwości, które może udzielić zgody ograniczonej do pojedynczych wypadków bądź ogólnej zgody do ścigania w przyszłości wszystkich czynów, które odnoszą się do związków kryminalnych lub terrorystycznych spoza Unii Europejskiej, jeśli tylko spełnione są szczególne przesłanki, wymienione w § 129b.

Ratio legis takiego rozwiązania stanowi potrzeba wzmożonej ochrony terytorium europejskiego, rozumianego jako terytorium państw członkowskich Unii Europejskiej oraz konieczność intensyfikacji współpracy międzynarodowej w zwalczaniu i zapobieganiu działalności zorganizowanych grup przestępczych oraz grup terrorystycznych.

Jeśli związek kryminalny lub terrorystyczny za granicą wykazuje zależności z obszarem spoza Unii, jurysdykcja niemieckiego wymiaru sprawiedliwości zachodzi jedynie w wypadkach opisanych w § 129b StGB, a zatem gdy sprawca lub ofiara są obywatelami niemieckimi, rezydentami Niemiec bądź czyn został popełniony w miejscu podlegającym ustawodawstwu niemieckiemu.

Regulacje niemieckie mogą razić zbytnią kazuistyką w kształtowaniu znamion czynu zabronionego, czy nadmiernym rozbudowaniem ich treści. Jednak w ten sposób ustawodawca niemiecki chciał wyeliminować problemy z interpretacją niektórych znamion poprzez ich maksymalne opisanie, jak również rozszerzyć zakres kryminalizacji, uwzględniając formy zjawiskowe.

Ilustracją do tego może być stypizowanie wspierania związku kryminalnego czy werbowania nowych członków jako czynu zabronionego (§ 129 ust. 1 StGB). Tą drogą wyeliminowano problemy interpretacyjne dotyczące tego, czy wspieranie bądź werbowanie do związków kryminalnych stanowi pomocnictwo do przestępstwa.

Dobrze byłoby poznać statystyczny obraz zjawiska, a co za tym idzie rozmiary przestępczości z art. 129 StGB. Niestety, danych takich nie można uzyskać z publikowanych przez Bundeskriminalamt (Federalna

44 G. Altwater, Das 34. Strafrechtsänderungsgesetz – § 129b StGB, NStZ 2003, z. 4, s. 181.

Policja Kryminalna Niemiec) statystyk, albowiem są one prezentowane w sposób wybiórczy i nie obejmują informacji odnośnie do tworzenia, uczestnictwa, wspierania związków kryminalnych i werbowania do nich.

Jedyne dane, jakie można w tym zakresie uzyskać, to informacje publikowane w corocznych raportach dotyczących przestępczości zorganizowanej.⁴⁵ Wynika z nich, że w latach 2002–2011 prowadzono rocznie około 600 postępowań przygotowawczych związanych z przestępczością zorganizowaną i nie odnotowano w tym okresie większych wahań. W 2011 r. największe pola aktywności przestępczości zorganizowanej to: handel środkami odurzającymi i psychotropowymi, przestępczość gospodarcza, przestępstwa przeciwko mieniu, podatkowe i celne. Na ostatnich miejscach pozostawały: pranie brudnych pieniędzy, cyberprzestępczość i handel bronią. W analizowanym roku sprawozdawczym sprawcy w zorganizowanych grupach reprezentowali 107 narodowości, tylko niecałe 40% to sprawcy narodowości niemieckiej. Obcokrajowcy, którzy przeważali w ogólnej grupie sprawców, to głównie Turcy (11,6%) i Włosi (3,6%), za nimi plasują się obywatele Wietnamu i Polski. Polskie grupy zorganizowane specjalizują się głównie w przestępczości przeciwko mieniu, szczególnie w kradzieżach samochodów osobowych, a także w przestępstwach podatkowych i celnych, głównie w przemyśle papierosów i handlu wyrobami nikotynowymi.⁴⁶

Zatem 60%–owy udział obcokrajowców w populacji przestępców popełniających przestępstwa w zorganizowanych grupach przestępczych świadczy dobitnie o międzynarodowym charakterze tego typu przestępczości. Państwa, których terytoria zostały włączone w realizację czynu przestępnego, to: Holandia (177 postępowań), Włochy (99), Belgia (84), Austria (84), Hiszpania (74), Polska (73), Francja (72), Szwajcaria (64), Turcja (62), Wielka Brytania (59) i Czechy (53). Tak częste występowanie Holandii jest związane z rolą, jaką to państwo odgrywa jako kraj pochodzenia oraz kraj tranzytowy w przemyśle narkotyków.⁴⁷

45 <http://www.bka.de>

46 Organisierte Kriminalität Bundeslagebild 2011, Bundeskriminalamt 2011, s. 24, <http://www.bka.de>

47 Organisierte Kriminalität Bundeslagebild 2011, Bundeskriminalamt 2011, s. 31, <http://www.bka.de>

W 2011 r. zabezpieczono mienie podejrzanych o wartości 85 milionów euro, zaś straty z tytułu przestępczości zorganizowanej w tym roku oszacowano na 884 miliony euro.⁴⁸

Jak widać na przykładzie wyżej poczynionych rozważań, przestępczość zorganizowana stanowi dość duży problem w RFN, ale istnieją też adekwatne instrumenty jej zwalczania, zważywszy na regulacje zawarte w kodeksie karnym, uzupełnione rozwiązaniami kodeksu postępowania karnego, jak chociażby możliwością stosowania podsłuchów telefonicznych w przypadku podejrzenia przestępstwa z § 129 StGB (§ 100a StPO⁴⁹) czy podsłuchów w miejscu zamieszkania (100c StPO).

48 Organisierte Kriminalität Bundeslagebild 2011, Bundeskriminalamt 2011, s. 7–9, <http://www.bka.de>.

49 Strafprozessordnung – kodeks postępowania karnego – Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319) ze zm., <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>.

Bibliografia

Literatura

- Arzt G., Weber U., Strafrecht. Besonderer Teil, Bielefeld 2000.
- Arzt G., Weber U., Strafrecht. Besonderer Teil. Delikte gegen den Staat, gegen Amtsträger und durch Amtsträger, Bielefeld 1982.
- Dreher E., Tröndle H., Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Beckische Kurz Kommentare, München 1982.
- Jescheck H.H., Ruß W., Willms G., Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Berlin, New York 1988.
- Kindhäuser U., Strafrecht. Allgemeiner Teil, Baden–Baden 2005.
- Kowalewska–Borys E., Szwajcarska definicja organizacji przestępczej, (w:) E. W. Pływaczewski (red.), Aktualne problemy prawa karnego i kryminologii, Białystok 2005.
- Kühl K., (w:) K. Lackner, K. Kühl (red.), Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, München 2001.
- Lange K., Many a Lord is Gulty, Indeed For Many a Poor Man's Dishonest Deed': Gangs of Robbers in Early Modern Germany, (w:) C. Fijnaut, L. Paoli (red.), Organised Crime in Europe. Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond, Dordrecht 2004.
- Lenckner Th., (w:) A. Schönke, H. Schröder (red.), Strafgesetzbuch. Kommentar, München 2001.
- Ostendorf H., (w:) H. Ostendorf (red.), Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 3, Neuwied und Darmstadt 1986.
- Rudolphi H.J., Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i.S.d. §§ 129, 129a StGB, (w:) W. Frisch (red.), Festschrift für Hans–Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, Köln, München 1978.
- Rudolphi H.J., Stein U., (w:) H.J. Rudolphi, J. Wolter (red.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band II Besonderer Teil (§§ 80–358), München 2005.
- Tröndle H., Fischer Th., Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Beckische Kurz Kommentare, Band 10, München 2004.
- Wessels J., Strafrecht. Allgemeiner Teil, Heidelberg 1989.

Źródła prawa

- Jugendgerichtsgesetz vom 4. August 1953, BGBl I 1953, 751.
- Österreichisches Strafgesetzbuch vom 23. Jänner 1974, BGBl I 15/2004.
- Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, Systematische Sammlung des Bundesrechts, SR 311.0. § 278 i § 278a. StGB.

Das Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871, RGGl 1871, 127 mit weiteren Änderungen. In der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998 (BGBl. I S. 3322), zuletzt geändert durch Gesetz vom 24.09.2013 (BGBl. I S. 3671) m.W.v. 28.09.2013.

Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319).

Völkerstrafgesetzbuch vom 26. Juni 2002, BGBl I 2002, 2254.

Inne źródła

<http://www.bka.de>

http://de.wikisource.org/wiki/Strafgesetzbuch_f%C3%BCr_das_Deutsch

Kriegswaffenkontrollgesetz vom 20. April 1969, BGBl 1961, 444.

Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec z 23 maja 1949 r., tłumaczenie z języka niemieckiego dr Ewa Schwierskott–Matheson, LL.M.,

<http://www.de-iure-pl.org/gesetze/recht/verfassung/text/1,1,741,DE,PL,.,html>

Waffengesetz vom 11. Oktober 2002, BGBl I 2002, 3970.