

ბაჩანა ჯიშკარიანი (რედ.)  
Bachana Jishkariani (Hrsg.)

მარტინ პაულ ვაჰმერი (რედ.)  
Martin Paul Waßmer (Hrsg.)

გერმანულ-ქართული სამართლის დიალოგი  
DEUTSCH-GEORGISCHER RECHTSDIALOG

სისხლის სამართალი და ადამიანის უფლებები  
STRAFRECHT UND MENSCHENRECHTE

კონფერენციის მასალები  
TAGUNGSBAND



საქართველოს უნივერსიტეტის გამომცემლობა  
The University of Georgia Press

თბილისი  
TBILISI  
2019

კრებული მომზადებულია ქართულ-გერმანული სამართლებრივი დიალოგის ფარგლებში, 2018 წლის 23-24 მარტს გამართული კონფერენციის მასალების საფუძველზე, რომელიც სისხლის სამართალსა და ადამიანის უფლებებს ეხებოდა. კონფერენცია ორგანიზებული იყო საქართველოს უნივერსიტეტის ქართული, გერმანული და საერთაშორისო სისხლის სამართლის ინსტიტუტისა (ხელმძღვ. ასოც. პროფ. ბაჩანა ჭიშკარიანი) და კიოლნის უნივერსიტეტის სისხლის სამართლისა და სისხლის სამართლის პროცესის ინსტიტუტის მიერ (პროფ. მარტინ პაულ ვასმერი). პროექტი განხორციელდა ფრიდრიხ ნაუმანის ფონდის სამხრეთ კავკასიაში წარმომადგენლობის ფინანსური მხარდაჭერით.

Diese Band wurde aufgrund der Materialien vorbereitet, die im Rahmen der am 23-24. März 2018 durchgeführten Tagung über das Strafrecht und Menschenrechte bearbeitet wurden. Die Tagung fand in Zusammenarbeit zwischen dem Institut für georgisches, deutsches und internationales Strafrecht (Leiter: Assoz. Prof. Dr. Bachana Jishkariani) der University of Georgia und dem Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität zu Köln (Prof. Dr. Martin Paul Waßmer) statt.

Das Projekt, deutsch-georgischer Rechtsdialog, wurde mit finanzieller Unterstützung der Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit, Büro Südkaukasus, verwirklicht.

**დამკავალონებელი:** მარი ვერულაშვილი

**მთარგმნელი:** თამარ ასათიანი, პასაუს უნივერსიტეტის დოქტორანტი

ყველა უფლება დაცულია. ამ წიგნის არც ერთი ნაწილი (ეს იქნება ტექსტი, ფოტო-ილუსტრაცია თუ სხვა) არანაირი ფორმით და საშუალებით (იქნება ეს ელექტრონული თუ მექანიკური), არ შეიძლება გამოყენებულ იქნას ავტორის წერილობითი ნებართვის გარეშე.

საავტორო უფლებების დარღვევა ისჯება საქართველოს კანონმდებლობით.

© ბაჩანა ჭიშკარიანი, მარტინ პაულ ვასმერი, 2019



საქართველოს უნივერსიტეტის გამომცემლობა

ISBN 978-9941-9644-5-9

## კრებულის ავტორები

**ბაჩანა ჯიშკარიანი, LL.M. (München)**, კრებულის სამეცნიერო რედაქტორი, სამართლის დოქტორი, ასოცირებული პროფესორი, ქართული, გერმანული და საერთაშორისო სისხლის სამართლის ინსტიტუტის ხელმძღვანელი, საქართველოს უნივერსიტეტი

**მარტინ პაულ ვასშერი**, კრებულის სამეცნიერო რედაქტორი, სამართლის დოქტორი, პროფესორი, სისხლის სამართლისა და სისხლის სამართლის პროცესის კათედრა, სისხლის სამართლისა და სისხლის სამართლის პროცესის ინსტიტუტი, კიოლნის უნივერსიტეტი

**ირაკლი დვალიძე**, სამართლის დოქტორი, ასოცირებული პროფესორი, თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი

**ლიკა ჯალაღანია**, ადამიანის უფლებათა იურისტი, ადამიანის უფლებების სწავლებისა და მონიტორინგის ცენტრი (EMC)

**შტეფან ასტი**, სამართლის დოქტორი, დოცენტი, კიოლნის უნივერსიტეტი

**ბეტინა ნოლტენიუსი**, სამართლის დოქტორი, პროფესორი, სისხლის სამართლის, სისხლის სამართლის პროცესის, კრიმინოლოგიისა და სამართლის ფილოსოფიის კათედრა, პასაუს უნივერსიტეტი

**პეტერ კასისკე**, სამართლის დოქტორი, დოცენტი, მიუნხენის უნივერსიტეტი

**არმინ ენგლენდერი**, სამართლის დოქტორი, პროფესორი, სისხლის სამართლის, სისხლის სამართლის პროცესის, სამართლის ფილოსოფიისა და სამართლის სოციოლოგიის კათედრა, მიუნხენის უნივერსიტეტი

**ჰელმუტ ბატცგერი**, სამართლის დოქტორი, პროფესორი, გერმანული, ევროპული და საერთაშორისო სისხლის სამართლის, სისხლის სამართლის პროცესისა და ეკონომიკური სისხლის სამართლის კათედრა, მიუნხენის უნივერსიტეტი.

## AUTORENVERZEICHNIS

**Assoz. Prof. Dr. Bachana Jishkariani, LL.M.(München)**, Herausgeber, Leiter des Instituts für georgisches, deutsches und internationales Strafrecht, University of Georgia

**Prof. Dr. iur. utr. Martin Paul Waßmer**, Herausgeber, Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht, Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität zu Köln

**Assoz. Prof. Dr. Irakli Dvalidze**, Staatliche Universität Tbilissi

**Lika Jalagania**, Menschenrechtsanwältin, Human Rights Education and Monitoring Center (EMC)

**PD Dr. Stephan Ast**, Universität zu Köln

**Prof. Dr. Bettina Noltenius**, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Rechtsphilosophie, Universität Passau

**PD Dr. Peter Kasiske**, Universität München

**Prof. Dr. Armin Engländer**, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie, Universität München

**Prof. Dr. jur. Helmut Satzger**, Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht, Universität München

## წინასიტყვაობა

სამართლებრივი სახელმწიფო და ადამიანის უფლებები მნიშვნელოვანი თემებია ფრიდრიხ ნაუმანის ფონდისთვის. სისხლის სამართალი და ადამიანის უფლებები კი სახელმწიფოსა და მოქალაქეს შორის ურთიერთობის კლასიკური ნიმუშია. სამართლებრივი სახელმწიფოს შეფასებისთვის ეს მიმართულება ყველაზე სადავო საკითხებს შეიცავს. სახელმწიფო, ერთი მხრივ, ვალდებულია მკაცრი ხელით დაიცვას მართლწესრიგი და უსაფრთხოება, მაგრამ ამავდროულად ის უნდა იცავდეს ბრალდებულსა და თვით დამნაშავედ ცნობილი პირის უფლებებს. საქართველო ამ მიმართულებით პოზიტიურ გზას ადგას და გასულ წლებში მნიშვნელოვან წარმატებებს მიაღწია, თუმცა, რეფორმების აუცილებლობა ისევ არსებობს.

სწორედ ადამიანის უფლებებისა და სისხლის სამართლის ურთიერთმიმართებას დაეთმო 2018 წლის მარტში, საქართველოს უნივერსიტეტში გამართული ორდღიანი ღონისძიება, რომელიც მოიცავდა შედარებით-სამართლებრივ ანალიზს ქართულ და გერმანულ სისტემებს შორის და რომლის მიზანიც იყო ახალი რეკომენდაციების შემუშავება, თუმცა იგივე ევროკავშირთან ასოცირების ხელშეკრულების ჭრილში. საბოლოოდ, ყოველივე ამას მიეცა წერილობით დოკუმენტის სახე ამ კრებულის ფორმით.

ქართული სამართლებრივი სისტემა ახლოს დგას გერმანულთან და შესაბამისად, კონტაქტებიც მჭიდროა სამართლის სფეროში. ამას დიდი ხნის ტრადიცია აქვს. ქართველ და გერმანულ იურისტებს შორის კონტაქტები დამყარდა არა მხოლოდ საბჭოთა კავშირისგან დამოუკიდებლობის მოპოვების შემდგომ, არამედ მანამდეც. პირველი ქართულ-გერმანული კოლოკვიუმი სისხლის სამართალში 1982 წელს ჩატარდა თბილისში. მას შემდეგ ურთიერთობები კიდევ უფრო გაღრმავდა.

ღონისძიების თანაორგანიზატორმა და თანაწამყვანმა, კიოლნის უნივერსიტეტის სისხლის სამართლისა და სისხლის სამართლის პროცესის ინსტიტუტის დირექტორმა, პროფესორმა მარტინ ვასმერა ღონისძიების დასრულების შემდეგ აღნიშნა: „დისკუსიებმა და ღონისძიებისადმი გამოხატულმა დიდმა ინტერესმა დაგვანახა, რომ სისხლის სამართლისა

და ადამიანის უფლებების ურთიერთმიმართების საკითხი საქართველოში ძალიან აქტუალურია. მაგალითად, სოციალურ ქსელებში არასწორი ინფორმაციების გავრცელების შედეგად ხდება ადამიანის უფლებების მასიური დარღვევა და თავისუფალი დემოკრატიული საზოგადოებისთვის საფრთხის შექმნა. ამიტომ, ადამიანის უფლებების დაცვა ყველა სფეროში ძალიან მნიშვნელოვანია.“

აღნიშნული პუბლიკაციით გვინდა წარმოგიდგინოთ ის საკითხები, რომლებზეც ღონისძიების ფარგლებში მიმდინარეობდა მსჯელობა და დისკუსია. ფრიდრიხ ნაუმანის ფონდი თავისუფლებისთვის მომავალშიც დაუჭერს მხარს ქართველ და გერმანელ ექსპერტებსა და სამართლის პოლიტიკის განმსაზღვრელ პირებს შორის ურთიერთგაცვლას.

### **პეტერ-ანდრეას ბოხმანი**

ფრიდრიხ ნაუმანის ფონდი თავისუფლებისთვის  
სამხრეთ კავკასიაში წარმომადგენლობის ხელმძღვანელი  
სომხეთი, აზერბაიჯანი, საქართველო

## VORWORT

Rechtsstaat und Menschenrechte sind wichtige Schwerpunktthemen der Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit.

Das Thema „Strafrecht und Menschenrechte“ ist wohl der Klassiker bei der Betrachtung der Beziehung zwischen Staat und Bürger. Kaum eine andere Materie birgt derart Zündstoff für die Frage, wann ein Staat ein Rechtsstaat ist. Gilt es einerseits durch staatliche Gewalt die rechtliche Ordnung und Sicherheit aufrechtzuerhalten, so gebieten die Menschenrechte auch einen schützenden Rahmen für einen Verdächtigen und selbst den überführten Täter zu wahren. Georgien ist in diesem Bereich auf einem guten Weg und hat in den vergangenen Jahren große Fortschritte gemacht. Dennoch gilt es weitere Reformen durchzuführen.

Daher hatte die zweitägige Veranstaltung „Strafrecht und Menschenrechte“, die im März 2018 an der University of Georgia stattfand, zum Ziel, in vergleichenden Analysen des Strafrechts in Georgien und in Deutschland Vorschläge für die Entwicklung des Strafrechts mit Fokus Menschenrechte unter dem Gesichtspunkt der weiteren Entwicklung des Rechtsstaates in Georgien hinsichtlich des Assoziierungsabkommens zwischen Georgien und der EU zu entwickeln und abschließend in einer Dokumentation zu publizieren.

Stark ist das georgische Justizsystem an deutsches Recht angelehnt und stark sind die Beziehungen und der Austausch zwischen georgischen und deutschen Institutionen im Rechtsbereich. Die Zusammenarbeit im rechtlichen Bereich zwischen Deutschland und Georgien hat eine lange Tradition. Nicht erst seit der Unabhängigkeit Georgiens von der Sowjetunion, sondern bereits vorher gab es enge Beziehungen zwischen Juristen der Bundesrepublik Deutschland und Georgiens. So fand bereits im Jahre 1982 in Tiflis ein erstes deutsch-georgisches Strafrechtskolloquium statt. Seitdem sind die Beziehungen und die Zusammenarbeit im Rechtsbereich stetig ausgebaut und intensiviert worden.

Mitorganisator und Moderator Prof. Dr. Martin Paul Waßmer, Direktor des Instituts für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität zu Köln, merkte nach der Veranstaltung an: „Der große Andrang und die lebhaften Diskussionen

haben deutlich gezeigt, dass das Thema, „Strafrecht und Menschenrechte“ eine Thematik ist, welche die Menschen in Georgien sehr bewegt. So werden etwa durch den Missbrauch sozialer Netzwerke sowie die Verbreitung von Fake News die Menschenrechte ausgehöhlt und damit die Grundpfeiler einer freiheitlichen demokratischen Gesellschaft untergraben. Als Garant der Freiheit sind die Menschenrechte in allen gesellschaftlichen Bereichen effektiv zu verteidigen und durchzusetzen.“

Mit der vorliegenden Publikation wollen wir einen Überblick über die verschiedensten Themen geben, die auf der Konferenz erörtert und diskutiert wurden. Die Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit wird auch in Zukunft den Austausch zwischen georgischen und deutschen Rechtsexperten und Rechtspolitikern unterstützen.

**Peter-Andreas Bochmann**

Head of South Caucasus Office

Armenia, Azerbaijan, Georgia

Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit

## სარჩევი

კრებულის ავტორები .....	3
AUTORENVERZEICHNIS .....	4
წინასიტყვაობა .....	5
VORWORT.....	7
ადამიანის უფლებები და სისხლის სამართლის პროცესი: საპროცესო უფლების დარღვევის ან მისი შელახვის შიდაპროცესუალური კომპენსაცია .....	11
სტაბილური კონვენცია და მისი გავლენები გერმანულ სისხლის სამართალზე .....	27
სტაბილური კონვენცია და მისი გავლენები ქართულ სისხლის სამართალზე .....	44
სახელმწიფო მოხელის ცნება გერმანულ ეკონომიკურ სისხლის სამართალში .....	56
მოხელისა და მასთან გათანაბრებული პირის ცნება ქართულ სისხლის სამართალში .....	66
„სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულები“ გერმანულ სისხლის სამართალში .....	78
სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულის კონცეფცია და მისი რეგულირების მექანიზმები.....	98
საპროცესო შეთანხმება სისხლის სამართალში ადამიანის ძირითადი უფლებებისა და გერმანულ კონსტიტუციურსამართლებრივ წრეში .....	114
ევროპული პროკურატურა .....	131
MENSCHENRECHTE UND STRAFPROZESS: DIE INNERPROZESSUALE KOMPENSATION DER VERLETZUNG ODER BEEINTRÄCHTIGUNG EINES	

VERFAHRENSRECHTS.....	147
DIE ISTANBUL-KONVENTION UND DEREN EINFLÜSSE AUF DAS DEUTSCHE STRAFRECHT.....	159
DIE ISTANBUL-KONVENTION UND DEREN EINFLÜSSE AUF DAS GEORGISCHE STRAFRECHT.....	172
DER BEGRIFF DES AMTSTRÄGERS IM DEUTSCHEN WIRTSCHAFTSSTRAFRECHT .....	182
DER BEGRIFF DES BEAMTEN UND EINER IHM GLEICHGESTELLTEN PERSON IM GEORGISCHEN STRAFRECHT .....	190
„HATE CRIMES“ IM DEUTSCHEN STRAFRECHT .....	200
KONZEPT UND REGULIERUNGSMECHANISMEN DER HASSDELIKTE.....	215
DIE VERSTÄNDIGUNG IM STRAFVERFAHREN IM LICHT DES DEUTSCHEN VERFASSUNGSRECHTS UND DER MENSCHENRECHTE .....	227
DIE EUROPÄISCHE STAATSANWALTSCHAFT.....	240

**ადამიანის უფლებები და სისხლის სამართლის პროცესი:  
საკროცესო უფლების დარღვევის ან მისი შელახვის  
შიდაპროცესუალური კომპენსაცია**

დოქტ. **შტეფან ასტი**, კიოლნის უნივერსიტეტი

**I. განსასჯელის უფლებები ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მიხედვით და კომპენსაციის იდეა**

ადამიანის უფლებები, ერთი მხრივ, გავლენას ახდენენ მატერიალურ სისხლის სამართალზე. სწორედ ადამიანის უფლებებს ეფუძნება ბრალეულობის, კანონიერების, თანაზომიერების პრინციპები და ასევე ჰუმანურობის პრინციპიც სასჯელის განსაზღვრისას<sup>1</sup>. მეორე მხრივ, ადამიანის უფლებებს დიდი პრაქტიკული მნიშვნელობა აქვს სისხლის სამართლის პროცესისთვისაც. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის სათანადო მნიშვნელობის მქონე ნორმებს წარმოადგენს წამების აკრძალვა (კონვენციის მე-3 მუხლი), თავისუფლებისა და ხელშეუხებლობის უფლება (კონვენციის მე-5 მუხლი), უდანაშაულობის პრეზუმფცია (კონვენციის მე-6 მუხლის მეორე აბზაცი), სამართლიანი სასამართლოს მოთხოვნის უფლება (კონვენციის მე-6 მუხლის პირველი აბზაცი) და კონვენციის მე-6 მუხლის მესამე აბზაცით მოცემული მისი ცალკეული გამოვლინებები. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკა კონვენციის მე-6 მუხლთან მიმართებით აძლიერებს ბრალდებულის უფლებებს ყველა ევროპულ ქვეყანაში. წინამდებარე ნაშრომში განხილულ იქნება სასამართლოს მიერ გერმანიის წინააღმდეგ გამოტანილი რამდენიმე მნიშვნელოვანი გადაწყვეტილება.

კვლევის მთავარი კითხვა შემდეგნაირად ჟღერს: როგორ უნდა კომპენსირდეს სისხლისსამართლებრივ პროცესთან დაკავშირებით ბრალდებულის უფლების დარღვევა ან მისი დაცვის პროცესზე სხვაგვარი ნეგატიური ზემოქმედება? საუბარია მხოლოდ შიდაპროცესუალურ კომპენსაციაზე.

---

<sup>1</sup> აღნიშნულთან დაკავშირებით, იხ. Heger, ZIS 2016, 478 ([www.zis-online.com](http://www.zis-online.com)).

გარეპროცესუალური კომპენსაცია მნიშვნელოვანია მხოლოდ კონვენციის 34-ე მუხლით გათვალისწინებულ დამარალებულის სტატუსთან და ასევე კონვენციის 41-ე მუხლით გათვალისწინებულ სამართლიან კომპენსაციასთან მიმართებით. აღნიშნულისაგან განსხვავებით, შიდაპროცესუალური კომპენსაცია კონვენციის მე-6 მუხლის პირველი აბზაცით დადგენილი მასშტაბის საფუძველზე უნდა იქნას განხილული. როდესაც კომპენსაციის არსებობა დასტურდება, უარყოფილ უნდა იქნას კონვენციის მე-6 მუხლის პირველი აბზაცით დადგენილი სამართლიანი სასამართლოს უფლების დარღვევა<sup>2</sup>.

ერთმანეთისაგან უნდა განვასხვავოთ ორი შემთხვევა. სამართლიანი სასამართლოს უფლების დარღვევის არსებობა შესაძლოა უარყოფილ იქნას, კონვენციით გათვალისწინებული უფლების დარღვევის – მაშასადამე, სახელმწიფოს უკანონო ქმედების – მიუხედავად ან კონვენციით დაცული ინტერესისათვის, სახელმწიფოს ბრალის გარეშე, ზიანის მიდგომის მიუხედავად.

შიდაპროცესუალური კომპენსაციის მინიმუმ ექვსი შესაძლებლობა არსებობს:

1. შესაძლოა გამოყენებულ იქნას საპროცესო დაბრკოლება. აღნიშნულის საჭიროება მხოლოდ იმ შემთხვევაში არსებობს, როდესაც საქმის წარმოების გაგრძელება შეუძლებელია, რადგან აღარ არსებობს გარემოებები, რომელთა საფუძველზეც მისი გაგრძელება სამართლიანი იქნებოდა. საპროცესო დაბრკოლება განსაკუთრებით დანაშაულის მართლსაწინააღმდეგო პროვოკაციისას მიიღება მხედველობაში<sup>3</sup>.
2. შესაძლებელია მცირე სასჯელის გამოყენება ან სასჯელის აღსრულებაზე უარის თქმა. აღნიშნული განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია საქმის წარმოების ხანგრძლივად გაგრძელების შემთხვევაში<sup>4</sup>. ამ შემთხვევაში ზიანის სარგებლით კომპენსირებასთან გვაქვს საქმე. ამასთან, მნიშვნელობა არ აქვს რისგან არის გამომწვეული საქმის

---

<sup>2</sup> აღნიშნულთან დაკავშირებით იხ. Gaede, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, 2007, S. 451 ff., 727 ff.

<sup>3</sup> აღნიშნულთან დაკავშირებით იხ. ნაშრომის II თავი.

<sup>4</sup> BGHSt 52, 124, Rn. 23 ff., 35 sieht dies als prozessexterne Kompensation nach Art. 13, 34 EMRK.

წარმოების გახანგრძლივება – პროცესის მონაწილეების ბრალით თუ მართლმსაჯულებაში არსებული სტრუქტურული პრობლემით.

3. შესაძლებელია აკრძალულ იქნას არსებული მტკიცებულებების გათვალისწინება ან მისი გამოყენება. მაშასადამე, ე.წ. მტკიცებულების გამოყენების აკრძალვა დაიშვება<sup>5</sup>.
4. გარდა ამისა, დასაშვებია მტკიცებულებებისათვის ნაკლები მნიშვნელობის მინიჭება, რის გამოც მათი შეფასება ფრთხილად უნდა განხორციელდეს – მაგ. მაშინ, როდესაც შეუძლებელია ე.წ. კონფრონტაციული მოწმეების დაკითხვა<sup>6</sup>.
5. შესაძლებელია განსასჯელს მიენიჭოს მაკომპენსირებელი საპროცესო უფლებები. ამით შესაძლოა ანაზღაურდეს უფლებისათვის მიყენებული არა ის ზიანი, რომელიც სამართალდარღვევას ახლავს თან, არამედ ის, რომელიც ფაქტობრივად წარმოიქმნება. პირს უნდა ჰქონდეს სამართალწარმოების პროცესში დამცველის მეშვეობით ჩართვის უფლება. უფლების დარღვევა მხოლოდ იმ შემთხვევაში გვაქვს სახეზე, როდესაც კომპენსირების შესაძლებლობის გარანტია არ არსებობს.
6. შეცდომა შესაძლოა გამოსწორებულ იქნას გასაჩივრების ზემდგომ ინსტანციაში. ამ შემთხვევაში საქმე უნდა ეხებოდეს შიდა პროცესუალურ შეცდომას, რომლის გამოსწორებაც შესაძლებელია პროცესის განმეორებით.

წინამდებარე ნაშრომში მაგალითების საფუძველზე სამი შემთხვევა იქნება განხილული. პირველი შემთხვევა ეხება დანაშაულის მართლსაწინააღმდეგო პროვოკაციას და მის შედეგებს პროცესისათვის. მეორე მაგალითის სახით განიხილება საქმე, რომელმაც გერმანიაში დიდი ყურადღება მიიპყრო. აღნიშნული შემთხვევის საფუძველზე ისმევა კითხვა, თუ რა პროცესუალური შედეგები უნდა მოჰყვეს თან წამების მუქარას. და ბოლოს, განხილულ იქნება შემთხვევა, რომლის დროსაც გადაწყვეტილე-

---

<sup>5</sup> აღნიშნულთან დაკავშირებით იხ. ნაშრომის III თავი.

<sup>6</sup> EGMR, Ur. v. 15.12.2015 – 9154/10 – Schatschaschwili vs. Deutschland, Rn. 116 ff.: „counterbalancing factors“ ([www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)).

ბის გასაჩივრება შეწყდა იმ მოტივით, რომ ეჭვმიტანილი არ გამოცხადდა სააპელაციო განხილვაზე.

## **II. საპროცესო დაბრკოლება: დანაშაულის მართლსაწინააღმდეგო პროვოკაცია**

დანაშაულის პროვოკაცია წარმოადგენს დანაშაულის პრევენციის საპოლიციო ინსტრუმენტს. მისი მიზანია ე.წ. ორგანიზებული დანაშაულის სტრუქტურებისა და სხვაგვარად რთულად დასადგენი დანაშაულებისათვის დამნაშავეების გამოვლენა. საკითხავია, რა წინაპირობების არსებობისას არის დასაშვები დანაშაულის პროვოკაცია.

### **1. მაგალითი**

სამაგალითოა შემთხვევა, რომელიც განსახილველად ჰქონდა გერმანიის უზენაეს ფედერალურ სასამართლოს<sup>7</sup>: ორი პირის მიმართ არსებობდა ბუნდოვანი ეჭვი, რომ ისინი მონაწილეობდნენ ფულის გათეთრებასა და ნარკოტიკულ დანაშაულებში. ხანგრძლივ და ყოვლისმომცველ ფარულ თვალთვალს არ შეეძლო აღნიშნული ეჭვის დადასტურება. აქედან გამომდინარე, პოლიციამ დაიწყო რამდენიმე ფარული გამომძიებლის გამოყენება გერმანიიდან და ნიდერლანდებიდან. ფარული გამომძიებლები თვეების განმავლობაში ცდილობდნენ ბრალდებულების დაყოლიებას ნიდერლანდებიდან დიდი ოდენობით ექსტაზის გერმანიაში შემოტანაზე. დიდი ხნის განმავლობაში მათი მცდელობა უშედეგოდ რჩებოდა.

საბოლოოდ, ერთ-ერთმა ფარულმა გამომძიებელმა ბრალდებულის მიმართ განახორციელა მუქარა. სხვა ფარულმა გამომძიებელმა კი ისინი დაარწმუნა იმაში, რომ მას და მის ოჯახს სიცოცხლის ხელყოფის საფრთხე ემუქრებოდა, თუკი იგი მის შემკვეთს არ მიანვდიდა ნარკოტიკულ ნივთიერებას. აღნიშნულის საფუძველზე ბრალდებულები ორივე შემთხვევაში უსასყიდლოდ დაეხმარნენ ფარულ გამომძიებლებს ნიდერლანდებში ექსტაზის მოპოვებასა და მის ქვეყანაში შემოტანაში. საბოლოოდ მათ შეეფარდათ თავისუფლების აღკვეთა ნარკოტიკული საშუალებების უკანონო შემოტა-

---

<sup>7</sup> BGHSt 60, 276 = HRRS 2015 Nr. 1104 ([www.hrr-strafrecht.de](http://www.hrr-strafrecht.de)).

ნაში დახმარებისათვის.

დანაშაულის პროვოკაციის შემთხვევებს ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო განიხილავს იმ კრიტერიუმების მიხედვით, რომელიც მან ნათლად დაადგინა გადაწყვეტილებაში „ფურხტი გერმანიის წინააღმდეგ“. მოქმედებს ე.წ. „საპოლიციო პროვოკაციის აკრძალვა“. პირველ რიგში უნდა განიმარტოს აღნიშნულის შინაარსი და საფუძველი, რათა შემდგომში ნაჩვენებ იქნას აღნიშნული აკრძალვის დარღვევის შედეგები<sup>8</sup>.

## 2. აკრძალვის შინაარსი

აკრძალული საპოლიციო პროვოკაციაა სახეზე, როდესაც გამომძიებელი შემოიფარგლება არა დანაშაულის ყოვლისმომცველი პასიური გამოძიებით, არამედ იგი დამნაშავეზე ახდენს იმგვარ ზემოქმედებას, რომ მას უჩნდება იმ დანაშაულის ჩადენის მოტივაცია, რომელსაც იგი სხვა შემთხვევაში არ ჩაიდენდა. პროვოკაციის მიზანს უნდა წარმოადგენდეს დანაშაულის დადგენა – მტკიცებულებების მოპოვებით და სისხლისსამართლებრივი დევნის ინიცირებით<sup>9</sup>. შესაბამისად, ობიექტურად საქმე უნდა ეხებოდეს კვალიფიცირებულ წამქეზებლობას. სუბიექტურად კი წინაპირობად – სისხლისსამართლებრივი დევნის განხორციელების მიზანი - უნდა იყოს სახეზე.

განხილულ შემთხვევაში ნათელია, რომ პროვოკაციის აკრძალვა არ არის დაცული. თუმცა, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მიხედვით, პროვოკაცია არ არის სახეზე, თუკი დამნაშავემ აშკარად დაგვემა შესაბამისი დანაშაულების ჩადენა და ფარული გამომძიებელი აღნიშნულს მხოლოდ სათავისოდ იყენებს<sup>10</sup>. შესაბამისად, გადამწყვეტი არ არის დამნაშავის წაქეზება ხდება თუ არა კონკრეტული დანაშაულის ჩადენისათვის. არამედ, საკითხავია, არსებობდა თუ არა მის მიერ ამგვარი

---

<sup>8</sup> EGMR, Ur t. v. 23.10.2014 – 54648/09 – F. vs. Deutschland, Rn. 48.

<sup>9</sup> EGMR, იქვე იხ. სასამართლოს პრაქტიკის მიმოხილვა, EMRK, Ur t. v. 4.11.2010 – 18757/06 – Bannikova vs. Russland, Rn. 32 ff.

<sup>10</sup> EMRK, Ur t. v. 04.11.2010 – 18757/06, Rn. 64 ff.

სახის დანაშაულის გავლენის მოხდენის გარეშე ჩადენის ალბათობა<sup>11</sup>.

### 3. აკრძალვის საფუძველი

სასამართლო პროვოკაციის აკრძალვას პირველ რიგში ობიექტურ სამართლებრივი არგუმენტით ასაბუთებს. „პოლიციის ამოცანას წარმოადგენს (...), დანაშაულების აღკვეთა და გამოძიება და არა მათი პროვოცირება.“<sup>12</sup> აღნიშნული იდეა სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპიდან გამომდინარეობს - სახელმწიფოს კანონით შებოჭვიდან.

სუბიექტურ-სამართლებრივი თვალსაზრისით ორი ასპექტი არსებობს: ერთი მხრივ, ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-8 მუხლის პირველი აბზაცით გათვალისწინებული ზოგადი პიროვნული უფლება - პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლება მოქმედებს. მეორე მხრივ, აღნიშნულ ქმედებას მნიშვნელობა აქვს ასევე სამართლიანი სასამართლოს უფლებასთან მიმართებაში. შესაბამისად, სასამართლო აკრძალვას ასაბუთებს იმით, რომ „ბრალდებულის (...) მიმართ თავიდანვე არსებობს საფრთხე იმისა, რომ მას ნამდვილად არ ექნება სამართლიანი სამართალწარმოების შესაძლებლობა“.<sup>13</sup> დანაშაულის ჩადენა სახელმწიფოს თვალწინ ხდება. შესაბამისად, ეჭვმიტანილის წინააღმდეგ თავიდანვე კარგი მტკიცებულებები არსებობს.

### 4. აკრძალვის დარღვევის შედეგები

სასამართლო მიიჩნევს, რომ პროვოკაციის საფუძველზე მოპოვებული მტკიცებულებების შეფასება არ უნდა მოხდეს და შესაბამისად, აღნიშნულით ადგენს მტკიცებულების გამოყენების აკრძალვას<sup>14</sup>. გერმანული სასამართლო პრაქტიკა, ამისგან განსხვავებით, მიიჩნევდა, რომ სასჯელის მნიშვნელოვანი შემცირება საკმარისი იყო. შესაბამისად, იგი ამით

---

<sup>11</sup> კრიტ. Greco, StraFo 2010, 53 ff.

<sup>12</sup> EGMR, იქვე.

<sup>13</sup> EGMR, Urt. v. 23.10.2014 – 54648/09, Rn. 47.

<sup>14</sup> EGMR, Urt. v. 23.10.2014 – 54648/09, Rn. 64, 68.

აკომპენსირებდა პროვოკაციის ფაქტს<sup>15</sup>.

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილების საპასუხოდ, გერმანიის უზენაესმა ფედერალურმა სასამართლომ გადაწყვეტილება გამოიტანა, როგორც ე.წ. სასჯელის დადგენის მეთოდის, ასევე მტკიცებულების გამოყენების აკრძალვის საწინააღმდეგოდ. მან მიმართა საპროცესო დაბრკოლების მეთოდს. მაშასადამე, მის მიერ არა ცალკეული პროცესუალური შესაძლებლობების ბლოკირება განხორციელდა, არამედ მთლიანად პროცესის.

მტკიცებულების გამოყენების აკრძალვის წინააღმდეგ იგი განმარტავს შემდეგს<sup>16</sup>: უნდა განხორციელებულიყო პროვოკაციის საფუძველზე პირდაპირ თუ არაპირდაპირ მოპოვებული ყველა მტკიცებულების დაუშვებლად ცნობა. თუმცა, არაპირდაპირ მოპოვებული მტკიცებულებების გამოყენება გერმანულ სამართალში პრინციპულად დაშვებულია. აქედან გამომდინარე, მტკიცებულების გამოყენების აკრძალვის გამოსავალი გერმანულ სამართალს არ შეესაბამება. გარდა ამისა, პრობლემა მდგომარეობს იმაში, რომ მართლსაწინააღმდეგო პროვოკაციის შედეგად მოჰყვა არა დანაშაულის მტკიცებულებების მოპოვება, არამედ თვითონ დანაშაულის ჩადენა განხორციელდა მხოლოდ ამ პროვოკაციის გამო.

მაშასადამე, პროვოკაციის აკრძალვის დარღვევის გამო ე.წ. „პირვანდელი მდგომარეობის აღდგენა“ მხოლოდ იმ შემთხვევაში გვექნება სახეზე, თუკი მსჯავრის დადება საერთოდ არ განხორციელდება. ამგვარ შორსმიმავალ მოთხოვნას პირვანდელი მდგომარეობის აღდგენის თაობაზე გერმანიის უზენაესი ფედერალური სასამართლო მტკიცებულებების გამოყენების აკრძალვის სფეროში არ იზიარებს. აქედან გამომდინარე, იგი გამოსავლის სახით საპროცესო დაბრკოლების მეთოდს ირჩევს.

მტკიცებულების გამოყენების აკრძალვის საწინააღმდეგო მომდევნო არგუმენტად სასამართლო განმარტავს: მტკიცებულებების დაშვება და გამოყენება თუნდაც იმიტომაცა აუცილებელი, რომ შესაძლებელი იყოს

---

<sup>15</sup> BGHSt 32, 345; BGHSt 45, 321; BVerfG NJW 2015, 1083

<sup>16</sup> BGHSt 60, 276, Rn. 50 ff.

პროვოკაციის ფაზულის გაგება<sup>17</sup>. თუმცა, მტკიცებულების გამოყენების აკრძალვა დასაშვები უნდა იყოს მხოლოდ ეჭვმიტანილის სასარგებლოდ და არა მის საზიანოდ.

## **5. დანაშაულის პროვოკაციის ცნება და დასაშვებობა გერმანიის უზენაესი ფედერალური სასამართლოს პრაქტიკაში**

გერმანიის უზენაესი ფედერალური სასამართლო დანაშაულის პროვოკაციის ცნებას და დასაშვებობის წინაპირობებს ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მსგავსად ადგენს. დანაშაულის პროვოკაცია სახეზეა, თუკი „ფარული გამოძიებელი“ ან „სანდო პირი“ დამნაშავეზე ზემოქმედებას ახდენს და ახორციელებს დანაშაულის ჩადენისათვის მის მნიშვნელოვან წახალისებას, იმ მიზნით, რომ მასში გააღვიძოს ან ხელი შეუწყოს დანაშაულის ჩადენისადმი მზაობას<sup>18</sup>.

დაუშვებელია არაეჭვმიტანილი და პირველ რიგში დანაშაულის ჩადენისადმი არამიღრევილი პირის პროვოკაცია. ზოგადად, პროვოკაცია დასაშვებია, როდესაც მისი გამოყენება ხდება იმ პირის მიმართ, რომელიც ეჭვმიტანილია დანაშაულის ჩადენაში ან მზად არის დანაშაული ჩადინოს<sup>19</sup>. ამგვარად, გერმანიის უზენაესმა ფედერალურმა სასამართლომ მისაღებად მიიჩნია ის ფაქტი, რომ ფარულმა გამოძიებელმა გამოთქვა მზაობა ნარკოტიკული საშუალების მიღებაზე და აღნიშნულით დანაშაულებრივი განზრახვა წარმოქმნა<sup>20</sup>. აღნიშნულის საპირისპიროდ დაუშვებელი ე.წ. „სამართლებრივი სახელმწიფოსთან შეუსაბამო დანაშაულის პროვოკაცია“ სახეზე, „როდესაც სამიზნე პირზე ზემოქმედება თავდაპირველ ეჭვთან მიმართებით გაუმართლებლად გადაჭარბებულია. (...) საჭირო შედარების ფარგლებში მხედველობაშია მისაღები ადრესატის წი-

---

<sup>17</sup> BGHSt 60, 276, Rn. 51.

<sup>18</sup> BGHSt 60, 276, Rn. 24.

<sup>19</sup> BGHSt 60, 276, Rn. 24

<sup>20</sup> BGH NStZ 2018, 355 = HRRS 2018 Nr. 176.

ნააღმდეგ არსებული ეჭვის საფუძველი, ზემოქმედების მოცულობა, მისი სახეობა, ინტენსივობა და ამასთან, გავლენის მოხდენის მიზანი. გარდა ამისა, გასათვალისწინებელია ადრესატის მიერ საკუთარი ინიციატივით, გარე ზემოქმედების გარეშე განხორციელებული აქტივობები<sup>21</sup>.

### **III. მტკიცებულებების გამოყენების აკრძალვა: ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-3 მუხლის წინმსწრები დარღვევა**

საპროცესო დაბრკოლების მოთხოვნა წარმოადგენს საპროცესო უფლების დარღვევის შიდაპროცესუალური კომპენსაციის ყველაზე შორსმიმავალ შესაძლებლობას. თუმცა, კომპენსაციის ყველაზე მნიშვნელოვანი მეთოდია მტკიცებულებების გამოუყენებლობა, მაშასადამე მტკიცებულების გამოყენების აკრძალვის დაშვება. ამგვარი აკრძალვის შინაარსი და მოცულობა ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკაში განმარტებულია საქმეში „გეფგენი გერმანიის წინააღმდეგ“. აღნიშნულ შემთხვევაში საქმე ეხებოდა კონვენციის მე-3 მუხლით მოცემული უფლების დარღვევის შიდაპროცესუალურ კომპენსაციას. შეფასების მასშტაბს კვლავ კონვენციის მე-6 მუხლიდან გამომდინარე სამართლიანი სასამართლოს უფლება წარმოადგენდა.

#### **1. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება გეფგენის საქმეზე**

გეფგენმა, იურიდიული ფაქულტეტის სტუდენტმა მაინის ფრანკფურტიდან, გაიტაცა ბანკირის შვილი, მშობლებისაგან გამოსასყიდი თანხის მიღების მიზნით. მან ბიჭი მაშინვე მოკლა. პოლიციამ გეფგენს მიაკვლია. გეფგენმა პოლიციას არ მიაწოდა ინფორმაცია, მისი განცხადებით, ჯერ კიდევ ცოცხალი ბავშვის ადგილმდებარეობის მონაცემების შესახებ. ბავშვის გადარჩენის მიზნით, პოლიცია დამნაშავეს წამებით დაემუქრა. აღნიშნულის შედეგად გეფგენმა აღიარა მკვლელობა და პოლიციელები მიიყვანა ბიჭის ცხედართან. აღიარებითი ჩვენება სასამართლო პროცესში არ იქნა დაშვებული. დაცვის მხარემ მოითხოვა იმ მტკიცებულებების გამოორიციხვაც, რომლებიც აღიარებითი ჩვენების შემდეგ დანაშაულის ჩადენის

---

<sup>21</sup> BGHSt 60, 276, Rn. 24

ადგილას იქნა მოპოვებული. სასამართლომ აღნიშნული უარყო. აღნიშნულის შედეგად გეფგენმა კვლავ მისცა სასამართლოს წინაშე ხელახალი აღიარებითი ჩვენება. სასამართლო გადაწყვეტილების მიღებისას არსებითად აღნიშნულ ჩვენებას დაეყრდნო.

ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ, პირველ რიგში, დაადგინა, რომ ამ შემთხვევაში დარღვეულ იქნა კონვენციით მე-3 მუხლით გათვალისწინებული არაადამიანური მოპყრობის აკრძალვა<sup>22</sup>. კონვენციის 34-ე მუხლით გათვალისწინებული საკმარისი გარეპროცესუალური კომპენსაციის არსებობა უარყოფილ იქნა, რადგან სათანადო მოხელეებს მხოლოდ მსუბუქი სასჯელი დაეკისრათ<sup>23</sup>. იქიდან გამომდინარე, რომ ამ შემთხვევაში არასათანადო მოპყრობა უკავშირდებოდა სისხლის სამართალწარმოებას, კონვენციის მე-6 მუხლის დაცვისათვის აუცილებელი იყო შიდაპროცესუალური კომპენსაცია.

ამ მხრივ, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო დასაშვებად მიიჩნევს მტკიცებულების გამოყენების ყოვლისმომცველ აკრძალვას. იმ მტკიცებულებების გამოყენება, რომელიც კონვენციის მე-3 მუხლის დარღვევის საფუძველზე იქნა მოპოვებული, გამორიცხულია<sup>24</sup>. შესაბამისად, მინიმუმ კონვენციის მე-3 მუხლის დარღვევას ფართო ზემოქმედების მოხდენა შეუძლია პროცესზე. მიუხედავად ამისა, ადამიანის უფლებათა

---

<sup>22</sup> EGMR, Ur. v. 1.6.2010 – 22978/05 – Gäfgen vs. Deutschland, Rn. 87 ff.

<sup>23</sup> EGMR, Ur. v. 1.6.2010 – 22978/05, Rn. 115 ff.

<sup>24</sup> EGMR, Ur. v. 1.6.2010 – 22978/05, Rn. 173 ff.; აღნიშნულთან დაკავშირებით იხ. Ast, GLJ 11 (2010), 1393, 1402 ff. ([www.germanlawjournal.com](http://www.germanlawjournal.com)). გერმანული სასამართლო პრაქტიკა დასაშვებად არ მიიჩნევს გამოყენების აკრძალვის ამგვარ „შორსმიმავალ მოქმედებას“ (შეად. ზემოთ II. 4.; vgl. etwa BGHSt 34, 362). პირვანდელი მდგომარეობის აღდგენის მოთხოვნიდან გამომდინარე ამგვარი ფართო მოქმედების შესაძლო დოგმატური დასაბუთებისათვის იხ. Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, 1990, S. 49 ff. კონვენციის მე-3 მუხლის დარღვევის შემთხვევაში ასევე კიდევ ერთი პრინციპია მნიშვნელოვანი, რომელსაც ეფუძნება მტკიცებულების გამოყენების აკრძალვა: სასჯელის ლეგიტიმაციის გარანტირება. აღნიშნულთან დაკავშირებით ასევე იხ. Amelung, a.a.O., S. 20 ff. სისხლისსამართლებრივი დევნის განმახორციელებელი ორგანოების დისციპლინირების იდეასთან დაკავშირებით იხ. იქვე .a.O., S. 17 ff. აღნიშნულ საფუძვლებთან დაკავშირებით იხ. ასევე EGMR, a.a.O., Rn. 175 ff.

ევროპულმა სასამართლომ გეფგენის საქმეზე უარყო კონვენციის მე-6 მუხლით გარანტირებული სამართლიანი სასამართლოს უფლების დარღვევა<sup>25</sup>. აღნიშნულის უკეთ გასაგებად აუცილებელია განხილულ იქნას მტკიცებულების გამოყენების აკრძალვის დარღვევის შინაარსი და შედეგები.

## 2. მტკიცებულების გამოყენების აკრძალვის შინაარსი

მტკიცებულების გამოყენების აკრძალვის შედეგებთან დაკავშირებით, პირველ რიგში, ხაზგასასმელია შემდეგი: გამომდინარე იქიდან, რომ მტკიცებულების გამოყენების აკრძალვა ბრალდებულის იმ უფლებას წარმოადგენს, რომელიც მიზნად ისახავს უფლების წინასწარი დარღვევის კომპენსირებას, აუცილებელია აღნიშნული უფლების მინიჭება, რათა სამართლიანობის გარანტირება მოხდეს. თუკი ამ უფლების მინიჭება არ განხორციელდება, უფლების თავდაპირველი დარღვევა შიდაპროცესუალური თვალსაზრისით, საკმარისად არ დაკომპენსირდება და შესაბამისად სამართალწარმოება არ იქნება სამართლიანი კონვენციის მე-6 მუხლის პირველი ნაწილის გაგებით.

აღნიშნულის გათვალისწინებით, გეფგენის შემთხვევაში ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ მტკიცებულების გამოყენების აკრძალვის დარღვევა იმპლიციტურად უარყო. აკრძალვის შინაარსი შემდეგნაირად უნდა დაზუსტდეს: მტკიცებულებების „გამოყენება“ შესაძლოა მოხდეს როგორც მათი პროცესში ჩართვით, ასევე გადაწყვეტილების მათზე დაფუძნებით. გეფგენის შემთხვევაში საქმის მწარმოებელმა სასამართლომ, მართალია, პროცესში ჩართო გამოსარიცხი მტკიცებულებები, თუმცა, გადაწყვეტილებისთვის მათ მნიშვნელობა არ ჰქონდათ<sup>26</sup>.

მაშასადამე, მტკიცებულების გამოყენების აკრძალვა ორივე ასპექტს ეხება: მის მიზანთან ყველაზე კარგად შესაბამისობაში მოდის, როდესაც მტკიცებულებების ჩართვა პროცესში საერთოდ არ ხორციელდება. იმავე დოზით მნიშვნელოვანია გადაწყვეტილებაში მოხდა თუ არა მტკიცებულებების გათვალისწინება<sup>27</sup>, რადგან, პროცესში მტკიცებულებების გამო-

<sup>25</sup> EGMR, Ur. v. 1.6.2010 – 22978/05, Rn. 187.

<sup>26</sup> EGMR, Ur. v. 1.6.2010 – 22978/05, Rn. 180.

<sup>27</sup> იმაგენიარად: Popp, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im

ყენების აკრძალვა მიზნად ისახავს კითხვის ნიშნის ქვეშ მყოფი მტკიცებულებების გადანყვეტილებაში ჩართვის თავიდანვე გამორიცხავს. რადგან სასამართლომ თავად უნდა მიიღოს გადანყვეტილება მტკიცებულებების გამოყენების თაობაზე, სრულიად არ შეიძლება გამოირიცხოს, რომ იგი სადავო მტკიცებულებების არსებობის საფუძველზე გარკვეულ ინფორმაციას იღებს. აღნიშნულის თავიდან აცილება მხოლოდ მაშინ იქნებოდა შესაძლებელი, თუკი სხვა სასამართლო მიიღებდა გადანყვეტილებას.

შესაბამისად, მტკიცებულების გამოყენების აკრძალვით, მართალია, იკრძალება პროცესში სადავო მტკიცებულებების როგორც ჩართვა, ასევე მათი სასამართლოს გადანყვეტილებაში გამოყენება, თუმცა, მხედველობის მიღმაა დარჩენილი შემთხვევა, როცა ორივე მემოაღნიშნული ხორციელდება, მაშასადამე, როცა მტკიცებულებების დაშვება ხდება და სასამართლოს გადანყვეტილებაც მათ ეყრდნობა. აქედან გამომდინარე, აუცილებელია შეფასდეს სასამართლო გადანყვეტილებისათვის რა მნიშვნელობა აქვს გამოუსადეგარი მტკიცებულებების მხედველობაში მიღებას. რადგან საქმის წარმოების განმახორციელებელი სასამართლოს გადანყვეტილება არსებითად დაეყრდნო აღიარებით ჩვენებას, გამოუსადეგარ მტკიცებულებებს გადამწყვეტი მნიშვნელობა არ ჰქონდათ.

### 3. მტკიცებულების გამოყენების აკრძალვის ფარგლები

შესაბამისად, აღიარების გამოყენება დასაშვებია იყო<sup>28</sup>. თუმცა, აღნიშნული მაინც საეჭვოა: პროცესის მიმდინარეობისას გეფგენმა აღიარებითი ჩვენება მხოლოდ მას შემდეგ მისცა, რაც სასამართლომ მიიღო დანაშაულის ადგილზე მოპოვებული მტკიცებულებების გამოყენების დასაშვებობის გადანყვეტილება. განმცხადებლის მოსაზრებით, სასამართლოს აღნიშნული გადანყვეტილება მართლსაწინააღმდეგო იყო და აღიარება მინიმუმ აღნიშნულით იყო გამოწვეული<sup>29</sup>. ეს მეტყველებს შემდეგზე: ჩვენება თავისუფალი არ არის, როდესაც მისი მიცემა ხორციელდება წამების,

---

Strafverfahren, 2005, S. 473 f.

<sup>28</sup> EGMR, Ur. v. 1.6.2010 – 22978/05, Rn. 180 ff.

<sup>29</sup> აღნიშნულის საპირისპიროდ სადავოა EGMR, Ur. v. 1.6.2010 – 22978/05, Rn. 183 f. ასევე იხ. მოსამართლე როცაკისისა და სხვების განსხვავებული მოსაზრება, Rn. 6. საქმე ეხება ე.წ. „ფსიქიკური კაუზალობის“ შემთხვევას, შუად. BGHSt 13, 13.

მოტყუების ან რაიმე მსგავსი ქმედების საფუძველზე, თუმცა, არა იმ შემთხვევაში, როდესაც სასამართლო კონვენციასთან შეუსაბამო სხვაგვარ ქმედებას ახორციელებას - ამ შემთხვევაში დაუშვებელ მტკიცებულებებს დასაშვებად მიიჩნევს. აქედან გამომდინარე, განსასჯელი აღიარებაზე თავადაა პასუხისმგებელი. თუკი განსასჯელს სურს სამართალწარმოების პროცესში უფლების დარღვევისადმი დაპირისპირება, იგი ვალდებულია დაელოდოს სასამართლოს გადაწყვეტილებას<sup>30</sup>.

ამასობაში, ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ მტკიცებულების დასაშვებობის აკრძალვა ძალიან ფართოდ განმარტა. იმ ფაქტით, რომ გამოძიებლების მხრიდან განხორციელებული მართლსაწინააღმდეგო ქმედებების საფუძველზე მოპოვებული მტკიცებულებების გამოყენება დაუშვებელია, კომპენსირდება ეჭვმიტანილის დარღვეული უფლება და იმავდროულად უფლების დარღვევასთან მიმართებით შიდაპროცესუალური თვალსაზრისით საკმარისი სანქცია გვაქვს სახეზე. აღნიშნულზე მეტის საჭიროება არ არსებობს. შეუძლებელია იმ ნაკვალების კონტროლი, რომელიც დამნაშავემ ქვეყანაზე დატოვა.

#### **IV. კომპენსირებადი უფლების გარანტირება: დამცველის მეშვეობით წარმოდგენის პირობითი უფლება**

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს ბოლოს განსახილველ გადაწყვეტილებაში გარკვეულწილად ბუნდოვანია ზიანისა და კომპენსაციის სტრუქტურა. საქმე „ნეზირაჯი გერმანიის წინააღმდეგ“ ეხება პირველი ინსტანციის გადაწყვეტილების გასაჩივრებაზე უარის თქმას<sup>31</sup>.

კიოლნის პირველი ინსტანციის სასამართლომ ნეზირაჯს სხეულის დაზიანების გამო 1500 ევროს ოდენობის ჯარიმა დააკისრა. გასაჩივრების ვადების დაცვით განხორციელებულ სასამართლო მოსმენაზე წარდგა მხოლოდ მისი დამცველი, რადგან ნეზირაჯის მიმართ სხვა ბრალდების გამო დაპატიმრების ბრძანება იყო გაცემული. დამცველმა გამოთქვა მზაობა მის წარმომადგენლობაზე. მიწის სასამართლომ (საოლქო სასამართლო) საქმე არ განიხილა და გერმანიის სსსკ-ის §329-ზე დაყრდნო-

<sup>30</sup> Ast, GLJ 11 (2010), 1393, 1405.

<sup>31</sup> EGMR, Ur. v. 8.11.2012 – 30804/07 – Neziraj vs. Deutschland.

ბით, ნემირაჯის გამოუცხადებლობის მოტივით, უარი თქვა აპელაციამზე.

ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ ამ შემთხვევაში დაინახა კონვენციის მე-6 მუხლის პირველი და 3c აბზაცებით დადგენილი დამცველის ყოლის უფლების დარღვევა<sup>32</sup>. აღნიშნული გადაწყვეტილების ინტერპრეტირება შემდეგნაირად უნდა მოხდეს: „საკუთარი თავის დაცვის ან დამცველის მეშვეობით დაცვის უფლებიდან (კონვენციის მე-6 მუხლის 3c აბზაცი)“, ზოგადად, გამომდინარეობს დამცველის მეშვეობით წარმოდგენის უფლებაც. გერმანელმა კანონმდებელმა გადაწყვეტილების საფუძველზე შეცვალა გერმანიის სსსკ-ის §329 და წარმომადგენლობის შესაძლებლობა მინიმუმ იმ შემთხვევაში მიიჩნია დასაშვებად, როცა არ არსებობს ბრალდებულის დასწრების აუცილებლობა. თუმცა, როგორც წესი, მისი დასწრება აუცილებელია, რადგან აპელაცია დამოუკიდებელ ფაქტობრივ ინსტანციას წარმოადგენს<sup>33</sup>.

საყოველთაო უფლება წარმომადგენლობაზე არ არის დასაშვები<sup>34</sup>. ნემირაჯის შემთხვევაში დარღვეული იყო არა დამცველის მეშვეობით დაცვის უფლება, არამედ საკუთარი თავის დაცვის უფლება. ნემირაჯის მიმართ დაპატიმრების ბრძანება იყო გაცემული, შესაბამისად, მას გამოცხადება მხოლოდ დაპატიმრების რისკზე წასვლით შეეძლო. აღნიშნული ზიანის კომპენსირება უნდა მომხდარიყო. მოსამართლეს სასამართლო მოსმენა ან უნდა გადაედო ან მინიმუმ გამოჩაკლისის სახით უნდა დაეშვა ნემირაჯის დამცველის წარმომადგენლობა.

წარმომადგენლობის უფლების არსებობა მხოლოდ პირობითია, თუკი გართულებულია საკუთარი თავის დაცვის შესაძლებლობა. წარმომადგენლობაზე პირობითი უფლებას მხოლოდ მაშინ აქვს დაცვის უფლების განხორციელების ზიანის კომპენსირების ფუნქცია, თუკი სასამართლო განხილვა დაპატიმრების საფრთხის მიუხედავად უნდა ჩატარდეს. აღნიშნული მოსაზრება ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ მსგავსი ფაბულის მქონე საქმეზე გამოთქვა: „იმისათვის, რომ ბრალდებულს გარანტირებული ჰქონდეს სამართლიანი სამართალწარმოების უფლება, აუცილებელია ყველა სირთულე, რომელიც წარმოიქმნება მათი უფლე-

<sup>32</sup> EGMR, Ur. v. 8.11.2012 – 30804/07, Rn. 52 ff., 67.

<sup>33</sup> შუად. OLG Hamburg, StV 2018, 145 mit Anm. Hüls.

<sup>34</sup> დაწვრილებით ob. Ast, JZ 2013, 780 ff

ბების შეზღუდვის თუ დაცვის საფუძველზე, თანმდევნი საქმის წარმოებისას საკმარისად კომპენსირდეს.“<sup>35</sup>

შესაბამისად, ამ შემთხვევაში უნდა კომპენსირდეს არა უფლების დარღვევა, არამედ დაცვის უფლების განხორციელებისათვის მიყენებული ფაქტობრივი ზიანი. დაცვის უფლების დარღვევა, პირველ რიგში, სასამართლო მოსმენაზე უარის თქმაში იკვეთება. აღნიშნული შეუძლებელს ხდის საკუთარი თავის დაცვას და შესაბამისად, ზიანს აყენებს დაცვის უფლებას. აღნიშნული ზიანის მიყენება სამართალდარღვევას წარმოადგენს, რადგან შესაძლებელი იყო მსჯავრდებულის გამოუცხადებლობაზე იმგვარი რეაგირება, რომ მისი დაცვის ინტერესი შენარჩუნებულიყო.

## V. დასკვნა

შიდაპროცესუალური კომპენსაციის მეთოდი ბევრჯერ იქნა გამოყენებული ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკაში კონვენციის მე-6 მუხლთან მიმართებით. აღნიშნული გერმანიის წინააღმდეგ მიღებულ რამდენიმე გადაწყვეტილებაშიც ჩანს.

დანაშაულის პროვოკაციის შემთხვევაში სადავო იყო თუ რომელ საფეხურზე უნდა მოხდეს კომპენსაციის გარანტირება: სასჯელის დადგენის, მტკიცებულებების გამოყენების თუ საპროცესო დაბრკოლების ეტაპზე. გეფგენის საქმით დაისვა კითხვა თუ რამდენად ფართოდ შეიძლება მტკიცებულებების გამოყენების აკრძალვების დაშვება. ნაზირაჯის საქმით ნაჩვენები იქნა, თუ როგორი სახის უნდა იყოს კომპენსაცია, რომლის აუცილებლობაც არა სამართალდარღვევის, არამედ დაცვის უფლებისათვის ფაქტობრივი ზიანის მიყენების საფუძველზე დგება დღის წესრიგში.

იმის შესაძლებლობას, რომ საქმისწარმოების შეცდომა ავტომატურად არ ნიშნავს სამართლიანი სასამართლოს უფლების დარღვევას და შიდაპროცესუალურად მისი კომპენსირება შესაძლებელია, იძლევა ის ფაქტი, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლის პირველი აბზაცით დადგენილი უფლება პროცესს, როგორც ასეთს, მთლიანობაში ეხება. აქედან გამომდინარე, ადამიანის უფლებათა ევრო-

---

<sup>35</sup> EGMR, Urt. v. 26.3.1996 – 20524/92 – Doorson vs. Niederlande, Rn. 72.

პული სასამართლო პროცესის ერთიან შეფასებას ახორციელებს. კონვენციის მე-6 მუხლის მესამე აბზაციდან გამომდინარე ცალკეულ უფლებებს იგი სამართლიანი სასამართლოს უფლების გამოვლინებებად მიიჩნევს, რის გამოც ისინიც საერთო შეფასების ლოგიკას ექვემდებარებიან<sup>36</sup>. ნებრაჯის საქმეზე აღნიშნული ნათლად გამოჩნდა: რადგან არ იქნა გამოყენებული კომპენსაციის შესაძლებლობა, საქმის სააპელაციო განხილვაზე უარით შეილახა ეჭვმიტანილის უფლება საკუთარი თავის დაცვაზე.

ერთიანი შეფასება არსებითად კომპენსაციის იდეით განისაზღვრება. კომპენსაციის გარანტირების არარსებობის შემთხვევაში, საქმე ეხება საქმის წარმოების შეცდომას, რომლის კომპენსაციაც, თავის მხრივ, შეუძლებელია. აქედან გამომდინარე, ეს წარმოადგენს სამართლიანი სასამართლოს უფლებისა და ზოგადად, კონვენციის მე-6 მუხლის მესამე აბზაცით დადგენილი ცალკეული უფლებების დარღვევას.

---

<sup>36</sup> იხ. EGMR, Ur. v. 8.11.2012 – 30804/07, Rn. 45.

# სტამბულის კონვენცია და მისი გავლენები გერმანულ სისხლის სამართალზე

პროფ. დოქტ. ბეტინა ნოლტენიუსი, პასაუს უნივერსიტეტი

## I. შესავალი

ევროსაბჭოს კონვენცია „ქალთა მიმართ ძალადობისა და ოჯახში ძალადობის პრევენციისა და აღკვეთის შესახებ“ (შემდეგში: კონვენცია) 2011 წლის მაისში თავდაპირველად მხოლოდ ევროსაბჭოს 13 წევრი სახელმწიფოს<sup>1</sup>, მათ შორის, გერმანიის მიერ ხელმოწერილ, საერთაშორისო ხელშეკრულებას წარმოადგენს.

კონვენციის მთავარ მიზნებს წარმოადგენს სქესის მიხედვით ძალადობისა და ოჯახური ძალადობის პრევენცია და აღკვეთა, ძალადობის მსხვერპლთა მიმართ ყოვლისმომცველი ზრუნვის გარანტირება და მთლიანობაში სქესთა შორის არსებითი თანასწორობის წახალისება.

აღნიშნული მიზნების მისაღწევად, ხელშემკვრელი სახელმწიფოები ძალადობის აღრესატების მიმართ ყოვლისმომცველი დაცვისა და დახმარების ღონისძიებების დადგენის ვალდებულებას იღებენ<sup>2</sup>. კონვენცია მაგ. მოითხოვს ფსიქოლოგიური, ფინანსური და სამართლებრივი ხასიათის დახმარებისა და ასევე ქალთა სახლებში განთავსების შესაძლებლობების არსებობას<sup>3</sup>.

გარდა ამისა, კონვენცია ხელშემკვრელ სახელმწიფოებს ავალდებულებს მთელი რიგი კონკრეტული ღონისძიებების, მათ შორის სისხლისსამართლებრივის, გატარებას: დასჯადი უნდა იყოს ფიზიკური, სექსუალური და ფსიქოლოგიური ძალადობის ყველა ფორმა, ასევე ადევნება (კონვენციის 33-35-ე მუხლები) და სექსუალური შევიწროება (კონვენციის მე-40

---

<sup>1</sup> გერმანია, ფინეთი, საფრანგეთი, საბერძნეთი, ისლანდია, ლუქსემბურგი, მონტენეგრო, ავსტრია, პორტუგალია, შვედეთი, სლოვაკეთის რესპუბლიკა, ესპანეთი, თურქეთი.

<sup>2</sup> U.a. Art. 1 Abs. 1 lit. c. und e., Art. 5 Abs. 2, Art. 16 IK.

<sup>3</sup> Art. 19-26 IK, განსაკუთრებით Art. 20, 21, 23, 24 IK.

მუხლი, თუმცა მაინცდამაინც სისხლისსამართლებრივად არა). ამასთან, სისხლისსამართლებრივი დევნა უნდა განხორციელდეს იძულებითი ქორწინების (კონვენციის 37-ე მუხლი), ქალის სასქესო ორგანოების დასახიჩრების (კონვენციის 38-ე მუხლი), იძულებითი აბორტისა და იძულებითი სტერილიზაციის (კონვენციის 39-ე მუხლი) მიმართ. ხელშეკრულების მხარეები, ვალდებული არიან უზრუნველყონ აღნიშნული სისხლისსამართლებრივი დანაშაულების ეფექტური, თანამომიერი და დამაშინებელი სასჯელებით დასჯა (შეად. კონვენციის 45-ე მუხლი).

კონკრეტული დანაშაულების დასჯადობის ვალდებულებასთან ერთად, კონვენცია ასევე ითვალისწინებს, რომ სახელმწიფოებმა თავიანთი სისხლის სამართლის კანონის მოქმედებასთან დაკავშირებით, სათანადო ცვლილებებიც განახორციელონ. კერძოდ, ისინი ვალდებული არიან მიიღონ საკანონმდებლო ან სხვაგვარი ზომები, რათა დაადგინონ განსჯადობა ამ კონვენციით დადგენილ ნებისმიერ დანაშაულთან დაკავშირებით (კონვენციის 44-ე მუხლი). და ბოლოს, მხარეები იღებენ ვალდებულებას, რომ ხანდამულობის ვადა საკმარისი იქნება იმისათვის, რათა შესაძლებელი იყოს მსხვერპლის სრულწლოვანების მიღწევის შემდეგაც დევნის დაწყება დამნაშავის მიმართ (კონვენციის 58-ე მუხლი).

სტამბულის კონვენციით ნაკისრი ვალდებულებების შესრულება გერმანიაში შედარებით დროში გაიწელა. როგორც უკვე აღინიშნა, გერმანიამ კონვენციას 2011 წლის მაისში<sup>4</sup> მოაწერა ხელი. თუმცა, მან მისი რატიფიცირება მხოლოდ 2017 წლის ოქტომბერში მოახდინა, როგორც რიგით 24-ე ხელშემკვერელმა სახელწიფომ მთლიანობაში 45 მონაწილე სახელმწიფოს შორის<sup>5</sup>. შესაბამისად, 2011 წლის მაისში კონვენციის ხელმოწე-

---

<sup>4</sup> გერმანიის ფედერაციულმა რესპუბლიკამ კონვენციას 2011 წლის 11 მაისს მოაწერა ხელი: BT-Drucks. 17/12996, 2; კონვენცია ძალაში შევიდა 2014 წლის 1 აგვისტოს, მას შემდეგ, რაც 10 ქვეყნის მიერ იქნა რატიფიცირებული (ალბანეთი, ანდორა, ბოსნია და ჰერცეგოვინა, დანია, იტალია, მონტენეგრო, ავსტრია, პორტუგალია, სერბეთი, ესპანეთი, თურქეთი), CETS No. 210.

<sup>5</sup> თუმცა, 78-ე მუხლის მეორე აბზაცით გათვალისწინებული დათქმით 59-ე მუხლთან მიმართებით. გერმანიამ 59-ე მუხლთან მიმართებით გაკეთებული დათქმით უარი განაცხადა დევნილი ან მიგრანტი ქალებისთვის, რომლებიც ოჯახური ძალადობის მსხვერპლნი არიან ან რომლებიც სისხლის სამართლანარმოების პროცესში მოწმეების სახით იკითხებიან, დამოუკიდებელი ბინადრობის უფლების მიღების შესაძლებლობის გარანტირებაზე. აღნიშნულს 2018 წლის 1 თებერვლიდან ფედერა-

რასა და მის რატიფიცირებას შორის 6 წლიანი შუალედი იყო. კონვენცია გერმანიაში 2018 წლის პირველ თებერვალს შევიდა ძალაში.

კონვენციის გვიანი რატიფიცირების ერთ-ერთ მთავარ განმაპირობებელ ფაქტორს წარმოადგენდა პრინციპული დებატები, რომელიც ეხებოდა სქესობრივ დანაშაულებთან დაკავშირებულ გერმანულ სისხლის სამართალს. გერმანიაში ჯერ კიდევ წლების წინ, სტამბულის კონვენციის იმპლემენტაციისგან დამოუკიდებლად, მიმდინარეობდა დისკუსიები სქესობრივ დანაშაულებთან დაკავშირებულ რეფორმასთან მიმართებაში. 2011 წელს სტამბულის კონვენციაზე ხელმოწერით, აღნიშნული დებატები კიდევ უფრო გამწვავდა<sup>6</sup>.

სტამბულის კონვენციის გავლენით განხორციელებული საკანონმდებლო ცვლილებები გერმანულ სისხლის სამართალში ეხება სისხლის სამართლის კანონის მოქმედებას (ნაშრომის II თავი), ხანდაზმულობის მარეგულირებელ ნორმებს (ნაშრომის III თავი) და ბოლოს - სექსუალური ხასიათის დანაშაულების შემადგენლობებს (ნაშრომის IV თავი).

## **II. სისხლის სამართლის კანონის მოქმედებასთან დაკავშირებით განხორციელებული ცვლილებები**

სისხლის სამართლის კანონის მოქმედებასთან დაკავშირებული საკანონმდებლო ნორმების ცვლილებები დიდი სამეცნიერო დისკუსიების თანხლების გარეშე განხორციელდა. ამიტომ, ამ შემთხვევაში, თითქოსდა, ერთი შეხედვით, მხოლოდ მარგინალურ ცვლილებებთან უნდა გვექნოდა საქმე. თუმცა, ეს ასე არ არის. უფრო მეტიც, სისხლის სამართლის კანონის მოქმედებასთან დაკავშირებული გერმანული საკანონმდებლო დანაწესები, სწორედ სტამბულის კონვენციის საფუძველზე, გარკვეულწილად მნიშვნელოვნად გაფართოვდა. ამიტომ, გასაკვირია, რომ აღნიშნულმა ფაქტმა აქამდე მხოლოდ მცირე ყურადღება მიიპყრო. დროში არსებული შეზღუდვებიდან გამომდინარე, მე მხოლოდ ცალკეული მაგალითების

---

ლური კანონის ძალა აქვს., BGBl. II 2017 S. 1026.

<sup>6</sup> შეად. Isfen, ZIS 2015, 217, 218 ff.; Blume/Wegner, HRRS 2014, 357; BMJV, Referentenentwurf „Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht; Stellungnahmen des Deutschen JuristInnenbundes e.V.“ v. 12.5. und 25.7.2014.

განხილვით შემოვიფარგლები.

გერმანიის სსკ-ის §5 მე-9, მე-9ა პუნქტ. „ა“ ქვეპუნქტის თანახმად, საზღვარგარეთ ჩადენილი იძულებითი აბორტისა და იძულებითი სტერილიზაციის შემთხვევაში, გერმანული სისხლის სამართალი მოქმედებს დანაშაულის ჩადენის ადგილზე მოქმედი სამართლის მიუხედავად, თუკი დამნაშავე დანაშაულის ჩადენის დროს გერმანელი იყო. დანაშაულის მსხვერპლის ეროვნებას ამგვარი დანაშაულების შემთხვევაში მნიშვნელობა არ ენიჭება.

თუმცა, გერმანული სისხლის სამართლის მოქმედება თავისთავად არ ვრცელდება იმ დანაშაულების მიმართ, რომლებიც უცხო ქვეყანაში იქნა ჩადენილი, მაგრამ ჩადენის ადგილზე დასჯადად არ ითვლება, რადგან სისხლის სამართლის მოქმედების გაფართოებით (დანაშაულის ჩადენის ადგილზე მოქმედი სამართლისგან დამოუკიდებლად) წარმომშობი ქვეყნის სამართლის გადატანა ხდება უცხოურ სუვერენულ ტერიტორიაზე. აღნიშნული მოითხოვს დასაბუთების არსებობას მინიმუმ ე.წ. მატერიალური დაკავშირების მომენტის („genuine link“) სახით, რომელიც გაამართლებს სისხლის სამართლის კანონის მოქმედების გაფართოებას<sup>7</sup>. გერმანული სისხლის სამართლის კანონის მოქმედების ფარგლების სტამბულის კონვენციის საფუძველზე განხორციელებულ გაფართოებას უდევს თუ არა საფუძვლად მნიშვნელოვანი ე.წ. დაკავშირების მომენტი, რომელიც აღნიშნულ გაფართოებას გაამართლებდა, მიმდინარე ნაშრომში კრიტიკულად უნდა იქნას განხილული, იძულებითი აბორტის მაგალითის საფუძველზე.

მაგალითის სახით განვიხილოთ: დამნაშავე წარმოადგენს გერმანელ ექიმს და იგი უკვე 20 წელია ცხოვრობს სახელმწიფოში, რომელიც არ არის კონვენციის ხელშემკვრელი ქვეყანა. ექიმი ამ ქვეყანაში ქალებს უტარებს იძულებით აბორტებს. აღნიშნული ქმედებები სისხლისსამართლებრივად დასჯადია გერმანიაში, თუმცა, არა დანაშაულის ჩადენის ქვეყანაში, რომელიც არ არის სტამბულის კონვენციის მხარე. გერმანიის სსკ-ის §5-ის მიხედვით, ამ ქვეყნის მიმართ გავრცელდებოდა გერმანული სისხლის სამართლის მოქმედება. ისმის კითხვა: რითი უნდა დასაბუთდეს გერმანული

---

<sup>7</sup> შეად. IGH, ICJ-Rep. 1970, 1 ff. – Barcelona Traction; BVerfG NJW 2001, 1848, 1852; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StGB, 3. Aufl. 2017, Vor §§ 3-7 Rn. 4; Holthausen, NJW 1992, 214.

სისხლის სამართლის კანონის მოქმედების ამგვარი გაფართოება? გერმანელი კანონმდებელი მხოლოდ ფორმალურად უთითებს სტამბულის კონვენციის იმპლემენტაციიდან გამომდინარე ცვლილების განხორციელების აუცილებლობაზე<sup>8</sup>. აღნიშნულის საპირისპიროდ, მატერიალური დასაბუთება არ გვაქვს სახეზე.

გერმანული სისხლის სამართლის უცხო ქვეყანაში მოქმედების საფუძველი შესაძლოა სსკ-ის §5-ში დაგინახოთ, რომელიც, ნებისმიერ შემთხვევაში, წინაპირობად ითვალისწინებს, რომ დამნაშავე დანაშაულის ჩადენის დროს გერმანელს უნდა წარმოადგენდეს. გამომდინარე აქედან, ნორმა ეყრდნობა აბსოლუტური აქტიური პერსონალურობის პრინციპს<sup>9</sup>. ამგვარად, შესაძლოა ითქვას, რომ უცხო ქვეყანაში მცხოვრებ დამნაშავესაც კი აკისრია მისი წარმომშობი ქვეყნისა და მისი კანონებისადმი განსაკუთრებული ერთგულების ვალდებულება<sup>10</sup>. თუმცა, ამგვარი წარმოდგენა შეესაბამება სახელმწიფოს ავტორიტარულ გაგებას და ამით ე.წ. „ქვეშევრდომულ აზროვნებას“, რომელიც თავისუფალ დემოკრატიულ წყობილებასთან არ მოდის შესაბამისობაში<sup>11</sup>. უფრო მეტიც, სისხლის სამართლის კანონის მოქმედების გაფართოებით წარმოიქმნება დაპირისპირება წარმომშობი ქვეყნისა და ბინადრობის ქვეყნის მართლწესრიგებს შორის<sup>12</sup>. წარმომშობი ქვეყანა გვერდს უვლის ბინადრობის ქვეყნის გადაწყვეტილებას, სათანადო ქმედების სისხლისსამართლებრივად დასჯადად არ მიჩნევის შესახებ. გაზვიადებული ფორმულირება რომ მივცეთ: წარმომშობი ქვეყანა თავს ახვევს თავის ღირებულებებს ბინადრობის ქვეყანას და ამგვარად ერევა მის მართლწესრიგში<sup>13</sup>.

იძულებით აბორტებთან დაკავშირებული გერმანული სისხლის სამართლის ექსტერიტორიული გამოყენების საფუძველი შესაძლოა ასევე იმაში და-

---

<sup>8</sup> BT Drucks. 18/12037, 80 f.

<sup>9</sup> შეად. dazu Böse/Meyer, ZIS 2011, 336, 342.

<sup>10</sup> შეად. die Zwecksetzung des Kriegswaffenkontrollgesetzes (KWKG) v. 5.11.1990 (BGBl I 2428) und v. 22.11.1990 (BGBl. I 2506) und deren Darstellung in: Pottmeyer, NStZ 1992, 57.

<sup>11</sup> შეად. Böse/Meyer, ZIS 2011, 336, 342; Mayer, JZ 1952, 609, 611; Pollähne, NJW 1992, 57, 60 m.w.N.; Pottmeyer, NStZ 1992, 57, 60.

<sup>12</sup> Böse/Meyer, ZIS 2011, 336, 342.

<sup>13</sup> Ambos, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 5 Rn. 10 f.; Pottmeyer, NStZ 1992, 57, 58.

ვინახოთ, რომ მინიმუმ „ქვეყნის შიგნით ორსულების თვითგამორკვევის უფლებისათვის სათანადო ღირებულებითი ცნობიერება“<sup>14</sup> უნდა შეიქმნას და ისინი ამით მთლიანობაში დაცული უნდა იქნან იძულებითი აბორტებისაგან<sup>15</sup>. ცხადია, რომ ამგვარი დასაბუთება არასაკმარისია. იგი მხოლოდ იმ შემთხვევაში მოქმედებს, როდესაც მსხვერპლის მხარეს გერმანიის მოქალაქე წარმოადგენს. თუკი აღნიშნული არ არის სახეზე, მაშინ მხოლოდ დამნაშავის მოქალაქეობაზე ხდება დაყრდნობა.

მაშასადამე, გერმანია ვალდებული იყო სტამბულის კონვენციის საფუძველზე გაეფართოვებინა სისხლის სამართლის კანონის მოქმედების ფარგლები. თუმცა, კონვენციის შემთხვევაში, საქმე, პირველ რიგში, ეხება რეგიონალურ შეთანხმებას, რომელიც მხოლოდ ევროკავშირის ცალკეული ქვეყნების მხრიდან იქნა ხელმოწერილი და რატიფიცირებული<sup>16</sup>. ამასთან, კონვენცია ხელშეკრულების მხარეებს ცალკეული ღონისძიებების იმპლემენტაციასთან დაკავშირებით თავისუფალი მოქმედების ფარგლებს უტოვებს<sup>17</sup>.

ამგვარად, ხელშეკრულების მონაწილე ქვეყნებს განსჯადობის გაფართოებასთან დაკავშირებით აქვთ დათქმის გაკეთების შესაძლებლობა<sup>18</sup>, მათთვის არ არის საგალდებულო განსჯადობის გაფართოება<sup>19</sup>. გერმანიამ აღნიშნული უფლებამოსილება არ გამოიყენა. ასევე, გასათვალისწინებელია, რომ გერმანიაში აბორტის იძულებითი ხასიათი მხოლოდ სასჯელის დადგენისას მიიღება მხედველობაში აბორტის ძირითადი შემადგენლობის არსებობის შემთხვევაში. დანაშაულის ძირითადი შემადგენლობისათვის კი აუცილებელია, რომ დამნაშავე არა მხოლოდ გერმანიის მოქალაქეს წარმოადგენდეს, არამედ მას თავისი საცხოვრებელი, ქვეყნის შიგნით, მაშასადამე, გერმანიაში ჰქონდეს. გამომდინარე

---

<sup>14</sup> Hoyer, in: Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. I, 9. Aufl. 2017, § 5 Rn. 26.

<sup>15</sup> Hoyer, in: Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. I, 9. Aufl. 2017, § 5 Rn. 26 f.

<sup>16</sup> შეად. BT Drucks. 18/12037 S. 45 f.

<sup>17</sup> შეად. ასევე Bezzak, KJ 2016, 557, 558; Isfen, ZIS 2015, 217, 231.

<sup>18</sup> შეად. განკარგ. 227 კონვენციის 44-ე მუხლთან მიმართებით: „დათქმებთან დაკავშირებით 78-ე მუხლის მეორე აბზაციტ ხელშეკრულების მხარეებს ეძლევათ შესაძლებლობა არ დააფუძნონ აღნიშნული განსჯადობა ან მინიმუმ კონკრეტულად განსაზღვრულ შემთხვევებში ან განსაზღვრული გარემოებების არსებობისას დააფუძნონ.“

<sup>19</sup> შეად. კონვენციის 78-ე მუხლი.

აქედან, დოგმატურად შეუსაბამოა, როდესაც მხოლოდ სასჯელის განსაზღვრისათვის დადგენილი რეგულაციისთვის სისხლის სამართლის კანონის მოქმედების სხვა წესი უნდა მოქმედებდეს<sup>20</sup>. თუკი გერმანული სისხლის სამართლის კანონის მოქმედების გაფართოება საერთაშორისო სამართალთან წინააღმდეგობაში არ მოდის, სასურველი იქნებოდა, თუ გერმანული კანონმდებელი მისი გაფართოებისას მეტ თავშეკავებას მაინც გამოიჩინდა ან ყოველ შემთხვევაში წინააღმდეგობრივ ნორმას არ მიიღებდა.

მთლიანობაში, აღსანიშნავია, რომ მსგავს ეჭვებს აჩენს იძულებით სტერილიზაციასთან მიმართებით გერმანული სისხლის სამართლის კანონის მოქმედებასთან დაკავშირებული ცვლილებებიც.

### **III. ხანდაზმულობის მარეგულირებელ ნორმებთან მიმართებით განხორციელებული ცვლილებები**

სტამბულის კონვენციის გავლენით ცვლილებები განიცადა სისხლისსამართლებრივი დევნის ხანდაზმულობასთან დაკავშირებულმა ნორმებმაც.

კონვენციით მხარეები იღებენ ვალდებულებას იმის უზრუნველსაყოფად, რომ სექსუალურ ძალადობას, იძულებით ქორწინებას, ქალის სასქესო ორგანოების დასახიჩრებასა და ასევე იძულებით აბორტსა და იძულებით სტერილიზაციასთან დაკავშირებით სისხლისსამართლებრივი წარმოების დაწყებისათვის სასარჩელო ხანდაზმულობა საკმარისად გრძელი იყოს. იგი უნდა მოქმედებდეს იმ ვადის განმავლობაში, რაც საკმარისი და განსახილველი დანაშაულის სიმძიმის თანაბრობიერი იქნება, რათა შესაძლებელი იყოს საქმის წარმატებით აღძვრა მსხვერპლის სრულწლოვანების ასაკის მიღწევის შემდეგ (კონვენციის 58-ე მუხლი).

გერმანიის სსკ-ის §78b პირველი აბზაცის თანახმად, დევნის ხანდაზმულობა მოქმედებს მსხვერპლის 30 წლის ასაკის მიღწევამდე არაერთი დანაშაულის შემთხვევაში, რომლებიც უკავშირდება სექსუალურ თვითგამორკვევას, მზრუნველობის საჭიროების მქონე პირისადმი არასათანადო მოპყრობას, ქალის სასქესო ორგანოების დასახიჩრებას ან იძულებით

---

<sup>20</sup> Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StGB, 3. Aufl. 2017, § 5 Rn. 25.

ქორწინებას. ანუ, ხანდაზმულობა ამ ასაკიდან აითვლება, მანამდე ის „გა-  
ყინულია“.

აღნიშნულმა ნორმამ მხოლოდ უმნიშვნელო ცვლილება განიცადა  
სტამბულის კონვენციის საფუძველზე. ხანდაზმულობის ვადა დასახელე-  
ბულ დანაშაულებთან მიმართებით 21 წლის ასაკიდან 30-მდე გაიზარდა.  
საქმის განუხილველად დატოვების შესახებ ნორმით დადგენილი ასაკის  
30 წლამდე გაფართოებით გერმანელმა კანონმდებელმა გაითვალისწი-  
ნა ის გარემოება, რომ აღნიშნული დანაშაულები ხშირად მათზე განაცხა-  
დის შეტანის შესაძლებლობის არსებობის მომენტისთვის, უკვე ხანდაზმუ-  
ლია. ხშირად საქმე ეხება ძალიან ახალგაზრდა მსხვერპლს, რომელსაც  
მხოლოდ დანაშაულიდან დიდი ხნის გასვლის შემდეგ შეუძლია გაიაზროს  
მომხდარი. უფრო მეტიც, მსხვერპლნი ხშირად შესაძლოა დამნაშავეზე  
დამოკიდებულები იყვნენ. სრულწლოვანების მიღწევამდე ასეთ მსხვერ-  
პლებს არ შეუძლიათ დამოუკიდებლად მიიღონ გადაწყვეტილება სა-  
მართალდამცავ ორგანოში განაცხადის შეტანის თაობაზე<sup>21</sup>.

მიუხედავად იმისა, რომ კანონმდებლის სურვილი გამართლებულია,  
ამგვარი ზედმეტად დიდი გაფართოება არ არის თანაზომიერი და ასევე  
სტამბულის კონვენციის საფუძველზეც არ იდგა დღის წესრიგში აღნიშნუ-  
ლის საჭიროება. ამას ისიც ემატება, რომ მსხვერპლის დაცვის აუცილებ-  
ლობიდან გამომდინარე გარემოებების საფუძველზე, კითხვის ნიშნის  
ქვეშ დგას, თუ რამდენად გონივრულია ხანდაზმულობის ამგვარი დიდი  
ვადა, ვინაიდან ხანდაზმულობის ვადების გაგრძელებასთან ერთად,  
იმავედროულად იმატებს გაურკვევლობა და დასაბუთების სირთულე და  
აღნიშნულით შესაძლოა იმატებდეს ტვირთიც თავად მსხვერპლისთვის<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> BT-Drucks. 18/2601 S. 22; Saliger, in: NK StGB, § 78b Rn. 6; Fischer, StGB, 66. Aufl. 2018, § 78b Rn. 3d; Rosenau, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StGB, 3. Aufl. 2017, § 78b Rn. 3

<sup>22</sup> მსხვერპლის ასაკის ფარგლების 30 წლამდე გაფართოებას მინიმუმ მძიმე სექსუ-  
ალური ხასიათის დანაშაულების შემთხვევაში იქამდე მივყავართ, რომ აღნიშნული  
დანაშაულების ხანდაზმულობა მინიმუმ მსხვერპლის მიერ 50 წლის ასაკის მიღწე-  
ვას გადის. თუკი აღნიშნულს დაემატება ხანდაზმულობის ვადის შეწყვეტებიც  
(გერმანიის სსკ-ის §78c), შესაძლოა ხანდაზმულობის ვადა მსხვერპლის მიერ 70  
წლის ასაკის მიღწევამდე გაგრძელდეს. აღნიშნულს აუცილებლად არ მივყავართ  
უფრო მეტ სამართლიანობამდე, რადგან მსხვერპლისათვის დანაშაულის მტკიცე-  
ბა დროის უფრო და უფრო მეტ გასვლასთან ერთად სულ უფრო რთული ხდება.

შეჯამების სახით, უპირველეს ყოვლისა, დადგინდა, რომ გერმანულმა ნორმებმა სისხლის სამართლის კანონის მოქმედებასა და სისხლის-სამართლებრივი ხანდამშულობის ვადებთან დაკავშირებით, სტამბულის კონვენციის გავლენით, ცვლილებები განიცადეს. თუმცა, ამასთან, კრიტიკულად უნდა შეფასდეს ის ფაქტი, რომ გერმანელმა კანონმდებელმა კონვენციით ნაკისრი მისი ვალდებულებები ნაწილობრივ გადაჭარბებით შეასრულა და მისთვის მინიჭებული იმპლემენტაციის ფარგლები საკმარისად არ გამოიყენა. უფრო მეტიც, მან თითქოსდა საერთაშორისო ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულებების საფუძველზე, სისხლის სამართლის კანონის მოქმედების მარეგულირებელი ნორმები სამართლებრივ სახელმწიფოში მოქმედი სისხლის სამართლის საზიანოდ, სივრცისა და დროის თვალსაზრისით, გარკვეულწილად ზედმეტად გააფართოვა.

ის ფაქტი, რომ გერმანელი კანონმდებელი სტამბულის კონვენციით მისთვის მინიჭებულ მოქმედების ფარგლებს არ იყენებს და რომ იგი, თავის მხრივ, შესაძლებლობას იყენებს სისხლის სამართლის გასამკაცრებლად<sup>23</sup>, სექსუალური ხასიათის დანაშაულების რეფორმაშიც ნათლად შეიმჩნევა.

#### **IV. სექსუალური ხასიათის დანაშაულების რეფორმა გერმანულ სისხლის სამართალში**

როგორც უკვე დასაწყისში აღინიშნა, გერმანიის მხრიდან სტამბულის კონვენციის რატიფიცირების დაგვიანების მიზეზს სექსუალური ხასიათის დანაშაულებთან დაკავშირებული რეფორმა წარმოადგენდა. თავდაპირველად აღნიშნულმა გერმანიაში გამოიწვია დისკუსია იმის თაობაზე, კონვენციის საფუძველზე საერთოდ იდგა „თუ“ არა დღის წესრიგში სექსუალური ხასიათის დანაშაულების რეფორმის აუცილებლობა. აღნიშნული დისკუსიის უკეთ წარმოსაჩენად, პირველ რიგში, აუცილებელია სტამბუ-

---

საკითხავია, ნამდვილად ხდება თუ არა მსხვერპლის დახმარება იმით, რომ დანაშაულიდან 60 წლის გასვლის შემდეგ სასამართლოს მთავარი სხდომა ტარდება, რომელზეც სავარაუდო დამნაშავე in dubio pro reo-ს პრინციპის საფუძველზე მართლდება, Saliger, in: NK StGB, § 78b Rn. 6.

<sup>23</sup> შეად. Renzikowski, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, Vor § 174 Rn. 109.

ლის კონვენციით დადგენილი ვალდებულებების განხილვა.

კონვენციის 36-ე მუხლი სხვა დანაწესებთან ერთად, ითვალისწინებს, რომ სექსუალური ხასიათის ქმედებების ყველა ფორმა, რომელიც ადამიანის ნებაყოფლობით გაცემული თანხმობის გარეშე ხორციელდება, დასჯადი უნდა იყოს<sup>24</sup>.

ამასთანავე, ხაზგასმითაა აღნიშნული, რომ 36-ე მუხლის იმპლემენტაციისას მხარეების უფლებამოსილებაში რჩება „კანონმდებლობაში ზუსტი ფორმულირების განსაზღვრისა და იმ ფაქტორების თაობაზე გადაწყვეტილების მიღება, რომლებიც პიროვნების თავისუფალი ნების გამოხატვის არსებობას გამორიცხავენ“ (განკ. 193-ე მეორე წინადადება). აღნიშნულით ხელშემკვრელ მხარეებს იმპლემენტაციისას თავისუფალი მოქმედების ფარგლები ენიჭებათ.

გერმანული სისხლის სამართლის კოდექსი 2016 წლამდე შეთანხმებულ სქესობრივ კონტაქტს *per se* დასჯადად კი არ მიიჩნევდა, არამედ კანონი ითვალისწინებდა მხოლოდ თანხმობის არარსებობის ან სამართლებრივი ძალის არმქონე თანხმობის არსებობის კონსტელაციებს<sup>25</sup>. ამით ქმედებები დაუსჯელი რჩებოდა, მიუხედავად იმისა, რომ სექსუალური ქმედება მსხვერპლის ნების საწინააღმდეგოდ ხორციელდებოდა და აღნიშნულით მსხვერპლის სქესობრივი თვითგამორკვევა ირღვეოდა<sup>26</sup>. გერმანიის სსკ-ის §177-ის პირველი აბზაცის ძველი ვერსია შემდეგნაირად ჟღერდა:

---

<sup>24</sup> კონვენციის 36-ე მუხლი აღნიშნულით იხსენებს ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკაში მიღებულ გადაწყვეტილებას საქმეზე „მ.ს. ბულგარეთის წინააღმდეგ“. აღნიშნულ გადაწყვეტილებაში სასამართლომ განმარტა, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-3 და მე-8 მუხლები მოითხოვენ ყოველი თანხმობის გარეშე განხორციელებული სქესობრივი აქტის დასჯას. EGMR M.C. v. Bulgarien, Urteil v. 4.12.2003, Beschwerdenummer 39272/98. აღნიშნულთან დაკავშირებით დეტალურად შეად. Sick/Renzikowski, FS Rössner, 2015, S. 928, 937 ff. საქმეში „მ.ს. ბულგარეთის წინააღმდეგ“ გაჟღერებული განხილული მოთხოვნა სასამართლომ სხვადასხვა გადაწყვეტილებებში კიდევ უფრო გაამყარა: შეად. მაგ. EGMR 15.5.2012 – 53519/07 (I.G. gegen Moldawien), § 45; EGMR v. 24.7.2012 – 42418/10 (D.J. gegen Kroatien), § 86; EGMR 24.9.2013 – 13424/06 (N.A. gegen Moldawien), § 71.

<sup>25</sup> დაწვრილებით იხ. Renzikowski, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, Vor § 174 Rn. 10, 115.

<sup>26</sup> Bezjak, KJ 2016, 557, 558.

„პირი, რომელიც ძალადობის გამოყენებით ან სხეულის ან სიცოცხლის წინააღმდეგ ძალადობის განხორციელების მუქარის გამოყენებით ან იმ მდგომარეობის გამოყენებით, რომელშიც მსხვერპლი დამნაშავის ქმედებისგან დაუცველია, ახორციელებს მსხვერპლისადმი დამნაშავის (...) მხრიდან განხორციელებული სექსუალური ქმედებების მოთმენის (...) იძულებას, უნდა დაისაჯოს თავისუფლების აღკვეთით ერთ წელზე მეტი ხნის ვადით“.

§117-ის ძველი ვერსიის განმარტების მიხედვით, აუცილებელი იყო დამნაშავის ე.წ. ორი აქტისაგან შემდგარი მოქმედება. მაგ. დამნაშავე ვალდებული იყო განეხორციელებინა ძალადობა ან გამოეყენებინა უმწეო მდგომარეობა სექსუალური ქმედებების მოთმენის იძულებისთვის. მაშასადამე, იძულების არსებობაზე რომ გვესაუბრა, დამნაშავეს, პირველ რიგში, მსხვერპლის საწინააღმდეგო სურვილი უნდა დაეძლია. ძალადობის, როგორც სექსუალური ქმედებების ჩადენის „საშუალების“ გამოყენება, კი ბოლოს უნდა მომხდარიყო.

მაგალითი: მსხვერპლი ეჭვმიტანილთან ერთად ცხოვრობს „ძალადობის კლიმატში“. სექსუალური ქმედებების განხორციელების მომენტისათვის ბრალდებული არც აშკარად და არც კონკლუდენტურად არ ახდენს წინმსწრებ ძალადობას. მსხვერპლი მართალია ატყობინებს, რომ მას არ სურს სქესობრივი ქმედება, თუმცა, არ იბრძვის, ვინაიდან ძალადობის ხელახალი გამოყენების შიში აქვს. ამ შემთხვევაში სახეზე არ არის საბოლოო კავშირი ძალადობის გამოყენებასა და სექსუალურ ქმედებას შორის<sup>27</sup>.

ამგვარ შემთხვევებს არ მოიცავდა ასევე სექსუალური ძალადობის გამოვლენის შემადგენლობებიც, რომელთა დროსაც მსხვერპლი მხოლოდ სუბიექტურად მიიჩნეოდა უმწეო მდგომარეობაში მყოფად, თუმცა, ობიექტურად აღნიშნული არ იყო სახეზე. გერმანიის უმენაცსმა ფედერალურმა სასამართლომ თავის გადაწყვეტილებაში<sup>28</sup> განმარტა, რომ არ არის საკმარისი მხოლოდ იმის დადგენა, რომ მსხვერპლს წინააღმდეგობის განწევისას ჰქონდა განსასჯელის მხრიდან დარტყმების განხორციელების

---

<sup>27</sup> Bezjak, KJ 2016, 557, 558; vgl. auch den Fall in BGH NStZ 2013, 466.

<sup>28</sup> BGH NStZ 2013, 466.

მოლოდინი. აღნიშნულით მხოლოდ დასტურდება, რომ მსხვერპლი „თავს უმწეოდ გრძობდა“ და არა ის, რომ იგი ფაქტობრივად დაუცველი იყო<sup>29</sup>. ეს მაგალითები ნათელს ხდის, რომ გერმანულ სისხლის სამართალში არსებობდა ხარვეზები სექსუალური თვითგამორკვევის უფლებასთან დაკავშირებით, რომლებიც ასევე სტამბულის კონვენციის საფუძველზე უნდა გამოსწორებულიყო<sup>30</sup>.

თუმცა, სამეცნიერო სფეროს წარმომადგენლებისა და პრაქტიკოსების ნაწილის მოსაზრებით, ხსენებული ხარვეზების მიუხედავად, დღის წესრიგში არ იდგა ცვლილებების განხორციელების აუცილებლობა. აღნიშნული მოსაზრების დასაბუთება სხვა არგუმენტებთან ერთად იმითაც ხდებოდა, რომ განხილული ხარვეზები სისხლის სამართლის კოდექსში გათვლილ ხარვეზებს წარმოადგენდა, რადგან „სექსუალური ძალადობის გამოვლენის“ შემადგენლობით დაცულია არა „სექსუალობა“, როგორც ასეთი, არამედ (ნებაყოფლობითი) გადაწყვეტილების მიღების ავტონომია. აქედან გამომდინარე, დანაშაული მხოლოდ მაშინაა სახეზე, როდესაც ადამიანისადმი (მისთვის მიკუთვნებადი) უცხო ქმედების განხორციელების იძულება ან კონსტიტუციურად ცხადი დამცირება ხორციელდება<sup>31</sup>. ნაწილობრივ ასევე დასაშვებადაა მიჩნეული, რომ არსებული ხარვეზების შევსება შესაძლებელი იყო კონვენციის შესაბამისი განმარტების საფუძველზეც<sup>32</sup>.

სხვა მოსაზრების მიხედვით კი, რეფორმის განხორციელების აუცილებლობა დღის წესრიგში იდგა და საბოლოოდ, ამ მოსაზრებამ გაიმარჯვა<sup>33</sup>.

ცვლილების განხორციელების აუცილებლობის საკითხის გადაწყვეტის შემდეგ, მეორე ბარიერი გაჩნდა: კერძოდ, კითხვის ნიშნის ქვეშ იდგა, თუ როგორ უნდა განხორციელებულიყო რეფორმა. რა სახე უნდა ჰქო-

---

<sup>29</sup> უზენაესმა ფედერალურმა სასამართლომ საქმე დაუბრუნა ესენის მიწის სასამართლოს აღნიშნულ პუნქტთან დაკავშირებით ხელახალი მოსმენი ჩატარებაზე მითითებით, LG Essen, Urteil vom 10. September 2012 – 25 KLS 10/12.

<sup>30</sup> Bezjak, KJ 2016, 557, 559.

<sup>31</sup> Fischer, ZIS 2015, 312, 314, 315.

<sup>32</sup> Gerhold, JR 2016, 122, 123 ff.; Frommel, ZRP 2016, 122, 123.

<sup>33</sup> Renzikowski, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 177 n.F. Rn. 30; Eisele, RPpsych. 3 (2017), 7, 8 ff.; Hörnle, ZIS 2015, 206, 208 ff.

ნოდა მას? ამასთან, უნდა აღინიშნოს, რომ დისკუსიამ ნაწილობრივ დაკარგა ობიექტური სახე და ძალიან ემოციურად იმართებოდა<sup>34</sup>.

დისკუსიების საბოლოო შეწყვეტა კიოლნის ცენტრალური რკინიგზის სადგურზე და მის მიმდებარე ტერიტორიაზე და ასევე სხვა დიდ ქალაქებში 2016 წლის ახალი წლის ღამეს მომხდარმა ინციდენტებმა გამოიწვია<sup>35</sup>. ამ ღამეს მრავალი ქალის მიმართ განხორციელდა სექსობრივი შევიწროება და ქურდობა. პოლიციამ დაგეგმვისა და გეგმის შესრულებაში დაშვებული უამრავი შეცდომის გამო, იმ ღამის განმავლობაში წარმოქმნილი სიტუაციის კონტროლი ვერ განახორციელა<sup>36</sup>.

გარდა ამისა, მედიის მხრიდან მოვლენის ცალმხრივმა და არადიფერენცირებულმა გაშუქებამ, პოლიტიკურ კლიმატზე მნიშვნელოვანი ზეგავლენის მოხდენა და ობიექტურობის დაკარგვა გამოიწვია. საბოლოოდ, გერმანიის სსკ-ის §177-მა არსებითი ცვლილება განიცადა. კანონში სხვა ცვლილებებთან ერთად, ასევე განხორციელდა ე.წ. „არა-ნიშნავს-არას“ ფორმულირების იმპლემენტაცია<sup>37</sup>. აღნიშნულის მიხედვით, სექსუალური ქმედება მხოლოდ მაშინ არის დასჯადი, თუკი იგი მსხვერპლის შესამჩნევი სურვილის საწინააღმდეგოდ ხორციელდება. გერმანიის სსკ-ის §177-ის პირველი აბზაცის მიხედვით, „სექსუალურ თავდასხმას“ ახორციელებს პირი, რომელიც სხვა პირის აშკარა სურვილის საწინააღმდეგოდ, მაინც ახორციელებს სექსუალურ ქმედებებს ამ პირის მიმართ (...) და იგი ისჯება 6 თვიდან 5 წლამდე თავისუფლების აღკვეთით<sup>38</sup>.

აღნიშნულით „სექსუალური თვითგამორკვევის დარღვევის ცენტრში მსხვერპლის სურვილია დაყენებული“<sup>39</sup>. კანონის განმარტებითი ბარათის თანახმად, მსხვერპლის საწინააღმდეგო სურვილი, „ობიექტური მესამე

---

<sup>34</sup> აღნიშნულთან დაკავშირებით ზოგადად შეად. Hoven, KriPoZ 2018, 2; El-Ghazi, ZIS 2017, 157; მაგალითის სახით იხ. Hörnle, ZIS 2015, 206; Fischer, ZIS 2015, 312.

<sup>35</sup> შეად. El-Ghazi, ZIS 2017, 157; Hoven, KriPoZ 2018, 2.

<sup>36</sup> Hoven/Weigend, JZ 2017, 182; Lamping, JR 2017, 347; Wolters/Noltenius, in: Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. IV, 9. Aufl. 2017, § 177 Rn. 5.

<sup>37</sup> შეად. BT-Drucks 18/9097.

<sup>38</sup> აღნიშნულთან დაკავშირებით დეტალურად შეად. Wolters/Noltenius, in: Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. IV, 9. Aufl. 2017, § 177 Rn. 9 ff.

<sup>39</sup> BT-Drucks. 18/9097 S. 21.

პირის“ მხრიდან უნდა იყოს შესამჩნევი. აღნიშნული პრობლემატურია, რადგან დანაშაულის შემადგენლობის ამ ნიშანს დანაშაულის განზრახვაც უნდა მოიცავდეს, რათა გერმანიის სსკ-ის §177-ის პირველი აბზაცის ახალი ფორმულირება გვექონდეს სახეზე. ამასთანავე, არ შეიძლება საკმარისი იყოს დანაშაულის მიერ მხოლოდ იმ გარემოებების ცოდნა, რომელზე დაყრდნობითაც ობიექტურ მესამე პირს შეეძლო საწინააღმდეგო ნების შეცნობა, თუმცა, აღნიშნული დანაშაულის გაცნობიერებული არ ჰქონდა<sup>40</sup>. ეს რეალურად გაუფრთხილებლობის დასჯადობამდე მიგვიყვანს, ვინაიდან დანაშაულის ბრალად ედება მსხვერპლის საწინააღმდეგო სურვილის გაუფრთხილებლობით ვერ შეცნობა<sup>41</sup>. სექსუალური თავდასხმის ახალ შემადგენლობასა და „აშკარა საწინააღმდეგო სურვილის“ ნიშანთან დაკავშირებით, პრაქტიკაში, განსაკუთრებით კი უმაღლეს მართლმსაჯულებაში რა მიდგომა გამოიკვეთება, მომავალში გამოჩნდება.

გერმანიის სსკ-ის §177-ისაგან დამოუკიდებლად, კიდევ ორი დანაშაულის შემადგენლობა იქნა შემოღებული: სექსუალური შევიწროება (გერმანიის სსკ-ის §184i) და ჯგუფურად ჩადენილი დანაშაულები (გერმანიის სსკ-ის §184j). გერმანიის სსკ-ის §184i-ის მიხედვით, სასჯელი ეკისრება პირს, რომელიც სხვა პირის მიმართ განახორცილებს სექსუალური ხასიათის ფიზიკურ შეხებას და ამგვარად მის შევიწროებას.

გერმანიის სსკ-ის §184j, რომლის წაკითხვა და გაგება თითქმის შეუძლებელია, დასჯადად მიიჩნევა ჯგუფის მხრიდან ჩადენილ დანაშაულებს. კერძოდ, იგი ითვალისწინებს ორ წლამდე თავისუფლების აღკვეთას ან ფულად ჯარიმას, იმ პირის მიმართ, რომელიც დანაშაულის ჩადენას იმით უწყობს ხელს, რომ წევრია პირთა ისეთი ჯგუფისა, რომელიც სხვა პირზე ახდენს ზეწოლას და როცა ჯგუფში ერთი მონაწილის მხრიდან ხორციელდება გერმანიის სსკ-ის §177 ან §184i-ით გათვალისწინებული დანაშაულის ჩადენა.

---

<sup>40</sup> თუმცა, ამგვარად იკითხება ფედერალური კანონის განმარტებით ბარათში, იხ. BT-Drucks. 18/9097 S. 23; შეად. Renzikowski, NJW 2016, 3553, 3554; Wolters/Noltenius, in: Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. IV, 9. Aufl. 2017, § 177 Rn. 15.

<sup>41</sup> შეად. ასევე Frommel, NK 2016, 268, 280; Renzikowski, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 177 n.F. Rn. 56; Renzikowski, NJW 2016, 3553, 3554; Lamping JR 2017, 347, 353.

გერმანიის სსკ-ის §184j განსაკუთრებით პრობლემურია ბრალეულობის პრინციპთან მიმართებაში<sup>42</sup>, რადგან სექსუალური ხასიათის დანაშაული არ ავლენს კავშირს ჯგუფურ ზეწოლასთან: დასახელებული სექსუალური ხასიათის დანაშაულების ჩადენაში არ რეალიზდება ჯგუფური ზეწოლის ტიპური რისკი<sup>43</sup>. დამნაშავესთვის ჯგუფის წევრის მიერ ჩადენილი სექსუალური ხასიათის ქმედება, მხოლოდ შემთხვევით მოვლენას წარმოადგენს<sup>44</sup>. ამით დამნაშავეს ობიექტურად მიეწერება ის, რისი პასუხისმგებლობაც მას არ აკისრია და ამასთან, რაზეც მას არანაირი გავლენა არ აქვს<sup>45</sup>.

სტამბულის კონვენციით არ იდგა გერმანიის სსკ-ის §184i და §184j-ით გათვალისწინებული დანაშაულის შემადგენლობების შემოღების აუცილებლობა და მათ შექმნაზე კონვენციას ნაკლები გავლენა ჰქონდა. აღნიშნული ნორმების შემოღება გამომწვეული იყო 2016 წლის ახალი წლის ღამეს მომხდარი ინციდენტებით და მათ საფუძვლზე შექმნილი პოლიტიკურ-სამართლებრივი კლიმატით<sup>46</sup>.

სექსუალური ხასიათის დანაშაულების სფეროში განხორციელებული მემოხსენებელი ცვლილებების დასრულებისთანავე, კვლავ დღის წესრიგში დადგა დისკუსია ხელახალი რეფორმის განხორციელების შესახებ. აღნიშნული გამომწვეულია იმით, რომ გერმანიის სსკ-ის §177-ის ახალი ვერსია ნაწილობრივ ძალიან ფართოდ, არასისტემურად და დოგმატურად ბუნდოვნად მიიჩნევა<sup>47</sup>. ბევრი სრულიად სამართლიანად ემხრობა გერმანიის სსკ-ის §184j-ით გათვალისწინებული, ჯგუფიდან მომდინარე დანაშაულების დასჯადობის, გაუქმებას<sup>48</sup>.

---

<sup>42</sup> Renzikowski, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 184j n.F. Rn. 14; Wolters/Noltenius, in: Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. IV, 9. Aufl. 2017, § 184j Rn. 2.

<sup>43</sup> Renzikowski, NJW 2016, 3553, 3554; Wolters/Noltenius, in: Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. IV, 9. Aufl. 2017, § 184j Rn. 13.

<sup>44</sup> Lamping JR 2017, 347, 353; Renzikowski, NJW 2016, 3553, 3554.

<sup>45</sup> Hoven/Weigend, JZ 2017, 182, 191.

<sup>46</sup> Fischer, StGB, 66. Aufl. 2018, § 184j Rn. 2; Wolters/Noltenius, in: Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. IV, 9. Aufl. 2017, § 184j Rn.1.

<sup>47</sup> შეაღ. რეფორმაზე მომუშავე კომისიის დასკვნითი მოხსენება, 2017, S. 57 ff.

<sup>48</sup> შეაღ. რეფორმაზე მომუშავე კომისიის დასკვნითი მოხსენება, , 2017, S. 312 ff.; Hoven/Weigend, JZ 2017, 182, 191; Renzikowski, NJW 2016, 3553, 3558.

## V. დასკვნა

სტამბულის კონვენციის მოთხოვნები სამართლიანი და მნიშვნელოვანია. გერმანელმა კანონმდებელმა შეასრულა კონვენციით ნაკისრი ვალდებულებები. ნაწილობრივ, როგორც უკვე განხილულ იქნა, გადაჭარბებითაც კი.

სასურველი იქნებოდა, რომ ისეთი სამართლიანი საზოგადოებრივი მოთხოვნა - როგორც სხვადასხვა სახელმწიფოს ერთობლივი საერთაშორისო თანამშრომლობის საფუძველზე სექსობრივი ნიშნით განპირობებული ძალადობის პრევენცია და აღკვეთა - დაექვემდებაროს არა ყველა პოლიტიკურ და საზოგადოებრივ მოთხოვნას, არამედ მისი შესრულებისას გათვალისწინებულ იქნას სამართლებრივი კრიტერიუმები, განსაკუთრებული სიფრთხილით კი - სისხლის სამართალი. აღნიშნული საყვედური გერმანელი კანონმდებლისადმი განსაკუთრებითაა მიმართული, ვინაიდან იგი ხშირად არა მხოლოდ საერთაშორისოსამართლებრივი ვალდებულებების იმპლემენტაციას ახდენს, არამედ მათ საკუთარი კანონმდებლობის გამკაცრების შესაძლებლობად იყენებს.

რეპრესიული ღონისძიებების განხორციელების ნაცვლად, პრევენციული ნაბიჯების გადადგმა, მათი კონსერვატიულობის მიუხედავად, უფრო მეტად გონივრული და ეფექტური იქნებოდა. სტამბულის კონვენციის მოთხოვნას სწორედ სექსის ნიშნით განპირობებული ძალადობის პრევენცია და აღკვეთა წარმოადგენს. თუმცა, პრევენცია სისხლის სამართლის ნამდვილი ამოცანა არ არის. სისხლის სამართალი, როგორც დანაშაულის წინააღმდეგ ბრძოლის და მისი აღკვეთის ინსტრუმენტი ყოველთვის უფრო გვიან მოქმედებს, რადგან იგი მხოლოდ მაშინ ერთგება, როდესაც საქმე უკვე მისულია დანაშაულამდე.

უფრო ეფექტური და გონივრული იქნებოდა როგორც ძალადობის მსხვერპლი ქალებისთვის, ასევე ძალადობის მსხვერპლი მამაკაცებისთვის ყოვლისმომცველი და საყოველთაოდ ხელმისაწვდომი მხარდაჭერის სისტემის შექმნა. ამგვარად, არსებობს ძალადობისაგან დაცვის საყოველთაო განთავსებისა და საკონსულტაციო ცენტრების შექმნის, თერაპიის შესაძლებლობებისა და სამედიცინო დახმარების უზრუნველყოფის საჭიროება. აღნიშნული, თავისთავად, მოითხოვს დიდი ოდენობით

ფინანსურ და ადამიანურ რესურსს<sup>49</sup>. სისხლის სამართლის ცვლილება კი გონების დასამშვიდებლად არსებითად სწრაფ, ნაკლები დანახარჯების მქონე და მოჩვენებითად ეფექტურ გზას წარმოადგენს. თუმცა, მის გამოყენებას მხოლოდ აღნიშნული არ ამართლებს. სისხლის სამართალი, როგორც ინდივიდების უფლებებში ინტენსიური ჩარევის მექანიზმი, გაუაზრებელი პოლიტიკური მოთხოვნების ინსტრუმენტად კი არ უნდა იქცეს, არამედ, როგორც ultima ratio მოქმედებდეს<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> შუად. გერმანიის იურისტთა ასოციაციის მოსაზრება e.V. v. 29.1.2018, S. 1, 5

<sup>50</sup> შუად. Hoven/Weigend, JZ 2017, 182, 191.

# სტამბულის კონვენცია და მისი გავლენები ქართულ სისხლის სამართალზე

ასოც. პროფ. დოქტ. **ბაჩანა ჭიშკარიანი**, საქართველოს უნივერსიტეტი

## I. შესავალი

ქალთა მიმართ ძალადობისა და ოჯახში ძალადობის პრევენციისა და აღკვეთის შესახებ ევროპის საბჭოს კონვენცია მიღებულ იქნა 2011 წლის 11 მაისს, ქალაქ სტამბულში, ევროპის საბჭოს წევრი სახელმწიფოებისა და სხვა ხელმომწერთა მიერ. საქართველოში ამ დოკუმენტის რატიფიკაცია განხორციელდა პარლამენტის დადგენილებით 2017 წლის 5 აპრილს<sup>1</sup>. კონვენციის მიღებით მხარეებმა პრეამბულაშივე აღიარეს, რომ ქალთა მიმართ ძალადობა არის ისტორიულად ქალებსა და მამაკაცებს შორის ძალთა უთანასწორობის გამოვლენა ქალების მიმართ, რამაც დისკრიმინაციამდე და მათზე დომინირებამდე მიგვიყვანა. ხაზი გაესვა იმასაც, რომ გენდერული ნიშნით ქალთა მიმართ ძალადობა არის ერთ-ერთი ის მთავარი სოციალური მექანიზმი, რომლის გამოც ქალები იძულებულნი არიან დაიკავონ მამაკაცთან შედარებით დაქვემდებარებული მდგომარეობა. ქალები და გოგონები ხშირად განიცდიან ისეთი სერიოზული ფორმების ძალადობას, როგორცაა ოჯახში ძალადობა, სექსუალური შევიწროება, გაუპატიურება, იძულებითი ქორწინება, „ღირსების სახელით“ ჩადენილი დანაშაულები და სასქესო ორგანოების დასახინჩრება, რაც ერთ-ერთი მთავარი დაბრკოლებაა თანასწორუფლებიანობის მიღწევის საქმეში.

როგორც ვხედავთ, კონვენცია არ წარმოადგენს მხოლოდ დეკლარატორული შინაარსის დოკუმენტს, რომელიც ზოგადი ფორმულირებებით და ვალდებულებებით შემოიფარგლება. ის მნიშვნელოვანია სისხლის სამართლისთვისაც, ვინაიდან მასში კონკრეტული დანაშაულის შემადგენლობები არის განწერილი, რაც ქართულ თუ სხვა წევრი სახელმწიფოების კანონმდებლობაზე აისახა ვიდრე. აღნიშნული ნაშრომის მიზანია სწორედ ამ ცვლილებების ანალიზი და ცალკეული (ახალი) დანაშაულების ნიშნების მიმოხილვა.

---

<sup>1</sup> კონვენციის სრული ტექსტი ქართულ ენაზე იხ. ვებ-გვერდზე [matsne.gov.ge](http://matsne.gov.ge).

## II. ქალთა მიმართ ძალადობის აქტუალურობა საქართველოში

ქალთა მიმართ ძალადობის საკითხი კონვენციის მიღმაც აქტუალური იყო და არის საქართველოში, განსაკუთრებით ოჯახში ძალადობის კონტექსტში. მთავარი პროკურატურის მონაცემებით 2014 წელს 550 ადამიანის წინააღმდეგ დაიწყო გამოძიება, 2015-16 წლებში ეს ციფრი გაიზარდა 1066/1356-მდე, ხოლო 2017-ში კი დაახლოებით 1200-იყო<sup>2</sup>. პროკურატურის განცხადებით, იშვიათად ხდება მოძალადის მიმართ საპროცესო შეთანხმების ან დევნის ალტერნატიული ღონისძიების გამოყენება, რაც იმის გამოხატულებაა, რომ სამართალდამცავი ორგანოები ცდილობენ არ იყვნენ ლიბერალურები ოჯახური დანაშაულების მიმართ<sup>3</sup>.

ქართული სისხლის სამართლის კოდექსი ზოგადი ნაწილის 11<sup>1</sup> მუხლის სახით კონვენციის რატიფიკაციამდე ბევრად უფრო ადრე იცნობდა ოჯახური დანაშაულის ცნებას, რაც ოჯახის ერთი წევრის მიერ მეორე წევრის მიმართ განხორციელებულ მკვლელობას, ჯანმრთელობის დაზიანებას, გაუპატიურებას თუ სხვა დანაშაულებს გულისხმობდა (და გულისხმობს). თუმცა, სტამბულის კონვენცია უფრო შორს მიდის და მის საფუძველზე სისხლის სამართლის კერძო ნაწილში განხორციელდა მნიშვნელოვანი ცვლილებები. ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ სასჯელის დანიშვნისას, ოჯახის ფარგლებში დანაშაულის ჩადენა პასუხისმგებლობის დამამძიმებელი გარემოებაა (სსკ მუხ. 53, ნაწ. 2).

2017 წლის იანვარში, საქართველოს პარლამენტში ერთ-ერთმა პოლიტიკურმა პარტიამ წარადგინა კანონპროექტი ფემიციდის შესახებ, რომელიც ქალის მკვლელობისთვის სპეციალური ნორმის შემოღებას გულისხმობდა, ვინაიდან გენდერული ნიშნით ჩადენილი მკვლელობები არსებული ნორმებით სათანადო ასახვას ვერ პოვებდა სისხლის სამართლის კოდექსში და არ განიხილებოდა როგორც უთანასწორობით გამოწვეული დანაშაული<sup>4</sup>.

პარლამენტმა ეს ინიციატივა არ გაიზარა და სავსებით სამართლი-

<sup>2</sup> <http://netgazeti.ge/news/236011/> (ნანახია 28.6.2018).

<sup>3</sup> <http://netgazeti.ge/news/236011/> (ნანახია 28.6.2018).

<sup>4</sup> <http://www.tabula.ge/ge/story/116321-respublikelebma-femicidish-shesaxeb-sakanonmdblobtsinadadeba-kvlav-daaregistryes> (ნანახია 28.6.2018).

ანად. როგორც უკვე ითქვა, ოჯახის ფარგლებში ან გენდერული ნიშნით დანაშაულის ჩადენა არსებული რეგულაციებიდან გამომდინარე ისედაც დამამძიმებელი გარემოებაა და მოქმედი განზრახ მკვლელობის მუხლი (მუხ. 108), 15 წლამდე ვადით თავისუფლების აღკვეთას ითვალისწინებს. სასამართლოს უპრობლემოდ შეუძლია ფემიციდის შემთხვევაში ამ სასჯელის ბოლომდე ამოწურვა, ხოლო, თუ ქალს განსაკუთრებული სისასტიკით მოკლავენ, რისი შემთხვევებიც ბოლო პერიოდში ყოფილა საქართველოში, კვალიფიკაცია გადავა სსკ-ის 109-ე მუხლში, დამამძიმებელ გარემოებაში ჩადენილი მკვლელობა და აქ სასჯელი კიდევ უფრო მკაცრია (უვადო თავისუფლების აღკვეთა).

განმარტების გზით კიდევ უფრო შორს შეიძლება წასვლა და ნებისმიერი ფემიციდის შემთხვევის 109-ე მუხლის ფარგლებში მოქცევა, როგორც ხულიგნური ქვენაგრძნობით ჩადენილი მკვლელობის, ვინაიდან ხულიგნური ქვენაგრძნობა ხომ სწორედ განსაკუთრებით „გაუგებარი“, მდაბიო მიზნებით ჩადენილ მკვლელობას გულისხმობს, რა დროსაც სრულიად შეუსაბამოა ერთმანეთთან მკვლელობის მიზეზი და შედეგი<sup>5</sup>.

ყოველივე აქედან გამომდინარე, სპეციალური შემადგენლობის შემოღება სრულიად ზედმეტია და კიდევ უფრო დაამძიმებს ისედაც მსგავსი ნორმებით გადატვირთულ სისხლის სამართლის კოდექსს. ის არგუმენტი, რომ პრაქტიკაში მოტივების გამოკვეთა სათანადოდ არ ხდება სამართალდამცავების მიერ, არ არის კოდექსის პრობლემა. ეს უკვე პრაქტიკაში გასამკლავებელი გამოწვევაა, თუნდაც შესაბამისი სწავლების ფორმით.

### **III. ახალი შემადგენლობები სისხლის სამართლის კოდექსში**

#### **1. სტერილიზაცია თანხმობის გარეშე – სსკ მუხ. 133**

სტამბულის კონვენციის 39-ე მუხლი ავალდებულებს წევრ სახელმწიფოებს, დანაშაულად ჩაითვალოს ქალისთვის აბორტის გაკეთება მისი წინასწარი და ინფორმირებული თანხმობის გარეშე. ასევე, დაუშვებელია ისეთი ქირურგიული ოპერაციის ჩატარება, რომელიც მიზნად ისახავს ან

---

<sup>5</sup> დაწვრ. იხ. ჯიჰკარიანი, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, აბზ. 96 და შემდეგი.

ინვესტს ქალის ბუნებრივი რეპროდუქციის უნარის შეწყვეტას მისი წინასწარი და ინფორმირებული თანხმობის ან ამ პროცედურის გააზრების გარეშე.

აბორტის ნაწილში ქართული სისხლის სამართლის კოდექსი არ საჭიროებდა რამე ცვლილებას, ვინაიდან სსკ-ის 133-ე მუხლით თანხმობის გარეშე მისი გაკეთება ისედაც დასჯადი იყო<sup>6</sup>. რაც შეეხება სტერილიზაციას, კანონმდებელმა საჭიროდ ჩათვალა ახალი შემადგენლობის შემოღება 133<sup>1</sup> მუხლის სახით. აღნიშნულით ქართული შემადგენლობა არ ახდენს დიფერენცირებას სქესის მიხედვით, მიუხედავად იმისა, რომ ის კონვენციის პირმშობაა. დასჯადობისთვის სულ ერთია, ქალს თუ მამაკაცს ჩაუტარდება იძულებითი სტერილიზაცია.

ამ მუხლის შემოღებით პრაქტიკაში აუცილებლად დადგება მისი სსკ-ის 117-ე მუხლისგან (ჯანმრთელობის მძიმე დაზიანება) გამიჯვნის საკითხი, ვინაიდან ის ისედაც გულისხმობს რომელიმე ორგანოს ფუნქციის დაკარგვისთვის დასჯადობას. განსხვავება მხოლოდ იმაშია, რომ 117-ე მუხლით დასჯადობისთვის აუცილებელია შედეგის დადგომა, ხოლო 133<sup>1</sup> ფორმალური შემადგენლობაა და სტერილიზაციის მიზნიდან გამომდინარე ქმედების კრიმინალიზებას ახდენს. რამდენად საჭირო იყო სპეციალური შემადგენლობის შემოღება კონვენციიდან გამომდინარე, სადავოა, ვინაიდან მსგავსი ქმედებები, თუ ის შედეგს გამოიწვევდა, აქამდეც ისჯებოდა, ხოლო შედეგის არდადგომის შემთხვევაში მცდელობად შეფასდებოდა. კონვენციისთვის მთავარია, რომ მოხდეს მასში აღწერილი ქმედებების დანაშაულად გამოცხადება, მათი ეფექტური დასჯა და არა ის, თუ სად მოექცევა ეს შემადგენლობა, ახალ მუხლში თუ არსებულის განმარტება მოხდება.

საინტერესოა თვითონ ტერმინ მანიპულაციის, როგორც ქმედების შემადგენლობის ნიშნის, არსიც. ამსრულებელმა უნდა განახორციელოს ოპერაცია ან მანიპულაცია. ოპერაცია შესაძლოა სამედიცინო ჭრილში განიმარტოს, მაგრამ რას ნიშნავს მანიპულაცია? მას ბევრნაირი განმარტება გააჩნია, როგორც სამედიცინო, ასევე არასამედიცინო. რას უნდა დაეყ-

---

<sup>6</sup> ლეკვეიშვილი/თოდუა/მამულაშვილი, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი 1, 2016, 196 და შემდეგი; ჯიშკარიანი, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, 2016, აბზ. 491 და შემდეგი.

რდნოს პრაქტიკა? მხოლოდ სამედიცინო შინაარსს თუ დავეყრდნობით, გამოდის, რომ ერთმა პირმა მეორეს სპეციალურად რამე ნივთი რომ დაარტყას რეპროდუქციის უნარის მოშლის მიზნით, მისი შეფასება ვერ მოხდებოდა ამ ახალი მუხლით და 117-ის გამოყენება მოგვიწევდა, რაც არ იქნებოდა სასურველი, ვინაიდან სხვადასხვა სახის ზემოქმედება, განხორციელებული ერთი და იმავე მიზნით, სხვადასხვა შემადგენლობაში მოექცეოდა. ამიტომ, სასურველია ტერმინ მანიპულაციის განმარტება ფართოდ მოხდეს, რათა რეპროდუქციის უნარის წინააღმდეგ მიმართული ქმედებები სპეციალურ, 133<sup>1</sup> მუხლში მოექცეს.

სსკ-ის 117-ე მუხლისა და ახალი შემადგენლობის გასამიჯნად შეიძლება ისიც გვეთქვა, რომ სტერილიზაცია თანხმობის გარეშე საფრთხის შემქმნელი დელიქტების თავშია მოქცეული და თვითონ ქმედება ისჯება, მაგრამ მისი შინაარსიდან გამომდინარე შედეგის გამორიცხვა არასწორი იქნებოდა. როდესაც დამნაშავე რაღაც მიზნით მოქმედებს და თუ ამ მიზანს მიაღწია, იმავე მუხლში შეფასდება (შეად. თუნდაც ასევე ახალი, 133<sup>2</sup> მუხლი, რომელიც ამავე თავშია მოქცეული, მაგრამ შედეგის დადგომას ითხოვს სასქესო ორგანოების დასახიჩრების სახით).

საბოლოო ჯამში, შეიძლება ითქვას, რომ კანონმდებელმა ზედმინეგნით შეასრულა კონვენციის მოთხოვნები, მაგრამ მეორე მხრივ, სიცხადე ნამდვილად არ შეუტანია სისხლის სამართლის კერძო ნაწილის სისტემაში.

## **2. ქალის სასქესო ორგანოების დასახიჩრება – სსკ მუხ. 133<sup>2</sup>**

საქართველოში ეს პრობლემა განსაკურებულად აქტუალური არ არის, თუმცა, მისი არსებობა არ გამოირიცხება. ქართული რეგულაცია სრულად აკმაყოფილებს კონვენციის 38-ე მუხლის მოთხოვნებს და დასჯადია რელიგიური თუ სხვა ტრადიციის გავლენით ან ამ გავლენის გარეშე ქალის სასქესო ორგანოების მთლიანად ან ნაწილობრივ ამოკვეთა, ინფიბულაცია ან სხვაგვარი დასახიჩრება, ან ქალის იძულება ან დაყოლიება, ჩაიტაროს ამგვარი ოპერაცია. როგორც ვხედავთ, დასჯადობისთვის არ აქვს არავითარი მნიშვნელობა, მსხვერპლი თანახმაა თუ არა ამაზე. უბრალოდ დაყოლიებაც კი კრიმინალია. ეს სწორი მიდგომაა, ვინაიდან,

ბშირად თანხმობა მიიღწევა ოჯახის წევრების ან ზოგადად მსხვერპლის საზოგადოებრივი წრის ზემოქმედების შედეგად, რაც საბოლოო ჯამში სისხლისსამართლებრივ დასჯადობას ფუნდამენტს გამოაცლიდა, მსხვერპლი კი დაუცველი დარჩებოდა.

ეს მუხლი სპეციალურია ჯანმრთელობის წინააღმდეგ მიმართულ სხვა დანაშაულებთან შედარებით, თუმცა, პრაქტიკაში საკმაოდ ფრთხილად უნდა ვიყოთ სანქციების გამოყენების თვალსაზრისით, ვინაიდან თუ ამ მუხლით გათვალისწინებულ ქმედებებს შედეგის სახით ჯანმრთელობის დაზიანება მოჰყვება, მათთვის გათვალისწინებული სასჯელები ზოგიერთ შემთხვევაში უფრო მკაცრია (მაგ. ქვედა ზღვარი) და ისინი უნდა გამოვიყენოთ, რათა დამნაშავე ძალაუვნებურად ახალი მუხლის გამოყენებით უფრო უკეთეს მდგომარეობაში არ აღმოჩნდეს.

აღნიშნული მუხლის შემოღებითაც აშკარაა, რომ კანონმდებელმა იჩქარა და ვერ გათვალა სასჯელებთან დაკავშირებული საკითხები. ამ პრობლემის გადასაწყვეტად შეიძლება ერთობლიობის მოდელიც გამოვიყენოთ ჯანმრთელობის წინააღმდეგ მიმართულ სხვა დანაშაულებთან ერთად, საბოლოოდ კი უფრო მკაცრი სასჯელი შთანთქავს ნაკლებად მკაცრს<sup>7</sup>.

შეგვეძლო, ასევე გვემსჯელა დისკრიმინაციის პრობლემასთან დაკავშირებით, ვინაიდან დასჯადია მხოლოდ ქალების წინადაცვეთა, ხოლო მამრობითი სქესის წარმომადგენლებთან მიმართებაში მსგავსი სპეციალური შემადგენლობა არ გვაქვს. მიუხედავად ამისა, ეს დისკრიმინაციულად ვერ შეფასდება, ვინაიდან, ჩარევის ხარისხი ქალებისა და მამაკაცების შემთხვევაში რადიკალურად განსხვავებულია და ერთნაირი მიდგომა, შესაბამისად, არააუცილებელია<sup>8</sup>. მამაკაცთა წინადაცვეთის დასჯადობა ჯანმრთელობის წინააღმდეგ მიმართულ სხვა დანაშაულებში მოექცევა<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> შეად. გერმანული მოდელი Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetze, 64. Aufl., 2017, § 226a, Rn. 22. აგსტიაში საერთოდ არ გვხვდება ცალკე შემადგენლობა და მსგავსი ქმედებები განიხილება დამამძიმებელ გარემოებებში ჩადენილ ჯანმრთელობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების შიგნით, იხ. Tipold, in: Birkhäuser u.a., StGB Praxiskommentar, 2018, § 86.

<sup>8</sup> Joecks/Jäger, StGB Studienkommentar, 12. Aufl., 2018, § 226a, Rn. 4.

<sup>9</sup> დაწვრ. იხ. ჯიშკარიანი, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, 2016, 95 და შემდეგი.

### 3. სქესობრივი დანაშაულები

სქესობრივ დანაშაულებთან მიმართებაში სტამბულის კონვენციამ მნიშვნელოვანი ცვლილებები გამოიწვია, რაც დიდი ხანია, ისედაც უნდა განხორციელებულიყო, ვინაიდან ქართული სისხლის სამართლის კოდექსი გარკვეულ დისკრიმინაციულ მიდგომებს შეიცავდა და დიფერენცირებას ახდენდა გაუპატიურებასა და ერთნაირსქესიანთა შორის სექსუალურ ძალადობას შორის, რაც ტოვებდა იმის შთაბეჭდილებას, რომ იძულებითი სქესობრივი კავშირი შინაარსობრივად თითქოს სხვადასხვა რამეს წარმოადგენდა იმისდა მიხედვით, თუ ვინ ვისზე ძალადობდა<sup>10</sup>.

დღეისათვის ეს პრობლემა მოხსნილია და გაუპატიურების ერთიანი ცნება ჩამოყალიბდა. ახალი დეფინიციით, მთავარია, რომ მოხდა სხვა პირის სხეულში ნებისმიერი ფორმით სექსუალური ხასიათის შეღწევა სხეულის ნებისმიერი ნაწილის ან ნებისმიერი საგნის გამოყენებით, ჩადენილი ძალადობით, ძალადობის მუქარით ან დაზარალებულის უმწეობის გამოყენებით. გამომდინარე აქედან, სსკ-ის 137-ე მუხლმა მოიცვა გაუპატიურების ყველა ფორმა. ერთადერთი პრობლემა ის გაჩნდა, რომ ქალის მიერ თავისი სასქესო ორგანოთი თუ მოხდება კაცზე ძალადობა და მის სასქესო ორგანოსთან კავშირის დამყარება, 137-ე მუხლს ვეღარ გამოვიყენებთ, ვინაიდან ქალი მსხვერპლში შეღწევას არ ახდენს. მსგავს შემთხვევაში 138-ე მუხლის გამოყენება მოგვიწევს, რომლის სანქციაც შედარებით უფრო დაბალია, რაც კვალიფიკაციის თვალსაზრისით უხერხულობას იწვევს, ვინაიდან რეალურად ესეც გაუპატიურებაა.

რაც შეეხება მთლიანობაში 138-ე მუხლს, ძველი რედაქციისგან განსხვავებით მასში საუბარია სექსუალური ხასიათის სხვაგვარ ქმედებაზე, რომელიც არ არის დაკავშირებული სხვის სხეულში შეღწევასთან, მაგრამ ჩადენილია ძალადობით, მისი მუქარით ან უმწეობის გამოყენებით. სსკ-ის 137-ე მუხლისგან ამ შემადგენლობას სწორედ არ შეღწევის მომენტი განასხვავებს. მაგალითის სახით შეგვიძლია წარმოვიდგინოთ სიტუაცია, როდესაც ერთი პირი მეორეს აიძულებს მუქარით, გამიშვლდეს და მას

---

<sup>10</sup> კიშკარიანი, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, 2016, აბზ. 155. ლეკვეიშვილი/თოდუა/მამულაშვილი, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი I, 2016, 226 და შემდეგი.

მოეფეროს, რითაც სექსუალურ ჟინს იკმაყოფილებს.

რაც შეეხება სხვა სექსობრივ დანაშაულებს, მათი დაზრტება მოხდა მხოლოდ ტერმინოლოგიური თვალსაზრისით, ამიტომ მათ დეტალურად არ შევეხებით.

#### 4. ადევნება – სსკ მუხ. 151<sup>1</sup>

ადევნებაც იმ შემადგენლობათაგანია სისხლის სამართლის კოდექსში, რომელიც პირდაპირ სტამბულის კონვენციის გავლენით შევიდა მასში. ის შეგვიძლია იძულების სპეციალურ შემადგენლობად მოვიაზროთ, რომელიც მსხვერპლზე არასასურველ ზემოქმედებას გულისხმობს. არსებული იძულების შემადგენლობა 150-ე მუხლის სახით ვერც შინაარსობრივი და ვერც პრაქტიკული თვალსაზრისით ვერ უმკლავდებოდა იმ გამოწვევას, რასაც ე.წ. „სტოლკინგი“ ეწოდება. 151<sup>1</sup> მუხლით დასჯადობისთვის საკმარისია ნებისმიერი განზრახი ქმედება, რომელიც თუნდაც ცხოვრების სტილის შეცვლის რეალურ საჭიროებას შექმნის, ანუ შედეგის დადგომა უკვე შეცვლის სახით არ არის აუცილებელი.

თვითონ ტერმინი ადევნება, ინგლისურად *stalking*, მეოცე საუკუნის 90-იანი წლებიდან გახდა აქტუალური, როცა აშშ-ში, ავსტრალიაში, ბრიტანეთსა და კანადაში ფანები ცნობილ პირებს დასდევდნენ და მათთან კონტაქტის დამყარებას ცდილობდნენ<sup>11</sup>. მოგვიწოდებთ კი მან სისხლისსამართლებრივი მნიშვნელობაც შეიძინა, ვინაიდან მსგავსი სახის ადევნება მსხვერპლისთვის მნიშვნელოვან შეჭრას წარმოადგენს მის პირად სფეროში<sup>12</sup>.

ქმედების შემადგენლობის შეფასებისას ყურადღება უნდა მიექცეს სიტყვებს „უკანონო“, „არასასურველი“, ვინაიდან სწორედ ეს გვაძლევს ადევნების შინაარსს, ანუ მსხვერპლის მხრიდან არ არსებობს არც პირდაპირ და არც კონკლუდენტურად გამოხატული თანხმობა<sup>13</sup>. სულაც არ არის აუცილებელი, რომ მსხვერპლი მაინცდამაინც ხმამაღლა და აქტი-

<sup>11</sup> Bieszk/Sadtker, NJW 2007, 3384

<sup>12</sup> Krehl, in: Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl., 2015, Bd. 7/Teil 2, § 238 Rn. 2.

<sup>13</sup> Krupna, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl., 2017, § 238 Rn. 3.

ურად გამოხატავდეს თავის უარყოფით დამოკიდებულებას; საკმარისია თავაზიანი მითითებაც<sup>14</sup>.

ადევნებას უნდა ჰქონდეს სისტემატური ხასიათი, წინააღმდეგ შემთხვევაში, არ გვექნება 151<sup>1</sup> მუხლის შემადგენლობა და ეს სწორიცაა, ვინაიდან ერთხელ თვალთვალის ან არასასურველი კომუნიკაციის დამყარების გამო სისხლის სამართლის გამოყენება მეორე უკიდურესობაში გადაგვადგებდა. თუ რა ინტენსივობით/რაოდენობით არის საჭირო ქმედების განხორციელება, ეს უკვე ყოველ კონკრეტულ საქმეში უნდა შეაფასოს სასამართლომ ჩარევის ხარისხიდან გამომდინარე<sup>15</sup>.

მაგალითების სახით შეგვიძლია მოვიყვანოთ ტელეფონზე სისტემატურად დარეკვა, მიმოწერა, საჩუქრების გაგზავნა, სახლთან ან სამსახურთან ლოდინი და ა.შ. ყოველივე ეს კი იმდენად უნდა უქმნიდეს დისკომფორტს მეორე პირს, რომ ის ფიქრობდეს მისამართის ან თუნდაც ტელეფონის ნომრის შეცვლაზე<sup>16</sup>. რამე სხვა განსაკუთრებული შედეგის დადგომა არ არის აუცილებელი. მთავარია, რომ მსხვერპლს მსგავსი კომუნიკაციით მნიშვნელოვანი დისკომფორტი შეექმნას.

## 5. ქორწინების იძულება – სსკ მუხ. 150<sup>1</sup>

აღნიშნული შემადგენლობის შემოღება სისხლის სამართლის კოდექსში ჯერ კიდევ 2014 წელს განხორციელდა, ანუ ბევრად უფრო ადრე, ვიდრე საქართველოს მიერ სტამბულის კონვენციის რატიფიცირება მოხდებოდა<sup>17</sup>. ისიც იძულების სპეციალური შემადგენლობაა, რომელიც საზოგადოებაში არსებული რეალობიდან გამომდინარე ცალკე მუხლის სახით

---

<sup>14</sup> Krupna, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht*, 4. Aufl., 2017, § 238 Rn. 3.

<sup>15</sup> შეად. Joecks/Jäger, *StGB Studienkommentar*, 12. Aufl, 2018, § 238, Rn. 6, რომელიც მიუთითებს, რომ არც გერმანიის ფედერალური სასამართლო არ საუბრობს თავის პრაქტიკაში კონკრეტულ რაოდენობაზე. მთავარია, რომ ქმედება იყოს განმეორებითი ხასიათის.

<sup>16</sup> დაწვრ. *ob. Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetze*, 64. Aufl., 2017, § 238, Rn. 9 ff.

<sup>17</sup> *ლევკვიშვილი/თოდუა/მამულაშვილი*, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი I, 2016, 321 და შემდეგი.

გამოიყო<sup>18</sup>. ეს არ არის მხოლოდ ქართულ სისხლის სამართალში არსებული ნორმა. მსგავს დანაშაულებს იცნობს თუნდაც გერმანული<sup>19</sup> და ავსტრიული<sup>20</sup> კოდექსები. თუმცა, უნდა აღინიშნოს, რომ სასჯელის ზომა ქართულ სამართალში უფრო მსუბუქია და სტანდარტულ შემთხვევაში 2 წლით თავისუფლების აღკვეთას არ აღემატება, მაშინ, როდესაც გერმანულ და ავსტრიულ კოდექსებში იგივე სანქცია 5 წლამდე აღის და ეს იმ ფონზე, რომ ზოგადად, ქართული სისხლის სამართლის კოდექსი, არ გამოირჩევა მცირე სასჯელებით<sup>21</sup>.

სამწუხაროდ, ქართველმა კანონმდებელმა ყურადღების მიღმა დატოვა კონვენციის 37-ე მუხლის მეორე ნაწილის შემდეგი მოთხოვნა: მხარეები იღებენ ყველა საჭირო საკანონმდებლო ან სხვა ზომას იმის უზრუნველსაყოფად, რომ დანაშაულად ჩაითვალოს წინასწარგანზრახული ქცევა, რომელიც გულისხმობს ზრდასრული ადამიანის ან ბავშვის შეტყუებას იმ მხარის ან სახელმწიფოს ტერიტორიაზე, სადაც ის არ ცხოვრობს, ამ ზრდასრული ადამიანის ან ბავშვის ქორწინებაში შესვლის იძულების მიზნით.

არც მოქალაქეობის და არც დაცვის პირინციპები, როგორც ეს სისხლის სამართლის კოდექსის ზოგად ნაწილშია მოცემული (მუხ. 5), არ მოგვცემს საშუალებას, დავსაჯოთ აღნიშნული ქმედების ჩამდენი პირები, თუ ამავდროულად საზღვარგარეთაც ეს ქმედება არ ისჯება ან საქართველოს წინააღმდეგ მიმართული მძიმე ან განსაკუთრებით მძიმე დანაშაული არ არის ჩადენილი. დაბალი სანქციიდან გამომდინარე 150<sup>1</sup> მუხლი ამ კატეგორიებში ვერ ექცევა. იგივე ითქმის მომზადების დასჯადობაზეც.

გამოსავალი შეიძლება დავინახოთ სსკ-ის მე-5 მუხლის მეორე და მე-სამე ნაწილებში, სადაც ასევე მითითებულია, რომ ამ კოდექსის მოქმედება გავრცელდება იმ დანაშაულებზეც, რომლებისთვისაც დასჯადობა გათვალისწინებულია საქართველოს საერთაშორისო ხელშეკრულებით.

---

<sup>18</sup> Kindhäuser, Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 2015, § 237 Rn. 1.

<sup>19</sup> § 237 StGB.

<sup>20</sup> § 106a ÖStGB.

<sup>21</sup> ჯიშკარიანი, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, 2016, აბზ. 870.

## 6. სექსუალური შევიწროვება

სექსუალური შევიწროვების საკითხი საქართველოში პერიოდულად აქტიური განხილვის საგანია. ის დღემდე პირდაპირ არცერთ საკანონმდებლო აქტში არ არის მოწესრიგებული, მიუხედავად იმისა, რომ პარლამენტში კანონპროექტიც კი იქნა წარდგენილი, რომლითაც შევიწროვება ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსში აისახებოდა, თუმცა, ბუნდოვანების გამო მას დეპუტატებმა მხარი არ დაუჭირეს<sup>22</sup>. არგუმენტად ისიც იქნა მოყვანილი, რომ უკვე არსებული „ანტიდისკრიმინაციული კანონი“ მსგავს ნორმას ისედაც იცნობდა<sup>23</sup>.

რა წერია სტამბულის კონვენციაში? მე-40 მუხლის თანახმად მხარეები იღებენ ყველა ზომას იმის უზრუნველსაყოფად, რომ სექსუალური ხასიათის ნებისმიერი ფორმის არასასურველი სიტყვიერი, არასიტყვიერი ან ფიზიკური ქცევა, რომელიც მიზნად ისახავს ან იწვევს ადამიანის ღირსების შელახვას, კერძოდ, მისთვის დამაშინებელი, მტრული, დამამცირებელი, შეურაცხმყოფელი ან ანგრესიული გარემოს შექმნის გზით, დაექვემდებაროს სისხლის სამართლის ან სხვა სახის სამართლებრივ სანქციებს. როგორც ვხედავთ, კონვენცია არ მოითხოვს აღნიშნული ქმედებების მაინცდამაინც დანაშაულად გამოცხადებას, ამიტომ, ქართულ სისხლის სამართლის კოდექსში შესაბამისი რეგულაციის არარსებობა არ წარმოადგენს რამე დარღვევას.

სათანადო განმარტების გზით, შესაძლებელია ცალკეულ შემთხვევებში სსკ-ის 150-ე მუხლის გამოყენებაც, რომელიც იძულებას ეხება, ანუ ადამიანისთვის თავისუფლების უკანონო შეზღუდვას, ესე იგი მის ფიზიკურ ან ფსიქიკურ იძულებას, საკუთარ თავზე განიცადოს თავისი ნება-სურვილის საწინააღმდეგო ზემოქმედება.

---

<sup>22</sup> პატარაია, საქართველოში სექსუალური შევიწროვების საკანონმდებლო რეგულირების არარსებობა, 2017, 5.

<sup>23</sup> <https://www.ipress.ge/new/34603-seqsualuri-shevitsroebis-shesakheb-kanonproeqt-sadamianis-uflebata-komitetma-mkhari-ar-dauchira> (ნანახია 5.7.2018)

#### IV. დასკვნა

როგორც ვხედავთ, სტამბულის კონვენციამ არცთუ უმნიშვნელო ცვლილებები გამოიწვია ქართულ სისხლისსამართლებრივ რეალობაში, იქნებოდა ეს ახალი შემადგენლობების შემოღებით თუ არსებულის შეცვლით. მთლიანობაში, ეს პროცესი დადებითად შეიძლება შეფასდეს, მაგრამ, ამავდროულად, უნდა აღინიშნოს, რომ სასამართლო პრაქტიკაში ახალი დანაშაულების გაჩენას შეიძლება ნორმათა კონკურენციის თვალსაზრისით გარკვეული სირთულეები მოჰყვეს.

# სახელმწიფო მოხელის ცნება გერმანულ ეკონომიკურ სისხლის სამართალში

დოქტ. პეტერ კასისკე, მიუნხენის უნივერსიტეტი

## I. სახელმწიფო საქმიანობის პრივატიზაცია, როგორც სახელმწიფო მოხელის ცნების გამოწვევა

ნებისმიერი სისხლისსამართლებრივი წესრიგი ითვალისწინებს დანაშაულებს, რომლებიც მხოლოდ სახელმწიფო მოხელის მიმართ ან მის მიერ შესაძლოა იქნას ჩადენილი. აღნიშნულის პრაქტიკაში ყველაზე მნიშვნელოვან მაგალითებს წარმოადგენს საჯარო სფეროში კორუფციის დანაშაულის შემადგენლობები, რომლებიც სახელმწიფო მართვის ხელშეუვალობისადმი ნდობის დაცვას უზრუნველყოფენ<sup>1</sup>. ეს ნდობა მხოლოდ იმ შემთხვევაში შეირყევა, როდესაც სახელმწიფო მმართველობამინდობილი მოხელის მოქრთამვა ხდება. იმ კითხვაზე პასუხის გაცემა, თუ კონკრეტულად რომელი პირები წარმოადგენენ საჯარო მოხელეებს, ადრე შედარებით ბევრად უფრო მარტივად შეიძლებოდა, ვიდრე დღეს. მე-19 საუკუნეში გერმანია წარმოადგენდა ე.წ. „ღამის დარაჯ სახელმწიფოს“ და უფრო მეტსაც კი, სახელმწიფოს, რომელიც თავად შემოიფარგლება მხოლოდ შიდა და გარე უსაფრთხოების გარანტიებით, დანარჩენს ყველაფერს კი მოქალაქეების პირად ინიციატივებს უქვემდებარებს. ე.წ. „ღამის დარაჯ სახელმწიფოში“ სახელმწიფო საკუთარი ვალდებულებების შესასრულებლად იყენებს თავის საჯარო მოხელეებს, რომელთა მიმართაც მოქმედებს განსაკუთრებული ორმხრივი ლოიალური დამოკიდებულება, რითაც საჯარო მოხელეობა კერძოსამართლებრივი შრომითი ურთიერთობისგან განსხვავდება. თუ ვინ წარმოადგენდა სახელმწიფო მოხელეს, შემდეგი წინაპირობების მიხედვით მარტივად დგინდებოდა: სახელმწიფო მოხელე იყო ის პირი, რომელიც სახელმწიფოს მიერ განისაზღვრებოდა საჯარო მოხელედ სუვერენული ამოცანების შესასრულებლად. მაშასადამე, გადამწყვეტი იყო წმინდა ფორმალური კრიტერიუმი -

<sup>1</sup> BGHSt 15, 88, 96 f.; 47, 22, 25.

სახელმწიფოს მიერ სახელმწიფო თანამდებობის პირად დანიშვნა<sup>2</sup>.

აღნიშნული ნათელი პერიოდი, როცა სახელმწიფო შემოიფარგლებოდა სუვერენული ამოცანების ვიწრო წრით, დიდი ხანია დასრულდა. ე.წ. „ღამის დარაჯი სახელმწიფოსგან“ წარმოიქმნა თანამედროვე, საყოველთაო კეთილდღეობის სახელმწიფო, რომელმაც უფრო და უფრო მეტი ამოცანა აიღო საკუთარ თავზე და თავისი მოქალაქეების სოციალურ და ეკონომიკურ კეთილდღეობაზე პასუხისმგებლადაც გამოცხადდა<sup>3</sup>. დამატებითი ამოცანები დამატებით პერსონალსაც მოითხოვდა. ტრადიციულ საჯარო მოხელეებს სულ უფრო მეტი დაქირავებული პირები ემატებოდნენ. ისინი სახელმწიფოსთან ჩვეულებრივ შრომით ურთიერთობაში იმყოფებოდნენ. სახელმწიფო ამ სუბიექტებისთვის წარმოადგენს ჩვეულებრივ დამსაქმებელს და მათ, უმეტესწილად აქვთ იგივე ვალდებულებები და მოვალეობები, როგორც ეს კერძო საწარმოებში გვხვდება.

გარდა ამისა, დღეისათვის სახელმწიფო თავის მოვალეობებს ყოველთვის არ ასრულებს პირდაპირ საკუთარი ორგანოების მეშვეობით, არამედ იგი ამისათვის მზარდი სიხშირით იყენებს კერძოსამართლებრივი ორგანიზაციების ფორმებს. მაგალითად, ნარჩენებისგან გათავისუფლება კომუნების დონეზე ხშირად იმ კომპანიების ხელშია, რომლებიც წარმოადგენენ კერძო სამართლის იურიდიულ პირებს, თუმცა, მათზე 100% საკუთრება აქვთ ქალაქებს ან მუნიციპალიტეტებს. აგრეთვე, სულ უფრო და უფრო მოდაში შემოდის ე.წ. „საჯარო-კერძო პარტნიორობები“, რომელთა შემთხვევაშიც მაგ. ავტობანს მართავს კერძოსამართლებრივი ფორმით ორგანიზებული კაპიტალური საზოგადოება, ხოლო წილებს ნაწილობრივ სახელმწიფო და ნაწილობრივ კერძო კომპანიები ფლობენ. ამგვარი განვითარების ფონზე სულ უფრო და უფრო რთული გახდა საჯარო და კერძო საქმიანობის განსხვავება. თუკი სახელმწიფოსა და კერძო სექტორს შორის ფარგლები გაქრება, სულ უფრო საეჭვო გახდება, კიდევ რომელი პირები შეიძლება მივიჩნიოთ სახელმწიფო მოხელეებად. მაგ. წარმოადგენს თუ არა სახელმწიფო მოხელეს იმ შპს-ში მომსახურე პირი, რომელიც მართავს აეროპორტს, როცა ამ შპს-ის 50% საჯარო საკუთრებაშია?

<sup>2</sup> Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, S. 80 f.

<sup>3</sup> Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, S. 85.

## II. გერმანელი კანონმდებლის პასუხი გერმანიის სსკ-ის §11-ში

გერმანელმა კანონმდებელმა ზემოაღნიშნულ კითხვებზე მოახდინა რეაგირება გერმანიის სსკ-ის §11-ით, რომელშიც სახელმწიფო მოხელის ცნების დეფინიციაა მოცემული და ის შეცვალა<sup>4</sup>. აღნიშნული ნორმის მიხედვით, სახელმწიფო მოხელეს, პირველ რიგში, წარმოადგენს ყველა საჯარო მოხელე ან მოსამართლე. ამასთანავე, გადამწყვეტია ის, რომ აღნიშნული პირები ფორმალური გაგებით წესების დაცვით იქნან დანიშნულნი. გარდა ამისა, სახელმწიფო მოხელეს წარმოადგენს ყველა ის სხვა პირი, რომელიც სხვაგვარ საჯაროსამართლებრივ ოფიციალურ ურთიერთობაში იმყოფება, მაგ. როგორცაა ნოტარიუსი. იმის გათვალისწინებით, რომ დღეისათვის ბევრი სახელმწიფო მოსამსახურე ფორმალური გაგებით აღარ წარმოადგენს საჯარო მოხელეს და უბრალო დასაქმებულად გვევლინება, შემოღებულ იქნა ე.წ. „საჯარო სამსახურის მიმართ სპეციალური ვალდებულების მქონე“ პირების კატეგორია. აღნიშნული პირთა ჯგუფის მიერ განხორციელებული დანაშაულის შემადგენლობები ხშირ, თუ ყველა შემთხვევაში არა, უთანაბრდება სახელმწიფო მოხელის მიერ ჩადენილ დანაშაულის შემადგენლობებს. ამგვარად, შესაძლოა სახელმწიფო სამსახურში მყოფი პირი, რომელიც არ წარმოადგენს საჯარო მოხელეს, დაისაჯოს ქრთამის აღებისთვის, თუკი იგი იმისათვის იღებს თანხას, რათა დაარღვიოს თავისი სამსახურებრივი მოვალეობები. საჯარო სამსახურის მიმართ სპეციალური ვალდებულების მქონე პირების შემთხვევაშიც, აღნიშნულ პირთა წრისადმი მიკუთვნების საკითხი წყდება მხოლოდ ფორმალური კრიტერიუმის გათვალისწინებით, კერძოდ, იმის მიხედვით, მავალდებულებელი აქტი განხორციელდა თუ არა, როგორც ეს გათვალისწინებულია ყველა სახელმწიფო უწყებაში დასაქმებული პირების მავალდებულებელ კანონში<sup>5</sup>. ისევე, როგორც საჯარო მოხელის ან მოსამართლის შემთხვევაში, მხედველობაში მიიღება არა ის საქმიანობა, რასაც პირი ასრულებს, არამედ მხოლოდ საჯარო მოხელის ან საჯარო სამსახურისადმი სპეციალური ვალდებულების მქონე პირის ფორმალუ-

<sup>4</sup> განსაკუთრებით კორუფციის წინააღმდეგ ბრძოლის შესახებ 1997 წლის კანონით, რომლითაც გერმანიის სსკ-ის §11 პირველი აბზაცის 2c ნაწილის დამატება განხორციელდა.

<sup>5</sup> Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. 2016, § 11 Rdn. 43.

რი სტატუსი.

როგორ არეგულირებს გერმანული სისხლის სამართალი იმ შემთხვევებს, რომელთა დროსაც სახელმწიფო არა საკუთარი უწყებების, არამედ კერძო სამართლის იურიდიული პირების მეშვეობით მოქმედებს? ამ შემთხვევებშიც არ გამოირიცხება პირის, როგორც სახელმწიფო მოსამსახურის ან საჯარო სამსახურისადმი სპეციალური ვალდებულების მქონე პირის სტატუსით განხილვა. გერმანიის სსკ-ის §11-ის პირველი აბზ. მე-2c ნაწილი ადგენს, რომ სახელმწიფო უწყებებისთვის მუშაობის გარდა, „სხვა თანამდებობაზე“ საქმიანობაც შესაძლოა უთანაბრდებოდეს სახელმწიფო თანამდებობის პირის საქმიანობას, თუ აღნიშნული თანამდებობა ემსახურება „საჯარო მმართველობის ამოცანების“ შესრულებას. ამასთან, კანონმდებელი ადგენს, რომ არ აქვს მნიშვნელობა, რომელი ორგანიზაციული ფორმაა არჩეული ამოცანების შესასრულებლად. მხედველობაში ასევე მიიღება კერძო სამართლის იურიდიული პირები, განსაკუთრებით კაპიტალური საზოგადოებები. შეფასებისთვის გადამწყვეტია მხოლოდ ის, სრულდება თუ არა საჯარო მმართველობის ამოცანები. მაშასადამე, საჯარო მოხელეების ან, განსაკუთრებით, საჯარო სამსახურისადმი სპეციალური ვალდებულების მქონე პირების ცნებისგან განსხვავებით, ამ შემთხვევაში სახელმწიფო მოხელედ ან მასთან გათანაბრებულ პირად მიჩნევისათვის გადამწყვეტია ფუნქციონალური ასპექტი. თუმცა, ფორმალური ელემენტიც თამაშობს გარკვეულ როლს, ვინაიდან გერმანიის სსკ-ის §11 პირველი აბზ. მე-2c ნაწილის მიხედვით, სათანადო პირი ფორმალურად უნდა იყოს საჯარო მმართველობითი ამოცანების შესასრულებლად „დადგენილი“. აღნიშნული ფორმალური დანიშვნისათვის არ არის გათვალისწინებული განსაკუთრებული მოთხოვნები. ეს არ მოითხოვს კონკრეტულ ფორმას და შესაძლოა წარმოადგენდეს მხოლოდ კერძო-სამართლებრივი შრომითი ხელშეკრულების გაფორმებას კონკრეტულ სახელმწიფო უწყებასთან ან სხვა ორგანოსთან. სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით, აგრეთვე საკმარისია, როდესაც სათანადო პირი ხანგრძლივი დროის განმავლობაში (მაშასადამე, არამხოლოდ ერთჯერადი დაგალებით) აღნიშნული ამოცანების შესასრულებლად განსაზღვრული და ამასთანავე, იგი ინტეგრირდება სახელმწიფო უწყების ან სხვა ორგანოს საქმიანობაში<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> BGHSt 43, 96, 102; 56, 97, 108.

### III. „საჯარო მმართველობის ამოცანების“ ცნება

როდის ასრულებს სხვა დაწესებულება „საჯარო მმართველობის ამოცანებს“? როგორც წესი, აღნიშნული ყოველთვის მაშინ არის ხოლმე სახეზე, როდესაც საქმე ეხება ე.წ. „ჩამრევ მმართველობას“, მაშასადამე, სახელმწიფოსათვის ისეთი საქმიანობის განხორციელებას, რომელიც მოქალაქეებისთვის დაკავშირებულია იძულებასა და ძირითად უფლებებში ჩარევასთან. აქედან გამომდინარე, სახელმწიფო მოხელეს წარმოადგენს მაგ. პოლიციის დავალებით რეგულარულად ეჭვმიტანილი პირებისათვის სისხლის ანალიზების ამღები თავისუფალი პროფესიის ექიმი<sup>7</sup>. თუმცა, ამგვარი შემთხვევები, როგორც წესი, იშვიათად გვხვდება, რადგან სახელმწიფოს მხრიდან ე.წ. ჩამრევ მმართველობას უმეტესად მისივე ორგანოები ახორციელებენ<sup>8</sup>.

სხვაგვარია სიტუაცია ე.წ. „გალდებულების შესრულების მმართველობის“ სფეროში, რომლის დროსაც საქმე ეხება სახელმწიფოს მხრიდან კონკრეტული ვალდებულებების შესრულებას, რათა მან საზოგადო ინტერესების მიხედვით უზრუნველყოს განსაზღვრული სიკეთეების არსებობა. ამგვარ სიკეთეებს შესაძლოა წარმოადგენდეს მაგ. ინფრასტრუქტურული ნაგებობები: გზები ან სარკინიგზო ქსელები ან მომსახურების მიწოდება - ნარჩენების გატანა, წყლით მომარაგება. აღნიშნულ ამოცანებს სახელმწიფო ხშირად არა სახელმწიფო ორგანოების, არამედ კერძოსამართლებრივად, კაპიტალური გაერთიანებების სახით ორგანიზებული სახელმწიფო კომპანიების მეშვეობით ასრულებს. თუმცა, სწორედ ამ სფეროში ხშირად კითხვის ნიშნის ქვეშ დგას, ასრულებს თუ არა სახელმწიფო ნამდვილად მისთვის საჯარო მმართველობის ფარგლებში მინიჭებულ ამოცანებს, ვინაიდან აღნიშნული სიკეთეებით მოქალაქეების უზრუნველყოფა მხოლოდ სახელმწიფოსადმი არ არის მიკუთვნებული, არამედ ის შესაძლოა შესრულდეს კერძო კომპანიების მიერაც. არაერთი სფერო, როგორცაა მაგ. ტელეკომუნიკაციები ან რკინიგზა, რომლებშიც ადრე სახელმწიფოს მონოპოლიური მდგომარეობა ეკავა, ლიბერალიზაციის პროცესების შედეგად კერძო საწარმოებისთვისაც გახდა

<sup>7</sup> Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, S. 433

<sup>8</sup> Welp, Festschrift für Lackner, 1987, S. 761, 777.

ხელმისაწვდომი. თუკი სახელმწიფო ამ სფეროებში კვლავ საქმიანობს, იგი აღარ ახორციელებს მხოლოდ სუვერენულად მისთვის მინიჭებულ ექსკლუზიურ საქმიანობას, არამედ, იგი საქმიანობს ბაზარზე, რომელზეც კონკურენციას უწევს კერძო კომპანიებს. აქედან გამომდინარე, ყველა კაპიტალური საზოგადოება, რომელთა წილებსაც სახელმწიფო ფლობს, არ წარმოადგენს ავტომატურად იმგვარ დაწესებულებას, რომელიც საჯარო მმართველობის ამოცანებს ასრულებს. შესაბამისად, თითოეულ შემთხვევაში უნდა გაირკვეს, ნამდვილად არის თუ არა ეს იმგვარი დაწესებულება, რომელიც შესაძლოა სახელმწიფო ორგანოს შევადაროთ და მოქმედებს როგორც ე.წ. „სახელმწიფოს დაგრძელებული მკლავი“<sup>9</sup>. სასამართლო პრაქტიკამ აღნიშნულთან დაკავშირებით სხვადასხვა კრიტერიუმი შეიმუშავა: სახელმწიფო უწყების მსგავსი სხვა დაწესებულების არსებობაზე მეტყველებს, საზოგადო ინტერესებისთვის აუცილებელი ისეთი სიკეთეებით ან მომსახურებებით უზრუნველყოფა, რომლებიც კერძო მიმწოდებლების მხრიდან არ შეიძლება გარანტირებულ იქნას. აღნიშნულზე შესაძლოა მიუთითებდეს ორგანიზაციის წესდებაში გაწერილი საზოგადოებრივი ინტერესებისთვის საქმიანობის მიზანი<sup>10</sup>. საჯარო ორგანოსთან მსგავსების წინაპირობას ასევე ქმნის სახელმწიფო კონტროლის არსებობის ფაქტი<sup>11</sup>. სახელმწიფო ვალდებულია მისი მესაკუთრის სტატუსიდან გამომდინარე საზოგადოების საქმიანობაზე გავლენა მოახდინოს, მაგ. განხორციელებული საქმიანობისათვის სპეციალური საკანონმდებლო დანაწესებით. აგრეთვე ის გარემოება, რომ საზოგადოება ძირითადად საჯარო ბიუჯეტიდან ფინანსდება, მეტყველებს მის სახელმწიფო ორგანოსთან მსგავსებაზე<sup>12</sup>. თუმცა, სახელმწიფო ორგანოსთან მსგავსების არსებობის საწინააღმდეგოდ მეტყველებს ის, თუ საზოგადოებას შეუძლია თავი დაიფინანსოს მისი საქმიანობით მიღებული მოგებით. აგრეთვე იმ გარემოებას, რომლის მიხედვითაც საზოგადოება მისი საქმიანობის სფეროში კერძო კომპანიებთან კონკურენციაშია, უფრო მეტად სახელმწიფო ორგანოსთან მსგავსების უარყოფასთან მივყავართ<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> BGHSt 43, 370, 377.

<sup>10</sup> BGHSt 43, 370, 372.

<sup>11</sup> BGHSt 50, 299, 305.

<sup>12</sup> BGHSt 45, 16, 20.

<sup>13</sup> BGHSt 38, 199, 204.

სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით, სახელმწიფო ფუნქციების განმახორციელებელი „სხვა ორგანო“ და შესაბამისად, მასში დასაქმებული მოხელესთან გათანაბრებული პირი, შესაძლოა სახემე იყოს ასევე იმ კაპიტალური საზოგადოებების შემთხვევაშიც, რომელთა წილებსაც არამხოლოდ სახელმწიფო, არამედ კერძო სუბიექტებიც ფლობენ. თუმცა, ამგვარ სიტუაციებში განსაკუთრებით უნდა შემოწმდეს სახელმწიფოს ხელში არსებული კონტროლის მექანიზმები. სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით, საზოგადოება სახელმწიფო საქმიანობის განმახორციელებლად აღარ მიიჩნევა, თუ წილების მფლობელ კერძო პირებს საზოგადოების საქმიანობაზე არსებითი გავლენის მოხდენა შეუძლიათ<sup>14</sup>. მაგალითად, მათ, საკუთრებაში არსებული წილების რაოდენობიდან გამომდინარე, აქვთ საშუალება გადაწყვეტილებები დაბლოკონ. გერმანიაში პრაქტიკაში ამგვარი რამე ხშირად ხდება, ვინაიდან კერძო მოთამაშეებს, რომლებიც სახელმწიფოსთან ერთად აფუძნებენ კაპიტალურ საზოგადოებებს, როგორც წესი, სურთ მათ საქმიანობაზე გავლენის ქონა. აქედან გამომდინარე, ამგვარი ე.წ. „შერეული-ეკონომიკური“ საწარმოები, როგორც წესი, არ მიიჩნევა სახელმწიფო ფუნქციების განმახორციელებელ სხვაგვარ ორგანოდ. აღნიშნულის შედეგად მასში დასაქმებული პირებიც არ წარმოადგენენ სახელმწიფო მოხელეებს.

თუ კომპანია, როგორც სახელმწიფო საკუთრებაში არსებული ერთეული, ემსახურება მხოლოდ და მხოლოდ სახელმწიფოსათვის შემოსავლის მიღების მიზანს, ის ვერ ჩაითვლება საჯარო ფუნქციების განმახორციელებელ სხვა ორგანოდ<sup>15</sup>. ასეთი კომპანია არ განსხვავდება სხვა კერძო კომპანიებისგან და ის სპეციფიკურ სახელმწიფო საქმიანობას არ ახორციელებს. მაგალითად, ცნობილი მიუნხენის „ჰოფბროიჰაუსი“ (სახელმწიფოს საკუთრებაში არსებული რესტორანი, რომელშიც მსოფლიოში ცნობილი ლუდი მზადდება) არ ითვლება სახელმწიფო ფუნქციების განმახორციელებელ ორგანოდ. მისი მეშვეობით არ ხდება სახელმწიფო ამოცანის შესრულება. ეს სუფთა მოგებაზე ორიენტირებული საქმიანობაა

---

<sup>14</sup> BGHSt 50, 299, 305 f.; აღნიშნული მოსაზრების საპირისპიროდ იხ. Leimbrock, Der strafrechtliche Amtsträgerbegriff, 2009, S. 218 ff.

<sup>15</sup> Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. 2016, § 11 Rdn. 30; Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, S. 697 f.

და ჰოფბროიჰაუსი სხვა კერძო პირების საკუთრებაში მყოფ რესტორნებთან კონკურენციაში იმყოფება.

#### IV. გერმანული რეგულაციის სამართლებრივ-პოლიტიკური შეფასება

ჩემს მიერ განხილული განმარტებებიდან გამომდინარე ნათელია, რომ იმ კითხვაზე პასუხის გაცემა, თუ როდის დგება სახელმწიფო ფუნქციის განმახორციელებელი „სხვა ორგანო“-ს შემთხვევა გერმანიის სსკ-ის §11 პირველი აბზაცის მე-2c ნაწილის თანახმად, ხშირად მარტივი არ არის. აღნიშნულ თემასთან დაკავშირებული სასამართლო პრაქტიკის განხილვის შემდეგ, დასტურდება ეჭვი, რომ საბოლოოდ მაინც სასამართლოს მიერ ყოველი ცალკეული შემთხვევის კონკრეტული გარემოებების შეფასებამდე მივდივართ. სასამართლო პრაქტიკის შედეგებიც დამაბნეველია: მუნიციპალიტეტის საკუთრებაში არსებული ნარჩენების გატანის განმახორციელებელი კომპანია ერთ შემთხვევაში როგორც სახელმწიფო ფუნქციის განმახორციელებელ სხვაგვარ ორგანოდ მიიჩნევა, სხვა შემთხვევაში კი არა<sup>16</sup>. სააქციო საზოგადოება, რომელიც სარკინიგზო ქსელს მართავს სახელმწიფო ფუნქციის განმახორციელებელ სხვაგვარ ორგანოდაა შეფასებული<sup>17</sup>. აღნიშნულის საპირისპიროდ, ამ სარკინიგზო ქსელით მოსარგებლედ მატარებლების მწარმოებელი სააქციო საზოგადოება, არ მიიჩნევა ამგვარ ორგანოდ<sup>18</sup>.

რა შეგვიძლია აქედან დავასკვნათ? გერმანელმა კანონმდებელმა გერმანიის სსკ-ის §11 პირველი აბზაცის მე-2c ნაწილით სახელმწიფო მოხელის ცნება იმ ორგანოების თანამშრომლებზეც გაავრცელა, რომლებიც სახელმწიფო ორგანოებს არ წარმოადგენენ, თუმცა, ისინი სახელმწიფო მმართველობით ამოცანებს ასრულებენ. ამით მას სურდა იმ ფაქტზე მოეხდინა რეაგირება, რომ სახელმწიფო საქმიანობა სულ უფრო და უფრო მეტად ხორციელდება არამხოლოდ ვიწრო გაგებით სახელმწიფო სტრუქტურების, არამედ სხვა ორგანიზაციების მიერაც. სახელმწიფო მოხელედ

---

<sup>16</sup> Bejaht bei Alleineigentümerschaft der Gemeinde in BGH wistra 2007, 17; verneint wegen Beteiligung Privater in BGHSt 50, 299.

<sup>17</sup> BGHSt 52, 290.

<sup>18</sup> BGHSt 49, 214.

მიჩნევისათვის ფორმალური კრიტერიუმის, კერძოდ საჯარო მოხელის ან მოსამართლის დანიშვნის კრიტერიუმის ადგილს ამ შემთხვევაში იკავებს ფუნქციონალური კრიტერიუმი, კერძოდ, უნდა განისაზღვროს სრულდება თუ არა საჯარო მმართველობის ამოცანები. თუმცა, აღნიშნულ კრიტერიუმთან გამკლავება პრაქტიკოსებისთვის საკმაოდ რთულია, ვინაიდან სახელმწიფო თავის საქმიანობას მრავალმხრივი და კომპლექსური ფორმებით ახორციელებს. აღნიშნულს შედეგად მოსდევს ის ფაქტი, რომ ხშირად საკმაოდ რთულია იმის შეფასება, წარმოადგენს თუ არა თავისი საქმიანობის განხორციელებისას სახელმწიფო მოხელეს ის პირი, რომელიც მუშაობს სახელმწიფოს საკუთრებაში მყოფ კომპანიაში. ასეთი პირი, შესაძლოა არ იყოს დარწმუნებული იმაში, მაგ. მაშინ, როდესაც იღებს მისი საქმიანი პარტნიორებისგან საჩუქრებს, დაისჯება თუ არა კორუფციის გამო. სამართლებრივი სახელმწიფოსთვის, რომელიც ვალდებულია კანონიერების პრინციპის მიხედვით იმოქმედოს, ეს მნიშვნელოვან პრობლემას წარმოადგენს<sup>19</sup>.

ყოველივე აქედან გამომდინარე, მე მსურს სხვა ქვეყნებს ვურჩიო მაგალითის სახით არ გაითვალისწინონ სახელმწიფო მოხელის დეფინიციის გერმანული მოდელი. ჩემი აზრით, სავალდებულო არ არის, სახელმწიფო და კერძო სფეროების მზარდ შერევაზე სახელმწიფო მოხელის ცნების გაფართოებით რეაგირება. სახელმწიფო მოხელეებთან დაკავშირებული სისხლისსამართლებრივი შემადგენლობების მიზანს, ხშირ შემთხვევაში, იმ ქმედებების აკრძალვა წარმოადგენს, რომლებმაც მოსახლეობაში შესაძლოა გამოიწვიოს სახელმწიფო მმართველობის ფუნქციონირებისადმი არსებული ნდობის შერყევა. ნდობის ამგვარი დაკარგვა მხოლოდ მაშინ ხდება, როდესაც ქმედება ერთმნიშვნელოვნად დაკავშირებულია სახელმწიფო სფეროსთან. ანუ, საქმე ეხება სახელმწიფო ორგანოების და საჯარო სამართლის იმგვარ სხვა დაწესებულებებს, რომლებიც მოქალაქეების ხედვით ცალსახად სახელმწიფოს მიეკუთვნებიან.

ამის საპირისპიროდ, კაპიტალური საზოგადოების ფორმით ორგანიზებული საწარმო, რომელიც ნარჩენების გატანას ახორციელებს ან აეროპორტს მართავს, საზოგადოების მხრიდან იმავე დობით არ აღიქმება,

---

<sup>19</sup> Vgl. auch Zwiehoff, Festschrift für Herzberg, 2008, S. 155, 164.

როგორც სახელმწიფო ინსტიტუცია. თუკი ამ შემთხვევაში თანამშრომლების კორუფციის შემთხვევები იქნება, არ არსებობს საფრთხე, რომ ამით დაიკარგება სახელმწიფო მმართველობის ზოგადი ინტეგრაციისადმი ნდობა. შესაბამისად, არ არსებობს საჭიროება, რომ გამოყენებულ იქნას სახელმწიფო მოხელეების კორუფციისათვის დადგენილი მკაცრი საკანონმდებლო დანაწესები.

მე მსურს მოხელის იმ ცნებას დავეჭირო მხარი, რომელიც მოიცავს მხოლოდ სახელმწიფო ორგანოებისა და სხვა იმგვარი დაწესებულებების მოსამსახურეებს, რომლებიც ეჭვგარეშე მიეკუთვნებიან სახელმწიფოს<sup>20</sup>. თუკი სახელმწიფო საკუთარი ამოცანების შესასრულებლად იყენებს კერძოსამართლებრივ ორგანიზაციულ ფორმებს, ამგვარი დაწესებულებების თანამშრომლები არ უნდა იქნან სახელმწიფო მოხელეებად მიჩნეულნი. სახელმწიფო მოხელეობა უკავშირდება მხოლოდ იმ ფაქტს, საქმიანობს თუ არა სათანადო პირი სახელმწიფო ორგანოში ან სხვა საჯაროსამართლებრივად ორგანიზებულ დაწესებულებაში. აღნიშნული ფორმალური კრიტერიუმი მარტივად აღსაქმელია და სამართლებრივი სიკეთეების სათანადო დაცვასთან ერთად უზრუნველყოფს აუცილებელ სამართლებრივ სიცხადეს.

---

<sup>20</sup> სახელმწიფო მოხელის ამგვარ ვიწრო ცნებას მხარ უჭერდნენ გერმანიის სსკ-ის ალტერნატიული პროექტის შემქმნელები 1962 წელს. დღეისათვის ამ პოზიციას მაგ. მხარს უჭერენ: Heinrich, *Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht*, 2001, S. 700 f.; Bernsmann, *StV* 2005, 685, 691; Zwihehoff, *Festschrift für Herzberg*, 2008, S. 155, 165 f.

# მოხელისა და მასთან გათანაბრებული პირის ცნება ქართულ სისხლის სამართალში

ასოც. პროფ. დოქტ. **ირაკლი დგალიძე**, თბილისის სახელმწიფო  
უნივერსიტეტი

## I. შესავალი

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის XXXIX თავი ეძღვნება სა-  
მოხელეო დანაშაულებს. აღნიშნულ თავში მოცემულ დანაშაულთა უმეტე-  
სი ნაწილის ამსრულებლად გვევლინება სპეციალური სუბიექტი. შესაბა-  
მისად, აუცილებელია ზუსტად განისაზღვროს თუ რა ობიექტური ნიშნების  
არსებობაა აუცილებელი, იმისათვის, რომ პირი სამოხელეო დანაშაულის  
დანაშაულის ამსრულებლად ჩაითვალოს.

მოხელისა და მასთან გათანაბრებული პირის ნიშნების ზუსტად  
განსაზღვრა პირდაპირ უკავშირდება კანონიერების პრინციპის განუხრელ  
დაცვას, რაც ჩადენილი ქმედების სწორი კვალიფიკაციის საწინდარია.

## II. მოხელის ცნება

წინამორბედი საქართველოს სსრ 1960 წლის სისხლის სამართლის კო-  
დექსის 185-ე მუხლში მოცემული მოცემული იყო თანამდებობის პირის  
ცნება. აღნიშნული მუხლის მიხედვით, „თანამდებობის პირებად ითვლე-  
ბიან ის პირები, რომლებიც მუდმივად ან დროებით, სასყიდლით ან უსას-  
ყიდლოდ, დანიშნით ან არჩევით და აგრეთვე ცალკეული დავალებების  
ძალით სახელმწიფო ან საზოგადოებრივ დაწესებულებაში, საწარმოში ან  
ორგანიზაციაში ასრულებენ მოვალეობებს, დაკავშირებულს სახელმწი-  
ფო ხელისუფლების აქტების, ან განმკარგულებელი, ორგანიზაციულ-სა-  
მეურნეო, ადმინისტრაციული ან სხვა ამგვარი ფუნქციების განხორციელე-  
ბასთან.“

მოქმედ სისხლის სამართლის კოდექსში მოცემული სამოხელეო და-  
ნაშაულისათვის დათმობილი ნორმები საქართველოს სსრ 1960 წლის

სისხლის სამართლის კოდექსის მსგავსი ნორმებისგან ორი მნიშვნელოვანი გარემოებით განსხვავდება:

1. ტერმინ „თანამდებობის“ ნაცვლად გამოიყენება ტერმინი „მოხელე“ ან „მასთან გათანაბრებული პირი“;
2. მოქმედი სისხლის სამართლის კოდექსში არ გვხვდება თანამდებობის პირის და არც მოხელის ან მასთან გათანაბრებული პირის ცნება. თანამდებობის პირის ცნება მოცემული იყო საქართველოს სსრ 1960 წლის სისხლის სამართლის კოდექსის 185-ე მუხლში.

მართალია, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი არ შეიცავს წინამორბედი სისხლის სამართლის კოდექსის მსგავსად თანამდებობის პირის დეფინიციას, თუმცა წლების განმავლობაში განხორციელებული ცვლილებების შემდეგ სსკ-ის 332-ე მუხლის (სამსახურებრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება) შენიშვნაში კანონმდებელმა პირდაპირ მიუთითა ზოგიერთი ის სამსახურებრივი პოსტი, რომლის ფარგლებშიც უფლებამოსილების განმახორციელებელი სუბიექტი მოხელესთან გათანაბრებულ პირის დეფინიციაში უნდა მოექცეს.

მოქმედი სისხლის სამართლის კოდექსის მიზნებისთვის მოხელის ან მასთან გათანაბრებული პირის, როგორც „სპეციალური ამსრულებლის“, ნიშნების დასადგენად ნორმაშეფარდებით პროცესში აუცილებელია შემდეგი სამართლებრივი აქტების გამოიყენება:

1. საქართველოს 1999 წლის 22 ივლისის სისხლის სამართლის კოდექსი;
2. საქართველოს 1997 წლის 17 ოქტომბრის კანონი „საჯარო დაწესებულებაში ინტერესთა შეუთავსებლობისა და კორუფციის შესახებ“;
3. საქართველოს 2014 წლის 5 თებერვლის ორგანული კანონი „ადგილობრივი თვითმმართველობის კოდექსი“;
4. საქართველოს 2015 წლის 27 ოქტომბრის კანონი „საჯარო სამსახურის შესახებ“.

საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსი თანამდებობის პირის დეფინიციას „საჯარო დაწესებულებაში ინტერესთა შეუთავსებლობისა და კორუფციის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-2 მუხლზე მითითებით განსაზღვრავს (ზაკ-ის 27-ე მუხლის „დ“ პუნქტი).

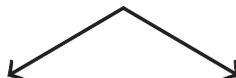
საქართველოს 2015 წლის 27 ოქტომბრის „საჯარო სამსახურის შესახებ“ კანონის მე-3 მუხლი იძლევა როგორც „სამსახურების“, ისე აღნიშნულ სამსახურში დასაქმებულ პირთა კლასიფიკაციას და განმარტებას. საჯარო სამსახურის დეფინიციიდან ნათლად გამომდინარეობს, რომ იგი მოიცავს ასევე სახელმწიფო სამსახურს. შესაბამისად, საჯარო სამსახური უფრო ფართო ცნებაა, ვიდრე სახელმწიფო სამსახური. თავისთავად, საჯარო მოსამსახურე უფრო ფართო ცნებაა და მოიცავს სახელმწიფო მოსამსახურეს. მაშასადამე, შეიძლება ითქვას, რომ აღნიშნული მუხლი ზედმიწევნით აკონკრეტებს იმ პირებს, ვინც შეიძლება განახორციელოს საჯარო უფლებამოსილება. თვალსაჩინოებისთვის სქემატურად ასე წარმოჩინდება:

### საჯარო სამსახური



სახელმწიფო სამსახური	სხვა კანონით განსაზღვრული საჯარო სამსახური
----------------------	--

### საჯარო მოსამსახურე

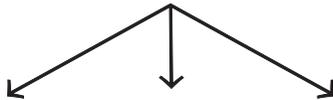


სახელმწიფო მოსამსახურე – პირი, რომელსაც სახელმწიფო სამსახურში არჩევითი ან დანიშვნითი თანამდებობა უკავია და რომლის სამართლებრივი სტატუსი და უფლებამოსილება განისაზღვრება საქართველოს კონსტიტუციის ან/და შესაბამისი საკანონმდებლო აქტის საფუძველზე;	საჯარო მოსამსახურე: - <ul style="list-style-type: none"> <li>• პროფესიული საჯარო მოხელე;</li> <li>• საჯარო მოხელე;</li> <li>• მოხელე;</li> <li>• ადმინისტრაციული ხელშეკრულებით დასაქმებული პირი;</li> <li>• შრომითი ხელშეკრულებით დასაქმებული პირი.</li> </ul>
---	--

„საჯარო სამსახურის შესახებ“ კანონის მე-3 მუხლის „ა“ პუნქტიდან იკვეთება, რომ სახელმწიფო სამსახური ხელისუფლების სამივე შტოში (საკანონმდებლო, აღმასრულებელი და სასამართლო) შეიძლება განხორციელდეს. ამას ემატება სახელმწიფო ზედამხედველობა და კონტროლი, აგრეთვე სახელმწიფო თავდაცვა.

ბუნებრივია, სისხლის სამართლის კოდექსში მოცემულ სამოხელეო დანაშაულებად ქმედების სწორი კვალიფიკაციისთვის გადამწყვეტია მოხელის ცნების სწორი განსაზღვრება. „საჯარო სამსახურის შესახებ“ კანონის მე-3 მუხლის „ე“ პუნქტი განმარტავს მოხელეს:

**მოხელე**



პროფესიული საჯარო მოხელე	საჯარო მოხელე	მოხელე
<p>პირი, რომელიც უვადოდ ინიშნება მოხელისათვის განკუთვნილ საჯარო სამსახურის საშტატო თანამდებობაზე სახელმწიფოს, ავტონომიური რესპუბლიკის, მუნიციპალიტეტის, საჯარო სამართლის იურიდიული პირის მიერ, რომელიც ახორციელებს საჯაროსამართლებრივ უფლებამოსილებებს, როგორც თავის ძირითად პროფესიულ საქმიანობას, რაც უზრუნველყოფს მის მიერ საჯარო ინტერესების დაცვას, და რომელიც ამის სანაცვლოდ იღებს შესაბამის ანაზღაურებას და სოციალური და სამართლებრივი დაცვის გარანტიებს.</p>		

ამრიგად, მოხელეს ახასიათებს შემდეგი ნიშნები:

- ინიშნება უვადოდ;
- ინიშნება მოხელისათვის განკუთვნილ საჯარო სამსახურის საშტატო თანამდებობაზე;
- ინიშნება სახელმწიფოს, ავტონომიური რესპუბლიკის, მუნიციპალიტეტის, საჯარო სამართლის იურიდიული პირის მიერ,

- ახორციელებს საჯაროსამართლებრივ უფლებამოსილებებს, როგორც თავის ძირითად პროფესიულ საქმიანობას, რაც უზრუნველყოფს მის მიერ საჯარო ინტერესების დაცვას,
- ამის სანაცვლოდ იღებს შესაბამის ანაზღაურებას და სოციალური და სამართლებრივი დაცვის გარანტიებს.
- მართალია, აღნიშნული კანონი პირდაპირ არ მიუთითებს, თუმცა, ლოგიკურად გამომდინარეობს ისიც, რომ საჯაროსამართლებრივი უფლებამოსილება ხორციელდება საქართველოს (საქართველოს სახელმწიფოს) სახელით.

სწორედ ის, რომ საჯაროსამართლებრივი უფლებამოსილება ხორციელდება საქართველოს (საქართველოს სახელმწიფოს) სახელით, დაედო საფუძვლად იმას, რომ სსკ-ის 332-ე მუხლის შენიშვნაში სპეციალური დათქმები გახდა საჭირო უცხო ქვეყნის თანამდებობის პირებზე, რამაც კანონშემფარდებელს სამოხელეო დანაშაულების მათზე, როგორც ამსრულებლებზე, გავრცელების საშუალება მისცა.

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსისთვის, კანონიერების პრინციპიდან გამომდინარე, მნიშვნელოვანია ტერმინის „სახელმწიფო-პოლიტიკური თანამდებობის პირის“ დაზუსტება, ვინაიდან საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის გარკვეულ მუხლებში (მაგალითად, სსკ-ის 332-ე, 333-ე და ა.შ.) მოცემულია ისეთი დამამძიმებელი გარემოება, როგორცაა დანაშაულის ჩადენა სახელმწიფო-პოლიტიკური თანამდებობის პირის მიერ. „საჯარო სამსახურის შესახებ“ კანონის მე-3 მუხლის „თ“ და „ი“ პუნქტები ერთმანეთისგან მიჯნავს სახელმწიფო-პოლიტიკური თანამდებობის პირს და პოლიტიკური თანამდებობის პირს. აღნიშნული პუნქტები ზუსტად ჩამოთვლის იმ სუბიექტებს, თუ ვინ შეიძლება იყოს სახელმწიფო-პოლიტიკური თანამდებობის მქონე პირი და პოლიტიკური თანამდებობის პირი. ესენი არიან:

სახელმწიფო-პოლიტიკური თანამდებობის პირი	პოლიტიკური თანამდებობის პირი
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. საქართველოს პრეზიდენტი;</li> <li>2. საქართველოს პარლამენტის წევრი;</li> <li>3. საქართველოს პრემიერ-მინისტრი;</li> <li>4. საქართველოს მთავრობის სხვა წევრი და მისი მოადგილე;</li> <li>5. საქართველოს მთავრობის სხვა წევრის მოადგილე;</li> <li>6. აფხაზეთისა და აჭარის ავტონომიური რესპუბლიკების უმაღლესი წარმომადგენლობითი ორგანოების წევრები;</li> <li>7. აფხაზეთისა და აჭარის ავტონომიური რესპუბლიკების მთავრობების წევრები და მათი მოადგილეები;</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. სახელმწიფო რწმუნებული – გუბერნატორი;</li> <li>2. სახელმწიფო რწმუნებულის – გუბერნატორის მოადგილე;</li> <li>3. მუნიციპალიტეტის საკრებულოს თანამდებობის პირი;</li> <li>4. მუნიციპალიტეტის გამგებელი/მერი,</li> <li>5. გამგებლის/მერის მოადგილე.</li> </ol>

საქართველოს 2014 წლის 5 თებერვლის ორგანული კანონის, „ადგილობრივი თვითმმართველობის კოდექსის“ მიხედვით, მუნიციპალიტეტს აქვს წარმომადგენლობითი ორგანო და აღმასრულებელი ორგანო:



<p>მუნიციპალიტეტის წარმომადგენლობითი ორგანოა კოლევგიური ადმინისტრაციული ორგანო – მუნიციპალიტეტის საკრებულო (ათკ-ის 23-ე მუხლი)</p>	<p>მუნიციპალიტეტის აღმასრულებელი ორგანო და მუნიციპალიტეტის უმაღლესი თანამდებობის პირი არის მერი (ათკ-ის 48-ე მუხლი)</p>
--	---

<p><b>მუხლი 32. მუნიციპალიტეტის საკრებულოს თანამდებობის პირები</b></p> <p>მუნიციპალიტეტის საკრებულოს თანამდებობის პირები არიან:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>ა) მუნიციპალიტეტის საკრებულოს თავმჯდომარე;</li> <li>ბ) მუნიციპალიტეტის საკრებულოს თავმჯდომარის მოადგილე;</li> <li>გ) მუნიციპალიტეტის საკრებულოს კომისიის თავმჯდომარე;</li> <li>დ) მუნიციპალიტეტის საკრებულოს ფრაქციის თავმჯდომარე;</li> <li>ე) მუნიციპალიტეტის საკრებულოს ფრაქციის თავმჯდომარის მოადგილე.</li> </ul>	<p><b>მუხლი 52. მერიის თანამდებობის პირები</b></p> <p>1. მერიის თანამდებობის პირები არიან:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>ა) მერი;</li> <li>ბ) მერის პირველი მოადგილე;</li> <li>გ) მერის მოადგილე;</li> <li>დ) მერიის სტრუქტურული ერთეულის ხელმძღვანელი.</li> </ul>
---	---

თბილისის ადმინისტრაციულ ერთეულში – რაიონში იქმნება თბილისის მერიის ტერიტორიული ორგანო – თბილისის რაიონის გამგეობა (ათკ-ის მე-80 მუხლი), ხოლო ათკ-ის 81-ე მუხლის 1-ლი პუნქტის მიხედ-

ვით, რაიონის გამგეობის თანამდებობის პირები არიან:



- |  |
|--|
| ა) რაიონის გამგებელი;<br>ბ) რაიონის გამგებლის მოადგილე;<br>გ) რაიონის გამგეობის სტრუქტურული ერთეულის ხელმძღვანელი. |
|--|

მოხელის დასადგენად უაღრესად მნიშვნელოვანია „საჯარო დაწესებულებაში ინტერესთა შეუთავსებლობისა და კორუფციის შესახებ“ კანონის მე-2 მუხლის პირველი პუნქტი, რომელიც სახელდებით ჩამოთვლის თანამდებობის პირებს. მიუხედავად ამისა, ამგვარი ჩამონათვალი ამომწურავი არ არის, რაც პირდაპირ გამომდინარეობს აღნიშნული მუხლიდან. მაგალითად, აღნიშნული კანონის პირველი პუნქტის „შ“ ქვეპუნქტი მიუთითებს, რომ თანამდებობის პირები ასევე არიან „საქართველოს კონსტიტუციის პირდაპირი მითითების საფუძველზე არჩეული, დანიშნული ან დამტკიცებული სხვა პირები“

ამავე მუხლის მე-2 პუნქტის აკონკრეტებს „თანამდებობის პირთა“ ნუსხას როგორც სამეწარმეო, ისე არასამეწარმეო იურიდიული პირის ხელმძღვანელების სახით. კერძოდ, თანამდებობის პირად მიჩნეულები არიან:



<p>სახელმწიფოს ან ადგილობრივი თვითმმართველობის ორგანოს მიერ დაფუძნებული არასამეწარმეო (არაკომერციული) იურიდიული პირის (გარდა კულტურული, საგანმანათლებლო, სამეცნიერო, კვლევითი და სასპორტო საქმიანობისათვის შექმნილი არასამეწარმეო (არაკომერციული) იურიდიული პირებისა) ხელმძღვანელი („ბ“ ქვეპუნქტი).</p>	<p>იმ საწარმოს ხელმძღვანელი, რომლის აქციათა ან წილის 100 პროცენტს ფლობს სახელმწიფო ან ადგილობრივი თვითმმართველობის ორგანო, აგრეთვე ამ საწარმოს შვილობილი საწარმოს ხელმძღვანელი („გ“ ქვეპუნქტი).</p>
---	---

### III. მოხელესთან გათანაბრებული პირი

ვინაიდან მოხელესთან გათანაბრებული პირი ქმედების შემადგენლობის შეფასებითი ნიშანია, ხოლო სისხლის სამართალში კანონიერების პრინციპის განუხრელი დაცვა სამართლებრივი სახელმწიფოს უმნიშვნელოვანესი ვალდებულებაა, აუცილებელია ზუსტად განისაზღვროს თუ რას ნიშნავს „მოხელესთან გათანაბრებული პირი“. მაშასადამე, ნორმის შემფარდებელმა უნდა დაადგინოს განსაზღვრული დანაშაულის შემადგენლობის ნიშნების შემცველი ქმედების განმახორციელებელი უნდა ჩაითვალოს თუ არა მოხელესთან გათანაბრებულ პირად.

აღნიშნული ტერმინის საზღვრების დასადგენად, უპირველეს ყოვლისა, ყურადღებით უნდა გავვცნოთ სსკ-ის 332-ე მუხლის შენიშვნას, რომელიც გარკვეულ ორიენტირებს იძლევა.

სსკ-ის 332-ე მუხლის შენიშვნის მიხედვით:

1. „ამ თავით გათვალისწინებული დანაშაულის სუბიექტები ასევე არიან საჯარო სამართლის იურიდიული პირების (გარდა პოლიტიკური და რელიგიური გაერთიანებებისა) ის თანამშრომლები, რომლებიც

ახორციელებენ საჯაროსამართლებრივ უფლებამოსილებას, საქართველოს პარლამენტის დროებითი კომისიების წევრები და თანამშრომლები, საარჩევნო სუბიექტები (მხოლოდ ამ კოდექსის 338-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულის მიზნებისათვის), კერძო აღმასრულებლები, აგრეთვე ნებისმიერი სხვა პირი, რომელიც საქართველოს კანონმდებლობის საფუძველზე ახორციელებს საჯაროსამართლებრივ უფლებამოსილებას.

2. ამ თავის მიზნებისათვის, მოხელესთან გათანაბრებული პირი ასევე გულისხმობს უცხო ქვეყნის სახელმწიფო თანამდებობის პირს (მათ შორის, საკანონმდებლო ან/და ადმინისტრაციული უფლებამოსილების განმახორციელებელი სახელმწიფო ორგანოს წევრს), ნებისმიერ პირს, რომელიც ასრულებს რაიმე საჯარო ფუნქციას სხვა სახელმწიფოსთვის, საერთაშორისო ორგანიზაციის ან ორგანოს თანამდებობის პირს ან ხელშეკრულების საფუძველზე დაქირავებულ თანამშრომელს, აგრეთვე ნებისმიერ მივლინებულ ან არამივლინებულ პირს, რომელიც ასრულებს ამ თანამდებობის პირის ან თანამშრომლის ფუნქციების შესაბამის ფუნქციებს, უცხო ქვეყნის ნაფიც მსაჯულებს, რომლებიც ასრულებენ თავიანთ ფუნქციებს უცხო ქვეყნის კანონმდებლობის საფუძველზე, საერთაშორისო საპარლამენტო კრების წევრს, სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს წარმომადგენელს, საერთაშორისო სასამართლოს ან სასამართლო ორგანოს მოსამართლეს და თანამდებობის პირს.
3. ამ კოდექსის 338-ე და 339-ე მუხლებით გათვალისწინებულ დანაშაულთა სუბიექტები ასევე არიან საქართველოსა და უცხო ქვეყნის არბიტრაჟების წევრები, ხოლო ამ კოდექსის 338-ე-339<sup>1</sup> მუხლებით გათვალისწინებულ დანაშაულთა სუბიექტები – ნაფიცი მსაჯულები (ნაფიცი მსაჯულობის კანდიდატები), რომლებიც საქართველოს კანონმდებლობის საფუძველზე ახორციელებენ აღნიშნულ უფლებამოსილებას.“

აღნიშნულ შენიშვნაში რამდენიმე მომენტია საინტერესო:

1. ერთ-ერთი გამწყვეტი ნიშანი, რომელიც მოხელესთან გათანაბრებულ პირად მიჩნევისთვის არის აუცილებელი, არის საჯაროსამართლებრივი უფლებამოსილება;

2. ვინაიდან მოხელის დეფინიციაში ერთ-ერთი გადამწყვეტი მომენტი სწორედ ისაა, რომ საჯაროსამართლებრივი უფლებამოსილებაში მხოლოდ საქართველოს სახელით, ანუ საქართველოს სახელმწიფოს სახელით განხორციელებული უფლებამოსლება იგულისხმება, ამიტომ კანონმდებელმა მოხელესთან გათანაბრებულ პირში უცხო ქვეყნის ან ორგანიზაციის საჯაროსამართლებრივი უფლებამოსილება სპეციალური დათქმით მოიაზრა;
3. მოცემული შენიშვნა მოხელესთან გათანაბრებული პირს ზოგჯერ მხოლოდ კონკრეტული სამოხელეო დანაშაულის შემადგენლობის სუბიექტად ასახელებს. მაგალითად:
  - საარჩევნო სუბიექტები მხოლოდ ქრთამის აღების (სსკ-ის 338-ე მუხლი) სუბიექტები არიან,
  - ქრთამის აღების (სსკ-ის 338-ე მუხლი) და ქრთამის მიცემის სუბიექტები (სსკ-ის 339-ე მუხლი) საქართველოსა და უცხო ქვეყნის არბიტრაჟების წევრები,
  - ქრთამის აღების (სსკ-ის 338-ე მუხლი), ქრთამის მიცემის (სსკ-ის 339-ე მუხლი) და ზეგავლენით ვაჭრობის (სსკ-ის 339<sup>1</sup>-ე მუხლი) სუბიექტები - ნაფიცი მსაჯულები (ნაფიცი მსაჯულობის კანდიდატები), რომლებიც საქართველოს კანონმდებლობის საფუძველზე ახორციელებენ აღნიშნულ უფლებამოსილებას.

#### IV. დასკვნა

როგორც გაირკვა მოხელის ამსრულებლად მიჩნევისთვის კანონმშემდგომად ბელს კანონმდებელი აძლევს მოხელეთა ამომწურავ ჩამონათვალს. გამომდინარე იქიდან, რომ ამა თუ იმ ფორმით კერძოსამართლებრივ ურთიერთობებში სახელმწიფოც მონაწილეობს, გარდაუვალია საჯაროსამართლებრივი უფლებამოსილების დელეგირება. ამგვარ სიტუაციაში დელეგირებული უფლებამოსილების ფარგლებში კონკრეტული პირი საჯაროსამართლებრივი უფლებამოსილების განმახორციელებლად გვევლინება, რის გამოც შეუძლებელია დაცული სამართლებრივი სიკეთე არ იყოს სახელმწიფოს ინტერესები. შესაბამისად, გაუმართლებელი იქნება, თუკი ნორმაშემდგომებითი საქმიანობა შემზღვეული იქნება მხო-

ლოდ მოხელის ამომწურავი ჩამონათვალით.

მოხელესთან გათანაბრებული პირის ცნების არსებობით გადალახულია ამგვარი შეზღუდვა. თუმცა, ეს იმას არ ნიშნავს, თითქოს მხოლოდ კანონშემფარდებლის სუბიექტურ შეხედულებაზეა მინდობილი კონკრეტული პირის მოხელესთან გათანაბრებულ პირად მიჩნევა. როგორც დავინახეთ, მოხელესთან გათანაბრებული პირის დასადგენად კანონშემფარდებელმა სსკ-ის 332-ე მუხლის შენიშვნაში პირდაპირ მიუთითა იმ ორიენტირებზე, რომელზე დაყრდნობითაც ნორმაშეფარდებით საქმიანობაში გამოირიცხება სუბიექტივიზმი და კანონიერების პრინციპის დარღვევის საშიშროება.

## „სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულები“ გერმანულ სისხლის სამართალში

პროფ. დოქტ. მარტინ შაულ ვასმერი, კიოლნის უნივერსიტეტი

პოპულიზმის კვლავ გაძლიერებასთან ერთად არსებითი მნიშვნელობა შეიძინეს ე.წ. „სიძულვილით მოტივირებულმა დანაშაულებმა“. „სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულები“ წინააღმდეგ ბრძოლა საერთაშორისო საზოგადოებამ დიდი ხნის წინ დაიწყო. ჯერ კიდევ 50-ზე მეტი წლის წინ ითხოვდა „რასობრივი დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ“ (ICERD) გაეროს საერთაშორისო კონვენცია (21.12.1965<sup>1</sup>) დისკრიმინაციული ქმედებისათვის სასჯელის დაწესებას. აღნიშნულს ევროპაში თან სდევდა 2003 წლის 28 იანვრის<sup>2</sup> დამატებითი ოქმი ევროსაბჭოს 2001 წლის 23 ნოემბრის „კომპიუტერული სისტემების გამოყენებით ჩადენილი რასობრივი და ქსენოფობიური ქმედებების კრიმინალიზების შესახებ“ კონვენციისათვის და ევროკავშირის საბჭოს 2008 წლის 28 ნოემბრის<sup>3</sup> ჩარჩო გადაწყვეტილება (2008/913/ JI) რასიზმისა და ქსენოფობიის განსაზღვრული ფორმებისა და მათი გამოხატვის სხვადასხვა სახის წინააღმდეგ სისხლის სამართლებრივი ბრძოლის შესახებ.

### I. ცნების წარმოშობა

ცნება „სიძულვილით მოტივირებული დანაშაული“ სათავეს იღებს 1960-იანი და 1970-იანი წლების ამერიკული სამოქალაქო მოძრაობების დროს<sup>4</sup>. აშშ-ის თანამედროვე კანონმდებლობა დაიწყო 1968 წლის სამოქალაქო უფლებების შესახებ აქტით, რომლითაც აშშ-ის კოდექსის მე-18 ნაწილში §245 იქნა შემოღებული. აღნიშნულით შესაძლებელი გახდა ფედერალურ დონეზე სისხლისსამართლებრივ დანაშაულად მიჩნეულიყო პირისად-

<sup>1</sup> International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, BGBl. 1969 II S. 962.

<sup>2</sup> Sammlung Europäischer Verträge (SEV), Nr. 189.

<sup>3</sup> ABl. EU L 328 v. 6.12.2008, S. 55.

<sup>4</sup> Sotiriadis, KJ 2014, 261, 262.

მი მისი რასის, კანის ფერის, რელიგიის ან ეროვნების გამო ძალადობის განხორციელების მუქარა, მისი დაზიანება, დაშინება ან მისთვის ზიანის მიყენება<sup>5</sup>. ასეთი დანაშაულები ხშირად კონკრეტულ ჯგუფთან დაკავშირებული ცრურწმენებით არის განპირობებული. სწორედ ამიტომ, ხშირ შემთხვევაში საუბრობენ ე.წ. „კლიშეების დანაშაულებზე“<sup>6</sup> ან მიკერძოებული ქმედებების დასჯადობაზე<sup>7</sup>. აღნიშნული ცნებით დანაშაულის ჩადენის მოტივაცია თითქოსდა უფრო ნათლად კი გამოიხატება, თუმცა ეს მაინც ნაკლებად აღსაქმელია. შინაარსობრივად ამ დროს საქმე ეხება ადამიანის ღირსების შელახვას, რომელიც ევროკავშირში ძირითადი უფლებების ქარტიის პირველი მუხლით და გერმანიაში ძირითადი კანონის პირველი მუხლის პირველი აბზაციტაა დასჯული.

აშშ-ის შემდგომი კანონმდებლობის საფუძველს წარმოადგენდა ანტიცილისმწამებლური ლიგის (ADL) 1981 წლის სამოდელო პროექტი, რომელიც ითვალისწინებდა სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულების სისხლისსამართლებრივი დასჯადობის გამკაცრებას. აღნიშნული პროექტი უმეტესწილად გათვალისწინებულ იქნა შტატების დიდი ნაწილის მიერ<sup>8</sup>. სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულების წინააღმდეგ დღეისათვის არსებული აშშ-ის ცალკეული შტატების კანონმდებლობა ნაწილობრივ მნიშვნელოვნად განსხვავდება ერთმანეთისგან: ერთი მხრივ, ჩადენილი დანაშაულისათვის სასჯელი გამრდილია, ნაწილობრივ გაორმაგებულია ან საერთოდ გასამმაგებელიც კია; მეორე მხრივ, სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულების შემთხვევაში, დარღვევის შეფასება ლავირებს ადმინისტრაციული სამართალდარღვევიდან სისხლისსამართლებრივ დანაშაულამდე. და ბოლოს, სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულებისთვის ასევე დამოუკიდებელი სახით არსებობს ცალკე შემადგენლობები, რომელთათვისაც გათვალისწინებული სასჯელები ემატება ან ერთიანდება ამავედროულად ჩადენილ სხვა დანაშაულებისთვის გათვალისწინებულ სასჯელებთან<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Streissguth, Hate Crimes, 2003, S. 20.

<sup>6</sup> Kohlstruck, Berliner Forum Gewaltprävention Nr. 16 (2004), 67, 68.

<sup>7</sup> შეად. მხოლოდ Lang, Vorurteilsriminalität, 2014.

<sup>8</sup> Aydin, Die strafrechtliche Bekämpfung von Hassdelikten in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika, 2006, S. 59 ff.

<sup>9</sup> Ege, ZStR 2012, 276, 283 m.w.N.

## II. სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულების გერმანული სტატისტიკა

გერმანიაში სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულები ერთიანდება ე.წ. „პოლიტიკურად მოტივირებული დანაშაულების“ ქვეშ. შინაგან საქმეთა მინისტრთა კონფერენციის 2011 წლის 10 მაისის გადაწყვეტილებით, შემუშავდა ამ დანაშაულების დეფინიციის საერთო კრიტერიუმები<sup>10</sup> და მათი მოქმედება კანონის უკუძალის გამოყენებით, 2001 წლის პირველი იანვრიდან დადგინდა. აღნიშნული კრიტერიუმების თანახმად, „პოლიტიკურად მოტივირებული დანაშაულები“ განეკუთვნებიან სახელმწიფო უსაფრთხოების წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულებს და ასევე იმ დანაშაულებს, რომლებსაც შეუძლიათ გავლენა მოახდინონ გადაწყვეტილების მიღების დემოკრატიულ პროცესებზე. ისინი მიმართულნი არიან თავისუფალი დემოკრატიული წესრიგის წინააღმდეგ ან ძალადობის გამოყენებით საფრთხეს უქმნიან გერმანიის საგარეო ინტერესებს. გარდა ამისა, აღნიშნულს განეკუთვნება ასევე ის დანაშაულები, რომლებიც „კონკრეტული პირის წინააღმდეგ მიმართულია მისი პოლიტიკური შეხედულებების, ეროვნების, ეთნიკური წარმომავლობის, რასის, კანის ფერის, რელიგიის, მსოფლმხედველობის, სქესობრივი ორიენტაციის ან მისი საზოგადოებრივი სტატუსის გამო“. ისინი, შესაძლოა „იმავე მიზეზით მიმართული იყოს კონკრეტული ინსტიტუციის, ნივთის ან ობიექტის მიმართაც“.

პოლიტიკურად მოტივირებული დანაშაულების სტატისტიკის მიხედვით, ე.წ. სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულების სტატისტიკამ 2016 წელს<sup>11</sup> 10 751-იანი მაჩვენებლით მნიშვნელოვნად მოიმატა და უმაღლეს ნიშნულს მიაღწია. აღნიშნული შედეგით შემაშფოთებელი ტრენდის არსებობა ფიქსირდება. როცა 1980-იან წლებში ყოველწლიურად საშუალოდ 1300 დანაშაული რეგისტრირდებოდა, 1990-იან წლებში აღნიშნული მაჩვენებელი უკვე 4000-ს შეადგენდა<sup>12</sup>. 2001 წლიდან 2014 წლამდე ამგვარი შემთხვევების რაოდენობა 3850-დან 5858-მდე მერყეობდა<sup>13</sup>, რათა საბო-

<sup>10</sup> „Definitionssystem Politisch motivierte Kriminalität“ und „Richtlinien für den Kriminalpolizeilichen Meldedienst in Fällen Politisch motivierter Kriminalität (KPMd-PMK)“, შუად. BT-Drucks. 17/1928 S. 4; კრიტ. Kubink, ZRP 2002, 308, 311 ff.

<sup>11</sup> Bundesministerium des Innern, Politisch Motivierte Kriminalität im Jahr 2016, S. 5.

<sup>12</sup> Künast/Köhler, ZRP 2002, 132.

<sup>13</sup> შუად. Bundesministerium des Innern, Übersicht „Hasskriminalität – Entwicklung der

ლოოდ, 2015 წელს, მაშასადამე, ე.წ. „ლტოლოვილების კრიზისის წელს“ 75%-ით (10 373) გაზრდილიყო! აქედან გამომდინარე, გასაკვირი არ არის ის, რომ 2015 და 2016 წლებში დანაშაულების 80% (8529; 8983) წარმოადგენდა ქსენოფობიური ხასიათის დანაშაულებს. ამათგან დანაშაულების 30% (2015: 3084; 2016: 3177) გამოიხატა სიძულვილით მოტივირებული გზავნილების ინტერნეტსივრცეში გამოქვეყნებაში. უმეტესად, საცემე ეხებოდა ეროვნული შუღლის გაღვივებას (2016: 2279). თუმცა, ძალადობრივი დანაშაულების წილიც - დანაშაულების 15% - მნიშვნელოვანი იყო (2016: 1567). მთლიანობაში სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულების 90%-ზე მეტი 2016 წელს ე.წ. „მემარჯვენე პოლიტიკურად მოტივირებული დანაშაულების“ ქვეშ ექცეოდა, მაშასადამე, განპირობებული იყო მემარჯვენე ექსტრემისტული განწყობებით.

### **III. სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულები გერმანულ კანონმდებლობაში**

#### **1. შესავალი**

გერმანული სისხლის სამართალი სიძულვილით მოტივირებულ დანაშაულებს უკვე დიდი ხანია, რაც ყურადღებას უთმობს. ეროვნული შუღლის გაღვივებით (გერმანიის სსკ-ის §130) დასჯადია, არამხოლოდ სიძულვილის და ძალადობრივი ან თვითნებური ქმედებების განხორციელების სურვილის გაღვივება, არამედ ლანძღვით, ბოროტად აბუჩად აგდებით ან ცილისწამებით პირის ღირსების შელახვა (პირველი აბზაცი). დანაშაულის შემადგენლობა ასევე მოიცავს „ნაწერების“ (მე-2 აბზაცი) გავრცელებას ან მათ საჯაროდ ხელმისაწვდომად ქცევას, რასაც უთანაბრდება (გერმანიის სსკ-ის §11 აბზ. მე-3) აუდიო- და ფოტოჩანაწერების, მონაცემთა შენახვების, ილუსტრაციების ან სხვაგვარი ფორმის გამოსახულებების რადიოში, მედია ან ტელევიზორებში გავრცელება. გარდა ამისა, დასჯადია (მე-3 აბზაცი) გენოციდის მიზნით განხორციელებული იმ ქმედებების საჯარო მოწონება, უარყოფა ან გამართლება, რომელთაც ადგილი ჰქონდათ ნაცისტების დროს (ე.წ. ოსვენციმის ტყუილი). მეორე ადგილზე გვხვდება ე.წ.

გაერთიანების და პროპაგანდისტული დანაშაულები (გერმანიის სსკ-ის § 85-85a), დანაშაულების ჩადენისათვის საჯარო მოწოდება (გერმანიის სსკ-ის §111), დანაშაულების ჩადენის მოწონება ან ჩადენისათვის წახალისება (გერმანიის სსკ-ის §140), შეურაცხყოფის შემადგენლობები (გერმანიის სსკ-ის §185 და შემდგომი), იძულება და მუქარა (გერმანიის სსკ-ის §240, 241)<sup>14</sup>. ასევე, დასჯადია რელიგიური აღმსარებლობების, რელიგიური გაერთიანებების და მსოფლმხედველობრივი გაერთიანებების შეურაცხყოფა (გერმანიის სსკ-ის §166)<sup>15</sup>. და ბოლოს, ქსენოფობიური ან რასისტული მოტივით მკვლელობის შემთხვევაში (გერმანიის სსკ-ის §211), როგორც წესი, სახეზეა დანაშაულის ჩადენის მამოძრავებელი ე.წ. მდაბიო მოტივების ნიშანი<sup>16</sup>.

გარდა ამისა, სასჯელის ზომის განსაზღვრისას (გერმანიის სსკ-ის §46) შესაძლებელია არაჰუმანური მოტივების გათვალისწინება. გერმანიის სსკ-ის §46 მე-2 აბზაცის მე-2 წინადადება სასჯელის ზომის განსაზღვრისთვის მნიშვნელოვან გარემოებად „დამნაშავის მოტივებთან და მიზნებთან“ ერთად ასახელებს „დამოკიდებულებას, რომელიც დანაშაულიდან გამომდინარეობს“. აღნიშნულთან დაკავშირებით პრაქტიკაში დადგენილია, რომ რასისტული და ქსენოფობიური მოტივები სასჯელის გამკაცრებას იწვევენ<sup>17</sup>. მსგავსად შესაძლებელი იყო „ბრალეული შედეგების“ და „დანაშაულის განხორციელების პროცესის“ გათვალისწინებაც, რადგან ამ შემთხვევაში დანაშაულები, როგორც წესი, იწვევენ განსაკუთრებულ ზიანს და მსხვერპლი მისი კონკრეტული ჯგუფისადმი კუთვნილებიდან გამომდინარე აირჩევა<sup>18</sup>.

## 2. ევროკავშირისა და ევროსაბჭოს სამართლებრივი ინსტრუმენტები

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, ნაშრომის დასაწყისში სხე-

---

<sup>14</sup> Weiß, in: Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2014, § 25 Rn. 40.

<sup>15</sup> Schreier, NJ 2015, 323, 324.

<sup>16</sup> BGHSt 18, 37 (Rassenhass); BGH NJW 2000, 1583 (Ausländerhass); Schreier, NJ 2015, 323, 325 m.w.N.; BT-Drucks. 17/3124 S. 8.

<sup>17</sup> Sotiriadis, KJ 2014, 261, 272 m.w.N.

<sup>18</sup> Sotiriadis, KJ 2014, 261, 268 ff.

ნებული ევროპული სამართლებრივი ინსტრუმენტების გერმანიაში იმპლემენტაციისას მხოლოდ მცირე ცვლილებების განხორციელება დადგა დღის წესრიგში. გერმანიის სსკ-ის §130 თავდაპირველად ეხებოდა მხოლოდ „მოსახლეობის ცალკეულ ნაწილებს“, 2003 წლის დამატებითი პროტოკოლის და 2008/913/ი ჩარჩო-გადაწყვეტილების საფუძველზე კი აღნიშნული პარაგრაფი გავრცელდა ცალკეული წევრებისადმი სიძულვილისა და ძალადობის განხორციელების წაქეზებაზეც<sup>19</sup>. სხვა მხრივ, გერმანული სამართალი შეესაბამებოდა აღნიშნულ მოთხოვნებს. განსაკუთრებით აღსანიშნავია, რომ გერმანიის სსკ-ის §46-ით გათვალისწინებულია ჩარჩო-გადაწყვეტილების მე-4 მუხლის მოთხოვნა, რომლის თანახმადაც, დანაშაულის ჩადენის მამოძრავებელი რასისტული და ქსენოფობიური მოტივები ან დამამძიმებელ გარემოებად უნდა იქნას მიჩნეული ან შესაძლოა გათვალისწინებულ იქნას სასჯელის ზომის განსაზღვრისას<sup>20</sup>.

### 3. საერთაშორისო ორგანიზაციების რეკომენდაციები

მიუხედავად ამისა, საერთაშორისო ორგანოების მხრიდან არსებობს რეკომენდაცია, რომლის თანახმადაც, რასისტული მოტივებით დანაშაულის ჩადენა დასახელებულ უნდა იქნას სასჯელის ზომის განსაზღვრის საფუძველად. აღნიშნულით გაიზარდა პოლიტიკური ზეწოლა. ამგვარი რეკომენდაციები გასცა არამხოლოდ ევროკავშირის კომისიამ რასიზმისა და შეუწყნარებლობის წინააღმდეგ ბრძოლის შესახებ 2000 წლის 15 დეკემბერს, 2009 წლის 26 მაისს და 2014 წლის 25 თებერვალს<sup>21</sup>, არამედ აგრეთვე რასობრივი დისკრიმინაციის აღმოფხვრის კომიტეტმა 2008 წლის 13 აგვისტოს<sup>22</sup> და გაერთიანებული ერების რასიზმის საკითხებში

---

<sup>19</sup> BT-Drucks. 17/3124 S. 6.

<sup>20</sup> BT-Drucks. 17/3124 S. 8.

<sup>21</sup> Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) des Europarates, Bericht über Deutschland, zweite Prüfungsrunde, veröffentlicht am 15.12.2000, vierte Prüfungsrunde, veröffentlicht am 26.5.2009, fünfte Prüfungsrunde, veröffentlicht am 25.2.2014; vgl. BT-Drucks. 16/10123 S. 1 und BT-Drucks. 18/3007 S. 14.

<sup>22</sup> Schlussbemerkungen des Ausschusses für die Beseitigung der Rassendiskriminierung – CERD – der Vereinten Nationen zu den 16. bis 18. Staatenberichten Deutschlands, CERD/C/DEU/CO/18, angenommen am 13. August 2008, Nr. 26.

სპეციალურმა მომხსენებელმა 2010 წლის 22 თებერვალს<sup>23</sup>.

#### 4. ბუნდესრატის პირველი - 2008 წლის 13 აგვისტოს - კანონპროექტი

ფედერაციის მიწებმა<sup>24</sup> ჯერ კიდევ 2000 წელს წარუდგინეს ბუნდესრატს საკანონმდებლო ინიციატივები, რომელთა მიხედვითაც, ექსტრემისტული დანაშაულების დევნა და ადამიანის ღირსების სისხლისსამართლებრივი დაცვა უკეთესად უნდა განხორციელებულიყო. ბუნდესტაგშიც შევიდა სათანადო განაცხადები, თუმცა, უშედეგოდ<sup>25</sup>.

რიგით მე-16 მოწვევის ბუნდესრატის უფლებამოსილების მოქმედების პერიოდში, კერძოდ, 2008 წლის 13 აგვისტოს, ორგანოში შევიდა ბრანდენბურგის, მეკლენბურგ-წინაპრომენანის და საქსონია-ანჰალტის ერთობლივი ინიციატივით შემუშავებული კანონპროექტი სისხლის სამართლის კოდექსის ცვლილების თაობაზე<sup>26</sup>. აღნიშნული ინიციატივით, გერმანიის სსკ-ის §46-ში სასჯელის ზომის განსაზღვრის საფუძვლად განსაკურებით გათვალისწინებულ უნდა ყოფილიყო დანაშაულის ჩადენის მამოძრავებელი „არაჰუმანური, რასისტული ან ქსენოფობიური“ მოტივები და მიზნები. გარდა ამისა, გერმანიის სსკ-ის §47, 56-ის შევსება უნდა მომხდარიყო. კერძოდ, თუკი სახეზე იქნებოდა დანაშაულები, რომელთა ჩადენაზეც ამგვარმა მოტივაციამ მინიმუმ თანაგავლენა იქონია, მართლწესრიგის დაცვის მიზნით, „როგორც წესი“, უნდა დადგენილიყო იმის შესაძლებლობა, რომ აღსრულებულიყო და გამოყენებულიყო 6 თვეზე ნაკლები ვადითაც სასჯელები თავისუფლების აღკვეთის სახით.

ინიციატივის მთავარ დასაბუთებას<sup>27</sup> წარმოადგენდა არგუმენტი, რომლის თანახმადაც, სიძულვილითა და ცრურწმენებით მოტივირებული დანაშაულების რაოდენობიდან გამომდინარე, ყოვლისმომცველი და

---

<sup>23</sup> Bericht des Sonderberichterstatters der Vereinten Nationen für Rassismustfragen, Githu Muigai, über seinen Deutschlandbesuch, A/HRC/14/43/Add. 2 v. 22.2.2010, Rn. 78.

<sup>24</sup> Baden-Württemberg: BR-Drucks. 564/00 v. 21.9.2000; Brandenburg: BR-Drucks. 577/00 v. 26.9.2000; Mecklenburg-Vorpommern: BR-Drucks. 759/00 v. 16.11.2000.

<sup>25</sup> შეად. Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses (4. Ausschuss), BT-Drucks. 14/5695.

<sup>26</sup> BT-Drucks. 16/10123; Sead. BR-Drucks. 572/07 v. 20.8.2007.

<sup>27</sup> BT-Drucks. 16/10123 S. 7.

მუდმივი ქმედებების განხორციელების აუცილებლობა იდგა დღის წესრიგში. რასობრივი ან ქსენოფობიური მოტივებით ჩადენილი დანაშაულები სხვა ადამიანებს „მდაბლად“ განიხილავს და მათ იმგვარად ამცირებს, რომ სისხლისსამართლებრივი ჩარევის აუცილებლობას ჯერ კიდევ გერმანიის ძირითადი კანონის პირველი მუხლის პირველი აბზაცის მე-2 წინადადების (ადამიანის ღირსება) საფუძველზე იწვევს. იმავდროულად, გერმანიის ძირითადი კანონის მე-3 მუხლის 1-ელი აბზაცით გათვალისწინებული დისკრიმინაციის აკრძალვის შესაბამისად, მხედველობაში უნდა იქნას მიღებული დანაშაულის ჩადენის ყველა არაჰუმანური საფუძველი და მიზანი, მათ შორის, როგორცაა შემლუღული შესაძლებლობების ან განსხვავებული რელიგიური შეხედულების ქონა. დანაშაულები მსხვერპლისადმი, როგორც ინდივიდისადმი კი არ არის მიმართული, არამედ როგორც იმ ადამიანთა ჯგუფის წარმომადგენლისადმი, რომლის მიმართაც დამნაშავეს ზიზღი გააჩნია და შესაბამისად, მისადმი დანაშაულის ჩადენა ამ ჯგუფის ყველა წევრში შიშის და ტერორის გავრცელებას გამოიწვევს. სწორედ ამით იზომება უმართლობა. სახელმწიფო ვალდებულია განსაკუთრებით გამოკვეთილად გაკიცხოს ამგვარი დანაშაულები.

მაშინდელმა ე.წ. „შავ-წითელმა“ ფედერალურმა მთავრობამ (ქრისტიან-დემოკრატიული კავშირი/ბავარიის ქრისტიან-სოციალური კავშირი და სოციალ-დემოკრატიული პარტია) კითხვის ნიშნის ქვეშ დააყენა შემოთავაზებული ცვლილებების აუცილებლობა და მართებულობა<sup>28</sup>. მათი მოსაზრებით, დანაშაულის ჩადენის მოტივები და მიზნები გერმანიის სსკ-ის §46-ით უკვე საკმარისად იყო გათვალისწინებული. ხანმოკლე დროით თავისუფლების აღკვეთის სასჯელის სახით „მუდმივი“ გამოყენება და აღსრულება არსებულ სისტემას შეცვლიდა, რომლის მიხედვითაც, აღნიშნული სახის სასჯელი მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევებში გამოიყენება. და ბოლოს, კითხვები არსებობდა ცნების თვალსაზრისითაც, კერძოდ ბუნდოვანი იყო თუ რომელი რასისტული და ქსენოფობიური მოტივები წარმოადგენდნენ იმავდროულად არაჰუმანურ მოტივებს. კანონპროექტს ლიტერატურაში მხარდაჭერასთან ერთად,<sup>29</sup> უმეტესად უარყოფაც მოჰყვა თან. აღინიშნა, რომ ცვლილებებს „უფრო მეტი სიმბოლური დატ-

<sup>28</sup> BT-Drucks. 16/10123 S. 11.

<sup>29</sup> Stegbauer, NJ 2008, 108, 109 f.

ვირთვა ჰქონდა, ვიდრე პრაქტიკული<sup>30</sup>. სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულების შემთხვევაში, უკვე ხდებოდა არაპროპორციულად ხშირად ხანმოკლე დროით თავისუფლების აღკვეთის გამოყენება სასჯელის სახით და „სპეციალური სისხლის სამართლის“ შემოღება დამნაშავეთა ცალკეული ჯგუფებისადმი უადგილო იყო<sup>31</sup>. საბოლოოდ, საკანონმდებლო ინიციატივა დროის გასვლასთან ერთად მივიწყებულ იქნა.

## 5. ბუნდესრატის მეორე - 2012 წლის 18 აპრილის – კანონპროექტი

რიგით მე-17 მოწვევის ბუნდესრატის უფლებამოსილების პერიოდში, 2012 წლის 18 აპრილს, ბუნდესრატში ექვსმა ფედერაციულმა მინამ მეორე საკანონმდებლო ინიციატივა შეიტანა<sup>32</sup>. აღნიშნულს წინ უძღოდა, სოციალ-დემოკრატიული პარტიის<sup>33</sup> ფრაქციის, გაერთიანება 90-ისა და მწვანეების ერთობლივი ფრაქციის საკანონმდებლო ინიციატივები<sup>34</sup>. საკანონმდებლო ინიციატივა კვლავ ითვალისწინებდა გერმანიის სსკ-ის §46-ის შევსებას და ამასთან, ფორმულირება ამ შემთხვევაში შედარებით უფრო ნათლად იყო ჩამოყალიბებული, კერძოდ, ნახსენები იყო დანაშაულის განხორციელების მამოძრავებელი „არაჰუმანური, განსაკუთრებით რასისტული და ქსენოფობიური“ მოტივები და მიზნები. რეგულაციები, რომლებიც სასჯელის სახით ხანმოკლე დროით თავისუფლების აღკვეთას ითვალისწინებდა, ამ კანონპროექტში აღარ იყო მოცემული. საკანონმდებლო ინიციატივა დასაბუთებული იყო<sup>35</sup> სისხლის სამართლის მხრიდან „მკაფიო სიგნალის“ არსებობის აუცილებლობის არგუმენტით. სისხლისსამართლებრივი დევნის განმახორციელებელი ორგანოებისა და სასამართლოების მგრძობელობა ამ მოტივებთან მიმართებით უნდა გაზრდილიყო და ამ მოტივებს მათი მხრიდან მომავალში ბევრად უფრო დიდი მნიშვნელობა უნდა მინიჭებოდათ.

---

<sup>30</sup> Hellmann/Gärtner, NJW 2011, 961, 965.

<sup>31</sup> Keiser, ZPR 2010, 46, 48, 49.

<sup>32</sup> Berlin, Bremen, Hamburg, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt, Thüringen, შეად. BT-Drucks. 17/9345.

<sup>33</sup> BT-Drucks. 17/8131 v. 14.12.2011.

<sup>34</sup> BT-Drucks. 17/8796 v. 29.2.2012.

<sup>35</sup> BT-Drucks. 17/9345 S. 6.

ამ შემთხვევაში უკვე შავ-ყვითელმა ფედერალურმა მთავრობამ (ქრისტიან-დემოკრატიული კავშირი/ბაგარიის ქრისტიან-სოციალური კავშირი და გერმანიის თავისუფალი დემოკრატიული პარტია) საკუთარი პოზიციის დაფიქსირებისას მიუთითა, რომ ცვლილებას „უმეტესად სიმბოლური ხასიათი“ ექნებოდა. მათი მოსაზრებით, დანაშაულის ჩადენის მოტივები, როგორც ეს აქტუალურმა კვლევამ აჩვენა, გამოკითხული მოსამართლეებისა და პროკურორების 90%-ის მხრიდან უკვე მიიღებოდა მხედველობაში; გარდა ამისა, გამოკითხული პრაქტიკოსების 2/3-მა გერმანიის სსკ-ის §46-ში ცილისმწამებლური მოტივაციის გამოკვეთილად აღნიშვნის აუცილებლობა უარყო<sup>36</sup>. ლიტერატურაში ნაწილობრივ თანმხლები ღონისძიებების განხორციელების მოთხოვნაც გაჟღერდა<sup>37</sup>. საბოლოოდ, ბუნდესტაგის იურიდიულმა კომიტეტმა სამთავრობო ფრაქციების თანხმობით უარი განაცხადა ზემოთ განხილული ყველა კანონპროექტის მიღებაზე<sup>38</sup>.

## **6. გერმანიის ფედერალური მთავრობის (მესამე) – 2014 წლის 30 ოქტომბრის – კანონპროექტი**

მე-18 მონვევის ბუნდესტაგის უფლებამოსილების პერიოდში, 2014 წლის 30 ოქტომბერს, თავად ე.წ. „შავ-წითელმა“ ფედერალურმა მთავრობამ წარმოადგინა ახალი კანონპროექტი<sup>39</sup>. აღნიშნულის მთავარ მიზეზს წარმოადგენდა ის ფაქტი, რომ მემარჯვენე-ტერორისტულმა დაჯგუფებამ „ნაციონალისტურ-სოციალისტურმა მიწისქვეშეთმა“ შეძლო, თითქმის 14 წელზე მეტი ხნის განმავლობაში უმძიმესი დანაშაულების ჩადენა. საგამოძიებო კომიტეტის რეკომენდაციების გათვალისწინებით, დღის წესრიგში დადგა მეორე კანონპროექტით გერმანიის სსკ-ის §46-ის მოდიფიცირებაც.

სამართლისა და მომხმარებელთა დაცვის კომიტეტმა ამჯერად მხარი

---

<sup>36</sup> BT-Drucks. 17/9345 S. 7 m.w.N.

<sup>37</sup> შუად. Stollenberg, ZRP 2012, 119, 122.

<sup>38</sup> BT-Drucks. 17/11061 S. 2.

<sup>39</sup> BT-Drucks. 18/3007; ამას წინ უძღვოდა იუსტიციის მინისტრთა კონფერენციის (JuMiKo) 12.6.2013 რიცხვის გადაწყვეტილება, რომლითაც რეკომენდირებულ იქნა არაჰუმანური მოტივების სასჯელის დამამძიმებელ გარემოებად გათვალისწინება, შუად. Sotiriadis, KJ 2014, 261, 263 m.w.N.

დაუჭირა კანონპროექტის მიღებას<sup>40</sup>. აღსანიშნავია, რომ კანონპროექტს ხმა მისცა სამთავრობო კოალიციამ, ხოლო ოპოზიციამ ხმის მიცემისგან თავი შეიკავა. ლიტერატურაში გავრცელებული კრიტიკის თანახმად, განხორციელებულ ცვლილებებს არ ჰქონდათ დოგმატური მნიშვნელობა<sup>41</sup>. მიუხედავად ამისა, ბუნდესტაგისა და ბუნდესრატის უმრავლესობამ მხარი დაუჭირა კანონპროექტს<sup>42</sup>, რის შედეგადაც 2015 წლის პირველ აგვისტოს<sup>43</sup> ძალაში შევიდა 2015 წლის 24-25 თებერვლის კანონი „ნაციონალისტურ-სოციალისტური მინისტრების“ საგამოძიებო კომიტეტის რეკომენდაციების იმპლემენტაციის შესახებ. აღნიშნულზე დამატებით უკვე 2015 წლის 24-25 დეკემბერს განხორციელდა სისხლის სამართალწარმოებისა და ფულადი ჯარიმის დაკისრების შესახებ სამართალწარმოების შესახებ დირექტივის ცვლილებაც (RiStBV)<sup>44</sup>. განხორციელებული ცვლილებების თანახმად, გამოძიება შემოიფარგლება არამხოლოდ დანაშაულის ისეთი გარემოებების გათვალისწინებით, როგორცაა დანაშაულის ჩადენის მამოძრავებელი რასისტული, ქსენოფობიური ან სხვაგვარი არაჰუმანური მოტივები (დირექტივის მე-15 მუხლის მე-5 აბზაცი), არამედ სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყების საჯარო ინტერესი, „როგორც წესი“, სახეზეა კერძო საჩივრების არსებობის შემთხვევაშიც (დირექტივის 86-ე მუხლის მე-2 აბზაცის პირველი წინადადება).

#### **IV. არაჰუმანური მოტივები, როგორც სასჯელის ზომის განსაზღვრის საფუძველი**

სასჯელის ზომის განსაზღვრისას განსაკუთრებით მხედველობაშია მისაღები დანაშაულის ჩადენის „რასისტული, ქსენოფობიური და სხვაგვარი არაჰუმანური“ მოტივები და მიზნები. კანონის განმარტებითი ბარათის

---

<sup>40</sup> შეად. BT-Drucks. 17/4357 S. 5 f.

<sup>41</sup> krit. Jungbluth, RuP 2015, 162, 164 ff.; StV 2015, 579, 580 ff.; Payandeh, JuS 2015, 695, 699; Sotiriadis, KJ 2014, 261, 265 ff.; Timm, JR 2014, 141, 143 ff.; Tolmein, ZRP 2014, 127.

<sup>42</sup> Bundestag: 3. Beratung, BT-PIPr 18/94 v. 19.3.2015, S. 8976C; Bundesrat: 2. Durchgang: BR-PIPr 933 v. 8.5.2015, S. 166B.

<sup>43</sup> BGBl. I 2015 v. 19.6.2015, Nr. 23, S. 925.

<sup>44</sup> Durch den Unterausschuss des Strafrechtsausschusses der Justizministerkonferenz (JuMiKo), შეად. BT-Drucks. 17/4357 S. 6.

თანახმად<sup>45</sup>, „არაკუმანური“ წარმოადგენს მთავარ ცნებას, ხოლო ცნებები „რასისტული“ და „ქსენოფობიური“ მხოლოდ განმარტების მიზნებს ემსახურება<sup>46</sup>. ნაწილობრივ გაკრიტიკებულია ის ფაქტი, რომ კანონით გათვალისწინებულ არ იქნა სხვა დანარჩენი მოტივებიც (მაგ. „ჰომოსექსუალების მოძულე“<sup>47</sup>; „შემლედული შესაძლებლობების მქონე პირების მოძულე“). მართალია, აღნიშნულის გათვალისწინება შესაძლებელი იყო, თუმცა, ვფიქრობთ, რომ საკმარისია ყველაზე ხშირ მოტივაციაზე აქცენტის გაკეთება.

## 1. დანაშაულის ჩადენის რასისტული და ქსენოფობიური მოტივები და მიზნები

კანონის განმარტებითი ბარათის თანახმად, „რასისტული“ და „ქსენოფობიური“ ნიშნები გამომდინარეობს ევროკავშირის საბჭოს 2008/913/ 2008/913/ JI ჩარჩო-გადაწყვეტილების პირველი მუხლიდან. აღნიშნული მუხლი ამ ნიშნების ქვეშ მოიაზრებს იმ დანაშაულებს, რომლებიც მიმართულია რასის, კანის ფერის, რელიგიის, წარმოშობის, ეროვნული ან ეთნიკური წარმომავლობის კრიტერიუმებით განსაზღვრული ჯგუფის წევრების ან მათი ერთი წევრის მიმართ<sup>48</sup>. ცნება „რასიზმს“ აქვს ბიოლოგიური, იგივე ფენოტიპური საფუძველი. აღნიშნულის საპირისპიროდ, ცნება „ქსენოფობია“ აღწერს ქმედებას, რომლის დროსაც ადამიანების „უცხოლ“ სტიგმატიზირება ხდება კონკრეტული კულტურალისტურად დასაბუთებული კრიტერიუმების საფუძველზე. ასეთი კრიტერიუმებია მაგ. გარეგნობა, წარმომავლობა, ენა ან სხვაგვარი სოციალური ქცევა<sup>49</sup>. რასიზმი და ქსენოფობია ერთობლივად მაშინაა სახეზე, როდესაც დამნაშავე საკუთარ მსოფლმხედველობას ან/და საკუთარ ცრურწმენას იყენებს საყოველთაოდ აღიარებული ადამიანის უფლებების

---

<sup>45</sup> კრიტ. Jungbluth RuP 2015, 162 ff.

<sup>46</sup> BT-Drucks. 18/3007 S. 14.

<sup>47</sup> შვად. Timm, JR 2014, 141, 145; Tolmein, ZRP 2014, 127; დამატებით სხვა დისკრიმინაციული ნიშნების ჩამატებას ემხრობა Schreier, NJ 2015, 323, 330.

<sup>48</sup> BT-Drucks. 18/3007 S. 14.

<sup>49</sup> BT-Drucks. 18/3007 S. 15; კრიტ. Stoltenberg, ZRP 2012, 119, 122: Unterfall von Rassismus.

დარღვევის და ადამიანის ღირსების შელახვის გასამართლებლად<sup>50</sup>. და ბოლოს, აღნიშნულ ნიშნებს ისედაც განიხილავენ უკვე საპოლიციო სტატისტიკაში პოლიტიკური დანაშაულების ქვესახედ<sup>51</sup>.

## 2. დანაშაულის ჩადენის სხვა არაჰუმანური მოტივები და მიზნები

დანაშაულის ჩადენის „სხვა არაჰუმანური“ მოტივები და მიზნები უნდა წარმოადგენდნენ სხვაგვარი დისკრიმინაციების „გამაერთიანებელ ნიშნებს“. ამ ნიშნებმა სასჯელის ზომის განსაზღვრის პრაქტიკას უნდა მისცენ სიძულვილითა და ცრურწმენებით მოტივირებული დანაშაულების სათანადოდ შეფასების შესაძლებლობა<sup>52</sup>. გასათვალისწინებელია საპოლიციო აღრიცხვის სისტემაში სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულების ფარგლებში დასახელებული დანაშაულის ჩადენის ისეთი მამოძრავებელი მოტივები და მიზნები, როგორცაა: ანტისემიტური, რელიგიური ორიენტაციის წინააღმდეგ, შეზღუდული შესაძლებლობის მქონეობისადმი, სამოგადობრივი სტატუსისადმი ან სექსუალური ორიენტაციისადმი მიმართული მოტივები და მიზნები<sup>53</sup>. ამასთან, სასამართლოებს აქვთ სხვა არაჰუმანური მოტივების გათვალისწინების შესაძლებლობაც<sup>54</sup>.

## 3. გასათვალისწინებელი საკითხი

სისტემური თვალსაზრისით, კანონის განმარტებითი ბარათი ხაზს უსვამს იმ ფაქტს, რომ სასჯელის ზომის განსაზღვრისათვის დადგენილ ახალ გარემოებებს „მოგადად“ სასჯელის დამამძიმებელი მნიშვნელობა უნდა ჰქონდეთ; სხვაგვარ ნეიტრალურად შექმნილ გარემოებებთან შედარებით, ამ შემთხვევაში, ზემოხსენებულ გარემოებებს არ აქვთ ერთგვარი „ცალმხრივი გადაწონვის უნარი“<sup>55</sup>. აღნიშნულ მოსაზრებას უნდა დავუპირისპირდეთ, ვინაიდან ისედაც გაუგებარია, თუ როგორ შეიძლება

<sup>50</sup> BT-Drucks. 18/3007 S. 15.

<sup>51</sup> BT-Drucks. 18/3007 S. 15.

<sup>52</sup> BT-Drucks. 18/3007 S. 15; კრიტ. Tolmein, ZRP 2014, 127: rechtlich unkonturierter Begriff.

<sup>53</sup> BT-Drucks. 18/3007 S. 15.

<sup>54</sup> BT-Drucks. 18/3007 S. 16.

<sup>55</sup> BT-Drucks. 18/3007 S. 16.

მიგვიყვანოს დანაშაულის ჩადენის არაჰუმანურმა მოტივაციამ სასჯელის შემცირებამდე! ამ შემთხვევაში საქმე ეხება ე.წ. „ექსტრემალური სახის მოტივაციებს“<sup>56</sup>, რომელთა განსაზღვრა შეუძლებელია. არაჰუმანური მოტივაცია ყოველთვის იწვევს სასჯელის გამკაცრებას.

აღნიშნულისაგან განსხვავებით, კანონის განმარტებითი ბარათი უმკლავდება იმ კრიტიკას, რომ ეს შეიძლება იყოს შინაგანი განწყობისთვის დასჯადობის შემოღება<sup>57</sup>. სასჯელის გამკაცრებას იწვევს არა არაჰუმანური დამოკიდებულება „როგორც ასეთი“, არამედ, სიტყვასიტყვით რომ აღინიშნოს, მხოლოდ დამოკიდებულება, რომელიც „დანაშაულიდან“ გამომდინარეობს“<sup>58</sup>, ანუ მისი რეალიზება.

და ბოლოს, კანონის განმარტებითი ბარათი მიუთითებს იმაზე, რომ გასათვალისწინებელია გერმანიის სსკ-ის §46 მე-3 აბზაცის ორჯერ გამოყენების აკრძალვა. იმ დანაშაულის შემადგენლობების არსებობისას, რომელთა დროსაც არაჰუმანური მოტივები უკვე განეკუთვნება დანაშაულის შემადგენლობის ნიშნებს - როგორც ეს გვხვდება მაგ. ეროვნული შუღლის გაღვივების შემთხვევაში (გერმანიის სსკ-ის §130) - აღნიშნული გარემოებების კვლავ გათვალისწინება აღარ უნდა მოხდეს<sup>59</sup>. თუმცა, აღნიშნული მოსაზრება არასწორია. კანონის განმარტებითი ბარათი ამბობს, რომ სასჯელის ზომის განსაზღვრისას მხედველობაში მისაღებ ახალ გარემოებებს, მაგალითად, მკვლელობის შემთხვევაში (გერმანიის სსკ-ის §211) დანაშაულის ჩადენის მდებარე მოტივებზე გავლენა არ შეიძლება ჰქონდეთ. აღნიშნულის მიზეზს კი წარმოადგენს ის ფაქტი, რომ მკვლელობის შემთხვევაში სასჯელის ზომის განსაზღვრასთან დაკავშირებით კითხვის ნიშანი არ არსებობს, ვინაიდან მდებარე მოტივებით ჩადენილი სიცოცხლის მოსპობისას ისედაც უვადო თავისუფლების აღკვეთა ინიშნება.

თუმცა, არ უნდა გამოგვრჩეს ის, რომ მკვლელობის რამდენიმე დამამძიმებელი გარემოების ერთდროულად არსებობის შემთხვევაში შეიძლება ბრალის კიდევ უფრო დამძიმება, ეს კი ვადამდე ადრე გათავისუფლე-

---

<sup>56</sup> Streng, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), NomosKommentar StGB, 5. Aufl. 2017, § 46 Rn. 52.

<sup>57</sup> Timm, JR 2014, 141, 145 ff.

<sup>58</sup> შეად. BT-Drucks. 18/3007 S. 16; ასევე Sotiriadis, KJ 2014, 261, 269.

<sup>59</sup> BT-Drucks. 18/3007 S. 16.

ბას გამორიცხავს. (შეად. გერმანიის სსკ-ის §57 1-ელი აბზაცი, პირველი წინ. მე-2 ნაწილი)<sup>60</sup>. ამიტომ, დანაშაულის განსაკუთრებული სიმძიმის შემონმებისას სასამართლომ უნდა გაითვალისწინოს სასჯელის ზომის განსაზღვრისთვის დადგენილი რეგულაციები<sup>61</sup>.

## V. პერსპექტივა

საკითხავია, გერმანულ სისხლის სამართალში როგორ უნდა გაძლიერდეს სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულებისგან სისხლისსამართლებრივი დაცვა.

### 1. ცვლილებები დანაშაულის შემადგენლობის ეტაპზე

დანაშაულის შემადგენლობის ეტაპზე შესაძლებელია შეიქმნას მაკვალიფიცირებული შემადგენლობები. კერძოდ, შემოვიდეს სასჯელის ზომის განსაზღვრის სპეციალური წესები, რომლებიც, ზოგადად, დანაშაულის შემადგენლობის ნიშნების მსგავსად გამოიყენება<sup>62</sup>. აღნიშნული ცვლილებების შედეგად, გადამწყვეტი იქნება არამხოლოდ (ე.წ. დანაშაულის შესახებ სისხლის სამართლის გაგებით) წმინდა ქმედებისა და შედეგის უმართლობა, არამედ (ე.წ. დამნაშავის შესახებ სისხლის სამართლის გაგებით) დამნაშავის განსაკუთრებული მოტივაციაც. გამომდინარე იქიდან, რომ გერმანული სისხლის სამართალი არ წარმოადგენს წმინდა სახის დანაშაულის შესახებ სისხლის სამართალს, არამედ ნაწილობრივ ასევე ითვალისწინებს განსაკუთრებულ მოტივაციებს, როგორცაა ეს მკვლელობის ნიშნების შემთხვევაში, აღნიშნულის განხორციელება შესაძლებელია. თუმცა, ისტორიული საფუძვლებიდან გამომდინარე, თავის შეკავებაა სასურველი, ვინაიდან ნაციზმის დროს დამნაშავის შესახებ სისხლის სამართლის ინსტრუმენტალიზებას ჰქონდა ადგილი. გარდა ამისა, აუცილებელი გახდებოდა სისხლის სამართლის კოდექსისა და სხვა კანონებში გათვალისწინებული სისხლის სამართლის ფართომასშტაბიანი

---

<sup>60</sup> Jungbluth, RuP 2015, 162, 168

<sup>61</sup> BGH NStZ 2014, 511.

<sup>62</sup> შეად. zum Schutz vor Diskriminierung Schreier, NJ 2015, 323, 327 f.

ცვლილება, რადგან, პრინციპული თვალსაზრისით, ყველა სისხლისსამართლებრივი დანაშაულის ჩადენა შესაძლოა მოხდეს არაჰუმანური მოტივების საფუძველზე.

თუმცა, საფიქრალია, სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულები-სათვის განსაკუთრებული მნიშვნელობის მქონე შემადგენლობების ჩადენისას მოტივაციის მხედველობაში მიღება. ბრანდენბურგის მხარემ 2000 წელს<sup>63</sup> შეიმუშავა კანონპროექტი გერმანიის სსკ-ში §224a-ს შემოღების თაობაზე, რომელიც დანაშაულად მიიჩნედა სხეულის დაზიანებას „სიძულვილის ... ან დანაშაულის ჩადენის მამოძრავებელი სხვაგვარი მდაბიო მოტივების“ საფუძველზე. თუმცა, „დანაშაულის ჩადენის მდაბიო მოტივები“ ჯერ კიდევ მკვლელობის შემთხვევაში იწვევენ კანონის განმარტების სირთულეს. ხოლო, „სიძულვილი“ კი წარმოადგენს ამბივალენტურ ნიშანს და მან შესაძლოა გამოიწვიოს ბრალის შემსუბუქება, თუკი დამნაშავეს მისი კონტროლი არ შეუძლია<sup>64</sup>. უმჯობესი იქნებოდა, უფრო ფართო არაჰუმანურ მოტივაციაზე დაყრდნობა, რომელიც არამხოლოდ გერმანიის სსკ-ის §§223, 234-ს შეეხებოდა, არამედ ყველა, ძალადობრივი და ადამიანის სხეულის დაზიანებისკენ მიმართულ დანაშაულს. აღნიშნულს გვერდით ეფექტად ის ექნებოდა, რომ დანაშაულის შემადგენლობების მოცულობა გაიზრდებოდა.

## 2. ცვლილებები სასჯელის ზომის განსაზღვრის ეტაპზე

აქედან გამომდინარე, უნდა შევჯერდეთ, რომ არაჰუმანური მოტივაცია მხოლოდ სასჯელის ზომის განსაზღვრის ეტაპზე გასათვალისწინებელი, როგორც ეს გერმანიის სსკ-ის §46-ის მიხედვითაა შესაძლებელი. თუმცა, შესაძლებელია ვიფიქროთ სასჯელის გამკაცრებისათვის სქემატური მოთხოვნების შემოღებაზე, რომლებიც, მაგ. გაითვალისწინებენ სასჯელის ფარგლების გაორმაგებას. მაგრამ, აღნიშნულის საპირისპიროდ მეტყველებს ის ფაქტი, რომ გერმანიის სსკ-ის §46-ის მიხედვით, სასჯელის ზომის დადგენა ყოველთვის ხორციელდება ჩადენილი დანაშაულისა და

---

<sup>63</sup> BR-Drucks. 577/00 v. 26.9.2000.

<sup>64</sup> Tolmein, ZRP 2001, 315, 316, 317.

დამნაშავის პიროვნების<sup>65</sup> ყოვლისმომცველი ერთობლივი აწონ-დაწონვის შედეგად და თითოეულ ცალკეულ შემთხვევას სასჯელის კონკრეტული ზომის დადგენისას მნიშვნელობა ენიჭება. სასჯელის გამკაცრება მხოლოდ სათანადო ბრალის ფარგლებშია დასაშვები<sup>66</sup>. ამიტომ, სასჯელის გამკაცრება მომავალში სასამართლოს დისკრეციაში უნდა შედიოდეს. ამასთან, აღსანიშნავია, რომ პრაქტიკაში სასჯელის ფარგლების სრული გამოყენება ხშირად მაინც არ ხდება და უფრო მეტიც, დანიშნული სასჯელების უმეტესობა ძირითადად ქვედა ზღვართან მერყეობს. შესაბამისად, სასჯელის ფარგლები გვთავაზობენ საკმარის თავისუფლებას<sup>67</sup> იმისათვის, რომ არაჰუმანური მოტივაცია სათანადოდ იქნას შეფასებული.

### 3. თანმხლები ღონისძიებები

სიძულვილით მოტივირებულ დანაშაულებს ასევე უნდა დაეუპირისპირდეთ თანმხლები ღონისძიებებით, განსაკუთრებით მსხვერპლის უფლებების გაძლიერებით. „ინტერნეტ-ქსელების გამოყენების შესახებ“ ახალი, 2017 წლის 19 სექტემბრის კანონით (NetzDG)<sup>68</sup> ფედერალურ მთავრობას სურს სოციალური ქსელების სამართლებრივი კონტროლის გაუმჯობესება. აღნიშნულით უნდა მოხდეს არამხოლოდ მზარდ სიძულვილით მოტივირებულ დანაშაულებთან დაპირისპირება, არამედ მცდარი სიხლეების ისეთ სოციალურ ქსელებში გავრცელებასთან, როგორცაა ფეისბუქი, იუთუბი და ტვიტერი<sup>69</sup>. კანონი სოციალური ქსელებისათვის 2018 წლის პირველი იანვრიდან აწესებს კვარტალში ერთხელ ანგარიშის წარდგენის (აღნიშნული კანონის §2) და საჩივრების ყოვლისმომცველი მენეჯმენტის განხორციელების ვალდებულებებს (აღნიშნული კანონის §3). საჩივრის არსებობის შემთხვევაში აშკარად კანონსაწინააღმდეგო შინაარსის მქონე ინფორმაცია 24 სთ-ის განმავლობაში უნდა წაიშალოს, ხოლო სხვაგვარი

---

<sup>65</sup> შეად. მხოლოდ Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 46 Rn. 4 m.w.N.

<sup>66</sup> Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, Vor § 38 ff. Rn. 6 m.w.N.

<sup>67</sup> დისკრიმინაციის მოტივთან დაკავშირებით შეად. Schreier, NJ 2015, 323, 328.

<sup>68</sup> Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) v. 19.9.2017, BGBl. I S. 3352.

<sup>69</sup> BT-Drucks. 18/12356 S. 1.

ხასიათის კანონსაწინააღმდეგო შინაარსის მქონე ინფორმაცია 7 დღის ვადაში ან მათი გავრცელება უნდა შეჩერდეს. ვალდებულების დარღვევის შემთხვევაში მათვალისწინებელია ძალიან მაღალი ფულადი ჯარიმა 50 მლნ. ევრომდე ოდენობით(შეად. აღნიშნული კანონის §4). „ინტერნეტ ქსელების გამოყენების შესახებ“ კანონი ჯერ კიდევ მისი საკომიტეტო განხილვის დროს შეფასდა არაკონსტიტუციურად<sup>70</sup> ექსპერტთა უმრავლესობის მხრიდან და ის კვლავ მზარდი კრიტიკის საგანს წარმოადგენს. კრიტიკოსთა მოსაზრებით, კანონი სოციალური ქსელების მფლობელებს ე.წ. „დამხმარე პოლიციელებად“ აქცევს და ხელს უწყობს ე.წ. „წაშლის წახალისებას“. შესაბამისად, არსებობს საფრთხე, რომ ამრის გამოხატვის თავისუფლებაში (გერმანიის ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის პირველი აბზაცი) ჩარევა განხორციელდება („ზედმეტი დაბლოკვა“; „ცენზურა“)<sup>71</sup>.

#### 4. გამომწვევ ფაქტორებთან ბრძოლა

და ბოლოს, უნდა განხორციელდეს სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულების გამომწვევ ფაქტორებთან ბრძოლა. გლობალიზაციისა და მიგრაციის პირობებში, საზოგადოებები სულ უფრო და უფრო მრავალფეროვანნი ხდებიან, რის გამოც კონფლიქტების გაძლიერების საფრთხე არსებობს. თუმცა, იზოლაცია და ქსენოფობია არ წარმოადგენს პრობლემის გადაჭრისათვის გამოსაყენებელ სტრატეგიას. მსოფლიო საზოგადოება მომავალში კვლავ ერთად უნდა გაიზარდოს და გაიზრდება, რადგან მზარდი კეთილდღეობით და ეკონომიკური განსხვავებების დაძლევის შედეგად საბოლოოდ ყველა ადამიანი იღებს სარგებელს. მომავალში პატივისცემისა და ტოლერანტობის მთავარ საზოგადოებრივ ღირებულებად შენარჩუნება, პრევენციის მიზანს უნდა წარმოადგენდეს. სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულების წარმოშობის საფუძველს არასაკმარისი კოგნიტურ-სოციალური სწავლების პროცესი შესაძლოა წარმოადგენდეს, რომელიც ადრეულ ეტაპზე გამოიყენება<sup>72</sup>. სწორედ ამიტომ, სიძულვი-

<sup>70</sup> შეად. <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw25-pa-recht-rechts-durchsetzung/510328>.

<sup>71</sup> კრიტიკისათვის შეად. Guggenberger, ZRP 2017, 98 ff.; Kubiciel, jurisPR-StrafR 7/2017 Anm. 1.

<sup>72</sup> Schneider, JZ 2003, 497, 501 f.

ლით მოტივირებულ დანაშაულების წინააღმდეგ არამხოლოდ სისხლის-სამართლებრივი მართლმსაჯულების, როგორც ფორმალური სოციალური კონტროლის მექანიზმის გამოყენება უნდა მოხდეს, არამედ მას რამდენადაც ეს შესაძლებელი იქნება, სკოლაში და სკოლაშიც უნდა დაგუპირისპირდეთ<sup>73</sup>, რათა განსასჯელს არ „ვასწავლოთ“ სიძულვილი.

## VI. დასკვნა

1. სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულები წარმოადგენენ დანაშაულებს, რომლებიც მიმართულია კონკრეტული პირების/ინსტიტუციების მიმართ, განსაკუთრებით მათი პოლიტიკური შეხედულებებიდან, ეროვნულობიდან, წარმომავლობიდან, რასიდან, კანის ფერიდან, რელიგიიდან, მსოფლმხედველობიდან, წარმოშობიდან, მათი გარეგნობიდან, მათი შეზღუდულქმედუნარიანობიდან, სექსუალური ორიენტაციიდან ან მათი საზოგადოებრივი სტატუსიდან გამომდინარე.
2. გერმანიის ფედერაციულ რესპუბლიკაში ბოლო წლების განმავლობაში სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულების შემთხვევების რაოდენობა მკვეთრად გაიზარდა, რაც მნიშვნელოვნად განპირობებულია მემარჯვენე ექსტრემისტული განწყობის მქონე პირების მიერ ქსენოფობიური დანაშაულების განსაკუთრებით ხშირად ჩადენის გამო.
3. სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულების წინააღმდეგ სასჯელის გამკაცრება უნდა იქნას გამოყენებული. გერმანიაში არაჰუმანურ მოტივაციას სასჯელის ზომის განსაზღვრის ეტაპზე უკვე ენიჭება მნიშვნელობა. გერმანიის სსკ-ის §46-ის მე-2 აბზაცის მე-2 წინადადების შეცვლა დანაშაულის ჩადენის მამოძრავებელი „არაჰუმანური, განსაკუთრებით რასისტული და ქსენოფობიური“ მოტივების და მიზნების აღნიშვნით, საკითხის სამართლებრივ-პოლიტიკურ მნიშვნელობას გაუსვამს ხაზს და პოლიციასა და მართლმსაჯულებას უფრო სენსიტიურს გახდის არაჰუმანური მოტივების არსებობის შემთხვევე-

---

<sup>73</sup> აღნიშნულთან და სხვა შესაძლო პრევენციულ ღონისძიებებთან დაკავშირებით, იხ. Schneider, JZ 2003, 497, 502 f.

ბისათვის.

4. მაკვალიფიცირებელი შემადგენლობების და მაგალითების შემოღებაზე მომავალშიც უარი უნდა ითქვას. აგრეთვე, სასჯელის სქემატური გამკაცრებაც არასწორია, რადგან სასჯელის ზომის განსაზღვრა ყოველთვის ბრალის შესაბამისად უნდა განხორციელდეს. სასჯელის არსებული ფარგლები კი საკმარისია, სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულების წინააღმდეგ ეფექტიანი დაპირისპირებისათვის.
5. და ბოლოს, არამხოლოდ მსხვერპლის უფლებები უნდა გაძლიერდეს, არამედ, განსაკუთრებით სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულების წარმოშობის საფუძვლები უნდა აღმოიფხვრას. აღნიშნული საბოლოოდ პატივისცემისა და ტოლერანტობის მთავარ საზოგადოებრივ ღირებულებებად კვლავ შენარჩუნებას უზრუნველყოფს.

# სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულის კონცეფცია და მისი რეგულირების მექანიზმები

ლიკა ჯალაღანია, ადამიანის უფლებათა იურისტი/მკვლევარი

## I. შესავალი

სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულები მისი სამართლებრივი დეფინიციიდან გამომდინარე დისკრიმინაციული ნიშნით ჩადენილ ქმედებებს გულისხმობს, რომლის განხორციელების საფუძველს საზოგადოებაში არსებული დისკრიმინაციული, სტერეოტიპული დამოკიდებულება ქმნის და არა უშუალოდ დანაშაულის ჩადენის მიზანი<sup>1</sup>.

მიუხედავად იმისა, რომ აკადემიაში სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულების მიმართ მიდგომა ერთიანი არ არის, ყურადსაღებია, რომ სისხლისამართლებრივი ლიტერატურა ფოკუსირდება ამგვარი დანაშაულის სოციალური ბუნების არსზე და მის გამომწვევ სოციო-ეკონომიკურ, კულტურულ და პოლიტიკურ მიზეზებზე, რომლის მიხედვითაც, სიძულვილით მოტივირებული დანაშაული გაიგება, როგორც დისკრიმინაციის ექსტრემალური ფორმა, რომელიც ამოზრდილია „განსხვავებული“ ადამიანის მიმართ სეგრეგაციის, დისკრიმინაციისა და მარგინალიზაციის კულტურიდან<sup>2</sup>.

საზოგადოებაში არსებული ძალაუფლებათა იერარქიები დაშენებულია ჩაგრულისა და „განსხვავებულის“ მიმართ დომინაციაზე, მათ შორის, კაცის ქალზე, ჰეტეროსექსუალის ჰომოსექსუალზე, თეთრკანიანის შავკანიანზე, მართლმადიდებელის რელიგიური უმცირესობის მიმართ დომინაციაზე. „განსხვავებულისა“ და „უცხო“ ქმნადობის პროცესში, სიძულვილით მოტივირებული დანაშაული გამოიყენება როგორც ინსტრუ-

---

<sup>1</sup> Policing Hate Crime against LGBTI persons: Training for a Professional Police Response, CoE, 2017, 35, ob.: <https://rm.coe.int/prems-030717-gbr-2575-hate-crimes-against-lgbti-web-a4/1680723b1d>.

<sup>2</sup> Perry, Accounting for Hate Crime: Doing Difference, Perry, Hate and Bias Crime, 2003, 97-108.

მენტი, რომელიც ხილვადს ხდის საზოგადოებაში არსებულ ძალაუფლებათა დისბალანსს. შესაბამისად, მსხვერპლი, ძირითადად, წარმოადგენს სოციალურად თუ პოლიტიკურად მარგინალიზებული ჯგუფის წევრს, რომელიც დომინანტური კულტურისა თუ იდენტობისათვის მიუღებლად და ხშირად, საფრთხედაც, მიიჩნევა<sup>3</sup>.

აღნიშნულიდან გამომდინარე, გასაკვირი არ არის, რომ სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულები შეტყობინების შემცველი, სიმბოლური დატივრთვის მქონე აქტებია, რომელიც არა კონკრეტულ პირს, არამედ ხშირად, მთლიან ჯგუფს მიემართება. შესაბამისად, დისკრიმინაციული დანაშაულები წარმოადგენს არა იზოლირებულ ინციდენტებს, არამედ იმ პოლიტიკური კულტურის შედეგს, რომელიც საზოგადოებას ბიოლოგიურ თუ სოციალურ მახასიათებლებზე დაფუძნებით ყოფს და არაფორმალურად ანიჭებს განსხვავებულ უფლებებსა და პრივილეგიებს<sup>4</sup>. შესაბამისად, შეუწყნარებლობით მოტივირებული დანაშაული შეგვიძლია გავიგოთ, როგორც ძალაუფლების მექანიზმი, რომლის მიზანი ფიზიკური ძალადობითა და მუქარის საშუალებით საზოგადოებაში უკვე არსებული იერარქიების შენარჩუნებაა. ის ძირითადად მიმართულია იმის წინააღმდეგ, ვინც ჩვენს საზოგადოებაში სტიგმატიზებული და მარგინალიზებულია. „აღნიშნული პერსპექტივიდან ამგვარი დანაშაულები დანახულია, როგორც გენდერირებული და რასობრივ განსხვავებაზე დაფუძნებული წესრიგის დაცვის ინსტრუმენტი“<sup>5</sup>.

გემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, უდავოა, რომ დისკრიმინაციული/სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულები განსაკუთრებით საშიში ფორმის მართლსაწინააღმდეგო ქმედებებია, რომელთა წინააღმდეგ ბრძოლა კომპლექსური და ეფექტური პრევენციული მეთოდების გამოყენებით უნდა განხორციელდეს, რაც პირველ რიგში გულისხმობს სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულების გავლენის, შედეგისა და დამდგარი ზიანის უკეთ გააზრებას, რელევანტური სამართლებრივი დეფინიციის განსაზღვრასა

---

<sup>3</sup> Petrosino, Connecting the Past to the Future, Hate crime in America, Perry, A Reader: Hate and Bias Crime, Routledge, 2003, 9-26.

<sup>4</sup> Sheffield, Hate Violence, 1995, 438 (როგორც ციტირებულია, Chakraborti/Garland, Hate Crime: Impact, Causes and Responces, 2015, 3-6).

<sup>5</sup> Perry, In the Name of Hate, 2001, 3.

და ერთიანი სახელმწიფოებრივი სტრატეგიის შემუშავებას.

წინამდებარე სტატიის მიზანიც, სწორედ ამგვარ დანაშაულთა რეგულირების, დანაშაულებრივი ფაქტის დადგენისას მოტივის იდენტიფიცირების მნიშვნელობის გააზრებაა, რომელმაც ხელი უნდა შეუწყოს სიძულვილით მოტივირებულ დანაშაულებზე ცნობიერების ამაღლებას, საზოგადოებაში არსებულ სტერეოტიპებსა და ნეგატიურ დამოკიდებულებებთან წინააღმდეგობას.

## **II. მოტივი და სუბიექტურობა: დანაშაულის სამართლებრივი რეგულირების გზები**

სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულის ერთიან, უნიფიცირებულ დეფინიციამე შეთანხმება, მისი სუბიექტური შინაარსის გამო, სირთულეს უკავშირდება. თუმცა, ეუთოს დემოკრატიული ინსტიტუტებისა და ადამიანის უფლებათა ოფისის მოქმედი დეფინიციის მიხედვით, სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულები წარმოადგენს „ნებისმიერ სისხლისსამართლებრივ, მათ შორის, ადამიანისა და საკუთრების წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულს, სადაც მსხვერპლი, ობიექტი ან სამიზნე შერჩეულია მისი რეალური ან ნაგარაუდები კავშირით, მიკუთვნებით, მხარდაჭერით, აფილირებით ან წევრობით [კონკრეტული] ჯგუფის მიმართ.“<sup>6</sup>

აღნიშნული დეფინიცია საკუთარ თავში რამდენიმე მნიშვნელოვან დეტალს მოიცავს, პირველ რიგში, ის უთითებს, რომ შეუწყნარებლობა შესაძლოა ნებისმიერ სისხლისსამართლებრივად დასჯად ქმედებას დაედოს საფუძვლად, ამასთან, დეფინიცია ამუშავებს, რომ ამგვარი ქმედება მიემართება არამხოლოდ კონკრეტულ სუბიექტს, არამედ მის საკუთრებასაც, და ბოლოს, დეფინიცია ხაზს უსვამს, რომ ამგვარი დანაშაულის ობიექტის, მსხვერპლის შერჩევა ხდება ექსკლუზიურად იმ მიზეზით, რომ ის რეალურად ან ნაგარაუდევად მიეკუთვნება ან მხარს უჭერს (და შესაბამისად, მასთან აფილირდება) კონკრეტულ ჯგუფს.

2009 წელს ეუთოს საბჭოს მინისტერიალზე მიღებული დოკუმენტი, სი-

---

<sup>6</sup> OSCE/ODIHR annual report for 2006, 9. ob. <http://www.osce.org/odihr/26759?download=true>.

ძულვილით მოტივირებული დანაშაულების შესახებ N 9/09,<sup>7</sup> ჩამოთვლის იმ ძირითად ღონისძიებებს, რომელთაც სახელმწიფომ უნდა მიმართოს დანაშაულთა აღმოფხვრის მიზნით. დოკუმენტი ფოკუსირდება სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულების შესახებ მონაცემების შეკრებასა და გასაჯაროებაზე, სრულყოფილი კანონმდებლობის მიღებასა და შესაბამისი ზომების დასახვაზე, რათა სახელმწიფომ შეძლოს მსხვერპლისა და მოწმეების წახალისება – განაცხადონ შესაძლო სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულების შესახებ.

საკანონმდებლო ზომების მიღება გულისხმობს ეროვნულ სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში სიძულვილის მოტივის, როგორც დამამძიმებელი გარემოების, არსებობას. სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში დანაშაულის მოტივის გამოკვეთით სახელმწიფო მნიშვნელოვან მესიჯს უგზავნის შესაძლო დამნაშავეებს, რომ ამგვარი დანაშაულები, მსხვერპლთა მიერ განცდილი ზიანის სიმძიმის აღიარებითა და გააზრებით, არ იქნება შეწყნარებული სამართლიანობისა და ჰუმანურობის პრინციპზე დაფუძნებული საზოგადოების მიერ. ამასთან, ამგვარ კანონმდებლობას პრაქტიკული ფუნქციაც აქვს. ის შესაძლებელს ხდის, ამგვარი დანაშაულები გახდეს მეტად ხილვადი და გამარტივდეს მონაცემთა შეგროვება სახელმწიფოს მიერ პრევენციული ნაბიჯების დასაგეგმავად.

სისხლისსამართლებრივ ლიტერატურაში „ყველა ავტორისათვის საერთოა ის აზრი, რომ მოტივი მოთხოვნილებითა და ინტერესით განპირობებული მამოძრავებელი ძალაა [...], რომელიც ადამიანის მიერ დანაშაულის ჩადენის გადაწყვეტილების მიზეზად გვევლინება“<sup>8</sup>. მიუხედავად იმისა, რომ სისხლის სამართლის კოდექსში სუბიექტის ქცევის მოტივზე მითითება ყოველთვის არ გვხვდება, უმოტივო ქცევა, როგორც დანაშაულის წინაპირობა, ფსიქოლოგიურად შეუძლებელია და ამიტომ დანაშაულებრივი ქმედების მოტივების დადგენა აუცილებელი ხდება<sup>9</sup>. შესაბამისად, რადგანაც დანაშაული ნებელობითი ქმედებაა, მისი ჩადენისას მოტივის

---

<sup>7</sup> DECISION No. 9/09, COMBATING HATE CRIMES, ob. <http://www.osce.org/cio/40695?download=true>.

<sup>8</sup> დვალიძე, მოტივი და მიზანი საქართველოს სისხლისსამართლებრივ დოქტრინაში, ქართული სამართლის მიმოხილვა, 10/2017, 2-3, 242.

<sup>9</sup> ნაჭყებია, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, 2001, 290.

დადგენა ქმედების დანაშაულად სწორი კვალიფიკაციის აუცილებელი წინაპირობაა<sup>10</sup>, წინააღმდეგ შემთხვევაში, „მისი სწორად გამოძიება და სასამართლოს მიერ საქმეზე ობიექტური ჭეშმარიტების დადგენა ვერ განხორციელდება.“<sup>11</sup>

გარდა კვალიფიკაციისა, ქმედების მოტივისა და მიზნის გამოკვლევას პრევენციული დატვირთვა აქვს, ის არამართო საშუალებას იძლევა, დავახასიათოთ დამნაშავის ფსიქიკური მდგომარეობა დანაშაულის ჩადენისას და გამოვავლინოთ მართლსაწინააღმდეგო ქცევის მიზეზები, არამედ მართებულად განვსაზღვროთ ბრალის ფორმა და დამნაშავის საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხი<sup>12</sup>.

დანაშაულის რეგულირებისათვის კანონმდებლის მიერ გამოყენებულ სიტყვებს ქმედების შინაარსის გამოსაკვეთად არსებითი მნიშვნელობა ენიჭება, რადგანაც სწორედ ის განსაზღვრავს ქმედების სიძულვილით მოტივირებულ დანაშაულად კლასიფიკაციის ელემენტებს<sup>13</sup>.

სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში მოტივი სხვადასხვა ფორმით არის წარმოდგენილი. კერძოდ,

- ის შესაძლოა, დანაშაულის შემადგენლობის ძირითად ნიშანს წარმოადგენდეს, მაშინ, როდესაც ის უმართლობის დამფუძნებელი ელემენტია და მოტივს აქ ობიექტური ბუნება აქვს - ასეთ შემთხვევაში, დანაშაულის შემადგენლობა სახეზე არ გვეჩვენა აღნიშნული მოტივის გარეშე. ამგავრი ნორმებია, 142-ე მუხლი, რომელიც ადამიანთა თანასწორუფლებიანობის დარღვევას სისხლისსამართლებრივ დანაშაულად აცხადებს, ასევე, მუხლი 142<sup>1</sup>- რასობრივი დისკრიმინაცია, მუხლი 142<sup>2</sup> - შებლუდული შესაძლებლობის მქონე პირის უფლებების შეზღუდვა, მუხლი 156 - დევნა და სხვ.
- ასევე, როდესაც მოტივი ქმნის დანაშაულის კვალიფიციურ შე-

<sup>10</sup> დვალიძე, მოტივი და მიზანი საქართველოს სისხლისსამართლებრივ დოქტრინაში, ქართული სამართლის მიმოხილვა, 10/2017, 2-3, 264.

<sup>11</sup> ნაჭყებია, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, 2001, 290.

<sup>12</sup> დვალიძე, მოტივისა და მიზნის სისხლისსამართლებრივი მნიშვნელობა, Georgian Electronic Scientific Journal: Jurisprudence, 2006, N1 (7), 6.

<sup>13</sup> OSCE/ODIHR, Hate Crime Laws, A Practical Guide, 46.

მადგენლობას და დანაშაულის დამამძიმებელი გარემოებაა<sup>14</sup>. ამგვარ ნორმად შეიძლება ჩაითვალოს, 126-ე მუხლის მე-2 ნაწილის ბ) ქვეპუნქტი - ძალადობა რასობრივი, რელიგიური, ეროვნული ან ეთნიკური შეუწყნარებლობის გამო; მუხლი 144<sup>3</sup>, ნაწილი 2, ქვეპუნქტი ვ) - არაადამიანური და დამამცირებელი მოპყრობა ადამიანთა თანასწორუფლებიანობის დარღვევით, მათი რასის, კანის ფერის, ენის, სქესის, რელიგიისადმი დამოკიდებულების, აღმსარებლობის, პოლიტიკური ან სხვა შეხედულებების, ეროვნული, ეთნიკური, სოციალური კუთვნილების, წარმოშობის, საცხოვრებელი ადგილის, ქონებრივი ან წოდებრივი მდგომარეობის გამო; 109-ე მუხლი, მე-2 ნაწილი, ქვეპუნქტი დ) - განზრახ მკვლელობა დამამძიმებელ გარემოებებში რასობრივი, რელიგიური, ეროვნული ან ეთნიკური შეუწყნარებლობის გამო და სხვ.

- ამასთან, გვხვდება ისეთი ნორმებიც, როდესაც მოტივი სასჯელის, როგორც შემამსუფქებელი ან დამამძიმებელი გარემოებაა - ამგვარი ნორმაა სსკ-ის 53<sup>1</sup> მუხლი, რომლითაც კანონმდებელი მოითხოვს სწორედ სასჯელის დანიშვნისას იქნას გათვალისწინებული დანაშაულის მოტივი და მიზანი.

საქართველოს კანონმდებლობაში შეუწყნარებლობით მოტივირებული დანაშაულების შესახებ ჩანაწერი, როგორც დამამძიმებელი გარემოება, 2012 წლიდან გაჩნდა. ამ დრომდე, კოდექსში დისკრიმინაციული მოტივით ჩადენილი დანაშაულები მხოლოდ რასობრივ, ეროვნულ, ეთნიკურ და ენობრივ ნიშნებს მოიცავდა, საიდანაც ავტომატურად გამოირიცხებოდა დანაშაულები სქესის/გენდერის, სექსუალური ორიენტაციისა და გენდერული იდენტობის გამო. აღნიშნული ხარვეზის აღმოფხვრისა და დაცულ საფუძველთა სრულყოფის მიზნით, 2012 წლის 27 მარტიდან საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსს დაემატა 53<sup>1</sup> მუხლი (2017 წლის ცვლილებებამდე, 53.3<sup>1</sup> მუხლი), რომელმაც სექსუალური ორიენტაციისა და გენდერული იდენტობის სიძულვილის მოტივი კოდექსში მითითებული ყველა დანაშაულისათვის დამამძიმებელ გარემოებად განსაზღვრა. ნორმის მიღება განაპირობა რასიზმისა და შეუწყნარებლობის წინააღ-

---

<sup>14</sup> დვალიძე, მოტივისა და მიზნის სისხლისსამართლებრივი მნიშვნელობა, *Georgian Electornic Scientific Journal: Jurisprudence*, 2006, N1 (7), 6.

მდეგ ევროპული კომისიის (ECRI) საქართველოს მიმართ 2010 წლის ზოგადი პოლიტიკის რეკომენდაციამ, რომელშიც ევროპულმა კომისიამ კიდევ ერთხელ მოუწოდა საქართველოს მთავრობას, განესაზღვრა რასობრივი მოტივი სისხლის სამართლის ყველა დანაშაულისათვის დამამძიმებელ გარემოებად.<sup>15</sup>

გემოაღნიშნული ნორმა, როგორც აღინიშნა, დანაშაულის დამამძიმებელ გარემოებებს ჩამოთვლის და შეუწყნარებლობით ჩადენილ ქმედებისთვის ბრალის დამძიმებას ითვალისწინებს. აღნიშნული არსებითად ართულებს ნორმის ეფექტურ გამოყენებას, რადგანაც ნორმის შინაარსი და მისი კოდექსში მდებარეობაც უთითებს, რომ ის სასამართლოს მიერ გამოსაყენებელი ნორმაა. თუმცა, აღნიშნული გამოძიებასა და პროკურატურას არ არიდებს თავიდან ვალდებულებას აშკარა გახადოს საპროცესო დოკუმენტებში საქმეში არსებული შესაძლო სიძულვილის მოტივის არსებობა, რადგანაც, მისი მითითების გარეშე, შეჭიბრებითობის პრინციპიდან გამომდინარე, სასამართლო მისი სურვილის საფუძველზე მასზე მსჯელობას ვერ მოახდენს<sup>16</sup>, შესაბამისად, კრიტიკულად მნიშვნელოვანია, სამართალდამცავი ორგანოების მიერ მოტივზე მითითება ექსპლიციტურად განხორციელდეს.

### III. დისკრიმინაციული მოტივის იდენტიფიცირების მნიშვნელობა

დისკრიმინაციული დანაშაულებრივი ქმედებების მარეგულირებელი სისხლისსამართლებრივი ნორმების გამოყენებასთან დაკავშირებით არსებული მთავარი სირთულე მათ შინაარსში დამნაშავის სუბიექტური აღქმის მაღალი კონცენტრაციაა. სისხლისსამართლებრივ დოქტრინაში დანაშაულის შემადგენლობის – სუბიექტური და ობიექტური ფაქტორების არსის

---

<sup>15</sup> ECRI Report on Georgia, CRI (2010)17, fourth monitoring cycle, Adopted on 28 April, პარა. 11, იხ. <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/country-by-country/georgia/GEO-CbC-IV-2010-017-ENG.pdf>.

<sup>16</sup> ჯალაღანია, ოპერაციული სახელმძღვანელო დოკუმენტი სექსუალური ორიენტაციისა და გენდერული იდენტობის საფუძველზე ჩადენილ დანაშაულთა გამოძიების შესახებ, 2017, იხ. <https://emc.org.ge/ka/products/operatsiuli-sakhelmdzghvanelo-dokumenti-seksualuri-orientatsiisa-da-genderuli-identobis-safudzvelzechadenili-danashaulebis-gamodziebis-shesakheb>.

გაგებას ქმედების სწორი კვალიფიკაციისთვის კრიტიკული მნიშვნელობა აქვს, რადგანაც მხოლოდ მისი სწორი გააზრებით არის შესაძლებელი დანაშაულებრივი ქმედებისთვის ადეკვატური მატერიალური ნორმის მისადაგება, რადგანაც ქმედების ობიექტური შემადგენლობა დანაშაულის გარეგანი დახასიათებაა, ქმედების სუბიექტური შემადგენლობისა და ბრალის ნიშნები კი დანაშაულის შინაგან, ადამიანის ფსიქიკაში მიმდინარე პროცესების დახასიათებას იძლევა.<sup>17</sup>

როგორც პოლიტიკის დოკუმენტები, ასევე აკადემიური ტექსტები ერთმნიშვნელოვნად მიუთითებს, რომ სიძულვილით მოტივირებულ დისკრიმინაციულ დანაშაულთა განსაზღვრისას, სიტყვა „სიძულვილი“ არ უნდა აღიქმებოდეს პირდაპირი მნიშვნელობით. უფრო მეტიც, ამან შეიძლება, შეცდომაში შეიყვანოს სამართალდამცავი სტრუქტურა, რადგანაც შესაძლოა, განმარტონ იმგვარად, რომ დაცვის ქვეშ მყოფ ადამიანს აუცილებლად უნდა „სძულდეს“ მსხვერპლი ან ის ჯგუფი, რომელსაც მსხვერპლი მიეკუთვნება, რათა დანაშაული სიძულვილით მოტივირებულად მიიჩნეოდეს.

ის ასპექტი, რომელიც ჩვეულებრივ დანაშაულებრივ ქმედებას სიძულვილით მოტივირებულ დანაშაულად აქცევს, არის დამნაშავის მიერ მსხვერპლის შერჩევა წინასწარგანწყობისა და შეუწყნარებლობის გამო იმ ჯგუფის მიმართ, რომელსაც მსხვერპლი რეალურად თუ ნავარაუდევად მიეკუთვნება. ცხადია, ეს არ გამორიცხავს „სიძულვილს“, როგორც ძლიერი ნეგატიური ემოციის ფლობას, მაგრამ აღნიშნულის მტკიცება არსებითად რთულია და, შესაბამისად, მას ვერ ექნება მკაცრად სამართლებრივი დატვირთვა.<sup>18</sup>

ამრიგად, დანაშაულის შინაარსში „სიძულვილი“ კონცეპტუალიზებული უნდა იყოს, როგორც დისკრიმინაციული დამოკიდებულება - „წინასწარგანწყობა“<sup>19</sup>. თუმცა, მთავარი კითხვა, შეუწყნარებლობით განპირობებული დანაშაულის განსაზღვრისას, არის ის, თუ როგორ ხდება

---

<sup>17</sup> დვალიძე/თუმანიშვილი/გვენეტაძე, კაზუსის ამოხსნის მეთოდიკა სისხლის სამართალში, 2015, 101.

<sup>18</sup> OSCE/ODHIR, Prosecuting Hate Crimes. A Practical guide, 2014, 20.

<sup>19</sup> Jacobs and Potter 1998; Lawrence 1999 (როგორც ციტირებულია, Chakraborti/Garland, Hate Crime: Impact, Causes and Responses, 2015).

„წინასწარგანწყობის“ დეფინირება სისხლისსამართლებრივ კონტექსტში და ასევე, რომელი „წინასწარგანწყობები“ ხდება სისხლის სამართლის კანონმდებლობის ყურადღების საგანი.<sup>20</sup>

აკადემიურ ლიტერატურაში წინასწარგანწყობა განიმარტება, როგორც „მცდარ და ჭიუტ განზოგადებაზე დაფუძნებული ანტიპათია. მას შეიძლება ადამიანი გრძნობდეს ან გამოხატავდეს და შეიძლება მიემართებოდეს ადამიანთა გარკვეული ჯგუფს ან ცალკეული წევრებს, აღნიშნულ ჯგუფთან მიკუთვნებულობის გამო.“<sup>21</sup>

ამასთან, კონკრეტული პირისა თუ პირთა ჯგუფის „წინასწარგანწყობა“ მარგინალიზებული ან უმცირესობათა ჯგუფების მიმართ, იმთავითვე არ ნიშნავს, რომ აღნიშნული ემოციური განწყობა ძალადობრივ ქმედებაში გამოიხატება, თუმცა, მიუთითებს რისკისა და საშიშროების არსებობაზე.

სხვადასხვა ქვეყანას განსხვავებული მიდგომა აქვს წინასწარგანწყობაზე დაფუძნებული დანაშაულის რეგულირებასთან მიმართებით, თუმცა, პრაქტიკაში გამოიყოფა, ძირითადად, ორი მოდელი – „მტრობისა“ და „დისკრიმინაციული სელექციის“. „მტრობის“ მოდელში სავარაუდო დამნაშავის ქმედება ნაწილობრივ მაინც უნდა ეფუძნებოდეს მის ნეგატიურ წინასწარგანწყობას, შეუწყნარებლობასა თუ სიძულვილს მსხვერპლის იდენტობის მიმართ. აღნიშნულ შემთხვევაში მტკიცების ტვირთი რთულდება, რადგანაც სამართალდამცავ ორგანოს უნევს, აღმოაჩინოს სავარაუდო დამნაშავის სუბიექტური განწყობის დამადასტურებელი ობიექტური ფაქტი. ნორმის რეგულირების აღნიშნული მიდგომა მართალია, ყველაზე უკეთ გამოხატავს სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულის შინაარსს, მაგრამ შესაძლოა, დაბრკოლებებს ქმნიდეს მისი იმპლემენტაციისა და მტკიცებისთვის.<sup>22</sup>

„დისკრიმინაციული სელექციის“ მოდელის შემთხვევაში სავარაუდო დამნაშავე მიზანმიმართულად ირჩევს მსხვერპლს კონკრეტულ ჯგუფთან მიკუთვნებულობის გამო, თუმცა, ამ შემთხვევაში მისი განწყობის შესახებ მოტივის მტკიცება არ არის საჭირო. ანუ, კანონმდებლები ყურადღების

---

<sup>20</sup> Walters, A General Theories of Hate crime? Strain, doing difference and self control, 2010.

<sup>21</sup> Allport, The Nature of Prejudice. Reading, MA: Addison-Wesley.

<sup>22</sup> OSCE/ODIHR, Hate Crime Laws, A Practical Guide, 46.

ფოკუსში აქცევენ კავშირს ქმედებასა და მსხვერპლის არჩევის მიზეზს შორის და არა დამნაშავის სუბიექტურ განწყობას.<sup>23</sup>

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 53<sup>1</sup> მუხლის დისპოზიციური შინაარსი შეუწყნარებლობის მოტივზე აკეთებს აქცენტს. ამ ნიშნით აღნიშნული ნორმა „მტრობის“ მოდელის ანალოგია. თუმცა, მიუხედავად მოდელისა, მსხვერპლსა და თემზე ასახული ზიანი ერთმანეთისგან არ განსხვავდება. მიყენებული სტრესი და ტრავმა, ერთნაირად საშიში და დისპროპორციულად მტკივნეულია მსხვერპლისთვის.<sup>24</sup> მიუხედავად კონკრეტული მოდელისა, მნიშვნელოვანია, რომ არსებული ნორმა სამართალდამცავმა უწყებებმა ფართოდ განმარტონ და მისი დავინროება არ მოხდეს „სიძულვილის“, როგორც ძლიერი ემოციური გრძნობის გამოვლინებამდე.

შეუწყნარებლობით ჩადენილი დანაშაულის მარეგულირებელი ნორმის გამოყენებისას არსებითად მნიშვნელოვანია დადგინდეს, მართლსაწინააღმდეგო ქმედება მთლიანად ან ნაწილობრივ მოტივირებული იყო თუ არა პიროვნების კონკრეტული ნიშნით გაერთიანებულ ჯგუფთან კუთვნილების საფუძველზე შეუწყნარებლობით.<sup>25</sup> ამასთან, დამნაშავის სუბიექტური მოტივაციის დადგენის სირთულიდან გამომდინარე, შეუწყნარებლობის მოტივის მითითება მხოლოდ იმ შემთხვევაში მოხდება თუ გამოძიება აღმოაჩენს საკმარის ობიექტურ ფაქტებს, რომელიც გონივრულ და ობიექტურ დამკვირვებელს დაარწმუნებდა, რომ დამნაშავის ქმედება, მთლიანად ან ნაწილობრივ, მოტივირებული იყო შეუწყნარებლობით. ამგვარი მოტივის შეცნობა შესაძლებელია მხოლოდ მაშინ, თუ დანაშაულის ჩადენამდე, ჩადენის პროცესში და მის შემდეგ შესაძლო დამნაშავის ნება გაცხადდა გარე სამყაროში რაიმე ფორმით და ობიექტურად შეცნობადი გახდება სხვებისათვის – როგორც დამარალეულის, ისე გარშემომყოფე-

---

<sup>23</sup> იქვე, 48.

<sup>24</sup> იქვე.

<sup>25</sup> ჯალალანია, ოპერაციული სახელმძღვანელო დოკუმენტი სექსუალური ორიენტაციისა და გენდერული იდენტობის საფუძველზე ჩადენილ დანაშაულთა გამოძიების შესახებ, 2017, 48, იხ. <https://emc.org.ge/ka/products/operatsiuli-sakhelmdzghvanelo-dokument-i-seksualuri-orientatsiisa-da-genderuli-identobis-safudzvelze-chadenili-danashaulebis-gamodziebis-shesakheb>.

ბისათვის<sup>26</sup>.

აქვე, ხაზგასმით უნდა აღინიშნოს, რომ საგარაუდო დამნაშავეის მხრიდან შეუწყნარებლობის აშკარა დემონსტრაცია არ არის მოტივის იდენტიფიცირების ერთადერთი საშუალება. საქმეზე გამოძიებულმა უნდა მოაგროვოს დამატებითი მტკიცებულებები<sup>27</sup> პირის გამოკითხვის საშუალებით, მოიპოვოს ინფორმაცია მისი წარსული ქცევების შესახებ, როგორც შეიძლება იყოს რადიკალური, ულტრანაციონალისტური ჯგუფის წევრობა, სოციალურ ქსელებში სიძულვილის ენის გავრცელება და სხვა.

მიუხედავად იმისა, რომ მოტივი დანაშაულის შემადგენლობაში რთულად იდენტიფიცირებადი ნაწილია, აღნიშნული არ ნიშნავს, რომ მისი გამოკვეთა პრაქტიკაში შეუძლებელია, ის მოითხოვს სამართალდამცავების მხრიდან ობიექტურ მიდგომას, ტექნიკურ ცოდნას და მაღალ მგრძობელობას საკითხის მიმართ, რაც ხშირად აკლიათ ცალკეულ გამოძიებლებსა თუ პროკურორებს.<sup>28</sup>

პრაქტიკაში უმცირესობათა ჯგუფების მიმართ ჩადენილი სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულები აჩვენებს, რომ პოლიციელებს არ აქვთ სათანადო ცოდნა და ამავე დროს, სენსიტიურობა ადეკვატურად მოახდინონ საქმეში მოტივის გამოკვეთა და შესაძლო დამნაშავეთა მიმართ სისხლისსამართლებრივი დევნის განხორციელება. მაგალითად, ქობულეთში ადგილობრივი მუსლიმი თემის მიმართ დევნის ფაქტები აჩვენებს, რომ დანაშაულის ადეკვატური გამოძიება სახელმწიფოსთვის გამონწვევას წარმოადგენს. ქობულეთში მუსლიმი თემის დევნის ფაქტები 2014 წლის 10 სექტემბერს გამოვლინდა, ადგილობრივი მოსახლეობა (რომელიც თავს მართლმადიდებელ მრევლს მიაკუთვნებს) მუქარის, იძულების გამოყენებით პანსიონატის შენობასთან გადაადგილების პროცესის კონტროლისა და პერმანენტული არამშვიდობიანი შეკრებების ორგანიზებით მუსლიმ თემს პანსიონატის გახსნის საშუალებას არ აძლევდა. კერძო პირების მხრიდან პანსიონატის საქმიანობის ხელშეშლა სხვადასხვა სა-

---

<sup>26</sup> იქვე

<sup>27</sup> იქვე, 52-57.

<sup>28</sup> დეკანოზიძე და სხვები, გენდერი და სამართალი-საქართველოს კანონმდებლობის გენდერული ანალიზი, 2016.

შუალელებით ხორციელდებოდა, მათ შორის<sup>29</sup>: პანსიონატის რემონტის პროცესისთვის ხელშეშლა, პანსიონატის შესასვლელის ბარიკადებით ჩახერგვა, პანსიონატის კარზე დაკლული ღორის თავის მიჭედება, მექარისა და იძულების გამოყენებით 15 სექტემბერს პანსიონატის გახსნისთვის ორგანიზებული ხელის შეშლა და მუსლიმების განდევნა, პანსიონატის შენობასთან და უშუალოდ შენობაში გადაადგილების მკაცრი კონტროლი და ამ მიზნით ადგილზე 24-საათიანი შეკრებების ორგანიზება.

მიუხედავად მუსლიმი თემის დევნისა, შინაგან საქმეთა სამინისტროს მიერ ფაქტებზე გამოძიება სსკ-ის 151-ე მუხლის (მექარის) საფუძველზე დაიწყო, რაც სრულიად არ შეესაბამებოდა ობიექტური და ეფექტური გამოძიების სტანდარტებს.<sup>30</sup>

ამასთან, 2013 წლის 17 მაისს - ჰომოფობიისა და ტრანსფობიის წინააღმდეგ მიმართულ საერთაშორისო დღეს, მშვიდობიანი შეკრების უფლებით მოსარგებლეთა ძალადობრივი დარბევის ფაქტები არასათანადოდ და არაეფექტურად იქნა გამოძიებული. სისხლისსამართლებრივი დევნა მხოლოდ 4 პირის წინააღმდეგ დაიწყო სსკ-ის 161-ე მუხლის საფუძველზე, რომელიც შეკრების ან მანიფესტაციის უფლების ხელყოფას გულისხმობს, მიუხედავად შეუწყნარებლობის მოტივის აშკარა ფაქტისა, სამართალდამცავ ორგანოებს არ გამოუკვეთავთ ჰომოფობიური სიძულვილის მოტივი, რისი გათვალისწინება არც სასამართლოს განუხორციელებია 2 წლიანი განხილვების არცერთ ეტაპზე.<sup>31</sup>

დანაშაულის მოტივის გამოკვეთის კრიტიკულ მნიშვნელობაზე ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტულ სამართალს ერთიანი მიდგომა აქვს. ევროპულმა სასამართლომ თავის არაერთ გადაწყვეტილებაში აღნიშნა, რომ სახელმწიფოს მიერ საქმის გამოძიების ან სასჯელის დაკისრებისას დისკრიმინაციული მოტივის ყურადღების მიღმა დატოვება შეიძლება წარმოადგენდეს არაპირდაპირ დისკრიმინაციას. საქმეში *Angelova and Iliev v. Bulgaria* სასამართლომ მიუთითა, რომ „სახელმწიფოს აქვს ზოგადი ვალდებულება, კონვენციის მე-2 მუხლის

<sup>29</sup> <https://emc.org.ge/ka/products/kobuletshi-muslimi-mostsavleebis-pansionatis-sakmeze-emc-shemajamebel-gantskhadebas-avrtselebs>.

<sup>30</sup> იქვე.

<sup>31</sup> <http://women.ge/ka/news/newsfeed/145/>.

ფარგლებში განახორციელოს ეფექტიანი გამოძიება სიცოცხლის უფლების დარღვევის საქმეებში, რომელიც უნდა წარიმართოს დისკრიმინაციის გარეშე, როგორც ამას მოითხოვს კონვენციის მე-14 მუხლი. ამასთანავე, ძალადობრივი ინციდენტის გამოძიებისას ხელისუფლებას აქვს დამატებითი ვალდებულება, მიიღოს ყველა გონივრული ზომა, რათა „გამოაშკარაოს ნებისმიერი [რასისტული] მოტივი და დაადგინოს, თუ რამდენად იყო შესაძლებელი, [ეთნიკურ] სიძულვილს ან ცრურწმენას ეთამაშა როლი აღნიშნულ მოვლენებში. [...] სახელმწიფოს მიერ რასობრივი მოტივით გამოწვეული ძალადობისა და სისასტიკისადმი იმგვარი მოპყრობა, როგორც მოეპყრობოდა [რასისტული] ელფერის არმქონე დანაშაულს, წარმოადგენს ფუნდამენტურ უფლებათა განსაკუთრებით დამანგრეველი ქმედებების სპეციფიკურ ბუნებაზე თვალის დახუჭვას. ისეთი სიტუაციები, რომლებიც არსებითად განსხვავებულია, ხოლო სახელმწიფო განიცდის მარცხს მათ განსხვავებაში, შესაძლოა, შეიცავდეს კონვენციის მე-14 მუხლთან შეუთავსებელ დაუსაბუთებელ მოპყრობას“<sup>32</sup>.

ამასთან, საქმეში *Identoba and Others v. Georgia* ევროპულმა სასამართლომ მიუთითა, რომ ხელისუფლების ვალდებულება, თავიდან აიცილოს კერძო პირების მიერ სიძულვილით მოტივირებული ძალადობა (ისევე, როგორც გამოიძიოს დისკრიმინაციულ მოტივსა და ძალადობის აქტს შორის შესაძლო კავშირი), შეიძლება მოექცეს კონვენციის მე-3 მუხლის პროცედურულ ასპექტში, მაგრამ ასევე შეიძლება, მიჩნეული იყოს მე-14 მუხლით გათვალისწინებულ სახელმწიფოს პოზიტიურ ვალდებულებად – დისკრიმინაციის გარეშე უზრუნველყოს მე-3 მუხლით დაცული ფუნდამენტური უფლება<sup>33</sup>. როგორც ევროპული სასამართლო აღნიშნავს, საქართველოს „ეროვნული სისხლისსამართლებრივი კანონმდებლობა პირდაპირ მიუთითებს, რომ დისკრიმინაცია სექსუალური ორიენტაციისა და გენდერული იდენტობის ნიშნით უნდა წარმოადგენდეს დამამძიმებელ გარემოებას დანაშაულისათვის. სასამართლო ასკვნის, რომ არსებითად მნიშვნელოვანი იყო გამოძიების წარმოება სწორედ ამ სპეციფიკურ კონტექსტში, რათა სახელმწიფოს მიეღო ყველა გონივრული ზომა იმ

---

<sup>32</sup> *Angelova and Iliev v. Bulgaria*, No. 55523/00, judgment of 26 July 2007, პარა.115. ასევე, *Nachova and other v. Bulgaria*, No. 43577/98, judgment of 6 July 2005, პარა. 160.

<sup>33</sup> *Identoba and Others v. Georgia* (Application no. 73235/12), 12 მაისი 2015, პარა. 63.

მიზნით, რომ გამოეაშკარავებინა სავარაუდო ჰომოფობიური მოტივების როლი აღნიშნულ ინციდენტებში<sup>34</sup>.

გადანწყვეტილებაში M.C. and A.C. v. Romania, რომელიც 2007 წელს ბუქარესტში გვიპრაიდის მსვლელობისას მომხდარ ძალადობას ეხებოდა, სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულებების განხილვისას მიუთითა: „იმისათვის, რომ გამოძიება „ეფექტიანად“ მიიჩნეოდეს, პრინციპულად მნიშვნელოვანია, სახელმწიფოს შეეძლოს ფაქტების სრული სიმზუსტით დადგენა, დამნაშავე პირთა იდენტიფიკაცია და დასჯა. აღნიშნული წარმოადგენს არა ვალდებულებას მისაღწევი შედეგის მიმართ, არამედ იმ საშუალებების, რომელიც უნდა გამოიყენონ. სახელმწიფოს უნდა მიეღო ყველა გონივრული ზომა, რათა მოეპოვებინა და დაეცვა ყველა რელიგანტური მტკიცებულება. გამოძიებისას არსებული დეფიციტი, რომელმაც შეზღუდა ზიანის მიზღვებისა და პასუხისმგებელ პირთა იდენტიფიცირების შესაძლებლობა, წარმოადგენს აღნიშნული სტანდარტიდან გადახვევას და დროულობისა და გონივრულობის პრინციპის დარღვევას.<sup>35</sup>“ სასამართლომ დამატებით აღნიშნა, რომ დისკრიმინაციული მოტივის გამოსაკვეთათ სახელმწიფოს უნდა გამოეყენებინა ეროვნულ კანონმდებლობაში არსებული ყველა საშუალება, რათა აღნიშნული ქმედება არ განეხილათ იმ დანაშაულების მსგავსად, რომელსაც ამგვარი მოტივი არ აქვს<sup>36</sup>.

ამასთან, ეუთოს სახელმძღვანელო პრინციპები მიუთითებს, რომ სიძულვილით მოტივირებულ დანაშაულებთან გამკლავება სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების სისტემის აქტორებს – პოლიციას, პროკურატურასა და სასამართლოს შორის ახლო კოოპერაციულ მუშაობას მოითხოვს, თუმცა არა მხოლოდ ოპერატიულ, არამედ პოლიტიკის დონეზე<sup>37</sup>, რაც გულისხმობს ამგვარი დანაშაულების წინააღმდეგ ეფექტური პრევენციული პოლიტიკის დაგეგმვასა და საზოგადოებრივი აზრის ცვლილებაზე მიმართულ პერმანენტულ ღონისძიებებს.

---

<sup>34</sup> იქვე.

<sup>35</sup> M.C. and A.C. v. Romania, 12.4.2016, პარა. 111.

<sup>36</sup> იქვე პარა. 114.

<sup>37</sup> OSCE Prosecuting hate crimes. A practical guide, 17-18, ob: <http://www.osce.org/odihr/prosecutorsguide?download=true>.

## დასკვნა

საქართველოში ბოლო წლების განმავლობაში შეუწყნარებლობით ჩადენილი დანაშაულის გახშირებამ, მათ შორის, ქალთა მიმართ გენდერული ნიშნით ძალადობამ<sup>38</sup>, ფემიციდმა<sup>39</sup>, ჰომოფობიურმა და ტრანსფობიურმა დანაშაულებმა,<sup>40</sup> რელიგიური ნიშნით<sup>41</sup> ჩადენილმა მართლსაწინააღმდეგო ქმედებებმა, სახელმწიფო დააყენა მასთან ბრძოლის ეფექტიანი სტრატეგიის შემუშავებისა და მისი პრაქტიკაში გატარების კრიტიკული საჭიროების წინაშე.

სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულის მიმართ სისხლის სამართლის კანონმდებლობის, სამართალდამცავი ორგანოებისა და სასამართლოს არაერთგვაროვანი და ფრაგმენტული მიდგომის გამო აღნიშნულ დანაშაულთა შესახებ ადეკვატური მონაცემების შეგროვება, დამუშავება და ანალიზი არ ხდება და შესაბამისად, შეუსწავლელია მისი გავრცელებადობა და წარმოშობის ფუნდამენტური ფაქტორები, რაც მასთან ბრძოლას არსებითად აფერხებს.

დისკრიმინაციული დანაშაულის უკეთ გასაგებად, ჩვენ მისი სოციალური ბუნების, გავრცელების, წარმომქმნელი იმ მიზეზების კვლევა გვჭირდება, რომელიც განაპირობებს საზოგადოებაში კონკრეტულ ნიშანს დაფუძნებული მტრობის წარმოშობასა და ნორმალიზებას. ამგვარ დანაშაულებთან ბრძოლაში კრიტიკულად მნიშვნელოვანია, როგორც მისი სამართლებრივი ბუნების და რეგულირების გზების შესწავლა, ისე მისი სოციალური გავლენების აღწერაც. აღნიშნულისთვის, მნიშვნელოვანია დისკრიმინაციული დანაშაული აღვიქვათ არა როგორც მხოლოდ მართლსაწინააღმდეგო ქცევის ფაქტორივ შედეგად, არამედ, როგორც საზოგადოებაში არსებული უთანასწორობის, უმცირესობათა ჩაგვრის და ძალაუფლებათა დისბალანსის ანარეკლად. შესაბამისად, ეფექტური პრევენციული პოლიტიკის დაგეგმვისათვის ჩვენი მიზანი უნდა იყოს

---

<sup>38</sup> დეკანოსიძე და სხვები, გენდერი და სამართალი-საქართველოს კანონმდებლობის გენდერული ანალიზი, 2016.

<sup>39</sup> დეკანოსიძე, ფემიციდის საქმეების განაჩენები, 2016.

<sup>40</sup> ჯალაღანია, ლგბტ პირთა უფლებრივი მდგომარეობა საქართველოში, 2016.

<sup>41</sup> ბეგაძე და სხვები, რელიგიის თავისუფლება-სახელმწიფოს დისკრიმინაციული და არასეკულარული პოლიტიკის კრიტიკა, 2016.

დანაშაულის ფართე შინაარსის ძიება, რომელიც ხშირად აკადემიურ სამართლებრივ სივრცეში საკანონმდებლო ნორმის ტექნიკურ შინაარსში იკარგება.

შესაბამისად, დისკრიმინაციული დანაშაულის გააზრებაში წვლილი სისხლის სამართლის მართლმსაჯულებამ კომპლექსური, ინტერდისციპლინარული, სოციალური მიდგომით უნდა შეიტანოს, რომელიც გამოავლენს საზოგადოების ორგანიზების, სტრუქტურის, დომინაციის და ძალაუფლების საკითხებს და რომელიც დაგვეხმარება დანაშაულის ჩადენის, მისი მოტივისა და შესაძლო სასჯელის უკეთესი მისადაგების შესაძლებლობები დავსახოთ მასთან ბრძოლის ეფექტურად სანარმოებლად.

**საპროცესო შეთანხმება სისხლის სამართალში  
ადაშიანის ძირითადი უფლებებისა და გერმანულ  
კონსტიტუციურსამართლებრივ ზრისში**

პროფ. დოქტ. **არმინ ენგლენდერი**, მიუნხენის უნივერსიტეტი

## **I. შესავალი**

გერმანული სისხლისსამართლებრივი პრაქტიკა უკვე წარმოდგენელია საპროცესო შეთანხმების არსებობის გარეშე. ის განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია კომპლექსურ ეკონომიკურ დანაშაულებთან დაკავშირებული სისხლის სამართალწარმოებისთვის. თუმცა, საპროცესო შეთანხმებების რაოდენობა სხვა სფეროებშიც, განსაკუთრებით კი ნარკოტიკული და სექსუალური ხასიათის დანაშაულებთან მიმართებითაც, მუდმივად იზრდება. საპროცესო შეთანხმებაში, როგორც წესი, მოიაზრება განსასჯელის მზაობა, სამართალწარმოების ხანგრძლივობის შემამცირებელი აღიარებითი ჩვენების მიცემაზე, რის სანაცვლოდაც მას შედარებით ბევრად უფრო მსუბუქი სასჯელი ეკისრება. დაკვირვებები აჩვენებს, რომ სისხლისსამართლებრივი გადაწყვეტილებების მინიმუმ 20-25% საპროცესო შეთანხმების ამა თუ იმ ფორმას ეფუძნება<sup>1</sup> და რეალურად უფრო მაღალი მაჩვენებლის არსებობაც არ გამოირიცხება<sup>2</sup>.

საპროცესო შეთანხმების დასაშვებობასთან დაკავშირებით, ყოველთვის ცხარე კამათი არსებობდა. აღნიშნული უფრო მეტად იმ ფაქტით იყო განპირობებული, რომ დიდი ხნის განმავლობაში საპროცესო შეთანხმებებს კანონი არ არეგულირებდა და თავდაპირველად მათი პრაქტიკაში გამოყენება დაფარულად, თუმცა, შემდგომში უკვე ღიადაც ხორციელდებოდა<sup>3</sup>. გერმანიის უზენაესმა ფედერალურმა სასამართლომ 1997<sup>4</sup> და

---

<sup>1</sup> Schünemann, NJW 1989, 1885, 1886.

<sup>2</sup> Dahs, NSTZ 1988, 153; Hettinger, JZ 2011, 292; Schöch, Urteilsabsprachen in der Strafrechtspraxis, 2007, S. 238; Schünemann/Hauer, AnwBl 2006, 439.

<sup>3</sup> საპროცესო შეთანხმებასთან დაკავშირებული პრაქტიკის წარმოშობის თაობაზე შეად. Hamm, FS für Dahs, 2005, S. 267 ff.; Schünemann, FS für Heldrich, 2005, S. 1177 ff.

<sup>4</sup> BGHSt 43, 195.

2005<sup>5</sup> წლის გადაწყვეტილებებით დაადასტურა საპროცესო შეთანხმებების პრინციპული დასაშვებობა. 2009 წელს კი გერმანელმა კანონმდებელმა აღნიშნულ სფეროში სამართლებრივი სტაბილურობის შესაქმნელად სათანადო საკანონმდებლო საფუძველი შექმნა<sup>6</sup>. აღნიშნული საკანონმდებლო რეგულაცია გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ (BVerfG) 2013 წელს „იმ დროისათვის კონსტიტუციის შესაბამისად“ მიიჩნია<sup>7</sup>. თავის მხრივ, საპროცესო შეთანხმებები, როგორც ასეთი, ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომაც (EGMR) ადამიანის უფლებათა ევროპულ კონვენციასთან შესაბამისად აღიარა<sup>8</sup>.

წინამდებარე ნაშრომში მოკლედ იქნება წარმოდგენილი საპროცესო შეთანხმებასთან დაკავშირებით გერმანულ სისხლის სამართალში არსებული საკანონმდებლო რეგულაციები, რის შემდგომაც მიმოვიხილავთ საპროცესო შეთანხმების თაობაზე არსებულ ძირითად მოსაზრებებს და გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებას. ამასთან, ნაშრომს ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკასთანაც ექნება მცირე შეხება. დროში არსებული შეზღუდვის გამო, საპროცესო შეთანხმებასთან დაკავშირებული მხოლოდ ცალკეული საკითხებისა და პრობლემების განხილვაა შესაძლებელი.

## II. საპროცესო შეთანხმების საკანონმდებლო მონესრიგება

საპროცესო შეთანხმების საკანონმდებლო მონესრიგების სწორად გაგებისთვის, პირველ რიგში, აუცილებელია გერმანულ სისხლის სამართალწარმოებასთან დაკავშირებით მცირე განმარტებების გაკეთება. განსხვავებით, მაგ. აშშ-ისგან, გერმანიაში სისხლის სამართლის პროცესი არ ეფუძნება მხოლოდ მხარეთა შეჯიბრებითობას, რომლის დროსაც სასამართლო მხოლოდ მხარეების – განსასჯელისა და დაცვის მხარის – მიერ წარმოდგენილ მტკიცებულებებს ეყრდნობა. გერმანული სისხლის

---

<sup>5</sup> BGHSt 50, 40.

<sup>6</sup> „სისხლის სამართალწარმოებაში საპროცესო შეთანხმების რეგულირების შესახებ“ კანონი v. 29.7.2009, BGBl I S. 2353.

<sup>7</sup> BVerfGE 133, 168.

<sup>8</sup> EGMR NJW 2015, 1745.

სამართალწარმოება ინკვიზიციური ხასიათისაა. სასამართლო საქმის განხილვის მთავარ სხდომაზე მტკიცებულებების თაობაზე დაყენებული შუამდგომლობებისგან დამოუკიდებლად, სიმართლის დადგენის მიზნით, ასევე ვალდებულია მოკვლევა თავად აწარმოოს<sup>9</sup>. იგი ვალდებულია მის ხელში არსებული მტკიცებულებების დახმარებით, კერძოდ, მონშეების, ექსპერტების, დოკუმენტების, დანაშაულის ადგილის ან/და ნივთმტკიცებების დათვალიერების, განსასჯელის განცხადებების<sup>10</sup> გამოყენებით, გამოიკვლიოს და დაადგინოს, რეალურად თუ როგორ განხორციელდა ესა თუ ის ქმედება. მოსამართლე საქმის არსებითი განხილვისას არ გვევლინება უბრალო არბიტრად, რომელიც მხოლოდ საპროცესო წესების დაცვას უზრუნველყოფს. იგი სიმართლის დადგენის პროცესში მთავარ როლს ასრულებს.

კანონმდებელმა სცადა აღნიშნულ ინკვიზიციურ პროცესში საპროცესო შეთანხმებების ინტეგრირება. მან ასევე უარი თქვა საპროცესო შეთანხმების დამოუკიდებელი საპროცესო სამართალწარმოების სახით (რომელშიც ინკვიზიციურობის პრინციპი არ იმოქმედებდა) ჩამოყალიბებაზე<sup>11</sup>. კანონის განმარტებით ბარათში აღნიშნულია, რომ კანონმდებელი მიზნად ისახავს „საპროცესო შეთანხმების იმგვარად რეგულირებას, რომ იგი წინააღმდეგობაში არ მოდიოდეს გერმანული სისხლის სამართალწარმოების ტრადიციულ პრინციპებთან<sup>12</sup>.“ ცენტრალურ საკანონმდებლო ნორმას

---

<sup>9</sup> აღნიშნულთან დაკავშირებით დეტალურად იხ.

Volk/Engländer, Grundkurs Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2018, § 18 Rn. 15, § 24 Rn. 1 ff.

<sup>10</sup> მართალია ბრალდებულის საპასუხო პოზიცია ბრალდების მიმართ საპროცესო სამართლებრივი გაგებით არ წარმოადგენს მტკიცებულებას, თუმცა, ვინაიდან ის წინა პლანზე სწორედ მტკიცების მიზნით იწვევს, შესაძლოა მას, ფართო გაგებით, მაინც ვუწოდოთ მტკიცებულების საშუალება.

<sup>11</sup> აღნიშნულთან დაკავშირებით იხ. ფედერალურ ადვოკატთა პალატის სისხლის სამართლის კომიტეტის კანონპროექტი, შეად. ZRP 2005, 235 ff.; საწინააღმდეგო პოზიციას იზიარებს გერმანულ ადვოკატთა გაერთიანების სისხლის სამართლის კომიტეტი შეად. StraFo 2006, 89 ff.; სისხლის სამართალწარმოებაში კონსენსუსის იდეასთან დაკავშირებული დისკუსიისათვის იხ. Duttge, ZStW 115 (2003), 539 ff.; Hassemer, FS für Hamm, 2008, S. 171 ff.; Jahn, ZStW 118 (2006), S. 427 ff.; Salditt, ZStW 115 (2003), S. 570 ff.; Weßlau, Das Konsensprinzip im Strafverfahren, 2002; dies., StraFo 2007, 1 ff. jeweils m.w.N.

<sup>12</sup> BT-Drucks. 16/12310 S. 8.

სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის §257c წარმოადგენს<sup>13</sup>. აღნიშნულის გარდა, კანონი სხვა მონაკვეთებშიც ითვალისწინებს მნიშვნელოვან ნორმებს<sup>14</sup>. მთლიანობაში საპროცესო შეთანხმება დეტალური რეგულირების სისტემას ექვემდებარება. მოკლედ რომ მიმოვიხილოთ:

– სავალდებულოა, რომ საპროცესო შეთანხმება საქმის ზეპირი სასა-

---

<sup>13</sup> ნორმა შემდეგნაირად ვლერს:

(1) სასამართლოს შეუძლია სათანადო შემთხვევების არსებობისას, მოცემულ აბზაცებზე დაყრდნობით, საქმის წარმოების მონაწილეებთან გააფორმოს საპროცესო შეთანხმება საქმის წარმოების შემდგომი ვაგრძელებასა და მისი შედეგების შესახებ. §244 მეორე აბზაცი კვლავ მოქმედებს.

(2) აღნიშნული საპროცესო შეთანხმების საგნად შესაძლოა გამოყენებულ იქნას მხოლოდ ის სამართლებრივი შედეგები, რომლებიც სასამართლოს გადაწყვეტილებისა და მასში შემავალი განჩინებების შინაარს შესაძლოა წარმოადგენდნენ, საქმის ფაქტობრივი გარემოებების დადგენის პროცესთან დაკავშირებული სხვა საპროცესო ღონისძიებები და ასევე საქმის წარმოების მონაწილეების საპროცესო ქცევა. ბრალის აღიარება ყოველი საპროცესო შეთანხმების შემადგენელი ნაწილს უნდა წარმოადგენდეს. ბრალეულობის ხარისხი, უსაფრთხოებისა და გამასწორებელი ღონისძიებები არ შეიძლება საპროცესო შეთანხმების საგანი იყოს.

(3) სასამართლო აცხადებს თუ რა შინაარსი შესაძლოა ჰქონდეს საპროცესო შეთანხმებას. ამასთან, საქმესთან დაკავშირებული ყველა გარემოების თავისუფალი შეფასებისა და სასჯელის ზომის ზოგადი აწონ-დანონვის საფუძველზე, შესაძლებელია სასჯელის ქვედა და ზედა ზღვარზე მითითების გაკეთება. საქმის წარმოების მონაწილეებს ეძლევათ თავიანთი მოსაზრების გამოთქმის შესაძლებლობა. საპროცესო შეთანხმება ძალაში შედის, როდესაც განსასჯელი და პროკურატურა სასამართლოს შეთავაზებას თანხმდებიან.

(4) სასამართლოს საპროცესო შეთანხმებით ბოჭვა სრულდება, როდესაც ყურადღების მიღმა დარჩენილი ან ახლად წარმოიქმნება სამართლებრივად ან ფაქტობრივად მნიშვნელოვანი გარემოებები, რის გამოც სასამართლო რწმუნდება, რომ გათვალისწინებული სასჯელის ფარგლები აღარ არის ჩადენილი დანაშაულის ან ბრალის შესაბამისი. იგივე მოქმედებს, როდესაც განსასჯელის შემდგომი საპროცესო ქცევა არ შესაბამება იმ ქცევას, რომელიც საფუძვლად დაედო სასამართლოს პროგნოზს. ამგვარ შემთხვევებში დაუშვებელია განსასჯელის აღიარების გამოყენება. სასამართლო ვალდებულია დაუყოვნებლივ განახორციელოს შეტყობინება საპროცესო შეთანხმებიდან გადახვევის თაობაზე.

(5) განსასჯელს უნდა განემარტოს სასამართლოს მხრიდან მეოთხე აბზაციით გათვალისწინებული გადახვევის წინაპირობები და შედეგები.

<sup>14</sup> შეად. §§ 35a S. 3, 160b, 202a, 212, 243 Abs. 4, 257b, 267 Abs. 3 S. 5, 273 Abs. 1a, 302 Abs. 1 S. 2 StPO.

მართლო განხილვის მთავარ სხდომაზე იქნას დადებული. რა თქმა უნდა, მისი მომზადება შესაძლოა განხორციელდეს საქმის სასამართლოს მთავარი სხდომის ფარგლებს გარეთ (შეად. გერმანიის სსსკ-ის §§202a, 212, 257b).

- საპროცესო სამართალწარმოებაში მონაწილე ყველა მხარე – განსასჯელი, პროკურატურა, დამცველი, თანაბრალმდებელი (ასეთის არსებობის შემთხვევაში. ამაში იგულისხმება დამარალებული, რომელიც გერმანულ პროცესში მხარეს წარმოადგენს. რედ. შენიშვნა.) – ჩართული უნდა იყოს განხილვის პროცესში (გერმანიის სსსკ-ის §257c, პირველი აბზაცის პირველი წინადადება, ასევე ამავე მუხლის მესამე აბზაცის მესამე წინადადება)<sup>15</sup>.
- განსასჯელი და პროკურატურა ერთმნიშვნელოვნად უნდა დათანხმდნენ საპროცესო შეთანხმებას (გერმანიის სსსკ-ის §257c მესამე აბზაცის მეოთხე წინადადება)<sup>16</sup>. ამასთან, განსასჯელმა თავისუფლად უნდა მიიღოს გადაწყვეტილება. არ შეიძლება მან თანხმობა იძულების შედეგად, მაგ. საპროცესო შეთანხმებაზე მისი უარის შემთხვევაში გაუმართლებლად დიდი სასჯელის დაკისრების მუქარის საფუძველზე, განაცხადოს. ამ დროს არ არის აუცილებელი დამცველის ან თანაბრალმდებლის თანხმობა.
- საპროცესო შეთანხმების საგნად გამოირიცხება გამამტყუნებელი განაჩენის შინაარსი, მაშასადამე, შემთხვევის სამართლებრივი შეფასება (გერმანიის სსსკ-ის §257c მეორე აბზაცის მესამე წინადადება). შესაბამისად, განსასჯელის მიერ აღიარებითი ჩვენების მიცემისას დაუშვებელი იქნებოდა შეთანხმება, რომლის მიხედვითაც განსასჯელს მსჯავრი დაედებოდა მხოლოდ დამამძიმებელი გარემოებების გარეშე მკვლელობის ჩადენაში და არა დამამძიმებელ ვითარებაში ჩადენილ მკვლელობაში, როცა რეალურად ამ უკანას-

---

<sup>15</sup> თუმცა, არც განსასჯელს და არც მის დამცველს არ აქვთ დასწრების უფლება, თუკი თანაგანსასჯელთან საპროცესო შეთანხმების გაფორმების შესაძლებლობა განიხილება; შეად. BGH StV 2014, 513.

<sup>16</sup> მხოლოდ კონკლუდენტური თანხმობა არ არის საკმარისი, შეად. BGH NStZ-RR 2017, 87.

კნელის წინაპირობებია სახეზე<sup>17</sup>.

- დაუშვებელია საპროცესო შეთანხმება კონკრეტულ სასჯელზე (ე.წ. „პუნქტორივი სასჯელი“)<sup>18</sup>. მაშასადამე, სასამართლოს არ აქვს ზუსტ სასჯელზე მითითების უფლება. მხოლოდ სასჯელის ქვედა და ზედა ზღვარის პერსპექტივის განხილვაა დასაშვები (გერმანიის სსსკ-ის §257c მესამე აბზაცის მეორე წინადადება), მაგ. სამიდან ექვს წლამდე თავისუფლების აღკვეთის<sup>19</sup>. ამასთან, დაკისრებული სასჯელი ბრალთან შესაბამისობაში უნდა იყოს.
- საპროცესო შეთანხმების შემადგენელ ნაწილს „უნდა“ წარმოადგენდეს ბრალის აღიარება (გერმანიის სსსკ-ის §257c მეორე აბზაცის მეორე წინადადება). აღნიშნულის არსებობა სასურველია და პრაქტიკაში, როგორც წესი, მოითხოვება ხოლმე, თუმცა სავალდებულო არ არის.
- ინკვიზიციურობის პრინციპი, მაშასადამე, ობიექტური ჭეშმარიტების დადგენილების ვალდებულება, ხელშეუხებელი რჩება (გერმანიის სსსკ-ის §257c პირველი აბზაცის მეორე წინადადება). სიმართლის დადგენის ხარჯზე დაუშვებელია საპროცესო სამართლწარმოების ნებისმიერი სახით შემოკლება. შესაბამისად, უშინაარსო, ფორმალური აღიარება (მაგ. უბრალო განცხადება, რომ ბრალდების მიმართ „პრეტენზია არ არსებობს“) არ წარმოადგენს საკმარის სა-

---

<sup>17</sup> აღნიშნული წესი ასევე ვრცელდება თუ არა სასჯელის ფარგლების შეცვლის შესაძლებლობაზე განსაკუთრებით მძიმე ან ნაკლებად მძიმე შემთხვევებისას, სადაგოა; დანაშაულის შემადგენლობის სტრუქტურის მსგავსებაზე დაყრდნობით ამ მოსაზრების სასარგებლოდ იხ. BVerfGE 133, 168, 210 f.; საწინააღმდეგო მოსაზრება იხ. BGH NStZ 2017, 363, 365.

<sup>18</sup> BGH NStZ 2011, 231.

<sup>19</sup> სადაგოა თუ რამდენად საკმარისია სასამართლოს მხრიდან მხოლოდ ზედა ზღვარის დასახელება. გერმანიის უზენაესმა ფედერალურმა სასამართლომ აღნიშნული სრულიად სამართლიანად უარყო კანონში მოცემულ სიტყვებზე („სასჯელის ზედა და ქვედა ზღვარი“ მესამე აბზაცის მეორე წინადადებაში და ასევე „სასჯელის დაპირებული ფარგლები“ მეოთხე აბზაცის პირველი წინადადება) და კანონის დასაბუთებაზე მითითებით, შეად. BGH NStZ 2011, 648. ყოველი შემთხვევისათვის ქვედა ზღვრის არარსებობა, როგორც წესი, განსასჯელს არ შეუძლია გაასაჩივროს, რადგან პრეტენზია გასაჩივრებაზე დაუსაბუთებელი იქნებოდა (სხვაგვარადაა საქმე, იმ შემთხვევაში, როდესაც განსასჯელი ქვედა ზღვრის მითითებისას საპროცესო შეთანხმებას არ დათანხმდებოდა; BGH StV 2010, 75).

ფუძველს გადაწყვეტილების მისაღებად.

- არსებობს ყოვლისმომცველი გამჭვირვალობისა და დოკუმენტირების ვალდებულებები. კერძოდ, მთავარ სასამართლო განხილვაზე უნდა გაცხადდეს, აღნიშნული სხდომის გარდა მიმდინარეობდა თუ არა მოსამზადებელი მოლაპარაკებები საპროცესო შეთანხმების გაფორმების თაობაზე (გერმანიის სსსკ-ის §243 მეოთხე აბზაცის პირველი წინადადება)<sup>20</sup>. ამასთან, არსებობს სასამართლო სხდომის ოქმში საპროცესო შეთანხმების მიმდინარეობისა და მისი შინაარსის ასახვის ვალდებულება (გერმანიის სსსკ-ის §273 პირველი „ა“ აბზაცის პირველი წინადადება)<sup>21</sup>.
- სასამართლოს გადაწყვეტილების გასაჩივრებაზე უარი, რომელიც სასამართლოს გადაწყვეტილებას გასაჩივრების ვადის გასვლამდე მიიჩნევს უკვე ძალაში შესულად, დაუშვებელია (გერმანიის სსსკ-ის §302 პირველი აბზაცის მეორე წინადადება). აქედან გამომდინარე, საპროცესო შეთანხმებით აღნიშნულის გათვალისწინებაც დაუშვებელია. ამასთან, განსასჯელს განაჩენის გამოცხადებისას ნათლად უნდა განემარტოს, რომ საპროცესო შეთანხმების მიუხედავად, მას რჩება სასამართლოს გადაწყვეტილების გასაჩივრების შესაძლებლობა (გერმანიის სსსკ-ის §35a მესამე წინადადება). უფრო მეტიც, უარის თქმის შესახებ განცხადება, რომელიც, მიუხედავად ზემოაღნიშნულისა, პირდაპირ თან სდევს განაჩენის გამოცხადებას, ბათილია. აღნიშნულს საფუძვლად უდევს იდეა, რომ სამართლებრივსახელმწიფოებრივი საქმის წარმოების ინტერესშია საპროცესო შეთანხმებების საკასაციო შემოწმების შესაძლებლობის ზედმეტად სწრაფად არგამორიცხვა. ადამიანის უფლებების პერსპექტივიდან თუ შევხედავთ, აღნიშნული რეგულაცია, რა თქმა უნდა, არ არის

---

<sup>20</sup> მთავარ სასამართლო სხდომაზე უნდა მოხდეს ასევე იმის გაცხადება, რომ საპროცესო შეთანხმების თაობაზე მოლაპარაკებები არ ყოფილა – ე.წ. ნეგატიური შეტყობინების ვალდებულება; BVerfG NStZ 2014, 592.

<sup>21</sup> თუ არ მოხდა საპროცესო შეთანხმების დადება, აღნიშნული ფაქტიც უნდა აისახოს ოქმში – ე.წ. ნეგატიური ტესტი (გერმანიის სსსკ-ის §273 პირველი „ა“ აბზაცის მესამე წინადადება). თუკი ოქმი დუმს აღნიშნულის შესახებ და არ შეიცავს მონაცემებს არც საპროცესო შეთანხმების დადების და არც მისი არდადების შესახებ, წინააღმდეგობრივია, მაშინ ის ხარვეზიანია და შესაბამისად, კარგავს მტკიცებულების ძალას.

სავალდებულო. ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ განმარტა, რომ საპროცესო შეთანხმების ფარგლებში გასაჩივრების უფლებაზე უარის თქმა არ წარმოადგენს გასაჩივრების უფლების თვითნებურ შეზღუდვას და შესაბამისად, არ ეწინააღმდეგება ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის დამატებითი ოქმის მეორე და მეშვიდე მუხლებს<sup>22</sup>.

- როგორც წესი, საპროცესო შეთანხმებით შებოჭილია საქმის განმხილველი სასამართლო (და არა პროკურატურა<sup>23</sup> ან განსასჯელი – გერმანიის სსსკ-ის §257c მეოთხე აბზაცის პირველი წინადადებაში მოცემული აზრის შებრუნების საფუძველზე გაკეთებული დასკვნა). გამონაკლისის სახით, სამართლებრივი ბოჭვა ძალას კარგავს, როდესაც სამართლებრივად ან ფაქტობრივად მნიშვნელოვანი გარემოებები ყურადღების მიღმა დარჩა ან ხელახლა წარმოიშვა და აქედან გამომდინარე, უკვე გათვალისწინებული სასჯელის ფარგლები აღარ არის დანაშაულისა და ბრალის თანაზომიერი (გერმანიის სსსკ-ის §257c მეოთხე აბზაცის პირველი წინადადება)<sup>24</sup>. მაგალითის სახით თუ განვიხილავთ, აღნიშნული შესაძლოა სახეზე იყოს იმ გარემოებების წარმოშობისას, რომელთა საფუძველზეც ქმედება არა მსუბუქ სამართალდარღვევას, არამედ უფრო მძიმე დანაშაულს წარმოადგენს. სასამართლომ მის მიერ საპროცესო შეთანხმებიდან გადახვევის შემთხვევაში, აუცილებელია დაუყოვნებლივ განახორციელოს გადახვევის შესახებ შეტყობინება (გერმანიის სსსკ-ის §257c მეოთხე აბზაცის მეორე წინადადება). გარდა ამისა, ამგვარ შემთხვევაში უკვე დაუშვებელია განსასჯელის აღიარების გამოყენება (გერმანიის სსსკ-ის §257c მეოთხე აბზაცის მესამე წინადადება)<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> EGMR NJW 2015, 1745.

<sup>23</sup> საპროცესო შეთანხმების ძალაში შესვლის შემდეგ, პროკურატურის მხრიდან თანხმობის უკან წაღება სასამართლოსადმი შეთანხმების მბოჭავ მოქმედებას, რა თქმა უნდა, არ აუქმებს; შეად. BGH NSiZ 2017, 373.

<sup>24</sup> იქიდან გამომდინარე, რომ კანონი საპროცესო შეთანხმების მოქმედების გაუქმებას ითვალისწინებს არამხოლოდ ახალ, არამედ ყურადღების მიღმა დარჩენილ (გამორჩენილ) გარემოებებზე დაყრდნობით, განსასჯელის პასუხისმგებლობა უნდა დადგეს სასამართლოს შეცდომაში შეყვანის გამო; აღნიშნულთან დაკავშირებით სამართლიანი კრიტიკა იხ. Murmann, ZIS 2009, 526, 538.

<sup>25</sup> გაბატონებული შეხედულების თანახმად, ხსენებულ გამოყენების აკრძალ-

განსასჯელს უნდა განემართოს სასამართლოს მიერ საპროცესო შეთანხმებიდან გადახვევის წინაპირობები და შედეგები (გერმანიის სსსკ-ის §257c მეხუთე აბზაცი)<sup>26</sup>. დროული განმარტების არარსებობის შემთხვევაში, სახეზეა გასაჩივრების საფუძველი გერმანიის სსსკ-ის §337 მიხედვით, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც განსასჯელი აღიარებით ჩვენებას სწორი განმარტების მიღების შემთხვევაშიც მისცემდა<sup>27</sup>.

### III. საპროცესო შეთანხმებასთან დაკავშირებით არსებული ძირითადი მოსაზრებები

როგორც ეს დასაწყისში უკვე აღინიშნა, საპროცესო შეთანხმებები გერმანიაში არსებულ სამართლებრივ-პოლიტიკურ დისკუსიებში მაინც კამათის საგნად რჩება. მარტივად თუ განვმარტავთ, ერთმანეთისაგან შესაძლოა განვასხვავოთ სამი სახის მიდგომა, კერძოდ: (1) კრიტიკული, (2) პრაგმატული და (3) ეიფორიული.

(1) თავდაპირველად განვიხილოთ კრიტიკული მოსაზრება, რომელიც პრინციპულად უარყოფს საპროცესო შეთანხმებებს. აღნიშნული მიდგომის მთავარ არგუმენტს წარმოადგენს ის, რომ საპროცესო შეთანხმებები საფრთხეს უქმნის და აზიანებს გერმანული სისხლის სამართალწარმოების ძირითად პრინციპებს<sup>28</sup>. კერძოდ:

---

ვას ფართო მნიშვნელობა არ უნდა მიეცეს. კერძოდ, აღიარების მეშვეობით ან მის საფუძველზე არააპირდაპირ მოპოვებული მტკიცებულებები გამოყენებადია; თუკი შესაძლებელია განსასჯელის სხვა მტკიცებულებებით განსჯა, ბრალის აღიარება მაინც მის სასარგებლოდ, სასჯელის შესამსუბუქებლად მიიღება მხედველობაში; შუად. BGHSt 42, 191, 194.

<sup>26</sup> აღნიშნული უნდა მოხდეს განსასჯელის მიერ აღიარების გაკეთების შესახებ თანხმობის გაცემამდე. ინფორმირება თანხმობის გაცემის შემდეგ, უშუალოდ აღიარების მიცემის წინ, საკმარისი არ არის; შუად. BVerfG NJW 2014, 3506.

<sup>27</sup> BVerfGE 133, 168, 237 f.; BVerfG NJW 2014, 3506; აღნიშნული სასამართლო პრაქტიკა გერმანიის უმენაესი ფედერალური სასამართლოს მიერაც იქნა მიღებული, იხ. BGH NStZ 2013, 728 und 2015, 358.

<sup>28</sup> კრიტიკის მოკლე შეჯამება იხ. Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 394a; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, § 17 Rn. 19 ff.; Stübinger, Das „idealisierte“ Strafrecht, 2008, S. 559 f.; იხ. ასევე Eschelbach, HRRS 2008, 190; Fischer, NStZ 2007, 433; Hettinger, JZ 2011, 292; Rönnau, Die Absprache im Strafprozeß, 1990, S. 73 ff.

- სასამართლო, ხშირ შემთხვევაში, კმაყოფილდება მსჯავრდებულის აღიარებით და უარს აცხადებს საქმის სრულად შესწავლაზე. მისი რწმენა განისაზღვრება აქტებზე და საბრალდებო დასკვნაზე დაყრდნობით და არა დადგენილი წესისამებრ ჩატარებული მტკიცებულების შეგროვების საფუძველზე.
- არსებობს ეჭვები აღნიშნული ფორმის სამართალწარმოებისას უდანაშაულობის პრეზუმფციის დაცვასთან დაკავშირებით. *in dubio pro reo* პრინციპის საპირისპიროდ, სავარაუდო ეჭვები შესაძლოა გამოყენებულ იქნას განსასჯელის საწინააღმდეგოდ.
- მართალია საპროცესო შეთანხმება ფორმალურად სასამართლო სხდომაზე იდება, თუმცა, გადამწყვეტი შეთანხმებების დადება წინასწარი არაფორმალური მოლაპარაკებებისას, სხდომის დარბაზის გარეთ ხდება. საპროცესო შეთანხმების მიღწევასთან დაკავშირებულ ამ მოლაპარაკებებში, ხშირად, მონაწილეობას არ იღებს პროცესში მონაწილე ყველა პირი. განსასჯელიც კი, ხშირ შემთხვევაში, არ ესწრება აღნიშნულ მოლაპარაკებებს და მას მხოლოდ მისი დამცველისგან მიეწოდება მოგვიანებით ინფორმაცია.
- გარდა ამისა, განსასჯელი ზეწოლის ქვეშაა, მისცეს აღიარებითი, მათ შორის ცრუ ჩვენებაც კი.
- მთლიანობაში არსებობს საფრთხე, რომ სასამართლო განსასჯელს მცირე, მაშასადამე, ბრალთან შეუსაბამო სასჯელს დააკისრებს და აღნიშნულით ბრალეულობის პრინციპი დაირღვევა.

(2) პრაგმატული მიდგომა აღნიშნულს სხვაგვარად ხედავს. იგი საპროცესო შეთანხმებებს არათუ უარყოფს, არამედ აღფრთოვანებით მიესალმება. დღეისათვის არსებული მდგომარეობიდან გამომდინარე, იგი საპროცესო შეთანხმებებს, მართლმსაჯულების ეკონომიურობის თვალსაზრისით, აუცილებლად მიიჩნევს<sup>29</sup>. სისხლის სამართლის მართლმსაჯულება რესურსების სიმწირის და საქმის წარმოების აურაცხელი რაოდენ-

---

<sup>29</sup> მაგალითის სახით იხ. Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 394; Hanack, StV 1987, 500, 502; Kühne, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 27. Aufl. 2016, Einl. Abschn. B Rn. 40; Nestler-Tremel, DRiZ 1988, 288, 290; Am-bos/Ziehn, in: Radtke/Hohmann (Hrsg.), StPO, 2011, § 257c Rn. 2; Widmaier, StV 1986, 357.

ნობის გათვალისწინებით, საპროცესო შეთანხმების ინსტრუმენტის გამოყენების გარეშე, საკუთარ ფუნქციას ვედარ შეასრულებს<sup>30</sup>. აღნიშნული განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია დიდი, კომპლექსური ეკონომიკური ხასიათის სისხლის სამართალწარმოებისას. ამიტომ, საპროცესო შეთანხმებების გამოყენების პრაქტიკის აკრძალვის მცდელობა, არაგონივრულია. აღნიშნული საბოლოოდ მხოლოდ იქამდე მიგვიყვანდა, რომ საპროცესო შეთანხმებები, როგორც ეს თავდაპირველად ხდებოდა ხოლმე, ჩუმად, საზოგადოებისაგან დაფარულად დაიდებოდა. ამიტომ უმჯობესია საპროცესო შეთანხმებები ღიად და გამჭვირვალედ იდებოდეს და დეტალურ სამართლებრივ რეგულირებას ექვემდებარებოდეს. აღნიშნული წარმოადგენს იმ პერსპექტივას, რომელიც საპროცესო შეთანხმების შესახებ კანონსაც კი უდევს საფუძვლად. იგი ასევე შესაბამისობაში მოდის ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პოზიციასთან. სასამართლომ განმარტა, რომ საპროცესო შეთანხმებები სისხლის სამართალწარმოებაში ხელს უწყობს პროცესის დაჩქარებას და იძლევა პროკურატურის, სასამართლოებისა და დამცველების განტვირთვის შესაძლებლობას. თუკი საპროცესო შეთანხმების სათანადო გამოყენება მოხდება, ის გახდება ეფექტური მექანიზმი, განსაკუთრებით კი კორუფციასა და ორგანიზებულ დანაშაულთან ბრძოლის თვალსაზრისით.

(3) რაც შეეხება ეიფორიულ მიდგომას, მისთვის პროცესის ეკონომიურობა მხოლოდ ნაკლებად მნიშვნელოვან გარემოებას წარმოადგენს. აღნიშნულის ნაცვლად, ეიფორიულ მოსაზრებას სურს საპროცესო შეთანხმებების, შედარებით უფრო ფართო კონტექსტში განხილვა. კერძოდ, კონტექსტში, რომელსაც „მართლსაჯულების დემოკრატიზაცია“ შესაძლოა ვუწოდოთ. ამ მიდგომის მიხედვით, საპროცესო შეთანხმებებს შეუძლიათ მაღალი იერარქიების შეზღუდვა. განსასჯელი და მისი დამცველი სასამართლოსა და პროკურატურას თანაბარ სიმაღლეზე უპირისპირდებიან. გადაწყვეტილებები ყველა მხარის თანხმობით მიიღება. აღნიშნული წარმოადგენს საპროცესო სამართლის თანამედროვე გაგების გამოხატულებას<sup>31</sup>. ინკვიზიციურობის პრინციპთან დამშვიდობებას უნდა მივესალმოთ, მასზე ჩივილის სანაცვლოდ. სიმართლეს წარმოადგენს

<sup>30</sup> აღნიშნულ არგუმენტთან დაკავშირებით იხ. BGHSt 50, 40, 53 f.

<sup>31</sup> Lüderssen, FS für Fezer, 2008, S. 531; Jahn, GA 2004, 272; Theile, NSTZ 2012, 666.

არა ის, რაც ობიექტურად დადგენადია, არამედ ის, რაზეც მოლაპრაკება ხდება.

საპროცესო შეთანხმებების ეს იდეალისტური სურათი, რაც ეიფორიულ მოსაზრებას ახასიათებს, რა თქმა უნდა, შორს დგას რეალობისაგან<sup>32</sup>. აღნიშნულს ადასტურებს კვლევა, რომელიც გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს დავალებით საპროცესო შეთანხმების შესახებ კანონის კონსტიტუციურობის განხილვასთან დაკავშირებით შედგა<sup>33</sup>. კვლევამ აჩვენა, რომ ყოველი შემთხვევისთვის 2013 წლამდე, მაშასადამე, საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებამდე, საკანონმდებლო ნორმები პრაქტიკაში მნიშვნელოვანი მოცულობით გამოუყენებელი რჩებოდა. მოსამართლეთა თითქმის ნახევარზე მეტი უპირატესობას ანიჭებდა არაფორმალურ და ამით არალეგალურ „გარიგებას“. ამასთან, პროცესის მონაწილეები ხშირად გერმანიის სსსკ-ის §257c-ის საწინააღმდეგოდ, შეთანხმებას ახორციელებდნენ გამამტყუნებელ განაჩენთან ან სამართლებრივ შედეგებთან დაკავშირებით, რომელიც დაუშვებელია. საქმეების მინიმუმ 1/4-ის შემთხვევაში, ბრალდებულის აღიარება, საუკეთესო შემთხვევაში, ნაწილობრივ იყო გადამონმებული. კონტროლის განხორციელების შემთხვევაში, აღნიშნული ხშირად მტკიცებულებითი თვალსაზრისით ძალიან პრობლემური აქტების შედარებით შემოიფარგლებოდა. გამოკითხულ ადვოკატთა 50%-ზე მეტი უთითებდა მათი დაცვის ქვეშ მყოფების მხრიდან გაკეთებულ, სავარაუდოდ, მცდარ აღიარებებზეც. გასაჩივრებაზე უარის თქმის აკრძალვასაც არ ექცეოდა ყურადღება. თითქმის ყველა შემთხვევაში პროცესის მონაწილეები უკანონობას უმეტესწილად ვერ აღიქვამდნენ.

#### **IV. გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება**

როგორც ეს უკვე ნაშრომის დასაწყისში აღინიშნა, გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ 2013 წელს თავის პრეცედენტულ

---

<sup>32</sup> დეტალური კრიტიკა ob. Engländer, in: Kempf u.a. (Hrsg.), Gemeinwohl im Wirtschaftsstrafrecht, 2013, S. 303, 310 ff.

<sup>33</sup> Altenhain/Dietmeier/May, Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren, 2013.

გადაწყვეტილებაში განმარტა, რომ „საპროცესო შეთანხმების შესახებ“ კანონი მინიმუმ „იმ დროისათვის“ არ იყო არაკონსტიტუციური. ამასთან, სასამართლო ერთმანეთისაგან მკვეთრად ასხვავებს საკანონმდებლო რეგულაციას, რომელსაც იგი კონსტიტუციასთან შესაბამისად მიიჩნევს და პრაქტიკას, რომელმაც კანონის მნიშვნელოვანი ნაწილები ყურადღების მიღმა დატოვა. საკონსტიტუციო სასამართლო ამ შემთხვევაში საუბრობს აღსრულების მნიშვნელოვან დეფიციტზე. სასამართლოს განმარტების მიხედვით, აღნიშნული დეფიციტი საკანონმდებლო რეგულირების კონცეფციის სტრუქტურულ ხარვეზებში არ მდგომარეობს<sup>34</sup>. უფრო დანვრით რომ განვმარტოთ:

ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო ბრალეულობის პრინციპზე დაყრდნობით, რომელიც, თავის მხრივ, სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპს ეფუძნება, წინა პლანზე წევს ობიექტური სინამდვილის გამორკვევის ვალდებულებას, მაშასადამე იმის შესწავლისა და გამოძიების ვალდებულებას, თუ რეალურად რა მოხდა<sup>35</sup>. აღნიშნული ნიშნავს შემდეგს: საპროცესო შეთანხმებები კონსტიტუციურსამართლებრივი გაგებით მხოლოდ იქამდეა დასაშვები, სანამ ისინი ობიექტური ჭეშმარიტების პრინციპს არ არღვევენ. საკანონმდებლო რეგულირება აღნიშნულს იმით ითვალისწინებს, რომ იგი გერმანიის სსსკ-ის §257c-ში აღგენს, რომ ინკვიზიციურობისა და ობიექტური ჭეშმარიტების პრინციპები საპროცესო შეთანხმების შემთხვევაშიც კვლავ მოქმედებენ. აღნიშნულისგან განსხვავებით, ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს განმარტებით, სხვა სახის შეთავაზებები, რომლებიც მიზნად ისახავენ საპროცესო შეთანხმების ხელახალ რეგულირებას - საქმის წარმოების დამოუკიდებელი ტიპის სახით - კონსტიტუციასთან შეუსაბამოა. სასამართლო ხაზგასმით განმარტავს, რომ ობიექტური ჭეშმარიტების საუკეთესოდ შესწავლის ვალდებულება კანონმდებლის დისპოზიციაში არ შედის<sup>36</sup>.

ყოველივე ამას შორსმიმავალი შედეგები სდევს თან: დაუშვებელია ჭეშმარიტების შესწავლის საზიანოდ საქმის წარმოების ხანგრძლივობის ნებისმიერი შემცირება. სასამართლო მარტივად კი არ უნდა დაეყრ-

---

<sup>34</sup> BVerfGE 133, 168, 233 ff.

<sup>35</sup> BVerfGE 133, 168, 199.

<sup>36</sup> BVerfGE 133, 168, 226.

დნოს აღიარებას, არამედ ვალდებულია გადაამოწმოს მისი სანდოობა. შემოწმება რეგულარულად უნდა ხორციელდებოდეს საქმის არსებითი განხილვისას მტკიცებულების შეგროვება<sup>37</sup>. აღნიშნულის დაცვა სრული გამჭვირვალობისა და დოკუმენტირების ვალდებულების საფუძველზე ხორციელდება<sup>38</sup>. როგორც უკვე აღინიშნა, ამას განეკუთვნება სასამართლოზე იმის გაცხადების ვალდებულება, სხდომის გარეთ მიმდინარეობდა თუ არა მოლაპარაკებები საპროცესო შეთანხმების დადების თაობაზე და ასევე სხდომის ოქმში საპროცესო შეთანხმების არსებითი მიმდინარეობისა და შინაარსის ასახვის ვალდებულება. გარდა ამისა, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოც მოითხოვს, რომ სასამართლო ვალდებულია საპროცესო შეთანხმება შეამოწმოს საქმის საჯარო წესით განხილვაზე და ამ გზით იგი გამჭვირვალე გახადოს<sup>39</sup>; თავისთავად, იგი კანონმდებელს რეგულირებისას ფედერალურ საკონსტიტუციო სასამართლოსთან შედარებით უფრო ფართო მოქმედების არეალს აძლევს.

შემოთ ნახსენებ კონსტიტუციურსამართლებრივ სტანდარტებს იქამდე მივყავართ, რომ განტვირთვის ეფექტი, რაც საპროცესო შეთანხმებების მიზნად სახელდება, სისხლის სამართლის მართლმსაჯულებისათვის შედარებით მცირეა. ეს ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოსათვისაც კარგად ნაცნობი ფაქტია. თუმცა, მისი განმარტებით, ის, რომ საპროცესო შეთანხმებების პრაქტიკული გამოყენება შესამჩნევად იზღუდება, წარმოადგენს კონსტიტუციასთან შესაბამისობაში მყოფი რეგულირების (რომელიც ეფუძნება ბრალეულობისა და მისგან მომდინარე ობიექტური ჭეშმარიტების დადგენის პრინციპს) თანმხლებ გარდაუვალ შედეგს. თავისთავად, საკითხავია, მომავალში პრაქტიკაში დაცული იქნება თუ არა საკანონმდებლო დანაწესები. ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო ცდილობს დამატებითი გამაფრთხილებელი ზომებისა და გარანტიების საფუძველზე აღნიშნულის უზრუნველყოფას, კერძოდ:

---

<sup>37</sup> მსხვერპლის დაცვის იდეის გათვალისწინებით, აღნიშნულთან დაკავშირებული კრიტიკა იხ. Beulke/Stoffer, JZ 2013, 662, 665.

<sup>38</sup> BVerfGE 133, 168, 214 ff.

<sup>39</sup> EGMR NJW 2015, 1745.

(1) საკონტიტუციო სასამართლო, პროკურატურებს, პირველ რიგში, მოუწოდებს, რომ უარი განაცხადონ კანონსაწინააღმდეგო საპროცესო შეთანხმებებზე<sup>40</sup> და გაასაჩივრონ ის სასამართლო გადაწყვეტილებები, რომლებიც ამგვარ საპროცესო შეთანხმებებს ეფუძნება<sup>41</sup>.

(2) გარდა ამისა, საკონტიტუციო სასამართლო უთითებს დასჯადობის იმ რისკებზე, რომელიც არალეგალურ საპროცესო შეთანხმებებს უკავშირდება. მაგ. საპროცესო შეთანხმების თაობაზე ინფორმაციის ოქმში არასწორად ასახვით, შესაძლოა სახეზე გვექნოდეს ინფორმაციის არასწორი უწყებრივი დამონების შემადგენლობა<sup>42</sup>. ამის შემაკავებელი მოქმედება თავისთავად სათუთა, რადგან, აქამდე სისხლის სამართლებრივი დევნის განმახორციელებელი ორგანოების მხრიდან შესაბამისი დანაშაულების დევნა არ განხორციელებულა<sup>43</sup>.

(3) გამჭვირვალობის, განმარტების მიცემისა და დოკუმენტირების ვალდებულების დარღვევის შემონიშნა შესაძლოა ე.წ. მოჩვენებითად აბსოლუტური გადასინჯვის საფუძველს წარმოადგენდეს. აღნიშნულთან დაკავშირებით მოკლედ ვისაუბროთ: საპროცესოსამართლებრივი ნორმის დარღვევა გერმანული სამართლის მიხედვით ავტომატური გადასინჯვის საფუძველს არ წარმოადგენს. უშუალოდ გადაწყვეტილება კანონსაწინააღმდეგო უნდა იყოს. აღნიშნული უდავოდ მხოლოდ კონკრეტული, კანონში ამომწურავად ჩამოთვლილი დარღვევების შემთხვევაში ივარაუდება. ამასთან, აუცილებელია საფუძვლის განმარტებაც; შესაბამისად,

---

<sup>40</sup> კანონსაწინააღმდეგო საპროცესო შეთანხმებებთან დაკავშირებით იხ. ასევე Volk/Engländer, Grundkurs Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2018, § 30 Rn. 9 f.

<sup>41</sup> BVerfGE 133, 168, 219 ff.

<sup>42</sup> BVerfGE 133, 168, 213 f.; აღნიშნულთან დაკავშირებით კრიტიკულად იხ. Knauer, NStZ 2013, 433, 435; Stuckenberg, ZIS 2013, 212, 215; არალეგალურ საპროცესო შეთანხმებებში მონაწილე მოსამართლის გერმანიის სსკ-ის §339-იდან გამომდინარე კანონის გვერდის ავლის საფუძველზე შესაძლო სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის თაობაზე უთითებს Kudlich, NStZ 2013, 379, 381; სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის შესახებ დეტალურად იხ. Globke, JR 2014, 9, 16 ff.; სპეციალურად სანქციების შექარის საფუძველზე საპროცესო შეთანხმების დადების იძულების გამო სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის შესახებ იხ. Kubik, Die unzulässige Sanktionschere, 2014, S. 169 ff.; ახალი საკანონმდებლო ნორმის შექმნას განიხილავს Scheinfeld, ZJS 2013, 296, 301.

<sup>43</sup> საექვოდ მიიჩნევს ასევე Beulke/Stoffer, JZ 2013, 662, 671 f.

საპროცესოსამართლებრივი ნორმის დარღვევა წარმოადგენს არა გადასინჯვის აბსოლუტურ, არამედ მხოლოდ რელატიურ საფუძველს<sup>44</sup>. თუმცა, ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო მაინც დასაშვებად მიიჩნევს, რომ გამჭვირვალობის, განმარტების მიცემისა და დოკუმენტირების ვალდებულებების დარღვევით დადებული საპროცესო შეთანხმების შემთხვევაში, მაგ. სხდომის ოქმში საპროცესო შეთანხმების არაღნიშვნის შემთხვევაში, გარდა გამონაკლისი შემთხვევებისა, არ შეიძლება გამოირიცხოს გადაწყვეტილების გადასინჯვის შესაძლებლობა<sup>45</sup>. გამომდინარე აქედან, კანონის დარღვევა გაუთანაბრდებოდა გადაწყვეტილების გადასინჯვის აბსოლუტურ საფუძველს, იმგვარად, რომ სასამართლოს გადაწყვეტილება ხშირად გასაუქმებელი იქნებოდა. ხსენებული არადიფერენცირებულობა არადამაჯერებლად ჟღერს. აღნიშნულის ილუსტრაცია შესაძლებელია ე.წ. ოქმის კრიტიკის მაგალითზე, რომელსაც უწოდებენ განაცხადს, რომლის მიხედვითაც სხდომის ჩანაწერი კონკრეტულ საკითხთან დაკავშირებით მცდარია. მაგრამ, აღნიშნული არ წარმოადგენს გადასინჯვის საფუძველს, ვინაიდან არასათანადო ჩანწერა გადაწყვეტილების შინაარსზე ზეგავლენას არ ახდენს (ჯერ კიდევ თუნდაც მართო იმიტომ, რომ ოქმი მხოლოდ გადაწყვეტილების გამოცხადების შემდეგ დგება). შესაბამისად, გადაწყვეტილება ვერ დაეფუძნება მცდარ ოქმს. ამიტომ, საკონსტიტუციო სასამართლოს მეორე სენატის ვარაუდი, რომლის თანახმადაც, ის გარემოება, რომ საპროცესო შეთანხმების დადება გერმანიის სსსკ-ის §257c-ის პირველი „ა“ აბზაცის საწინააღმდეგოდ არ აღინიშნა სხდომის ოქმში, როგორც წესი, რევიზიის საფუძველს წარმოადგენს, უარყოფილ უნდა იქნას<sup>46</sup>.

(4) და ბოლოს, ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო კანონმდებელს აკისრებს მედამხედველობის ვალდებულებას. მან თვალი

---

<sup>44</sup> შეად. Volk/Engländer, Grundkurs Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2018, § 36 Rn. 17 ff.

<sup>45</sup> BVerfGE 133, 168, 223 f.; kritisch Kudlich, NStZ 2013, 379, 381; Stuckenberg, ZIS 2013, 212, 215; zweifelnd auch Mosbacher, NZWiSt 2013, 201, 205 f.; zustimmend dagegen Knauer, NStZ 2013, 433, 436.

<sup>46</sup> ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს შემდეგ იხ. გერმანიის უმაღლესი უზენაესი სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა მეორე სასამართლო კოლეგიის განმარტება, BGHSt 58, 310; მაგრამ აღნიშნულის საწინააღმდეგოდ შეად. პირველი კოლეგიის მოსაზრება, BGH NJW 2014, 1254.

უნდა ადევნოს პროცესის განვითარებას და თუკი აღსრულების დეფიციტი კვლავ გაგრძელდება, უნდა გააუმჯობესოს დაცვითი მექანიზმები ან დღის წესრიგში დააყენოს საპროცესო შეთანხმებების დასაშვებობასთან დაკავშირებით მიღებული გადანწყვეტილების გადასინჯვის საკითხიც კი<sup>47</sup>.

## V. დასკვნა

ნაშრომში საპროცესო შეთანხმებებთან დაკავშირებული ყველა პრობლემისა და კითხვის ნიშნის ფართო განხილვა ვერ განხორციელდა, თუმცა, ყოველი შემთხვევისათვის, ერთი პროგნოზის გაკეთება მაინცაა შესაძლებელი: პრაქტიკა და მეცნიერება საპროცესო შეთანხმებით ჯერ კიდევ დიდი ხნის განმავლობაში დაკავდება.

---

<sup>47</sup> BVerfGE 133, 168, 2235 f.; ablehnend dazu Niemöller, StV 2013, 419, 423 f.

## ევროპული პროკურატურა

პროფ. დოქტ. **ჰელმუტ ზატცგერი**, მიუნხენის უნივერსიტეტი

უკვე დიდი ხანია, რაც ევროკავშირის წევრი ქვეყნების ტერიტორიებზე -შიდა ბაზარზე რეალიზაციის გაღრმავებისა და პოლიტიკის სხვა მიმართულებების ჰარმონიზაციისა და გაერთიანების შემდეგ - მართლმსაჯულების ერთიანი სივრცის ჩამოყალიბება მიზნად დასახული. ამ კუთხით, ევროკავშირის პრიმერული სამართალი „თავისუფლების, უსაფრთხოებისა და სამართლის სივრცეზე“ საუბრობს („ევროკავშირის საქმიანობის წესის შესახებ“ ხელშეკრულების 67-ე მუხლის პირველი აბზაცი). მატერიალურ და ფორმალურ სისხლის სამართალში არსებული, ნაწილობრივ კვლავ მაინც მნიშვნელოვანი, ეროვნული განსხვავებების გამო, ევროკავშირი ორმხრივი აღიარების ინსტრუმენტს იყენებს („ევროკავშირის საქმიანობის წესის შესახებ“ ხელშეკრულების 67-ე მუხლის მე-3 აბზაცი და ამავე შეთანხმების 82-ე მუხლის პირველი აბზაცი) და ლისაბონის ხელშეკრულებაზე დაყრდნობით დირექტივების ფორმით მის მიერ არაერთი სამართლებრივი აქტი იქნა გამოცემული<sup>1</sup>. ამასთან, განსაკუთრებული პოპულარობა შეიძინა დაკავების ევროპულმა ორდერმა, რომელიც ფაქტობრივად, ორმხრივი აღიარების ინსტრუმენტის პროტოტიპს წარმოადგენს – მიუხედავად იმისა, რომ საკმაოდ ცუდი პროტოტიპია! ხშირად და არც თუ ისე უსამართლოდ, ისმის კრიტიკა, რომ ევროკავშირის აღნიშნული ინსტიტუტი ერთგვარად დევნაზე ორიენტირებულის სახეს სძენს და რომ ეროვნულ დონეზე არსებული სამართლებრივი განსხვავებების ნიველირებით, განსაკუთრებით დამნაშავის საპროცესო და ძირითად უფლებებს ექმნება საფრთხე, მიუხედავად იმისა, რომ ევროკავშირმა ბოლო წლების განმავლობაში საპროცესო უფლებების მინიმალური დონით ჰარმონიზება სცადა<sup>2</sup>.

ევროპული პროკურატურის სახით (შემოკლებით EStA), სწორედ შემოსენებულ ორმხრივ აღიარებას ახლა უკვე ინსტიტუციური კომპონენტიც

<sup>1</sup> იხ. აღნიშნულთან დაკავშირებით მაგალითები Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 8. Aufl. 2018, § 10 Rn. 32 ff.

<sup>2</sup> შეად. Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 10 Rn. 82 ff.

ემატება, რომელიც ასევე ბუნებრივად აძლიერებს ეჭვმიტანილისა და ბრალდებულის მიმართ სისხლისსამართლებრივი დევნის განხორციელების შესაძლებლობას. დასაწყისში არსებული სირთულეების მიუხედავად, დადგენილების სახით სამართლებრივი საფუძველი შეიქმნა. ევროკავშირის პროკურატურა, სავარაუდოდ, დაახლოებით 2020 წლიდან შეძლებს ფუნქციონირების დაწყებას, იმ შემთხვევაშიც კი, თუკი იგი არ იმოქმედებს ევროკავშირის მთელ ტერიტორიაზე. წინამდებარე ნაშრომში ზოგადად იქნება განხილული ამ ახალი ორგანიზაციის წარმოშობა, სტრუქტურა, ამოცანები და ფუნქცია. აღნიშნულით შესაძლოა ნათელი გახდეს, ევროკავშირის ფარგლებში ბრალდებულის უფლებებზე - და ამით ადამიანის უფლებების დაცვაზე - რა გავლენა შესაძლოა ჰქონდეს ამგვარ განვითარებას.

## **I. წინარე ისტორია და ევროკავშირის პრიმერული სამართლით განსაზღვრული საფუძველი**

ევროპული გაერთიანების<sup>3</sup> ფინანსური ინტერესების დაცვის მიზნით, ჯერ კიდევ Corpus Juris-ში იყო გათვალისწინებული (მე-18 მუხლი), სისხლის-სამართლებრივი დევნის განმახორციელებელი ევროპული ორგანოს შექმნა, რომელსაც „ევროპული პროკურატურა“ (შემოკლებით ESTA) უნდა დარქმეოდა. მე-18 მუხლის მე-2, მე-3 და მე-5 აბზაცები შემდეგნაირად ჟღერდა:

(2) ევროპული პროკურატურა წარმოადგენს ევროპული გაერთიანების ორგანოს და პასუხისმგებელია პირველი და მერვე მუხლებით გათვალისწინებულ დანაშაულებთან დაკავშირებით გამოძიების ჩატარებაზე, სისხლისსამართლებრივი დევნის განხორციელებაზე, ბრალის წაყენებაზე, საქმის სასამართლოში არსებითი განხილვისას საჯარო სარჩელის წარმომადგენლობასა და გადაწყვეტილებების აღსრულებაზე. იგი დამოუკიდებელია, როგორც ეროვნული, ასევე გაერთიანების ორგანოებისგან.

---

<sup>3</sup> ob. Delmas-Marty/Vervaele (Hrsg.) The Implementation of the Corpus Juris in the Member States, 2001, S. 189 ff.; დაწვრ. პერსპექტივებთან დაკავშირებით ob. Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg-Killmann/Hofmann, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2014, § 48 Rn. 1 ff.; ასევე Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 8 Rn. 33 ff.

(3) ევროპული პროკურატურა შედგება ევროკავშირის გენერალური პროკურორის (EGenStA) ბრიუსელში მდებარე აპარატისა და ევროპის პროკურორების წარმომადგენლებისგან (AeStA), რომლებიც საქმიანობენ თითოეული წევრი ქვეყნის დედაქალაქში ან სხვა ქალაქში და რომელშიც მდებარეობს 26-ე მუხლის შესაბამისი განსჯადობის მქონე სასამართლო.

(5) ეროვნულ პროკურატურებს (nStA) ასევე აქვთ ვალდებულება ხელი შეუწყონ ევროპული პროკურატურის საქმიანობას.

კომისიამ აღნიშნულ მოსაზრებებზე დაყრდნობით 2001 წლის მწვანე წიგნში<sup>4</sup> შეიტანა და იმავდროულად, დისკუსიის საგნად აქცია ევროპული პროკურატურის შექმნის კონცეფცია.

2009 წლის პირველ დეკემბერს ლისაბონის ხელშეკრულების ძალაში შესვლის შემდეგ, „ევროკავშირის საქმიანობის წესის შესახებ“ ხელშეკრულების (AEUV) 86-ე მუხლის სახით შეიქმნა პროკურატურის დაფუძნების პრიმერული საფუძველი. აღნიშნული მიზნად ისახავდა, თავდაპირველად საკმაოდ ვიწრო სფეროსთვის მაინც, ევროკავშირის ფინანსური ინტერესების დასაცავად, მსგავსი სახის სისხლისსამართლებრივი დევნის განმახორციელებელი სუპრანაციონალური ინსტიტუციის შექმას, რომელსაც გადაწყვეტილების დამოუკიდებლად მიღების უფლებამოსილება ექნებოდა. „ევროკავშირის საქმიანობის წესის შესახებ“ ხელშეკრულების 86-ე მუხლის პირველი აბზაცის პირველი ქვეპუნქტის პირველი წინადადება შემდეგნაირად ჟღერს:

„კავშირის ფინანსური ინტერესების საზიანოდ განხორციელებული სისხლისსამართლებრივი დანაშაულების წინააღმდეგ ბრძოლისათვის საბჭოს შეუძლია განსაკუთრებული საკანონმდებლო წესის გამოყენებით, ევროიუსტის რეგულაციებიდან გამომდინარე, აამოქმედოს ევროპული პროკურატურა“.

ევროკავშირის პარლამენტის თანხმობისათვის აღნიშნული მუხლის მეორე ნაწილი პრინციპულად დამატებით ითვალისწინებს ყველა წევრ ქვეყანას შორის კონსენსუსის არსებობას. ამასთან, ერთსულოვნების

---

<sup>4</sup> Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der EG und zur Schaffung einer europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg.

არარსებობის შემთხვევაში, პროცედურა შესაძლებელია დაიწყოს მინიმუმ 9 წევრი ქვეყნისგან შემდგარი ჯგუფის მიერ გაძლიერებული ურთიერთთანამშრომლობის საფუძველზეც.

2013 წლის 17 ივლისს კომისიამ „ევროკავშირის საქმიანობის წესის შესახებ“ ხელშეკრულების 86-ე მუხლზე დაყრდნობით „ევროკავშირის ფინანსური ინტერესების დაცვის მიზნით ევროპული პროკურატურის შექმნის შესახებ“ დადგენილების მიღების ინიციატივა წარმოადგინა<sup>5</sup>. ე.წ. „ყვითელი ბარათები“, რომლებიც კომისიამ ეროვნული პარლამენტების 14 პალატისგან ე.წ. „სუბსიდიარობასთან დაკავშირებული საყვედურის“<sup>6</sup> სახით მიიღო, მან არ გაითვალისწინა. კომისიის მოსაზრებით, შეთავაზებით დაცული იყო სუბსიდიარულობის პრინციპი და შესაბამისად, მან კვლავ უცვლელად განაგრძო დადგენილების პროექტის მიღებისათვის მოქმედება<sup>7</sup>.

საბჭოს ფარგლებში პროექტთან დაკავშირებით გამართული ხანგრძლივი და ინტენსიური დისკუსიებისა და მათი თანმდევი ნაწილობრივ საფუძვლიანი გადამუშავებების შემდეგ<sup>8</sup>, 2017 წლის თებერვალში გამოიკვეთა, რომ საბოლოოდ ყველა წევრი ქვეყნის ერთსულოვნების მიღწევა შეუძლებელი იქნებოდა. აღნიშნული თავიდანვე მოსალოდნელი იყო ცალკეული წევრი ქვეყნის მკვეთრი ანტიპათიის გამო. მიუხედავად ამისა, 2017 წლის იანვრის შუა რიცხვებში ოცმა წევრმა სახელმწიფომ მიიღო გაძლიერებული ურთიერთთანამშრომლობის საფუძველზე ევროპული პროკურატურის შექმნის გადანწყვეტილება. ევროპარლამენტის თანხმობის შემდეგ, 2017 წლის 10 ოქტომბერს ყველა მოწინავე 20-მა სახელმწიფომ მიიღო აღნიშნულისათვის აუცილებელი, „ევროპული პროკურატურის დაფუძნებისათვის გაძლიერებული ურთიერთთანამშრომლობის განხორციელების შესახებ“ დადგენილება<sup>9</sup> (EuStA-VO, შემდგომში: დადგენილება).

დადგენილების მიმღებ 20 სახელმწიფოს წარმოადგენს: ბელგია,

---

<sup>5</sup> KOM (2013) 534 endg.

<sup>6</sup> Art. 12 lit. a, b EUV i.V.m. Protokoll Nr. 2.

<sup>7</sup> KOM (2013) 851 endg.; აღნიშნულისათვის იხ. ასევე Ratsdokument 16624/13.

<sup>8</sup> საბჭოში კომისიის ინიციატივის გადამუშავებასთან დაკავშირებით, იხ. Ratsdokumente 9834/1/14 v. 21.5.2015; 15862/1/14 vom 28.11.2014; 6318/1/15 vom 2.3.2015. საბოლოო ვერსია იხ. Ratsdokument Nr.5766/17 v. 31.1.2017.

<sup>9</sup> VO (EU) 2017/1939; ABIEU 2017 L 283 v. 31.10.2017, S. 1.

ბულგარეთი, გერმანია, ესტონეთი, ფინეთი, საფრანგეთი, საბერძნეთი, იტალია, ხორვატია, ლატვია, ლიეტუვა, ლუქსემბურგი, ავსტრია, პორტუგალია, რუმინეთი, სლოვაკეთის რესპუბლიკა, სლოვენია, ესპანეთი, ჩეხეთის რესპუბლიკა და კვიპროსი.

## **II. ევროპული პროკურატურის დაფუძნების შესახებ დადგენილება**

### **1. დაფუძნება და ამოცანები**

დადგენილების საფუძველზე, დამოუკიდებელი სახით იქმნება საკუთარი სამართლებრივი იდენტობის მქონე სისხლისსამართლებრივი დევნის განმახორციელებელი ევროკავშირის ორგანო (მე-3 მუხლი)<sup>10</sup>. მისი საქმიანობის სფერო მოიცავს, როგორც სისხლისსამართლებრივად დასჯადი ქმედებების გამოძიებასა და სისხლისსამართლებრივი დევნის განხორციელებას, ასევე წევრი ქვეყნების სასამართლოებში სარჩელის შეტანასა და სასამართლო პროცესის წარმართვას (მე-4 მუხლი). რეგულაციით, ევროპული სისხლის სამართლის სასამართლოს შექმნა - მიუხედავად იმისა, რომ აღნიშნული იდეა აზრსმოკლებული არ არის და არაერთხელ გაჟღერებულა მისი შექმნის მოთხოვნა - გათვალისწინებული არ არის.

### **2. სტრუქტურა**

დადგენილების მე-8 მუხლის მე-2 ნაწილი ევროპულ პროკურატურას ჰყოფს ცენტრალურ და დეცენტრალიზებულ დონეებად.

#### **ა) ცენტრალური დონე**

აღნიშნული დონე შედგება ლუქსემბურგში მდებარე ცენტრალური დეპარტამენტისგან, რომელიც დადგენილების მე-8 მუხლის მე-3 ნაწილის მიხედვით, თავის მხრივ აერთიანებს კოლეგიას, მუდმივმოქმედ პალატებს, ევროპის გენერალურ პროკურორს, მის წარმომადგენლებს, ევროპის პროკურორებსა და მმართველ დირექტორს.

---

<sup>10</sup> კომპეტენციასა და სტრუქტურასთან დაკავშირებით იხ. დეტალურად Satzger/von Maltitz, Jura 2018, 153.

დადგენილების მე-9 მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად, ევრო-უსტის მსგავსად, კოლეგია შედგება თითოეული წევრი ქვეყნიდან წარდგენილი ერთი პროკურორისა და მმართველი გენერალური პროკურორისგან (ე.წ. „ევროპის პროკურორები“). კოლეგიას შეუძლია ხმათა უბრალო უმრავლესობით მიიღოს გადაწყვეტილება პროკურატურის საქმიანობის ზედამხედველობასა და მისი საქმიანობის სტრატეგიულ საკითხებთან დაკავშირებით. კოლეგია ცალკეულ შემთხვევებში ოპერატიული გადაწყვეტილებების მიღებაში არ იღებს მონაწილეობას. აღნიშნული ამოცანა „მუდმივმოქმედი პალატების“ უფლებამოსილებაში უფრო შედის. „მუდმივმოქმედი პალატები“ ხელმძღვანელობენ და ზედამხედველობენ ე.წ. „დელეგირებული უფლებამოსილების მქონე ევროპის პროკურორების“ მიერ წევრ ქვეყნებში წარმოებულ გამოძიებასა და სისხლისსამართლებრივი დევნის განმახორციელებელ ღონისძიებებს (მე-9 მუხლის მე-2 და მე-10 მუხლის მე-2 ნაწილები).

## ბ) დეცენტრალიზებული დონე

სწორედ ხსენებული დელეგირებული უფლებამოსილების მქონე ევროპის პროკურორები, რომელთა საქმიანობის ადგილიც წევრ ქვეყნებში მდებარეობს<sup>11</sup>, ქმნიან დეცენტრალიზებულ დონეს. დეცენტრალიზებულ დონეს ორმაგი ინსტიტუციონალური ბუნება ახასიათებს<sup>12</sup>. თითოეულ წევრ ქვეყანაში უნდა საქმიანობდეს ორი ან მეტი დელეგირებული უფლებამოსილების მქონე პროკურორი<sup>13</sup>. აღნიშნული პროკურორები იმ საქმიანობის პარალელურად, რომელიც მათ ევროპული პროკურატურისთვის მუშაობიდან გამომდინარე ეკისრებათ, ასევე საქმიანობენ, როგორც ეროვნული დონის პროკურორები, მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუკი ამ საქმიანობით საფრთხე არ ექმნება მათ მიერ დადგენილებით ნაკისრი ვალდებულებების შესრულებას<sup>14</sup>. დელეგირებული უფლებამოსილების მქონე ევროპის პროკურორები, მხატვრულად რომ ვთქვათ, „ორ ქედს“ ატარებენ. ისინი

---

<sup>11</sup> Art. 8 IV, 13 EUStA-VO.

<sup>12</sup> შუად. ასევე Schramm, JZ 2014, 749, 754.

<sup>13</sup> Gem. Art. 13 II 1 EuStA-VO.

<sup>14</sup> Gem. Art. 13 III EuStA-VO.

იმის მიხედვით, თუ ვისთვის საქმიანობენ (ევროპული თუ ეროვნული პროკურატურისთვის), იხურავენ ევროპულ ან ეროვნულ ქედს.

იმ საქმეებთან დაკავშირებულ საგამოძიებო და სისხლისსამართლებრივ ღონისძიებებს, რომლებიც ევროპული პროკურატურის საგნობრივი განსჯადობის სფეროში ექცევიან, დელეგირებული უფლებამოსილების მქონე პროკურორები „ადგილზე“ ახორციელებენ; მათ ასევე დეცენტრალიზებულად შეაქვთ სარჩელები კვლავ განსჯადობის მქონე ეროვნულ სასამართლოებში. თუკი ამგვარი სისხლის სამართლწარმოება უკვე დაწყებულია სისხლისსამართლებრივი დევნის განმახორციელებელი ეროვნული ორგანოების მიერ, ევროპულ პროკურატურას განსაზღვრული წინაპირობების არსებობის შემთხვევაში, შეუძლია გადაიბაროს და უხელმძღვანელოს გამოძიების განხორციელებას (საქმის გამოთხოვის უფლება)<sup>15</sup>.

### 3. განსჯადობა

„ევროკავშირის საქმიანობის შესახებ“ ხელშეკრულების 86-ე მუხლის პირველი ნაწილის პირველი წინადადების მსგავსად, დადგენილების მე-4 მუხლის მიხედვით, ევროპული პროკურატურის ამოცანას, ევროკავშირის ფინანსური ინტერესების საზიანო დანაშაულების წინააღმდეგ ბრძოლა წარმოადგენს. თუკი „ევროკავშირის საქმიანობის შესახებ“ ხელშეკრულების 86-ე მუხლი ღიად ტოვებს იმ საკითხს, თუ რომელი დანაშაულები მოიაზრება აღნიშნულის ქვეშ, დადგენილების 22-ე მუხლი იძლევა ამის დეფინიციას. კერძოდ, აქ იგულისხმება დანაშაულის ის შემადგენლობები, რომლებიც „კავშირის ფინანსური ინტერესების წინააღმდეგ მიმართული თაღლითობის სისხლისსამართლებრივი დევნის შესახებ“ ახალი დირექტივით<sup>16</sup> (ე.წ. PIF დირექტივა) იქნა შემოღებული და ეროვნულ სამართალშია იმპლემენტირებული.

ახალი დირექტივის მიხედვით, „კავშირის ფინანსური ინტერესების წინააღმდეგ მიმართული თაღლითობის“ შემადგენლობის მაგალითს (იმ დანახარჯებთან დაკავშირებით, რომელიც არ არის დაკავშირებული

<sup>15</sup> Gem. Art. 24 II iVm 27 EuStA-VO.

<sup>16</sup> Richtlinie 2017/1371/EU, ABIEU 2017 Nr. L 198.

შესყიდვებთან) წარმოადგენს, ნებისმიერი ქმედება ან უმოქმედობა, რომელიც უკავშირდება ყალბი, არასწორი ან არასრული განმარტებების ან დოკუმენტების გამოყენებას ან მათ წარდგენას, რასაც შედეგად მოჰყვება ევროკავშირის ერთიანი ბიუჯეტის ან კავშირის მიერ ან მისი დავალებით განკარგული ბიუჯეტების სახსრების ან აქტივების უკანონო დაუფლება ან დაკავება (PIF დირექტივის მე-3 მუხლის მე-2 აბზაცის „ა“ ქვეპუნქტი). თუმცა, PIF დირექტივის ჰარმონიზებით ისეთი სხვაგვარი ქმედებებიც არის მოცული, როგორცაა ფულის გათეთრება, რომელიც უკავშირდება აღნიშნული დირექტივით გათვალისწინებული დანაშაულების საგნებს (მე-4 მუხლი). ბოლო მომენტამდე – განსაკუთრებით, კომპეტენციის უფლების არსებობასთან დაკავშირებული მიზეზებიდან გამომდინარე - მწვავე დისკუსიის საგანს წარმოადგენდა, დანაშაულის შემადგენლობებს უნდა მოეცვათ თუ არა დამატებითი ღირებულების გადასახადთან დაკავშირებით განხორციელებული თაღლითური ქცევა. საბოლოოდ ეს საკითხი დადებითად გადაწყდა (შეად. PIF დირექტივის მე-2 მუხლის მე-2 აბზაცის „დ“ ქვეპუნქტი). გარდა ამისა, ევროპულ პროკურატურას აქვს განსჯადობა იმ დანაშაულების მიმართ, რომლებიც უკავშირდება 2008/841/JI<sup>17</sup> ჩარჩო-გადაწყვეტილებით გათვალისწინებულ კრიმინალურ გაერთიანებაში მონაწილეობას და ასევე იმ დანაშაულების მიმართ, რომლებიც PIF დირექტივით გათვალისწინებულ დასჯად ქმედებებთან განუყოფლად დაკავშირებული. თუკი დანაშაული მხოლოდ ევროკავშირს არ აზიანებს ან დანაშაული ექცევა რამდენიმე წევრი ქვეყნის განსჯადობის სფეროში, განსჯადობის საკითხი საგამოძიებო პროცესის წარმართვასთან დაკავშირებით დადგენილების 26-ე მუხლის მე-4 აბზაცის მიხედვით წყდება, როგორც წესი, დასჯადი ქმედების სიმძიმის ცენტრის მიხედვით. თუკი აღნიშნული წესიდან გადახვევა დასაბუთებულად მიიჩნევა, მაშინ გამოძიება სხვა წევრ ქვეყანაში შესაძლოა მხოლოდ შემდეგი იერარქიული თანმიმდევრობით არსებული ე.წ. მაკავშირებელი მომენტების გამოყენებით დაიწყოს: ეჭვმიტანილის ან ბრალდებულის მუდმივი საცხოვრებელი ადგილი; ეჭვმიტანილის ან ბრალდებულის მოქალაქეობა ან ადგილი, სადაც ფინანსური ზიანის მთავარი ნაწილი დადგა.

პროცესუალური გაგებით, როგორც წესი, ევროპული პროკურატურა

---

<sup>17</sup> Rahmenbeschluss 2008/841/JI, ABIEU 2008 Nr. L 300.

როგორც მტკიცებულებების მოპოვების, ასევე მათი წარდგენის ეტაპზე, იმ წევრი ქვეყნების საპროცესო სამართლით ხელმძღვანელობს, რომელშიც პროცესი მიმდინარეობს. დადგენილების 37-ე მუხლის პირველი და მეორე აბზაცებით განსაზღვრულია, რომ სასამართლოს უფლებამოსილება - თავისუფლად შეაფასოს მტკიცებულებები ეროვნული კანონმდებლობის მიხედვით - იმ შემთხვევაშიც კი არ იბღუდება, თუ ევროპული პროკურატურა ან ბრალდებული წარმოადგენს სხვა წევრ ქვეყანაში ან სხვა წევრი ქვეყნის სამართლის მიხედვით მოპოვებულ მტკიცებულებას.

#### **4. ევროპული პროცესუალური ნორმები**

ბევრისათვის გულდასაწყვეტად, დადგენილება არ ითვალისწინებს „ევროპულ სისხლის სამართალწარმოებას“ ერთიანი საპროცესო სამართლებრივი დანაწესებით. მიუხედავად ამისა, ის მაინც ახდენს გარკვეულ ჰარმონიზაციას და სცდება წმინდა ნაციონალურ საპროცესო დათქმებს. მაგალითად, დადგენილების 30-ე მუხლის პირველი აბზაცის თანახმად, წევრი სახელმწიფოები, იმ შემთხვევაში, თუ გამოძიება ეხება ისეთ დანაშაულს, რომლისთვისაც გათვალისწინებულია თავისუფლების აღკვეთა მინიმუმ 4 წლის ვადით, ვალდებული არიან დელეგირებული უფლებამოსილების მქონე ევროპის პროკურორებს მისცენ შესაძლებლობა, გასცენ დადგენილების პირველ მუხლში ჩამოთვლილი საგამოძიებო მოქმედებების თაობაზე მითითება (მაგ. კერძო სახლების ჩხრეკა, კომპიუტერული მონაცემების ამოღება ან ეჭვმიტანილის შემომავალი და გამავალი ელექტრონული კომუნიკაციის ფარული მიყურადება).

გარდა ამისა, ტრანსნაციონალური გამოძიების დროს, დადგენილების 31-ე მუხლის პირველი აბზაცი ითვალისწინებს მჭიდრო ურთიერთთანამშრომლობას მუდმივი კონსულტაციისა და ურთიერთმხარდაჭერის საფუძველზე. დადგენილების 41-ე მუხლი მიზნად ასევე ისახავს ბრალდებულებისათვის თანაბარი უფლებების არსებობას ყველგან. ევროპული პროკურატურის ნებისმიერი საქმიანობა უნდა განხორციელდეს ეჭვმიტანილისა და ბრალდებულის ევროკავშირის ძირითად უფლებათა ქარტიით გათვალისწინებული უფლებების დაცვით. შესაბამისად, ეჭვმიტანილი და ბრალდებული სისხლის სამართალწარმოებისას მინიმუმ გაერთიანების

სამართლით დადგენილი ისეთი საპროცესო უფლებებით უნდა სარგებლობდნენ, როგორცაა, მაგ. სამართლებრივი განმარტების მიღების ან ადვოკატის ყოლის უფლება.

ყოველივე აღნიშნულის კონტროლი, დადგენილების 42-ე მუხლის თანახმად, ეროვნული სასამართლოების მიერ ხორციელდება. თუმცა, აღნიშნული, თუნდაც მხოლოდ იმიტომ არის სადავო, რომ ევროპული პროკურატურა წარმოადგენს არა ეროვნულ, არამედ ევროკავშირის დაწესებულებას. ერთადერთი, რაც ლოგიკური, თუმცა პოლიტიკურად აშკარად განუხორციელებადი იქნებოდა, ევროპული სასამართლოს შექმნაა, რომელსაც იმავდროულად ექნებოდა ევროპული პროკურატურის ქმედებებისა და გადანყვეტილებების კონტროლის უფლებამოსილება. დადგენილება დღეისათვის, სულ მცირე, ევროპული კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს წინასწარი გადანყვეტილების ფორმით ჩართვას მაინც ითვალისწინებს<sup>18</sup>.

## **5. ევროპული პროკურატურის მიმართება სისხლისსამართლებრივი დევნის განმახორციელებელ სხვა ევროპულ ორგანოებთან**

ევროპული პროკურატურა ვალდებულია იქონიოს მისი საქმიანობის ფარგლებში ევროკავშირის ყველა სხვა ორგანოსთან მჭიდრო ურთიერთობები<sup>19</sup>. განსაკუთრებული საინტერესოა ამ კუთხით ევროიუსტთან და თაღლითობის წინააღმდეგ ბრძოლის ევროპულ უწყებასთან (OLAF) ურთიერთმიმართება:

### **ა) ევროიუსტი**

ევროიუსტი ყოველთვის განიხილებოდა ევროპული პროკურატურის ჩანასახად<sup>20</sup>, რაც „ევროკავშირის საქმიანობის წესის შესახებ“ ხელშეკრულების 86-ე მუხლის პირველი აბზაცის პირველ წინადადებაშიც აისახა, რომლითაც გათვალისწინებულია ევროპული პროკურატურის „ევროი-

---

<sup>18</sup> Art. 41 I, II EuStA-VO.

<sup>19</sup> Art. 99 ff EuStA-VO.

<sup>20</sup> Ahlbrecht, in: Ahlbrecht u.a. (Hrsg.), Int. Strafrecht, 2. Aufl. 2018, Rn. 1497.

უსტის გავლით“ შექმნა<sup>21</sup>. შესაძლოა ვიფიქროთ, რომ ევროიუსტი მომავალში მისი საქმიანობის სფეროს დაკარგავს. თუმცა, ეს შეიძლება ასე არ მოხდეს, თუნდაც იმიტომ, რომ ევროპული პროკურატურა ევროკავშირის სრულ ტერიტორიაზე არ მოქმედებს და აქედან გამომდინარე სისხლის-სამართლებრივი დევნის კოორდინაცია კვლავ საჭირო იქნება. თუმცა, ევროპული პროკურატურის შემოღებას ბუნებრივად თან მოჰყვება ევროიუსტის რეფორმაც, რომელიც ასახულია სისხლის სამართლის საქმეებზე ურთიერთთანამშრომლობის შესახებ<sup>22</sup> ევროკავშირის სააგენტოსთან დაკავშირებული დადგენილების ინიციატივაში. აღნიშნულის მიხედვით, ევროიუსტი ევროპული პროკურატურის პარალელურად კვლავ იარსებებს, როგორც „საარბიტრო და სადოკუმენტაციო ცენტრი“. ევროიუსტის უფლებამოსილებების აქამდე არსებული სფეროც კვლავ შენარჩუნდება, მაგრამ იარსებებს შეზღუდვა ევროპული პროკურატურის განსჯადობის სფეროში შემავალ დანაშაულებზე. უფრო დეტალურად რომ განვმარტოთ, ევროიუსტისა და ევროპული პროკურატურის ურთიერთობა მათთვის მიკუთვნებულ ამოცანებთან დაკავშირებით, ორმხრივ თანამშრომლობასა და ოპერატიულ, ადმინისტრაციულ და მენეჯერულ დონეებზე კავშირების განვითარებას დაეფუძნება (დადგენილების მე-100 მუხლის პირველი აბზაცი). აღნიშნული სხვა მოვალეობებთან ერთად მოიცავს ევროიუსტის მონაწილეობას ევროპული პროკურატურის იმ საქმიანობაში, რომელიც უკავშირდება ტრანსნაციონალურ შემთხვევებს, საერთო ინტერესებისთვის მომსახურების გაწევასა და ინფორმაციებზე დაშვებას. ურთიერთთანამშრომლობის დეტალურად დასარეგულირებლად დაიდება ერთობლივი საქმიანობის შესახებ შეთანხმება.

## **ბ) თაღლითობის წინააღმდეგ ბრძოლის ევროპული უწყება (OLAF)**

OLAF-ს - თაღლითობის წინააღმდეგ ბრძოლის უწყებას („office de lutte antifraude“) - ევროპული პროკურატურის შექმნით მნიშვნელობის დაკარგვის საფრთხე ემუქრება. საქმე ეხება კომისიის დამოუკიდებელ ორგა-

---

<sup>21</sup> აღნიშნულისათვის იხ. Grabitz/Hilf/Nettesheim-Vogel, Das Recht der EU, 2. Aufl. 2017, Art. 86 AEUV Rn. 14 ff.

<sup>22</sup> Ratsdokument 6643/15/15.

ნოს, რომელსაც ვგალება თაღლითობის, კორუფციისა და ევროკავშირის ფინანსური ინტერესების საზიანოდ მიმართული ყველა სხვა უკანონო ქმედებების წინააღმდეგ ბრძოლის გაძლიერება და ევროკავშირში მომუშავე პირების მიერ მათი სამსახურეობრივი უფლებამოსილების განხორციელების პროცესში მძიმე გადაცდომების გამოვლენა<sup>23</sup>. მაშასადამე, ახალ ევროპულ პროკურატურასთან პარალელები თვალსაჩინოა. OLAF-ს აქამდე შეეძლო გარე ადმინისტრაციულ წინასწარ გამოძიებასთან ერთად, ასევე ევროკავშირის ყველა ორგანოს, დაწესებულების, უწყებისა და სააგენტოს შიგნით ადმინისტრაციული გამოძიების დაწყება<sup>24</sup>. ამასთან, მას ჰქონდა ყოვლისმომცველი საგამოძიებო უფლებამოსილებები, რომლებსაც მაგ. მიეკუთვნებოდა ყველა ინფორმაციისა და სივრცეზე დაშვება, დოკუმენტების გაცნობა და საჭიროებისამებრ მათი დაცვა, ასევე აუდიტის ჩატარება<sup>25</sup>. ევროპული პროკურატურის შემოღებით, აღნიშნული უფლებამოსილებები თავისთავად შეიზღუდება. ეს ორგანო ვეღარ ჩაატარებს ადმინისტრაციულ გამოძიებას იმ დარღვევებთან მიმართებით, რომელიც მიმართულია ევროკავშირის ფინანსური ინტერესების საზიანოდ. ასევე, აღარ იმოქმედებს მისი კომპეტენციები ევროკავშირში მომუშავე პირების მძიმე გადაცდომებთან ან მათ მიერ ჩადენილ იმ სისხლისსამართლებრივ დანაშაულებთან მიმართებით, რომელთაც ფინანსური სახის შედეგები არ მოჰყოლიათ, რადგან ამგვარი დანაშაულების განსჯადობა მომავალში მხოლოდ ევროპულ პროკურატურას ექნება<sup>26</sup>. განსაკუთრებით ხაზგასასმელია, რომ OLAF-ს დადგენილების 101-ე მუხლის მეორე აბზაცის მიხედვით იმ პერიოდში,<sup>27</sup> როდესაც ევრო-

---

<sup>23</sup> შეად. Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 10 Rn. 18 ff.

<sup>24</sup> Art. 4 VO (EU, Euratom) 883/2013; zudem bereits Beschluss 1999/394/EG, Euratom des Rates vom 25.5.1999 und Beschluss 1999/396/EG, EGKS, Euratom der Kommission vom 2.6.1999; ob. ასევე Die Interinstitutionelle Vereinbarung vom 25.5.1999, ABIEG 1999 Nr. L 136/15.

<sup>25</sup> შეად. Kuhl/Spitzer, EuR 2000, 671; zu den Problemen hinsichtlich der Normierung der Mitwirkungspflichten der Organe sowie ihrer Beamter und Bediensteten s. Schwarze-Schoo, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 325 AEUV Rn. 35 ff.

<sup>26</sup> შეად. Pressemitteilung der Europäischen Kommission: Schutz von Steuergeldern vor Betrug: Kommission schlägt Europäische Staatsanwaltschaft vor und verstärkt OLAF-Verfahrensgarantien, IP/13/709 v. 17.7.2013.

<sup>27</sup> შეად. Art. 101 III EuStA-VO.

პული პროკურატურა ახორციელებს სისხლისსამართლებრივ გამოძიებას, არ ექნება უფლებამოსილება იმავე შემთხვევასთან მიმართებით პარალელურად აწარმოოს ადმინისტრაციულსამართლებრივი გამოძიება. თუმცა, OLAF-ს, მოთხოვნის შემთხვევაში შეეძლება მხარდაჭერის განხორციელება. მთლიანობაში OLAF-ის ფუნდამენტური რეორგანიზაცია იგეგმება<sup>28</sup>.

### III. გადახვევა თავდაპირველი პროექტებიდან

ევროპული პროკურატურის თავდაპირველად შემოთავაზებული მოდელები<sup>29</sup> სხვადასხვა სახის, თუმცა უმეტესად სამართლიან, კრიტიკას და ეჭვმდებარა. აღნიშნული ხარვეზები ამჟამინდელი რეგულაციის მიღებით, მართალია, მთლიანად ვერ აღმოიფხვრა, თუმცა, გარკვეულწილად შესუსტდა. კომისიის მიერ შემოთავაზებული დადგენილების პროექტი განსაკუთრებით საეჭვოდ შეფასდა სუბსიდიარულობისა და თანაზომიერების დაცვის კონტექსტში. ამ მხრივ, მისასაღებელია, რომ დადგენილების შემოღებით უარი ითქვა განსაკუთრებული განსჯადობის მქონე ევროპული პროკურატურის მოდელზე. მიუხედავად ამისა, სასურველი იქნებოდა იმგვარი მოდელი, რომლის მიხედვითაც, ზოგადად, წევრ ქვეყნებს დარჩებოდათ სისხლისსამართლებრივი დევნის განხორციელების უფლებამოსილება. ევროპულ პროკურატურას მხოლოდ იმ შემთხვევაში შეეძლებოდა საქმის საკუთარ თავზე აღება, როდესაც და რამდენადაც სისხლისსამართლებრივი დევნის განმახორციელებელი ეროვნული ორგანოები ეფექტიანი სისხლისსამართლებრივი დევნის განხორციელებას „ვერ შეძლებდნენ“ ან მათ აღნიშნულის „სურვილი არ ექნებოდათ“. აღნიშნული ასევე შესაბამისობაში იქნებოდა სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს (IStGH) განსჯადობის დასაბუთებისთვის საჭირო კომპლემენტარულობის მოდელთან, რომელიც ჩემს მიერ არაერთხელ იქნა შეთავაზებული ევროპული პროკურატურის სტრუქტურასთან

---

<sup>28</sup> KOM (2013) 533 endg.

<sup>29</sup> არსებული დადგენილების კომისიის თავდაპირველ ინიციატივასთან შესაღებლად იხ. Satzger/von Maltitz, Jura 2018, 153, 155 ff.

დაკავშირებული დისკუსიის ფარგლებში<sup>30</sup> და რასაც მე დღესაც მნიშვნელოვნად მივიჩნევ. აღნიშნულის მიხედვით, ყოველ წევრ ქვეყანას ექნებოდა შესაძლებლობა, თავიდან აეცილებინა გარე ჩარევა, რადგან თავად შეისწავლიდა ყველა საექვო მომენტს და ეფექტურ გამოძიებასაც თავად განახორციელებდა. იმავედროულად, ევროპული პროკურატურის საქმიანობა შესაძლოა გარკვეული სტიგმის არსებობას ნიშნავდეს. თითქოს უნდა გაცხადდეს, რომ ეროვნულ დონეზე სისხლისსამართლებრივი დევნის განხორციელების მნიშვნელოვანი დეფიციტი არსებობს<sup>31</sup>.

ის გარემოება, რომ ყოვლისმომცველი ძალაუფლების მქონე ევროპული პროკურატურის ნაცვლად, კოლევიალური ორგანოს შექმნაა გათვალისწინებული, რომელშიც წევრი ქვეყნები იქნებიან წარმოდგენილნი, სუბსიდიარულობის ასპექტების გათვალისწინებით, შესაძლოა პოზიტიურად შეფასდეს. თუმცა, ყურადღების მიღმა არ უნდა დარჩეს ის ფაქტი, რომ ადმინისტრაციული დანახარჯები უზარმაზარი იქნება, რადგან ახალი ორგანო დეცენტრალიზებულად არის ორგანიზებული, რაც, თავის მხრივ, ხარჯებთანაა დაკავშირებული. ეს არაპროპორციულადაც კი შეიძლება შეფასდეს ევროპული პროკურატურის შეზღუდულ ამოცანებთან შეფარდებით.

კომისიის მიერ შემოთავაზებული პროექტის დიდ ხარვეზს წარმოადგენდა „Forum Shopping“-ის განხორციელების დარჩენილი შესაძლებლობა. აღნიშნულის ქვეშ მოიაზრება ევროპის პროკურორის შეუზღუდავი თავისუფლება აირჩიოს ბრალდების ქვეყანა (იხ. დადგენილების პროექტის 27-ე მუხლის მე-4 აბზაცი), რის შედეგადაც, შემთხვევის მიმართ გამოიყენება აღნიშნული ქვეყნის (როგორც მატერიალური, ასევე საპროცესო) სამართალი. ევროპის პროკურორის ექნებოდა იმ ე.წ. ფორუმის არჩევის შესაძლებლობა, რომელიც ყველაზე დიდ სასჯელებს და მტკიცებულებების მიმართ ყველაზე ნაკლებ მოთხოვნებს ითვალისწინებს, იმ შემთხვევაშიც კი, თუკი აღნიშნულ ქვეყანასთან მთლიანობაში საქმის მყარი შემხებლობა არ არსებობს. აქედან გამომდინარე, საფრთხედ შეფასდა და სამართლიანად გაკრიტიკებულ იქნა ფორუმის არჩევის საზიანოდ გა-

---

<sup>30</sup> კომპლემენტარულობის მოდელთან დაკავშირებით იხ. Satzger, NStZ 2013, 206.

<sup>31</sup> Satzger, NStZ 2013, 206.

მოყენების პოტენციალი<sup>32</sup>. აღნიშნული შეუსაბამობა დადგენილებით საბოლოოდ მაინც ვერ იქნა ბოლომდე თავიდან აცილებული. თუმცა, ახლა მოქმედებს მინიმუმ შემზღუდავი ტენდენციის მქონე ნორმა, რომლის თანახმადაც, ბრალდება, როგორც წესი, იმ წევრ ქვეყანაში უნდა იქნას წარდგენილი, სადაც დელეგირებული უფლებამოსილების მქონე პროკურორი საქმის გამოძიებას აწარმოებს<sup>33</sup>. აღნიშნული ფაქტი არ გამოირიცხავს იმის შესაძლებლობას, რომ მუდმივმოქმედი კოლეგია საქმეს სხვა წევრ ქვეყანას მიაკუთვნებს, თუ „სახეზე იქნება აღნიშნულის გამართლებისათვის საკმარისი საფუძვლები“. მაშასადამე, დადგენილებაში მოცემული ნორმები Forum Shopping-ს მაინც არ გამოირიცხავენ.

#### IV. დასკვნა

ჩემი (პირველი) შეფასება, აქედან გამომდინარე, ცვალებადია. სამოქმედო ტერიტორიის შეზღუდული არეალი ევროპული პროკურატურის საქმიანობისათვის თავიდანვე მნიშვნელოვან დაბრკოლებას წარმოადგენს. აღნიშნული ისიც მიუთითებს, რომ ამგვარი მნიშვნელოვანი პროექტისათვის პოლიტიკური მხარდაჭერა დღემდე სრულად ისევ არ არის სახეზე. წარმატებული და უკონფლიქტო საქმიანობით, ახალი ინსტიტუციის რეკლამირება უნდა მოხდეს, რათა ევროპულმა პროკურატურამ მომავალში რაც შეიძლება მეტი წევრი ქვეყნის მხარდაჭერა მოიპოვოს. ნებისმიერ შემთხვევაში, შეუფერხებლად მომუშავე პროკურატურისთვის, სასურველი იქნებოდა მნიშვნელოვანი შემავსებელი ნორმების არსებობა. აღნიშნულ ნორმებს, უპირველეს ყოვლისა, მიეკუთვნება ერთიანი საპროცესო სამართლებრივი ნორმები, განსაკუთრებით კი ევროპული სასამართლოს არსებობა, რომელიც ევროპული პროკურატურის კონტროლზე, მათ შორის, „Forum Shopping“-იდან გამომდინარე პრობლემების კონტროლზე, იქნებოდა პასუხისმგებელი. ბუნებრივია, აღნიშნული ბევრი (დღეისათვის მონაწილე) სახელმწიფოსთვის ზედმეტად წინმსწრები და აქედან გამომდინარე, მიუღებელი იქნებოდა. ნებისმიერ შემთხვევაში, ევროპული პროკურატურის ამჟამინდელი ფორმა ადმინისტრაციული თვალსაზრით

<sup>32</sup> აღნიშნულისათვის იხ. Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, §10 Rn. 23a.

<sup>33</sup> Art. 36 III EuStA-VO.

სით გაბერილია. შედარებით ვიწრო არქიტექტურის არსებობა, შემოთავაზებულ კომპლემენტარულობის პრინციპზე დაყრდნობით, სრულიად საკმარისი და გონივრული იქნებოდა; ამასთან, სუბსიდიარობის იდეა ამ გზით ყველაზე კარგად განხორციელდებოდა და უფრო მეტად მისაღებიც იქნებოდა. ეფექტურობის დაკარგვის საფრთხეზე ფიქრის გარეშე წევრ ქვეყნებშიც უფრო მეტი რწმენა იარსებებდა.

იმის ფონზე, რომ მნიშვნელოვანი ხარჯების მქონე სტრუქტურა შეიქმნა, არსებობს საფრთხე (რომელიც უკვე გამართლდა კიდევ)<sup>34</sup>, რომ მალე მისი კომპეტენციის გაფართოების შესახებ მოსაზრებებიც გაჟღერდება, თუმცა, მათი დეტალური შინაარსობრივი გააზრების გარეშე. აღნიშნული საფრთხის არსებობა – ტერორისტულ დანაშაულებთან მიმართებით კომპეტენციის გაფართოებასთან დაკავშირებით - უკვე გამართლდა. იმედს ვიტოვებთ, რომ ევროპული პროკურატურის საქმიანობა დეტალურად გაკონტროლდება, მისი წარმატებები და წარუმატებლობები საფუძვლიანად შეფასდება და მხოლოდ გამოცდილების დაგროვებიდან გარკვეული დროის გასვლისა და საფუძვლიანი გაანალიზების შემდეგ დაიწყება შემდგომ განვითარებაზე ფიქრი, რადგან ევროპული პროკურატურა ევროპის მიერ წინ გადადგმული ნაბიჯის სიმბოლოს, თუმცა, პოტენციურად, ასევე გადაჭარბებული ბიუროკრატიისა და „გაბერილი“ ევროკავშირის სიმბოლოს წარმოადგენს.

---

<sup>34</sup> ტერორიზმთან მიმართებით უფლებამოსილებების გაფართოებასთან დაკავშირებით, შეად. EU-Kommissionspräsident Juncker in seiner Rede zur Lage der Union 2017 ([http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-17-3165\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-17-3165_de.htm)).

# MENSCHENRECHTE UND STRAFPROZESS: DIE INNERPROZESSUALE KOMPENSATION DER VERLETZUNG ODER BEEINTRÄCHTIGUNG EINES VERFAHRENSRECHTS

PD Dr. **Stephan Ast**, Universität zu Köln

## **I. Die Rechte des Angeklagten nach der EMRK und der Gedanke der Kompensation**

Die Menschenrechte beeinflussen einerseits das materielle Strafrecht. So sind das Schuld-, das Gesetzlichkeits-, das Verhältnismäßigkeitsprinzip und der Grundsatz der Humanität bei der Ausgestaltung der Strafen menschenrechtlich verankert<sup>1</sup>. Große praktische Relevanz haben die Menschenrechte andererseits aber auch für das Strafverfahrensrecht. Einschlägige Normen der EMRK sind das Folterverbot (Art. 3 EMRK), die Freiheitsgewährleistung für eine Inhaftierung (Art. 5 EMRK), die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK), der Anspruch auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK) sowie dessen einzelne Ausprägungen in Art. 6 Abs. 3 EMRK. Die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK stärkt die Rechte des Beschuldigten in allen europäischen Ländern. Einige wichtige Urteile, die gegen Deutschland ergangen sind, sollen hier vorgestellt werden.

Leitende Frage der Untersuchung ist dabei die folgende: Wie kann kompensiert werden, dass im Zusammenhang mit dem Verfahren entweder ein Recht des Beschuldigten verletzt oder er in seiner Verteidigung in sonstiger Weise benachteiligt wurde? Dabei geht es hier allein um die innerprozessuale Kompensation. Die außerprozessuale Kompensation wird allein für den Opferstatus gemäß Art. 34 EMRK sowie die gerechte Entschädigung gemäß Art. 41 EMRK relevant. Die innerprozessuale Kompensation ist demgegenüber am Maßstab des Art. 6 Abs. 1 EMRK zu beurteilen. Wenn die Kompensation bejaht wird, ist eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK zu verneinen<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Hierzu Heger, ZIS 2016, 478 ([www.zis-online.com](http://www.zis-online.com)).

<sup>2</sup> Hierzu Gaede, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, 2007, S. 451 ff., 727 ff.

Es sind zwei Konstellationen zu unterscheiden. Die Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren kann zu verneinen sein, obgleich es zu einer Verletzung eines Rechts nach der Konvention gekommen ist – also der Staat rechtswidrig gehandelt hat – oder obgleich ein Nachteil für ein durch die Konvention geschütztes Interesse eingetreten ist, ohne dass es auf das Verschulden des Staates ankommt.

Es gibt mindestens sechs Möglichkeiten der innerprozessualen Kompensation:

1. Es kann ein Prozesshindernis angenommen werden. Das ist nur notwendig, wenn ein Verfahren nicht fortgesetzt werden kann, weil es unter keinen Umständen mehr fair sein kann. Ein Prozesshindernis kommt insbesondere bei einer rechtswidrigen Tatprovokation in Betracht<sup>3</sup>.
2. Es kann eine geringere Strafe ausgesprochen oder auf Strafvollstreckung verzichtet werden. Das wird insbesondere bei zu langer Verfahrensdauer relevant<sup>4</sup>. Hier wird ein Nachteil durch einen Vorteil kompensiert. Irrelevant ist hierfür, worauf die Verzögerung zurückzuführen ist – sei es ein aktuelles Verschulden von Prozessteilnehmern oder ein strukturelles Problem der Justiz.
3. Die Berücksichtigung bzw. Verwertung von verfügbaren Beweisen kann verboten werden. Es wird also ein sogenanntes Beweisverwertungsverbot angenommen<sup>5</sup>.
4. Ferner kann Beweisen ein geringerer Wert eingeräumt werden, weshalb sie vorsichtig zu würdigen sind – so, wenn eine konfrontative Zeugenbefragung nicht möglich ist<sup>6</sup>.
5. Dem Angeklagten können kompensierende prozessuale Rechte zugestanden werden. Dadurch können Nachteile für ein Recht ausgeglichen werden, die nicht durch eine Rechtsverletzung, sondern faktisch entstehen. In diesem Sinne möchte ich das Recht nach der EMRK interpretieren, sich im Prozess durch einen Verteidiger vertreten zu lassen. Das zugrundeliegende Recht ist

---

<sup>3</sup> Hierzu unter (II.).

<sup>4</sup> BGHSt 52, 124, Rn. 23 ff., 35 sieht dies als prozessexterne Kompensation nach Art. 13, 34 EMRK.

<sup>5</sup> Hierzu unter (III.).

<sup>6</sup> EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 – Schatschaschwili vs. Deutschland, Rn. 116 ff.: „counterbalancing factors“ ([www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)).

nur dann verletzt, wenn die Kompensationsmöglichkeit nicht gewährt wird.

6. Der Fehler kann in einer Rechtsmittelinstanz korrigiert werden. Es muss sich dann um prozessinterne Fehler handeln, die durch Wiederholung des Prozesses ausgeräumt werden können.

Beispielhaft erörtert werden im Folgenden drei Fälle. Der erste Fall betrifft die rechtswidrige Tatprovokation und deren Folgen für den Prozess. Als zweites wird ein Fall dargestellt, der in Deutschland große Aufmerksamkeit erregt hat. Er wirft die Frage auf, welche prozessualen Konsequenzen die Drohung mit Folter hat. Schließlich wird ein Fall erörtert, in welchem die Berufung gegen ein Urteil verworfen wurde, weil der Beschuldigte nicht zur Berufungsverhandlung erschienen ist.

## **II. Prozesshindernis: Die rechtsstaatswidrige Tatprovokation**

Die Tatprovokation ist ein Instrument der polizeilichen Verbrechensprävention. Ihr Zweck ist es, Strukturen der sogenannten Organisierten Kriminalität aufzudecken und Täter sonst schwer aufzudeckender Taten zu überführen. Fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen die Provokation zulässig ist.

### **1. Ein Beispielfall**

Beispielhaft ist ein Fall, den der BGH zu entscheiden hatte<sup>7</sup>: Zwei Männer waren im vagen Verdacht, in Geldwäsche- und Betäubungsmittelstraftaten verstrickt zu sein. Eine langfristige und umfangreiche Überwachung konnte diesen Verdacht nicht bestätigen. Daraufhin setzte die Polizei mehrere verdeckte Ermittler aus Deutschland und den Niederlanden ein. Diese versuchten mehrere Monate lang, die Beschuldigten zu überreden, ihnen große Mengen Ecstasy aus den Niederlanden zu besorgen. Das blieb lange erfolglos.

Schließlich bedrohte einer der verdeckten Ermittler die Beschuldigten. Ein anderer behauptete, dass er selbst und seine Familie in Lebensgefahr seien, falls er seinen Auftraggebern das Rauschgift nicht besorge. Daraufhin halfen die Beschuldigten in zwei Fällen unentgeltlich, Ecstasy aus den Niederlanden

---

<sup>7</sup> BGHSt 60, 276 = HRRS 2015 Nr. 1104 ([www.hrr-strafrecht.de](http://www.hrr-strafrecht.de)).

zu beschaffen und einzuführen. Die Beschuldigten wurden wegen Beihilfe zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln zu Freiheitsstrafen verurteilt.

Provokationsfälle beurteilt der EGMR anhand von Kriterien, die er im Urteil Furcht gegen Deutschland klar herausgearbeitet hat. Es gilt ein „Verbot der polizeilichen Provokation.“ Dessen Inhalt und Grund sollen zunächst umrissen werden, um dann die Folgen des Verbotsverstößes aufzuzeigen<sup>8</sup>.

## 2. Inhalt des Verbots

Eine verbotene polizeiliche Provokation liegt dann vor, wenn sich die Ermittler nicht auf eine weitgehend passive Strafermittlung beschränken, sondern den Täter derart beeinflussen, dass er zur Begehung einer Straftat motiviert wird, die er andernfalls nicht begangen hätte. Zweck der Provokation muss es sein, die Feststellung einer Straftat zu ermöglichen – durch Beweiserbringung und Einleitung einer Strafverfolgung<sup>9</sup>. Objektiv muss es sich demnach um eine qualifizierte Anstiftung handeln. Subjektiv ist der Zweck vorausgesetzt, die Strafverfolgung zu ermöglichen.

Im geschilderten Fall ist das Verbot der Provokation klar missachtet. Eine Provokation liegt nach dem EGMR aber nicht vor, falls der Täter nachweislich geplant hatte, entsprechende Straftaten zu begehen, und der verdeckte Ermittler dies bloß ausnutzt<sup>10</sup>. Entscheidend ist also nicht, dass der Täter zur konkreten Tat angestiftet wird. Vielmehr ist zu fragen, ob er ohne die Einflussnahme wahrscheinlich eine Tat dieser Art begangen hätte oder nicht<sup>11</sup>.

## 3. Grund des Verbots

Der Gerichtshof begründet das Verbot der Provokation zunächst mit einem objektivrechtlichen Argument. Es sei „die Aufgabe der Polizei (...), Straftaten zu

---

<sup>8</sup> EGMR, Urt. v. 23.10.2014 – 54648/09 – F. vs. Deutschland, Rn. 48.

<sup>9</sup> EGMR, ebendort. Übersicht über die Rechtsprechung in EMRK, Urt. v. 4.11.2010 – 18757/06 – Bannikova vs. Russland, Rn. 32 ff.

<sup>10</sup> EMRK, Urt. v. 04.11.2010 – 18757/06, Rn. 64 ff.

<sup>11</sup> Kritisch Greco, StraFo 2010, 53 ff.

verhindern und zu untersuchen und nicht zu provozieren.“<sup>12</sup> Dieser Gedanke lässt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip herleiten – der Bindung des Staates an das Recht.

Subjektivrechtlich gibt es zwei Aspekte: Zum einen ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht bzw. das Recht auf Privatleben nach Art. 8 Abs. 1 EMRK tangiert. Zum anderen ist dieses Verhalten auch im Hinblick auf das Recht auf ein faires Verfahren relevant. Zutreffend begründet der Gerichtshof das Verbot damit, dass „der Beschuldigte (...) von Beginn an der Gefahr ausgesetzt würde, dass ihm definitiv kein faires Verfahren zuteil wird.“<sup>13</sup> Die Tat wird unter den Augen des Staates begangen. Es gibt also von vornherein eine gute Beweislage gegen den Beschuldigten.

#### **4. Konsequenzen des Verbotsverstoßes**

Der Gerichtshof tritt dafür ein, dass die Beweise, die aus der Provokation gewonnen wurden, nicht verwertet werden dürfen und postuliert somit ein Beweisverwertungsverbot<sup>14</sup>. Die deutsche Rechtsprechung war demgegenüber davon ausgegangen, dass eine erhebliche Milderung der Strafe genügt. Sie favorisierte somit eine Strafzumessungslösung<sup>15</sup>.

In Reaktion auf das EGMR-Urteil entschied sich der BGH sowohl gegen die Strafzumessungslösung als auch gegen ein Beweisverwertungsverbot. Vielmehr nimmt er ein Verfahrenshindernis an. Es werden also nicht nur einzelne prozessuale Möglichkeiten blockiert, sondern der ganze Prozess.

Gegen die Beweisverwertungslösung führt er Folgendes an<sup>16</sup>: Konsequenter müssten alle Beweise eliminiert werden – die unmittelbar und mittelbar aus der Provokation erlangten. Eine Verwertung mittelbarer Beweise sei im deutschen Recht aber prinzipiell zulässig. Daher passe eine Verwertungsverbotslösung nicht ins deutsche Recht. Außerdem liege das Problem darin, dass die rechtswidrige

---

<sup>12</sup> EGMR, ebendort.

<sup>13</sup> EGMR, Ur. v. 23.10.2014 – 54648/09, Rn. 47.

<sup>14</sup> EGMR, Ur. v. 23.10.2014 – 54648/09, Rn. 64, 68.

<sup>15</sup> BGHSt 32, 345; BGHSt 45, 321; BVerfG NJW 2015, 1083.

<sup>16</sup> BGHSt 60, 276, Rn. 50 ff.

Provokation nicht nur zur Folge habe, dass Beweismittel für eine Tat gefunden wurden. Vielmehr fand die Tat nur wegen der Provokation statt.

Eine echte „Folgenbeseitigung“ des Verstoßes gegen das Verbot der Provokation ist also nur möglich, wenn es nicht zu einer Verurteilung kommen kann. Einen so weitgehenden Folgenbeseitigungsanspruch akzeptiert der BGH im Bereich der Beweisverwertungsverbote nicht. Daher wählt er die Lösung über ein Verfahrenshindernis.

Als weiteres Argument gegen ein Beweisverwertungsverbot führt das Gericht an: Die Erhebung und Verwertung der Beweise sei schon deshalb notwendig, um den Sachverhalt der Provokation erfassen zu können<sup>17</sup>. Aber ein Verwertungsverbot kann ja nur zum Vorteil, nicht zum Nachteil des Beschuldigten angenommen werden.

## **5. Begriff und Zulässigkeit der Tatprovokation nach der BGH-Rechtsprechung**

Den Begriff und die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Tatprovokation fasst der BGH ähnlich wie der EGMR. Eine Tatprovokation ist gegeben, wenn ein „Verdeckter Ermittler“ oder eine „Vertrauensperson“ über das bloße Mitmachen hinaus auf den Täter einwirkt und einen erheblichen Anreiz zur Tatbegehung setzt mit dem Ziel, Tatbereitschaft zu wecken oder zu fördern<sup>18</sup>.

Unzulässig ist die Provokation gegenüber einer unverdächtigen und zunächst nicht tatgeneigten Person. Grundsätzlich zulässig ist sie, wenn sie gegen eine Person eingesetzt wird, die verdächtig ist, an einer Straftat beteiligt gewesen oder zu einer Tat bereit zu sein<sup>19</sup>. So hat es der BGH akzeptiert, dass ein verdeckter Ermittler sich bereit erklärt hat, Drogen abzunehmen und dadurch den Tatentschluss hervorgerufen hat<sup>20</sup>. Demgegenüber liegt eine unzulässige „rechtsstaatswidrige Tatprovokation“ vor, „wenn die Einwirkung auf die Zielperson im Verhältnis zum Anfangsverdacht unvertretbar übergewichtig ist. [...] Im Rahmen der erforderlichen Abwägung sind insbesondere Grundlage und Ausmaß

---

<sup>17</sup> BGHSt 60, 276, Rn. 51.

<sup>18</sup> BGHSt 60, 276, Rn. 24.

<sup>19</sup> BGHSt 60, 276, Rn. 24.

<sup>20</sup> BGH NStZ 2018, 355 = HRRS 2018 Nr. 176.

des gegen den Betroffenen bestehenden Verdachts, Art, Intensität und Zweck der Einflussnahme sowie die eigenen, nicht fremdgesteuerten Aktivitäten des Betroffenen in den Blick zu nehmen.“<sup>21</sup>

### **III. Beweisverwertungsverbot: Vorgegangener Verstoß gegen Art. 3 EMRK**

Ein Prozesshindernis zu postulieren, ist die am weitesten gehende Möglichkeit, die Verletzung eines Verfahrensrechts innerprozessual zu kompensieren. Die wichtigste Kompensationsmethode aber ist es, die Unverwertbarkeit von Beweisen, also ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen. Inhalt und Reichweite eines solchen Verbots wurde in der EGMR-Rechtsprechung im Fall Gäfgen gegen Deutschland relevant. In diesem ging es um die Frage der innerprozessualen Kompensation der Verletzung des Rechts aus Art. 3 EMRK. Beurteilungsmaßstab war wiederum das Recht auf ein faires Verfahren gem. Art. 6 EMRK.

#### **1. Das Gäfgen-Urteil des EGMR**

Gäfgen, ein Jurastudent aus Frankfurt am Main, hatte den Sohn eines Bankiers entführt, um von den Eltern Lösegeld zu erpressen. Den Jungen hatte er sofort ermordet. Die Polizei stellte Gäfgen. Dieser machte keine Angaben zum Aufenthaltsort des nach seinen Angaben noch lebenden Kindes. Um es zu retten, drohte die Polizei mit Folter. Daraufhin gestand Gäfgen den Mord und führte die Polizisten zur Leiche des Jungen. Das Geständnis wurde im Prozess nicht verwertet. Die Verteidiger beantragten, dass auch die Beweise auszuschließen seien, die infolge des Geständnisses am Tatort gefunden wurden. Das lehnte das Gericht ab. Infolgedessen legte Gäfgen vor Gericht erneut ein Geständnis ab. Auf dieses stützte sich das Urteil im Wesentlichen.

Der EGMR stellte zunächst fest, dass das Verbot der unmenschlichen Behandlung gem. Art. 3 EMRK missachtet wurde<sup>22</sup>. Eine ausreichende prozesseexterne Wiedergutmachung nach Art. 34 EMRK wurde verneint, weil die

---

<sup>21</sup> BGHSt 60, 276, Rn. 24.

<sup>22</sup> EGMR, Ur. v. 1.6.2010 – 22978/05 – Gäfgen vs. Deutschland, Rn. 87 ff.

zuständigen Amtsträger nur milde bestraft wurden<sup>23</sup>. Weil die Misshandlung hier bereits im Zusammenhang mit einem Strafverfahren stand, war aber auch eine prozessinterne Kompensation der Rechtsverletzung erforderlich, um Art. 6 EMRK Genüge zu tun.

Insoweit nimmt der EGMR ein umfassendes Beweisverwertungsverbot an. Die Verwertung aller Beweise, die infolge einer Verletzung von Art. 3 EMRK erlangt wurden, ist ausgeschlossen<sup>24</sup>. Zumindest die Verletzung von Art. 3 EMRK hat somit eine sehr weitreichende Auswirkung auf den Prozess. Gleichwohl hat der EGMR im Fall Gäfgen einen Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren gem. Art. 6 EMRK verneint<sup>25</sup>. Um dies zu verstehen, müssen Inhalt und Folgen des Verstoßes gegen ein Beweisverwertungsverbot herausgearbeitet werden.

## 2. Inhalt des Beweisverwertungsverbots

Zunächst zu den Folgen des Verbotsverstoßes: Da das Beweisverwertungsverbot ein Beschuldigtenrecht ist, das bezweckt, eine vorherige Rechtsverletzung zu kompensieren, muss dieses Recht gewährt werden, um die Fairness zu gewährleisten. Wird es nicht gewährt, ist die ursprüngliche Rechtsverletzung innerprozessual nicht hinreichend kompensiert, und das Verfahren ist nicht fair im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK.

Trifft dies zu, hat der EGMR im Fall Gäfgen einen Verstoß gegen ein Beweisverwertungsverbot implizit verneint. Daher ist der Inhalt dieses Verbots zu präzisieren: „Verwertet“ werden können Beweise sowohl dadurch, dass sie in den Prozess eingeführt werden als auch dadurch, dass sich das Urteil auf sie stützt. Im

---

<sup>23</sup> EGMR, Urt. v. 1.6.2010 – 22978/05, Rn. 115 ff.

<sup>24</sup> EGMR, Urt. v. 1.6.2010 – 22978/05, Rn. 173 ff.; hierzu Ast, GLJ 11 (2010), 1393, 1402 ff. ([www.germanlawjournal.com](http://www.germanlawjournal.com)). Eine solche „Fernwirkung“ eines Verwertungsverbots nimmt die deutsche Rechtsprechung nicht an (siehe bereits oben, II. 4.; vgl. etwa BGHSt 34, 362). Zur möglichen dogmatischen Begründung der Fernwirkung aus einem Folgenbeseitigungsanspruch Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, 1990, S. 49 ff. Bei einer Verletzung von Art. 3 EMRK wird aber auch ein anderes Prinzip relevant, das Beweisverwertungsverbote begründet: die Wahrung der Legitimation zum Strafen. Hierzu ebenfalls Amelung, a.a.O., S. 20 ff. Zum Gedanken der Disziplinierung der Strafverfolgungsorgane ders., a.a.O., S. 17 ff. Zu diesen Gründen auch EGMR, a.a.O., Rn. 175 ff.

<sup>25</sup> EGMR, Urt. v. 1.6.2010 – 22978/05, Rn. 187.

Fall Gäfgen hatte das Prozessgericht die ausgeschlossenen Beweismittel zwar in den Prozess eingeführt. Sie waren aber für das Urteil nicht tragend<sup>26</sup>.

Nun betrifft ein Beweisverwertungsverbot beide Aspekte: Seinem Zweck wird am besten entsprochen, wenn die Beweise gar nicht in den Prozess eingeführt werden. Gleichwohl ist entscheidend, ob und wie sie im Urteil berücksichtigt werden<sup>27</sup>. Denn das Verbot, sie im Prozess zu berücksichtigen, bezweckt, von vornherein auszuschließen, dass die fraglichen Beweise in das Urteil einfließen können. Da ferner das Gericht selbst über die Verwertbarkeit von Beweisen entscheiden muss, kann gar nicht ausgeschlossen werden, dass es von der Existenz der fraglichen Beweise Kenntnis nimmt. Es wäre nur möglich, das zu verhindern, wenn ein anderes Gericht entscheidet.

Somit verbietet ein Beweisverwertungsverbot zwar sowohl die Einführung eines fraglichen Beweises in den Prozess als auch die Verwertung im Urteil. Es ist aber nur missachtet, wenn beides geschieht, wenn also die Beweise zugelassen werden und sich das Urteil darauf stützt. Daher muss bewertet werden, welche Relevanz die Berücksichtigung der unverwertbaren Beweise für das Urteil hat, also welchen Stellenwert sie für die Urteilsbegründung haben. Da das Prozessgericht das Urteil im Wesentlichen auf das Geständnis gestützt hat, waren die nicht verwertbaren Beweismittel nicht entscheidend.

### 3. Grenzen des Beweisverwertungsverbots

Demnach durfte das Geständnis verwertet werden<sup>28</sup>. Das ist durchaus zweifelhaft: Im Prozessverlauf hatte Gäfgen erst gestanden, nachdem das Gericht entschieden hatte, dass die Beweise vom Tatort verwertet werden dürfen. Diese Gerichtsentscheidung war nach dem Gesagten rechtswidrig, und das Geständnis war durch sie zumindest mit veranlasst<sup>29</sup>. Das zeigt Folgendes: Eine Aussage ist

---

<sup>26</sup> EGMR, Ur. v. 1.6.2010 – 22978/05, Rn. 180.

<sup>27</sup> Ebenso Popp, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, 2005, S. 473 f.

<sup>28</sup> EGMR, Ur. v. 1.6.2010 – 22978/05, Rn. 180 ff.

<sup>29</sup> Fraglich demgegenüber EGMR, Ur. v. 1.6.2010 – 22978/05, Rn. 183 f. Dagegen a.a.O. die abweichende Meinung der Richter Rozakis u.a., Rn. 6. Es handelt sich um einen Fall „psychischer Kausalität“, vgl. hierzu BGHSt 13, 13.

nur dann unfrei, wenn sie unter Folter, Täuschung und Ähnlichem erfolgt, aber nicht, wenn ein Gericht sich in sonstiger Weise konventionswidrig verhält – hier also unzulässige Beweise zulässt. Das Geständnis des Angeklagten ist daher eigenverantwortlich. Will der Angeklagte gegen den Rechtsverstoß im Verfahren vorgehen, muss er das Urteil abwarten<sup>30</sup>.

Indessen hat der EGMR das Beweisverwertungsverbot zu weit ausgedehnt. Dass die unmittelbar durch rechtswidrige Handlungen der Ermittler gewonnen Beweise nicht verwertet werden dürfen, kompensiert das verletzte Recht des Beschuldigten und sanktioniert zugleich die Rechtsverletzung innerprozessual hinreichend. Es ist nicht notwendig, darüber hinaus zu gehen. Die Spuren, die der Täter in der Welt hinterlässt, kann er nicht beherrschen.

#### **IV. Kompensierende Rechtsgewährung: Das bedingte Recht, sich durch einen Verteidiger vertreten zu lassen**

Im abschließend zu behandelnden Urteil des EGMR ist die Struktur von Nachteil und Kompensation etwas verborgen. Das Urteil *Neziraj* gegen Deutschland betrifft die Verwerfung der Berufung gegen ein erstinstanzliches Urteil<sup>31</sup>.

Das AG Köln hatte *Neziraj* wegen Körperverletzung zu einer Geldstrafe von 1500 Euro verurteilt. Nach fristgerecht eingelegter Berufung erschien zur Berufungsverhandlung nur sein Verteidiger, nicht aber *Neziraj*, weil gegen ihn in anderer Sache ein Haftbefehl ergangen war. Der Verteidiger erklärte sich bereit, ihn zu vertreten. Das Landgericht verhandelte jedoch nicht zur Sache, sondern verwarf gemäß § 329 Abs. 1 StPO die Berufung wegen der Abwesenheit von *Neziraj*.

Der EGMR hat hierin eine Verletzung des Rechts auf Verteidigung gemäß Art. 6 Abs. 1, 3c EMRK gesehen<sup>32</sup>. Dieses Urteil könnte so gedeutet werden, dass aus dem Recht, „sich selbst zu verteidigen oder durch einen Verteidiger verteidigen zu lassen“ (Art. 6 Abs. 3c EMRK) generell ein Recht abzuleiten sei, sich durch einen Verteidiger vertreten zu lassen. Der deutsche Gesetzgeber hat infolge des Urteils

---

<sup>30</sup> Ast, GLJ 11 (2010), 1393, 1405.

<sup>31</sup> EGMR, Urte. v. 8.11.2012 – 30804/07 – *Neziraj* vs. Deutschland.

<sup>32</sup> EGMR, Urte. v. 8.11.2012 – 30804/07, Rn. 52 ff., 67.

§ 329 StPO geändert und zumindest die Möglichkeit der Vertretung zugelassen, wenn die Anwesenheit des Angeklagten nicht erforderlich ist. In der Regel ist sie aber erforderlich, da die Berufung eine eigenständige Tatsacheninstanz ist<sup>33</sup>.

Ein generelles Recht auf Vertretung kann indes nicht angenommen werden<sup>34</sup>. Im Fall Neziraj war nicht das Recht verletzt, sich durch einen Verteidiger verteidigen zu lassen, sondern das Recht, sich selbst zu verteidigen. Gegen Neziraj war ein Haftbefehl ergangen, so dass er nicht erscheinen konnte, ohne seine Verhaftung zu riskieren. Wenn für die Rechtsausübung Nachteile drohen, ist das Recht beeinträchtigt. Diese Beeinträchtigung muss kompensiert werden. Der Richter musste die Verhandlung entweder verschieben oder zumindest ausnahmsweise zulassen, dass der Verteidiger Neziraj vertritt.

Ein Recht auf Vertretung besteht also nur bedingt, falls die Möglichkeit, sich selbst zu verteidigen, erschwert wird. Das bedingte Recht auf Vertretung hat dann die Funktion, einen Nachteil für die Ausübung des Verteidigungsrechts zu kompensieren, falls eine Verhandlung trotz drohender Verhaftung stattfinden soll. Diesen Gedanken hat der EGMR in einem ähnlichen gelagerten Fall ausgesprochen: „Um sicherzustellen, dass der Angeklagte ein faires Verfahren erhält, müssen sämtliche Schwierigkeiten, die der Verteidigung aus einer Begrenzung ihrer Rechte erwachsen, im folgenden Verfahren ausreichend ausgeglichen werden.“<sup>35</sup>

In diesem Fall muss also nicht eine Rechtsverletzung, sondern ein faktischer Nachteil für die Ausübung des Verteidigungsrechtes ausgeglichen werden. Eine Verletzung des Verteidigungsrechtes liegt dann erst in der Verwerfung der Berufung. Diese macht es unmöglich, sich selbst zu verteidigen und beeinträchtigt deshalb das Verteidigungsrecht. Diese Beeinträchtigung ist eine Rechtsverletzung, weil es möglich war, auf das Nichterscheinen des Angeklagten in einer Weise zu reagieren, die sein Interesse an der Verteidigung wahrt.

## V. Schlussbetrachtung

Der Gedanke der innerprozessualen Kompensation ist ein wiederkehrender Aspekt

---

<sup>33</sup> Vgl. OLG Hamburg, StV 2018, 145 mit Anm. Hüls.

<sup>34</sup> Ausführlich Ast, JZ 2013, 780 ff.

<sup>35</sup> EGMR, Ur. v. 26.3.1996 – 20524/92 – Doorson vs. Niederlande, Rn. 72.

in der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK. An einigen gegen Deutschland ergangenen Urteilen konnte dies beispielhaft gezeigt werden.

Bei der Tatprovokation war umstritten, auf welcher Ebene die Kompensation zu gewähren ist: Strafzumessung, Beweisverwertung oder Prozesshindernis. Der Fall Gäßen hat die Frage aufgeworfen, wie weitgehend kompensierende Beweisverwertungsverbote anzunehmen sind. Am Fall Neziraj wurde gezeigt, wie eine Kompensation ausgestaltet sein kann, die zwar nicht infolge einer Rechtsverletzung, aber eines faktischen Nachteils für das Verteidigungsrecht angebracht ist.

Dass ein Verfahrensfehler nicht automatisch einen Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren begründet, sondern innerprozessual ausgeglichen werden kann, wird dadurch ermöglicht, dass sich das Recht aus Art. 6 Abs. 1 EMRK auf den Prozess in seiner Gesamtheit bezieht. Der EGMR nimmt daher eine Gesamtbewertung des Prozesses vor. Auch die einzelnen Rechte aus Art. 6 Abs. 3 EMRK sieht er lediglich als Ausprägungen des Rechts auf ein faires Verfahren, weshalb auch sie der Logik der Gesamtbewertung unterworfen werden<sup>36</sup>. Das wurde im Fall Neziraj deutlich: Weil eine Kompensationsmöglichkeit nicht genutzt wurde, hat die Berufungsverwerfung das Recht des Angeklagten verletzt, sich selbst zu verteidigen.

Die Gesamtbewertung wird durch den Gedanken der Kompensation wesentlich strukturiert. Wird die Kompensation nicht gewährt, ist dies ein Verfahrensfehler, der seinerseits nicht mehr kompensiert werden kann. Er begründet deshalb einen Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren und gegebenenfalls gegen ein einzelnes Recht aus Art. 6 Abs. 3 EMRK.

---

<sup>36</sup> Siehe etwa EGMR, Urt. v. 8.11.2012 – 30804/07, Rn. 45.

# DIE ISTANBUL-KONVENTION UND DEREN EINFLÜSSE AUF DAS DEUTSCHE STRAFRECHT

Prof. Dr. **Bettina Noltenius**, Universität Passau

## I. Einleitung

Das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt ist ein im Mai 2011 in Istanbul zunächst von 13 Mitgliedstaaten<sup>1</sup> des Europarats – darunter auch Deutschland – unterzeichneter völkerrechtlicher Vertrag.

Ziele des Übereinkommens sind insbesondere, die Verhütung und Verhinderung geschlechtsspezifischer und häuslicher Gewalt, die Sicherung einer umfassenden Betreuung von Gewaltopfern und insgesamt die Förderung der substantiellen Gleichheit zwischen den Geschlechtern.

Zur Erreichung dieser Ziele verpflichten sich die Vertragsstaaten, umfassende Schutz- und Hilfsmaßnahmen für gewaltbetroffene Personen zu ergreifen<sup>2</sup>. So verlangt die Konvention zum Beispiel die Errichtung von psychologischen, finanziellen und rechtlichen Betreuungsangeboten sowie die Sicherstellung des Zugangs zu Unterbringungsmöglichkeiten in Frauenhäusern<sup>3</sup>.

Daneben gibt das Übereinkommen den Vertragsstaaten eine ganze Reihe konkreter Maßnahmen auf, die auch das Strafrecht betreffen: So sind alle Formen körperlicher, sexueller und psychischer Gewalt und ebenso Nachstellungen (Art. 33-35 IK) und sexuelle Belästigungen (Art. 40 IK) zu sanktionieren und die Zwangsheirat (Art. 37 IK), Genitalverstümmelung (Art. 38 IK), Zwangsabtreibung und Zwangssterilisation (Art. 39 IK) strafrechtlich zu verfolgen. Die Vertragsparteien haben dabei sicherzustellen, dass diese Straftaten mit wirksamen, angemessenen und abschreckenden Sanktionen bedroht werden (vgl. Art. 45).

---

<sup>1</sup> Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Island, Luxemburg, Montenegro, Österreich, Portugal, Schweden, Slowakische Republik, Spanien, Türkei.

<sup>2</sup> U.a. Art. 1 Abs. 1 lit. c. und e., Art. 5 Abs. 2, Art. 16 IK.

<sup>3</sup> Art. 19-26 IK, insbesondere Art. 20, 21, 23, 24 IK.

Neben der Sanktionierungspflicht bestimmter Taten sieht die Konvention zudem vor, dass die Vertragsstaaten ihr Strafanwendungsrecht anzupassen haben. So haben sie gesetzgeberische oder sonstige Maßnahmen zu treffen, um ihre Gerichtsbarkeit über die nach diesem Übereinkommen umschriebenen Straftaten zu begründen (Art. 44). Schließlich müssen die Vertragsparteien sicherstellen, dass die Verjährungsfrist für die Einleitung von Strafverfahren ausreichend lang ist, um die tatsächliche Einleitung von Verfahren zu ermöglichen, nachdem das Opfer volljährig geworden ist (Art. 58).

Die Anpassungen an die Erfordernisse der Istanbul-Konvention dauerten in Deutschland verhältnismäßig lang. Deutschland unterzeichnete – wie bereits erwähnt – im Mai 2011<sup>4</sup> in Istanbul das Übereinkommen. Deutschland ratifizierte es aber erst im Oktober 2017 als 24. Staat von insgesamt inzwischen 45 Unterzeichnerstaaten<sup>5</sup>. Zwischen der Unterzeichnung des Vertrages im Mai 2011 und der Ratifizierung der Konvention lagen mithin über sechs Jahre. Das Übereinkommen ist am 1. Februar 2018 in Deutschland in Kraft getreten.

Der Grund für die späte Ratifizierung der Konvention lag vor allem in einer Grundsatzdebatte, die das deutsche Sexualstrafrecht betraf. Schon unabhängig von der Umsetzung der Istanbul-Konvention gab es seit Jahren in Deutschland immer wieder Diskussionen um eine Reform des Sexualstrafrechts. Die Unterzeichnung der Istanbul-Konvention 2011 hat diese Debatte weiter befeuert<sup>6</sup>.

Die gesetzlichen Änderungen im deutschen Strafrecht unter dem Einfluss der Istanbul-Konvention betreffen Änderungen im Strafanwendungsrecht (unter II.), Änderungen im Verjährungsrecht (unter III.) und schließlich Änderungen von

---

<sup>4</sup> Die Bundesrepublik hat die Konvention am 11.5.2011 gezeichnet, BT-Drucks. 17/12996, 2; das Übereinkommen trat am 1.8.2014 in Kraft, nachdem es von 10 Staaten (Albanien, Andorra, Bosnien und Herzegowina, Dänemark, Italien, Montenegro, Österreich, Portugal, Serbien, Spanien, Türkei) ratifiziert worden war, CETS No. 210.

<sup>5</sup> Allerdings mit einem nach Art. 78 Abs. 2 möglichen Vorbehalt hinsichtlich Art. 59. Mit seinem Vorbehalt zu Art. 59 entzieht sich Deutschland der Vorschrift, geflüchteten oder migrierten Frauen, die von häuslicher Gewalt betroffen sind oder als Zeuginnen in Strafverfahren aussagen, ein eigenständiges Aufenthaltsrecht zu ermöglichen. Seit dem 1.2.2018 hat sie in Deutschland den Rang eines Bundesgesetzes, BGBl. II 2017 S. 1026.

<sup>6</sup> Vgl. den Überblick bei Isfen, ZIS 2015, 217, 218 ff.; Blume/Wegner, HRRS 2014, 357; BMJV, Referentenentwurf „Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht; Stellungnahmen des Deutschen Juristinnenbundes e.V.“ v. 12.5. und 25.7.2014.

Straftatbeständen im Rahmen der Sexualdelikte (unter IV.).

## II. Änderungen im Bereich des Strafanwendungsrechts

Die Änderung des deutschen Strafanwendungsrechts erfolgte – soweit ersichtlich – ohne Begleitung größerer wissenschaftlicher Diskussionen. Insofern scheint es, als handele es sich nur um marginale Veränderungen. Das ist aber nicht der Fall. Vielmehr wurde das deutsche Strafanwendungsrecht – jedenfalls auch aufgrund der Istanbul-Konvention – zum Teil erheblich ausgedehnt. Insofern ist es erstaunlich, dass dies bisher so wenig Aufmerksamkeit erfahren hat. Ich werde mich dabei schon aus Zeitgründen auf einzelne Beispiele konzentrieren.

Nach § 5 Nr. 9, 9a lit. a StGB gilt das deutsche Strafrecht unabhängig vom Recht des Tatorts für im Ausland begangene Zwangsabtreibungen und Zwangssterilisationen, wenn der Täter zur Zeit der Tat Deutscher ist; auf die Nationalität des Opfers kommt es bei diesen Taten nicht an.

Die Ausdehnung des deutschen Strafrechts auf Taten, die im Ausland begangen werden, dort aber nicht unter Strafe gestellt sind, ist nun nicht selbstverständlich. Denn mit der Ausweitung des Strafrechts (unabhängig vom Tatortstrafrecht) wird das Recht des Heimatstaates auf ein ausländisches Hoheitsgebiet übertragen. Dies bedarf zumindest einer Begründung, eines materiellen Anknüpfungspunktes („genuine link“), der eine Ausdehnung rechtfertigt<sup>7</sup>. Ob der aus Anlass der Istanbul-Konvention erfolgte Erweiterung des deutschen Strafanwendungsrechts ein sinnvoller Anknüpfungspunkt zugrunde liegt, der eine Ausdehnung des deutschen Strafrechts rechtfertigt, soll im Folgenden am Beispiel der Zwangsabtreibung kritisch geprüft werden.

Hierzu folgendes Beispiel: Der Täter ist ein deutscher Arzt und lebt seit 20 Jahren in einem Staat, der die Istanbul-Konvention nicht unterzeichnet hat. Er nimmt nun in diesem Nichtvertragsstaat Zwangsabtreibungen an Frauen vor. Die Taten sind zwar in Deutschland strafbar, in dem Nichtvertragsstaat jedoch nicht. Nach § 5 StGB fände deutsches Strafrecht in diesem Nichtvertragsstaat Anwendung.

---

<sup>7</sup> Vgl. IGH, ICJ-Rep. 1970, 1 ff. – Barcelona Traction; BVerfG NJW 2001, 1848, 1852; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StGB, 3. Aufl. 2017, Vor §§ 3-7 Rn. 4; Holthausen, NJW 1992, 214.

Womit lässt sich nun die Erweiterung des deutschen Strafanwendungsrechts begründen? Der deutsche Gesetzgeber verweist formal auf die Notwendigkeit der Änderung zur Umsetzung der Istanbul-Konvention<sup>8</sup>. Eine materielle Begründung erfolgt dagegen nicht.

Ein Grund für die Geltung des deutschen Strafrechts im Ausland könnte darin gesehen werden, dass § 5 StGB jedenfalls voraussetzt, dass der Täter Deutscher zur Zeit der Tat ist. Die Norm knüpft damit an das absolute aktive Personalitätsprinzip an<sup>9</sup>. Insofern könnte man sagen, dass auch dem im Ausland lebenden Täter gegenüber seinem Heimatstaat und dessen Gesetzen eine besondere Treuepflicht obliegt<sup>10</sup>. Eine solche Vorstellung entspringt jedoch einem autoritären Staatsverständnis und damit einem „Untertanendenken“, das einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung nicht entspricht<sup>11</sup>. Durch die Ausdehnung des Strafanwendungsrechts entsteht zudem ein Spannungsverhältnis zwischen der Rechtsordnung des Heimatstaates und der Rechtsordnung des Aufenthaltsstaates<sup>12</sup>. Der Heimatstaat umgeht dessen Entscheidung, das betreffende Verhalten nicht strafbar zu stellen. Überspitzt formuliert: Der Heimatstaat oktroyiert seine Wertvorstellungen auf den Aufenthaltsstaat und mischt sich insoweit in dessen Rechtsordnung ein<sup>13</sup>.

Ein Grund für die extraterritoriale Anwendung des deutschen Strafrechts im Rahmen von Zwangsabtreibungen könnte aber auch darin gesehen werden, dass zumindest „ein entsprechendes Wertebewusstsein für das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren (...) im Inland“<sup>14</sup> geschaffen werden und sie damit vor Zwangsabtreibungen insgesamt geschützt werden soll<sup>15</sup>. Dass eine derartige Begründung nicht ausreichen kann, liegt auf der Hand. Sie griffe

---

<sup>8</sup> BT Drucks. 18/12037, 80 f.

<sup>9</sup> Vgl. dazu Böse/Meyer, ZIS 2011, 336, 342.

<sup>10</sup> Vgl. die Zwecksetzung des Kriegswaffenkontrollgesetzes (KWKG) v. 5.11.1990 (BGBl I 2428) und v. 22.11.1990 (BGBl. I 2506) und deren Darstellung in Pottmeyer, NStZ 1992, 57.

<sup>11</sup> Vgl. Böse/Meyer, ZIS 2011, 336, 342; Mayer, JZ 1952, 609, 611; Pollähne, NJW 1992, 57, 60 m.w.N.; Pottmeyer, NStZ 1992, 57, 60.

<sup>12</sup> Böse/Meyer, ZIS 2011, 336, 342.

<sup>13</sup> Ambos, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 5 Rn. 10 f.; Pottmeyer, NStZ 1992, 57, 58.

<sup>14</sup> Hoyer, in: Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. I, 9. Aufl. 2017, § 5 Rn. 26.

<sup>15</sup> Hoyer, in: Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. I, 9. Aufl. 2017, § 5 Rn. 26 f.

nur, wenn sich auf der Opferseite eine deutsche Staatsangehörige befände. Das ist aber gerade nicht der Fall, denn es wird allein an die Staatsangehörigkeit des Täters angeknüpft.

Nun ist Deutschland durch die Istanbul-Konvention verpflichtet gewesen, sein Strafanwendungsrecht auszudehnen. Es handelt sich jedoch bei der Istanbul-Konvention erstens um ein regionales Übereinkommen, das nur von bestimmten europäischen Staaten unterzeichnet und ratifiziert wurde<sup>16</sup>. Zweitens lässt das Übereinkommen den Vertragsstaaten einen Spielraum hinsichtlich der konkreten Umsetzung der einzelnen Maßnahmen<sup>17</sup>. So wurde den Vertragsstaaten hinsichtlich der Erweiterung der Gerichtsbarkeit die Möglichkeit eines Vorbehalts eingeräumt<sup>18</sup>, d.h. diese Gerichtsbarkeit musste nicht ausgedehnt werden<sup>19</sup>. Hiervon hat Deutschland jedoch keinen Gebrauch gemacht. Hinzu kommt drittens, dass die Zwangsabtreibung in Deutschland eine bloße Strafzumessungsregel zum Tatbestand der Abtreibung darstellt. Für den Grundtatbestand wird aber weiter vorausgesetzt, dass der Täter nicht nur deutscher Staatsangehöriger ist, sondern auch seine Lebensgrundlage im Inland, also in Deutschland, hat. Insoweit ist es dogmatisch inkonsistent, wenn für eine bloße Strafzumessungsregel eine andere Strafanwendungsregel gelten soll<sup>20</sup>. Auch wenn die Ausdehnung des deutschen Strafanwendungsrechts nicht völkerrechtswidrig ist, so wäre es wünschenswert gewesen, wenn der deutsche Gesetzgeber mehr Zurückhaltung bei der Erweiterung des Strafanwendungsrechts geübt oder jedenfalls eine widerspruchsfreie Regelung getroffen hätte.

Insgesamt ähnlichen Bedenken unterliegen auch die Änderungen des deutschen Strafanwendungsrechts im Bereich der Zwangssterilisation.

---

<sup>16</sup> Vgl. BT Drucks. 18/12037 S. 45 f.

<sup>17</sup> Vgl. auch Bezzak, KJ 2016, 557, 558; Isfen, ZIS 2015, 217, 231.

<sup>18</sup> Vgl. Erl. 227 zu Art. 44 IK: „... Mit Art. 78 Absatz 2 zu Vorbehalten wird es den Vertragsparteien ermöglicht, diese Gerichtsbarkeit nicht zu begründen oder sie zumindest nur in bestimmten Fällen oder unter bestimmten Umständen zu begründen.“

<sup>19</sup> Vgl. Art. 78 IK.

<sup>20</sup> Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StGB, 3. Aufl. 2017, § 5 Rn. 25.

### III. Änderungen im Bereich des Verjährungsrechts

Unter dem Einfluss der Istanbul-Konvention wurden zudem Vorschriften im Bereich der Verfolgungsverjährung geändert.

In dem Übereinkommen verpflichten sich die Vertragsstaaten sicherzustellen, dass die Verjährungsfrist für die Einleitung von Strafverfahren wegen sexueller Gewalt, Zwangsheirat, Genitalverstümmelung sowie Zwangsabtreibung und Zwangssterilisation ausreichend lang ist. Sie muss sich über einen der Schwere der Straftat entsprechenden Zeitraum erstrecken, um die tatsächliche Einleitung von Verfahren nach Volljährigkeit des Opfers zu ermöglichen (Art. 58).

Nach § 78b Abs. 1 StGB ruht die Verjährung der Strafverfolgung nunmehr bis zur Vollendung des 30. Lebensjahres des Opfers bei zahlreichen Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, bei der Misshandlung von Schutzbefohlenen, der Verstümmelung weiblicher Genitalien und der Zwangsheirat.

Diese Vorschrift hat insofern eine Änderung erfahren, als die Zwangsheirat aufgrund der Istanbul-Konvention in die Ruhensvorschrift aufgenommen werden musste. Allerdings wurde zudem das Ruhen der Verjährung für die genannten Taten vom 21. Lebensjahr auf das 30. Lebensjahr angehoben. Die Erweiterung der Ruhensvorschrift auf das 30. Lebensjahr soll nach dem deutschen Gesetzgeber dem Umstand Rechnung tragen, dass diese Delikte häufig schon verjährt sind, wenn sie zur Anzeige gebracht werden können. So handele es sich bei den Taten oft um sehr junge Opfer, die erst längere Zeit nach der Tat das Geschehene begreifen könnten. Zudem stünden sie häufig in einem Abhängigkeitsverhältnis zum Täter. Vor Eintritt der Volljährigkeit könnten diese Opfer daher keine freie Entscheidung über eine Strafanzeige treffen<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> BT-Drucks. 18/2601 S. 22; Saliger, in: NK StGB, § 78b Rn. 6; Fischer, StGB, 66. Aufl. 2018, § 78b Rn. 3d; Rosenau, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StGB, 3. Aufl. 2017, § 78b Rn. 3.

Auch wenn das Anliegen des Gesetzgebers berechtigt ist, ist die enorme Ausweitung der Ruhensvorschrift bis zum 30. Lebensjahr des Opfers nicht angemessen und war auch seitens der Istanbul-Konvention nicht erforderlich. Hinzu kommt, dass es aus Gründen des Opferschutzes fraglich ist, ob diese lange Zeit des Ruhens tatsächlich sinnvoll ist. Denn: Mit jeder Verlängerung der Verjährungsfristen wachsen zugleich die Unsicherheiten und Beweisschwierigkeiten und möglicherweise damit auch die Belastungen für das Opfer selbst<sup>22</sup>.

Zusammenfassend ist zunächst festzustellen, dass das deutsche Strafanwendungsrecht und die Ruhensvorschriften im Bereich der Verfolgungsverjährung unter dem Einfluss der Istanbul-Konvention Änderungen erfahren haben. Kritisch zu betrachten ist dabei jedoch, dass der deutsche Gesetzgeber seine Pflichten aus der Konvention zum Teil überobligatorisch erfüllt und seinen Umsetzungsspielraum nicht hinreichend genutzt hat. Vielmehr hat er unter dem Deckmantel vermeintlicher völkervertraglicher Zwänge das Strafanwendungsrecht zu Lasten eines rechtstaatlichen Strafrechts in Teilen räumlich und zeitlich sehr weit ausgedehnt.

Dass der deutsche Gesetzgeber seine eingeräumten Spielräume seitens der Istanbul-Konvention nicht nutzt, sondern sie auch zum Anlass nimmt, das Strafrecht zu verschärfen<sup>23</sup>, zeigt sich in besonderer Weise in der Reform der Sexualdelikte.

---

<sup>22</sup> Die Erhöhung der Opferaltersgrenze auf 30 Jahre führt zumindest bei schweren Sexualdelikten dazu, dass diese frühestens mit der Vollendung des 50. Lebensjahres des Opfers verjähren. Kommen Verjährungsunterbrechungen (§ 78c StGB) hinzu, kann sich die Verjährungsfrist bis zur Vollendung des 70. Lebensjahres des Opfers verlängern. Dies führt nicht zwangsläufig auch zu mehr Strafbarkeit, da die Beweislage für das Opfer mit zunehmendem Zeitablauf immer schwieriger wird. Denn es ist fraglich, ob Opfern wirklich damit geholfen wird, wenn 60 Jahre nach der Tat eine Hauptverhandlung stattfindet, in der der vermeintliche Täter in dubio pro reo freigesprochen wird, Saliger, in: NK StGB, § 78b Rn. 6.

<sup>23</sup> Vgl. Renzikowski, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, Vor § 174 Rn. 109.

#### IV. Die Reform des deutschen Sexualstrafrechts

Wie schon eingangs erwähnt, war der Streit um eine Reform der Sexualdelikte der Grund, warum die Ratifizierung der Istanbul-Konvention seitens Deutschlands so spät erfolgte. Denn es brach in Deutschland zunächst eine Diskussion darüber aus, „ob“ es aufgrund der Istanbul-Konvention überhaupt einer Änderung des Sexualstrafrechts bedurfte oder nicht. Um diese Diskussion zu verdeutlichen, ist es erforderlich, sich zunächst die Verpflichtungen seitens der Istanbul-Konvention anzusehen.

Art. 36 der Istanbul-Konvention sieht u.a. vor, dass alle Formen von sexuellen Handlungen, die mit einer Person ohne deren freiwillig erteiltes Einverständnis begangen werden, unter Strafe zu stellen sind<sup>24</sup>.

Zugleich betont die Konvention aber auch, dass es bei der Umsetzung des Art. 36 den Vertragsparteien überlassen bleibt, „über die genaue Formulierung in der Gesetzgebung sowie über die Faktoren zu entscheiden, die eine freie Zustimmung ausschließen“ (Erl. 193 S. 2). Den Vertragsparteien kommt damit also ebenfalls ein Spielraum bei der Umsetzung zu.

Das deutsche StGB stellte nun bis 2016 nicht einvernehmliche Sexualkontakte nicht per se unter Strafe, sondern das Gesetz beinhaltete lediglich Konstellationen fehlender oder rechtlich unwirksamer Zustimmungen<sup>25</sup>. Damit blieben Handlungen straffrei, obwohl die sexuelle Handlung gegen den Willen des Opfers vorgenommen und somit die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers verletzt wurde<sup>26</sup>. § 177 Absatz 1 StGB in der alten Fassung lautete:

---

<sup>24</sup> Art. 36 der Konvention erinnert damit an die Entscheidung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in der Sache M.C. gegen Bulgarien. Dort führt das Gericht aus, dass Art. 3 und Art. 8 EMRK eine Bestrafung jedes nicht-einverständlichen Geschlechtsverkehrs verlangten. EGMR M.C. v. Bulgarien, Urteil v. 4.12.2003, Beschwerdenummer 39272/98. Vgl. hierzu näher Sick/Renzikowski, FS Rössner, 2015, S. 928, 937 ff. Die genannte Forderung aus der Entscheidung M.C. gegen Bulgarien hat der EGMR in diversen Entscheidungen bekräftigt: vgl. z.B. EGMR 15.5.2012 – 53519/07 (I.G. gegen Moldawien), § 45; EGMR v. 24.7.2012 – 42418/10 (D.J. gegen Kroatien), § 86; EGMR 24.9.2013 – 13424/06 (N.A. gegen Moldawien), § 71.

<sup>25</sup> Näher Renzikowski, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, Vor § 174 Rn. 10, 115.

<sup>26</sup> Bezjak, KJ 2016, 557, 558.

„Wer mit Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist, nötigt, sexuelle Handlungen des Täter (...) an sich zu dulden (...), wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.“

§ 177 a.F. stellte ein Verbrechen dar und wurde so verstanden, dass ein sog. zweiaktiges Vorgehen des Täters erforderlich ist. Der Täter musste z.B. Gewalt einsetzen oder eine schutzlose Lage ausnutzen, um damit die Duldung sexueller Handlungen zu erzwingen. Es musste also seitens des Täters zunächst ein entgegenstehender Wille des Opfers überwunden werden, damit von einer Nötigung gesprochen werden konnte. Die Gewalt musste final als „Mittel“ zur Ermöglichung sexueller Handlungen eingesetzt werden.

Beispiel: Das Opfer lebt mit dem Beschuldigten in einem „Klima der Gewalt“. Zum Zeitpunkt der Vornahme sexueller Handlungen nimmt der Beschuldigte jedoch weder ausdrücklich noch konkludent Bezug auf die vorangegangene Gewalt. Das Opfer teilt zwar mit, dass es die sexuelle Handlung nicht möchte, wehrt sich aber nicht, da es Furcht vor erneuter Gewaltausübung hat. In diesem Fall fehlte es an einem finalen Zusammenhang zwischen der Gewaltausübung und der sexuellen Handlung<sup>27</sup>.

Auch wurden solche Fälle nicht vom Tatbestand der sexuellen Nötigung erfasst, in denen sich das Opfer nur subjektiv in einer schutzlosen Lage sah, diese aber objektiv nicht gegeben war. So hat der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung<sup>28</sup> ausgeführt, dass es nicht ausreicht, wenn nur festgestellt werde, dass das Opfer bei einer Gegenwehr mit Schlägen des Angeklagten rechnete. Dies belege nur, dass sich das Opfer „schutzlos fühlte“, nicht aber dass es tatsächlich schutzlos war<sup>29</sup>. Diese Beispiele zeigen, dass im deutschen Strafrecht tatsächlich Strafbarkeitslücken hinsichtlich des sexuellen Selbstbestimmungsrechts bestanden, die auch aufgrund der Istanbul-Konvention zu schließen waren<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Bezzak, KJ 2016, 557, 558; vgl. auch den Fall in BGH NStZ 2013, 466.

<sup>28</sup> BGH NStZ 2013, 466.

<sup>29</sup> Der BGH wies den Fall an das LG Essen zurück, das in der erneuten Verhandlung das Verfahren in diesem Punkt einstellte, LG Essen, Urteil vom 10. September 2012 – 25 KLs 10/12.

<sup>30</sup> Bezzak, KJ 2016, 557, 559.

Teile in der Wissenschaft und Praxis hielten jedoch trotz der genannten Lücken eine Änderung nicht für erforderlich. Begründet wurde dies unter anderem damit, dass es sich bei diesen Lücken um geplante Lücken im Strafgesetz handle. Denn „sexuelle Nötigung“ schütze nicht die Verletzung von „Sexualität“ schlechthin, sondern die Autonomie der (Willens-) Entscheidung. Daher könne eine Straftat nur vorliegen, wenn die Person durch zurechenbares fremdes Verhalten gezwungen werde oder konstitutionell evident unterlegen sei<sup>31</sup>. Zum Teil wurde auch angenommen, dass eine konventionskonforme Auslegung die bestehenden Lücken hätte beseitigen können<sup>32</sup>.

Andere Stimmen hielten dagegen eine Reform für erforderlich und setzten sich schließlich durch<sup>33</sup>.

Nachdem über das „Ob“ der Anpassung entschieden war, folgte die zweite Hürde: das „Wie“. Wie sollte eine Reform aussehen? Zu erwähnen ist dabei, dass die Diskussion stark an Sachlichkeit einbüßte und in Teilen sehr emotional geführt wurde<sup>34</sup>.

Befeuert wurde die Diskussion schließlich durch Vorfälle am und im Kölner Hauptbahnhof und in anderen Großstädten in der Silvesternacht 2015/2016<sup>35</sup>. Es wurden zahlreiche Frauen sexuell belästigt und bestohlen. Die Polizei war in jener Nacht aufgrund von massiven Fehlern bei der Einsatzplanung und Einsatzausführung nicht in der Lage, die Situation zu kontrollieren<sup>36</sup>.

Auch bedingt durch eine einseitige und undifferenzierte Medienberichterstattung wurde das politische Klima durch die Vorfälle stark beeinflusst und verlor an Sachlichkeit. Es kam nun zu einer grundlegenden Neugestaltung des § 177 StGB. Implementiert wurde u. a. im Gesetz die sog. Nein-heißt-Nein-Lösung<sup>37</sup>. Danach

---

<sup>31</sup> Fischer, ZIS 2015, 312, 314, 315.

<sup>32</sup> Gerhold, JR 2016, 122, 123 ff.; Frommel, ZRP 2016, 122, 123.

<sup>33</sup> Renzikowski, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 177 n.F. Rn. 30; Eisele, RPpsych. 3 (2017), 7, 8 ff.; Hörnle, ZIS 2015, 206, 208 ff.

<sup>34</sup> Vgl. einen Überblick dazu in Hoven, KriPoZ 2018, 2; El-Ghazi, ZIS 2017, 157; beispielsweise Hörnle, ZIS 2015, 206; Fischer, ZIS 2015, 312.

<sup>35</sup> Vgl. El-Ghazi, ZIS 2017, 157; Hoven, KriPoZ 2018, 2.

<sup>36</sup> Hoven/Weigend, JZ 2017, 182; Lamping, JR 2017, 347; Wolters/Noltenius, in: Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. IV, 9. Aufl. 2017, § 177 Rn. 5.

<sup>37</sup> Vgl. BT-Drucks 18/9097.

ist eine sexuelle Handlung nun strafbar, wenn sie gegen den erkennbaren Willen des Opfers erfolgt. Einen „sexuellen Übergriff“ begeht nach § 177 Abs. 1 StGB, wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt (...) und wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft<sup>38</sup>.

Damit wird nun der „Wille des Opfers in das Zentrum der Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung gestellt“<sup>39</sup>. Der entgegenstehende Wille des Opfers soll nach der Gesetzesbegründung aus der Sicht eines „objektiven Dritten“ bestimmt werden. Das ist insofern problematisch, als dieses Tatbestandsmerkmal auch vom Vorsatz des Täters umfasst sein muss, damit § 177 Abs. 1 n.F. StGB gegeben ist. Dabei kann es jedenfalls nicht ausreichen, dass der Täter nur die Umstände kennt, aus denen ein objektiver Dritter den entgegenstehenden Willen erkannt hätte, dem Täter dies aber nicht bewusst war<sup>40</sup>. Das liefe vielmehr faktisch auf eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit hinaus, weil dem Täter der Vorwurf gemacht würde, er habe sorgfaltswidrig den entgegenstehenden Willen des Opfers nicht erkannt<sup>41</sup>. Wie die Praxis, insbesondere dann auch die höchstrichterliche Rechtsprechung mit dem neuen Tatbestand des sexuellen Übergriffs und dem Merkmal „gegen den erkennbaren Willen“ umgehen wird, wird sich noch zeigen.

Unabhängig von § 177 StGB wurden zudem zwei weitere Straftatbestände eingeführt: Die sexuelle Belästigung (§ 184i StGB) und Straftaten aus Gruppen (§ 184j StGB). Nach § 184i Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer eine andere Person in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt und dadurch belästigt.

Der kaum lesbare § 184 j StGB, der Straftaten aus Gruppen sanktioniert, sieht eine Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe vor, wenn jemand eine Straftat dadurch fördert, dass er sich an einer Personengruppe beteiligt, die

---

<sup>38</sup> Vgl. hierzu näher Wolters/Noltenius, in: Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. IV, 9. Aufl. 2017, § 177 Rn. 9 ff.

<sup>39</sup> BT-Drucks. 18/9097 S. 21.

<sup>40</sup> So liest sich aber die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 18/9097 S. 23; vgl. Renzikowski, NJW 2016, 3553, 3554; Wolters/Noltenius, in: Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. IV, 9. Aufl. 2017, § 177 Rn. 15.

<sup>41</sup> Vgl. auch Frommel, NK 2016, 268, 280; Renzikowski, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 177 n.F. Rn. 56; Renzikowski, NJW 2016, 3553, 3554; Lamping JR 2017, 347, 353.

eine andere Person zur Begehung einer Straftat an ihr bedrängt, wenn von einem Beteiligten der Gruppe eine Straftat nach den §§ 177 oder 184i StGB begangen wird.

Insbesondere § 184j StGB ist im Hinblick auf das Schuldprinzip problematisch<sup>42</sup>. Denn die Sexualstraftat steht in keinem Zusammenhang mit dem gruppenmäßigen Bedrängen: Es realisiert sich in der Begehung der genannten Sexualtaten nicht das typische Risiko eines gruppenmäßigen Bedrängens<sup>43</sup>. Die Sexualstraftat eines Gruppenmitglieds ist für den Täter nur ein zufälliges Geschehen<sup>44</sup>. Dem Täter wird damit objektiv etwas zugeschrieben, was er nicht zu verantworten hat und worauf er auch gar keinen Einfluss hat<sup>45</sup>.

Die Einführung der Tatbestände der § 184i und § 184j StGB waren nach der Istanbul-Konvention nicht erforderlich und sind auch weniger unter ihrem Einfluss entstanden, sondern auf die besagten Ereignisse der Silvesternacht 2015/2016 und dem damit verbundenen rechtspolitischen Klima zurückzuführen<sup>46</sup>.

Unmittelbar nach Abschluss der genannten Änderungen im Bereich des Sexualstrafrechts wurde und wird erneut über eine Reform der Reform diskutiert, da § 177 StGB in seiner neuen Fassung zum Teil zutreffend als zu weitgehend, unsystematisch und dogmatisch unstimmg angesehen wird<sup>47</sup>. Zu Recht sprechen sich zudem viele Stimmen für die Abschaffung des § 184j StGB, der Strafbarkeit von Straftaten aus Gruppen, aus<sup>48</sup>.

---

<sup>42</sup> Renzikowski, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 184j n.F. Rn. 14; Wolters/Noltenius, in: Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. IV, 9. Aufl. 2017, § 184j Rn. 2.

<sup>43</sup> Renzikowski, NJW 2016, 3553, 3554; Wolters/Noltenius, in: Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. IV, 9. Aufl. 2017, § 184j Rn. 13.

<sup>44</sup> Lamping JR 2017, 347, 353; Renzikowski, NJW 2016, 3553, 3554.

<sup>45</sup> Hoven/Weigend, JZ 2017, 182, 191.

<sup>46</sup> Fischer, StGB, 66. Aufl. 2018, § 184j Rn. 2; Wolters/Noltenius, in: Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. IV, 9. Aufl. 2017, § 184j Rn. 1.

<sup>47</sup> Vgl. Abschlussbericht der Reformkommission, 2017, S. 57 ff.

<sup>48</sup> Vgl. Abschlussbericht der Reformkommission, 2017, S. 312 ff.; Hoven/Weigend, JZ 2017, 182, 191; Renzikowski, NJW 2016, 3553, 3558.

## V. Zusammenfassung

Das Anliegen der Istanbul-Konvention ist wichtig und berechtigt. Der deutsche Gesetzgeber ist den Forderungen des Übereinkommens auch nachgekommen. Zum Teil hat er diese jedoch – wie dargelegt – überobligatorisch erfüllt.

Es wäre zu wünschen, dass sich ein berechtigtes gesellschaftliches Anliegen – wie die Verhinderung und Bekämpfung geschlechtsspezifischer Gewalt in Verbindung mit einer notwendigen völkerrechtlichen Zusammenarbeit unterschiedlicher Staaten – nicht allen politischen und gesellschaftlichen Forderungen unterwirft, sondern rechtliche Kriterien bedenkt und dabei behutsam mit dem Strafrecht umgeht. Dieser Appell richtet sich insbesondere an den deutschen Gesetzgeber, der häufig nicht nur die völkerrechtlichen Verpflichtungen umsetzt, sondern diese zum Anlass nimmt, darüber hinaus seine Gesetze zu verschärfen.

Sinnvoller und wirksamer – wenn auch kostenintensiver – wären statt repressiver Maßnahmen präventive Schritte. Denn Anliegen der Istanbul-Konvention ist es gerade, geschlechtsspezifische Gewalt zu verhindern und zu bekämpfen. Prävention ist nun aber keine genuine Aufgabe des Strafrechts. Vielmehr kommt das Strafrecht als Verhinderungs- und Bekämpfungsinstrument auch immer zu spät. Denn es greift erst, wenn es zu einer Straftat bereits gekommen ist.

Sinnvoller und effektiver wäre daher der Ausbau eines umfassenden und allgemein zugänglichen Unterstützungssystems für gewaltbetroffene Frauen, aber ebenso auch für betroffene Männer. So bedarf es der Errichtung flächendeckender Schutzunterkünfte, Beratungsstellen, Therapiemöglichkeiten und medizinischer Versorgung. Das erfordert freilich einen erheblichen Aufwand von finanziellen und personellen Mitteln<sup>49</sup>. Insofern ist eine Änderung des Strafrechts zur Beruhigung der Gemüter wesentlich schneller, kostengünstiger und scheinbar wirksamer. Das alleine rechtfertigt seinen Einsatz jedoch nicht. Das Strafrecht sollte sich als intensivster Eingriff in die Freiheitsrechte des Einzelnen nicht politischen Forderungen unbedacht beugen, sondern muss ultima ratio bleiben<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Vgl. Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbundes e.V. v. 29.1.2018, S. 1, 5.

<sup>50</sup> Vgl. Hoven/Weigend, JZ 2017, 182, 191.

# DIE ISTANBUL-KONVENTION UND DEREN EINFLÜSSE AUF DAS GEORGISCHE STRAFRECHT

Assoc. Prof. Dr. **Bachana Jishkariani**, University of Georgia

## I. Einleitung

Das „Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt“ wurde im Jahre 2011 in Istanbul von Mitgliedstaaten des Europarats und von anderen Staaten unterzeichnet. In Georgien wurde das Übereinkommen am 5. April 2017 durch Parlamentsanordnung ratifiziert<sup>1</sup>. Die Vertragsparteien erkannten in der Präambel der Konvention an, dass Gewalt gegen Frauen ein Ausdruck der historisch gewachsenen ungleichen Machtverhältnisse zwischen Frauen und Männern ist, die zur Beherrschung und Diskriminierung von Frauen geführt haben. Darüber hinaus wurde hervorgehoben, dass Gewalt gegen Frauen einer der entscheidenden sozialen Mechanismen ist, durch den Frauen in eine untergeordnete Position gegenüber Männern gezwungen werden. Frauen und Mädchen sind häufig schweren Formen von Gewalt, wie häuslicher Gewalt, sexueller Belästigung, Vergewaltigung, Zwangsverheiratung, im Namen der „Ehre“ begangenen Straftaten und Genitalverstümmelung ausgesetzt, die ein Haupthindernis beim Erreichen der Gleichstellung von Frauen und Männern darstellen.

Die Konvention ist kein rein deklaratorisches Dokument, das nur allgemeine Formulierungen und Pflichten enthält, sondern sie hat für das Strafrecht besondere Bedeutung, da bestimmte Straftatbestände vorgegeben werden, die sowohl in die georgische Gesetzgebung als auch in anderer Staaten implementiert wurden. Das Hauptziel dieses Beitrags besteht in der Analyse der Gesetzesänderungen und der Untersuchung der (neuen) Tatbestände.

## II. Aktualität der Gewalt gegen Frauen in Georgien

Gewalt gegen Frauen, besonders häusliche Gewalt, war in Georgien bereits

---

<sup>1</sup> Georgischer Text der Konvention abrufbar unter: [matsne.gov.ge](https://matsne.gov.ge).

vor der Istanbul-Konvention ein aktuelles Thema. Nach Angaben der georgischen Hauptstaatsanwaltschaft wurden im Jahr 2014 gegen 550 Person Ermittlungen geführt. In den Jahren 2015 und 2016 stieg diese Zahl auf 1066 bzw. 1356 Fälle, im Jahr 2017 waren es rund 1200 Fälle<sup>2</sup>. Nach Angaben der Staatsanwaltschaft kommt es in diesen Fällen nur selten zu einer Urteilsabsprache oder einer sog. alternative Maßnahme. Dies zeigt, dass die Strafverfolgungsorgane gegen häusliche Gewalt entschlossen vorgehen<sup>3</sup>.

Der allgemeine Teil des georgischen Strafgesetzbuches enthielt schon vor der Ratifizierung der Konvention in Art. 11<sup>1</sup> gStGB den Begriff der häuslichen Gewalt. Darunter wurde (und wird auch heute noch) ein von einem Familienmitglied gegenüber einem anderen Familienmitglied begangener Mord, eine Gesundheitsverletzung, Vergewaltigung oder andere Straftat verstanden. Die Istanbul-Konvention geht aber viel weiter. Unter ihrem Einfluss wurden im Besonderen Teil des gStGB wichtige Änderungen vorgenommen. Außerdem ist hervorzuheben, dass die Begehung einer Straftat innerhalb der Familie bei der Strafzumessung einen erschwerenden Umstand darstellt (Art. 53 Abs. 2 gStGB).

Im Januar 2017 brachte eine politische Partei im georgischen Parlament einen Gesetzentwurf zum Femizid ein. Vorgesehen war die Schaffung einer besonderen Regelung für den Mord an Frauen. Begründet wurde dies damit, dass die Regelungen des gStGB den geschlechtsspezifischen Mord nicht angemessen beschreiben, nicht als ein durch Ungleichheit verursachtes Verbrechen ansehen<sup>4</sup>.

Das georgische Parlament lehnte diese Initiative richtigerweise ab. Wie oben angeführt wurde, stellt schon im geltenden Recht die Begehung einer geschlechtsspezifischen Straftat oder einer Straftat innerhalb der Familie einen erschwerenden Umstand dar. Für vorsätzlichen Totschlag (Art. 108 gStGB) ist eine Freiheitsstrafe bis zu fünfzehn Jahren vorgesehen. Im Falle eines Femizids kann dieser Strafraum durch das Gericht ausgeschöpft werden. Wurde eine Frau mit besonderer Grausamkeit getötet (und derartige Fälle gab es in der jüngsten Zeit in Georgien), ist die Tat nach Art. 109 gStGB als Mord einzustufen und mit höherer

---

<sup>2</sup> <http://netgazeti.ge/news/236011/> (aufgerufen am 28.6.2018).

<sup>3</sup> <http://netgazeti.ge/news/236011/> (aufgerufen am 28.6.2018).

<sup>4</sup> <http://www.tabula.ge/ge/story/116321-respublikelebma-femicidis-shexaxeb-sakanomdeblo-tsinadadeba-kvlav-daaregistris> (aufgerufen am 28.6.2018).

Strafe (bis hin zu lebenslanger Freiheitsstrafe) bedroht.

Mittels Auslegung könnte man jeden Fall des Femizids nach Art. 109 gStGB als Mord, als eine aus niedrigen Beweggründen begangene Tat bestrafen, da die Tat als ein Totschlag aus „besonders niedrigen“ Motiven bewertet werden kann, bei dem die Gründe für das Verbrechen besonders verwerflich sind<sup>5</sup>.

Infolgedessen war die Einführung eines besonderen Tatbestands überflüssig und hätte das gStGB, das ohnehin bereits zahlreiche Sondervorschriften enthält, noch mehr überfrachtet. Das Argument, dass in der Praxis die Beweggründe einer Tat von den Strafverfolgungsbehörden nicht angemessen berücksichtigt werden, ist kein Problem, das durch das gStGB gelöst werden kann. Dies ist Aufgabe der Praxis.

### **III. Neue Straftatbestände im gStGB**

#### **1. Sterilisierung ohne Zustimmung – Art. 133<sup>1</sup> gStGB**

Nach Art. 39 der Istanbul-Konvention sind die Vertragsparteien verpflichtet, die „Durchführung einer Abtreibung an einer Frau ohne deren vorherige Zustimmung nach erfolgter Aufklärung“ unter Strafe zu stellen. Außerdem ist die „Durchführung eines chirurgischen Eingriffs mit dem Zweck oder der Folge, dass die Fähigkeit einer Frau zur natürlichen Fortpflanzung ohne deren auf Kenntnis der Sachlage gegründete vorherige Zustimmung zu dem Verfahren oder Verständnis dafür beendet wird“, unzulässig.

Bezüglich der Zwangsabtreibung waren keine Änderungen erforderlich, da nach Art. 133 gStGB eine Abtreibung ohne Zustimmung bereits unter Strafe stand<sup>6</sup>. Aber im Hinblick auf Zwangssterilisierung war nach Auffassung des Gesetzgebers die Schaffung eines neuen Straftatbestandes, des Art. 133<sup>1</sup> gStGB, notwendig. Dieser Straftatbestand differenziert nicht nach dem Geschlecht, obwohl die Konvention nur Frauen betrifft. Für die Strafbarkeit ist es ohne Bedeutung, ob das Opfer der Zwangssterilisierung eine Frau oder ein Mann ist.

---

<sup>5</sup> Hierzu ausführlich: Jishkariani, Strafrecht BT I, Straftaten gegen die Person, 2016, Rn. 96 ff.

<sup>6</sup> Jishkariani, Strafrecht BT I, Straftaten gegen die Person, 2016, Rn. 491 ff.

Die Einführung der Strafvorschrift hat in der Praxis die Frage nach der Abgrenzung zu Art. 117 gStGB (vorsätzliche schwere Gesundheitsschädigung) aufgeworfen, der den Verlust der Funktionsfähigkeit eines Organs unter Strafe stellt. Der Unterschied besteht darin, dass Art. 117 gStGB den Eintritt eines Erfolgs voraussetzt, während Art. 133<sup>1</sup> kein Erfolgsdelikt ist und bereits die Vornahme einer Handlung für strafbar erklärt, deren Zweck die Sterilisierung ist. Deshalb war die Einführung eines speziellen Straftatbestandes auch umstritten, denn die betreffenden Handlungen konnten über den Körperverletzungstatbestand, teils als Versuch, ohnehin bereits erfasst werden. Die Konvention verlangt nur, dass die Handlungen unter Strafe gestellt sein müssen, schreibt aber nicht vor, wie die rechtstechnische Umsetzung vorzunehmen ist: in Form einer neuen Strafvorschrift oder über die Auslegung bereits vorhandener Strafvorschriften.

Auch das Tatbestandsmerkmal der „Manipulation“ bedarf der Auslegung. Der Täter muss eine Operation oder Manipulation durchführen, um den objektiven Tatbestand der neuen Vorschrift zu erfüllen. Der Begriff „Operation“ kann medizinisch ausgelegt werden – aber was ist unter einer „Manipulation“ zu verstehen? Der Begriff kann sowohl medizinisch als auch nicht-medizinisch bestimmt werden. Worauf sollte sich die Praxis stützen? Würde sie sich auf eine medizinische Sicht beschränken, wäre es unmöglich, z.B. den Fall nach der neuen Strafvorschrift zu bestrafen, dass eine Person eine andere mit einem Gegenstand schlägt, um ihr die natürliche Reproduktionsfähigkeit zu nehmen. Es könnte nur Art. 117 gStGB (Körperverletzung) angewendet werden, was eigentlich nicht erwünscht ist, da Einwirkungen, die mit ein und demselben Ziel durchgeführt werden, auch wenn sie verschiedenartig sind, gleich zu bestrafen sind. Daher ist eine weite Auslegung des Manipulationsbegriffs geboten, damit alle Handlungen, die gegen die Reproduktionsfähigkeit gerichtet sind, von der Sondervorschrift des Art. 133<sup>1</sup> gStGB erfasst werden.

Art. 117 gStGB unterscheidet sich von der neuen Strafvorschrift auch dadurch, dass die Zwangssterilisierung im Kapitel der Gefährdungsdelikte geregelt ist, da die Vornahme einer Handlung auch ohne den Eintritt eines Erfolgs strafbar ist. Andererseits schließt der Eintritt des Erfolgs den Tatbestand nicht aus. Handelt der Täter zu einem beliebigen Zweck und tritt der Erfolg ein, ist dieser Fall ebenfalls erfasst (andererseits setzt der neue Art. 133<sup>2</sup>, der ebenfalls in diesem Kapitel

geregelt ist, den Eintritt eines Erfolgs – der Genitalverstümmelung – voraus).

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Gesetzgeber zwar die Vorgaben der Konvention erfüllt hat, aber im Besonderen Teil nicht für Klarheit gesorgt hat.

## 2. Verstümmelung weiblicher Genitalien – Art.133<sup>2</sup> gStGB

In Georgien ist diese Thematik nicht sehr aktuell, aber es ist nicht auszuschließen, dass es **solche** Fälle gibt. Die neue georgische Strafvorschrift erfüllt die Vorgaben des Art. 38 der Konvention. Nach Art.133<sup>2</sup> gStGB steht nicht nur die vollständige oder teilweise Entfernung der weiblichen Genitalien, die Infibulation oder Durchführung einer sonstigen Verstümmelung unter Strafe, sondern auch jedes Verhalten, durch das ein Mädchen dazu genötigt oder gebracht wird, sich einer solchen Operation zu unterziehen, unabhängig davon ob diese aus religiösen oder traditionellen Gründen oder ohne einen derartigen Einfluss vorgenommen wird. Die Einwilligung des Opfers ist für die Strafbarkeit mit Recht unbeachtlich, da sie oft unter dem Einfluss von Familienmitgliedern oder des sozialen Umfelds erteilt wird. Ohne die neue Strafvorschrift wäre das Opfer schutzlos.

Art. 133<sup>2</sup> gStGB ist im Verhältnis zu anderen Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit *lex specialis*. In der Praxis ist aber bei der Anwendung dennoch Vorsicht geboten. Trat nämlich durch die Tat ein Körperverletzungserfolg ein, hat der Rechtsanwender nicht die neue Strafvorschrift, sondern die allgemeinen Körperverletzungsdelikte anzuwenden, deren Sanktionen teilweise höher sind. Bei einer Bestrafung nur nach Art. 133<sup>2</sup> gStGB wäre der Täter milder zu bestrafen, was dem Sinn der Änderungen zuwiderlaufen würde.

Dies zeigt deutlich, dass der Gesetzgeber die Strafvorschriften überhastet eingeführt und die Sanktionen nicht überzeugend austariert hat. Zur Lösung des Problems könnte auch das sog. Tateinheitmodell (Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit plus neuer Tatbestand) angewandt und anschließend die niedrigere von der höheren Strafe absorbiert werden<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Vgl. zum deutschen Modell Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 64. Aufl. 2017, § 226a Rn. 22; in Österreich existiert kein spezieller Straftatbestand, ein derartiges Verhalten stellt ein unter erschwerenden Umständen begangenes Körperverletzungsdelikt dar, siehe Tipold, in: Birklbauer u.a., StGB, Praxiskommentar, 2018, § 86.

Schließlich könnte über eine Diskriminierung diskutiert werden, da nur die Verstümmelung weiblicher Genitalien strafbar ist und für Männer kein vergleichbarer Straftatbestand existiert. Allerdings ist dies nicht als Diskriminierung zu bewerten, da sich die Eingriffsintensität bei Frauen und Männern radikal unterscheidet, so dass eine Gleichbehandlung nicht geboten ist<sup>8</sup>. Die männliche Beschneidung kann von den übrigen Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit erfasst werden<sup>9</sup>.

### 3. Sexualdelikte

Für Sexualdelikte hatte die Istanbul-Konvention wichtige Änderungen zur Folge, die ohnehin überfällig waren, da das gStGB zur Diskriminierung neigte: Vergewaltigung und sexuelle Gewalt zwischen gleichgeschlechtlichen Personen waren in unterschiedlichen Normen geregelt<sup>10</sup>.

Heute existiert dieses Problem nicht mehr, da ein einheitlicher Begriff der Vergewaltigung geschaffen wurde. Nach der neuen Definition ist es entscheidend, dass mit einem Körperteil oder Gegenstand in beliebiger Weise in den Körper einer anderen Person sexuell eingedrungen wird. Das sexuelle Eindringen muss mit Gewalt, durch Drohung mit Gewalt oder unter Ausnutzung der Wehrlosigkeit des Opfers vorgenommen werden. Art. 137 gStGB erfasst damit alle Formen der Vergewaltigung. Es besteht hierbei nur ein Problem: Wenn eine Frau mit ihrem Geschlechtsorgan gegen einen Mann Gewalt ausübt und dadurch auf sein Geschlechtsorgan einwirkt, kann Art. 137 gStGB nicht angewandt werden, da die Frau in den Körper des Opfers nicht eindringt. Derartige Fälle können nur von Art. 138 gStGB erfasst werden, der jedoch eine niedrigere Sanktion vorsieht, was in qualitativer Hinsicht unbefriedigend ist, da es sich in Wahrheit ebenfalls um eine Vergewaltigung handelt.

Art. 138 gStGB erfasst, im Unterschied zu früher, jetzt sexuelle Handlungen, die nicht mit dem Eindringen in den Körper einer anderen Person verbunden sind, aber durch Gewalt, durch Drohung mit Gewalt oder unter Ausnutzung der Wehrlosigkeit

---

<sup>8</sup> Joecks/Jäger, StGB, Studienkommentar, 12. Aufl., 2018, § 226a Rn. 4.

<sup>9</sup> Siehe ausführlich Jishkariani, Strafrecht BT I, Straftaten gegen die Person, 2016, Rn. 95 ff.

<sup>10</sup> Lekveishvili/Todua/Mamulashvili, Strafrecht BT I, 2016, S. 226 ff; Jishkariani, Strafrecht BT I, Straftaten gegen die Person, 2016, Rn. 155.

des Opfers vorgenommen werden. Von Art. 137 gStGB unterscheidet sich der Tatbestand nur dadurch, dass es am Tatbestandmerkmal des Eindringens fehlt. Einschlägig ist z.B. der Fall, dass ein nackter Täter das Opfer zwingt, ihn zwecks sexueller Befriedigung zu streicheln.

Die anderen Sexualdelikte sind dagegen nur in terminologischer Hinsicht präzisiert worden und müssen daher in diesem Zusammenhang nicht näher erläutert werden.

#### **4. Nachstellung - Art. 151<sup>1</sup> gStGB**

Die Nachstellung ist eine weitere Strafvorschrift, die unter dem unmittelbaren Einfluss der Istanbul-Konvention in das gStGB eingeführt wurde. Art. 151<sup>1</sup> gStGB kann als besondere Erscheinungsform der Nötigung verstanden werden. Art. 150 gStGB, die geltende Strafvorschrift der Nötigung, kann sowohl in inhaltlicher als auch in praktischer Hinsicht die beim „Stalking“ bestehenden Lücken nicht ausfüllen. Für die Anwendung des Art. 151<sup>1</sup> gStGB ist jede vorsätzliche Handlung ausreichend, die Änderungen der Lebensgestaltung notwendig macht, wobei die Strafbarkeit keinen Erfolgseintritt voraussetzt.

Der Begriff „Stalking“ ist in den 1990er Jahren aktuell geworden, als in den USA, Australien, Großbritannien und Kanada berühmte Personen von Fans, die mit ihnen in Kontakt treten wollten, verfolgt wurden<sup>11</sup>. Später haben diese Vorgänge an strafrechtlicher Bedeutung gewonnen, da die Verfolgung ein gravierendes Eindringen in der Privatsphäre des Opfers bedeutet<sup>12</sup>.

Bei der Bewertung der Strafvorschrift ist auf die Tatbestandsmerkmale „gesetzwidrig“ und „unerwünscht“ zu achten, die den Inhalt des Stalkings festlegen. Vorausgesetzt wird daher, dass es an einem ausdrücklichen oder konkludenten Einverständnis des Opfers fehlt<sup>13</sup>. Hierbei ist es nicht erforderlich, dass das Opfer seine ablehnende Haltung laut und deutlich zum Ausdruck bringt, auch eine höfliche Abweisung reicht aus<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Bieszk/Sadtke, NJW 2007, 3384.

<sup>12</sup> Krehl, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl., Bd. 7/2, 2015, § 238 Rn. 2.

<sup>13</sup> Krupna, in: Dölling/Dutge/König/Rössner (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. 2017, § 238 Rn. 3.

<sup>14</sup> Krupna, in: Dölling/Dutge/König/Rössner (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. 2017, § 238 Rn. 3.

Die Nachstellung muss Wiederholungscharakter haben. Andernfalls ist der Tatbestand des Art. 151<sup>1</sup> gStGB nicht erfüllt. Dieses Erfordernis ist wichtig, da sonst das Strafrecht inflationär zum Einsatz gelangen würde. Allerdings wurde nicht festgelegt, wie oft der Täter stalken muss, um den Tatbestand zu verwirklichen. Maßgebend ist insoweit die Eingriffsintensität, die in jedem Einzelfall vom Gericht zu bewerten ist<sup>15</sup>.

Beispiele für Stalking sind systematische Telefonanrufe, das Schicken von Briefen und Geschenken, das Verfolgen und Auflauern am Arbeitsplatz oder vor der Wohnung. Das Verhalten des Täters muss für das Opfer so unangenehm sein, dass es z.B. über die Änderung der Wohnadresse oder der Telefonnummer nachdenkt<sup>16</sup>. Entscheidend ist, dass das Opfer sich in eine unangenehme Lage versetzt fühlt.

## 5. Zwangsheirat - Art. 150<sup>1</sup> gStGB

Die Strafvorschrift zur Zwangsheirat wurde bereits im Jahre 2014 in das georgische Strafgesetzbuch eingeführt, und damit deutlich vor Ratifizierung der Istanbul-Konvention<sup>17</sup>. Es handelt sich um einen speziellen Tatbestand der Nötigung, mit dem einem Problem, das in der georgischen Gesellschaft tatsächlich besteht, Rechnung getragen wurde<sup>18</sup>. Vergleichbare Normen existieren auch in den Strafgesetzbüchern anderer Staaten, zum Beispiel im deutschen<sup>19</sup> oder im österreichischen<sup>20</sup>. Allerdings ist die Strafandrohung im gStGB viel niedriger, im Normalfall kann nur eine Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren verhängt werden – obwohl das georgische Strafrecht im Regelfall hinsichtlich der Strafen nicht liberal ist<sup>21</sup>. Im deutschen und im österreichischen StGB beträgt die Sanktion bis zu fünf

---

<sup>15</sup> Vgl. Joecks/Jäger, StGB Studienkommentar, 12. Aufl. 2018, § 238 Rn. 6, der darauf hinweist, dass der BGH in seiner Rechtsprechung keine konkrete Zahlen nennt; entscheidend ist nur, dass das Verhalten Wiederholungscharakter hat.

<sup>16</sup> Siehe dazu ausführlich Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 64. Aufl. 2017, § 238 Rn. 9 ff.

<sup>17</sup> Lekveishvili/Todua/Mamulashvili, Strafrecht BT I, 2016, S. 321 ff.

<sup>18</sup> Kindhäuser, Strafgesetzbuch, 6. Aufl. 2015, § 237 Rn. 1.

<sup>19</sup> § 237 StGB.

<sup>20</sup> § 106a öStGB.

<sup>21</sup> Jishkariani, Strafrecht BT I, Straftaten gegen die Person, 2016, Rn. 870 ff.

Jahre.

Leider hat der georgische Gesetzgeber die Vorgaben des Art. 37 Abs. 2 der Istanbul-Konvention nicht berücksichtigt. Danach haben die Vertragsparteien „die erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass ein vorsätzliches Verhalten unter Strafe gestellt wird, durch das eine erwachsene Person oder ein Kind in das Hoheitsgebiet einer Vertragspartei oder eines Staates gelockt wird, das nicht das Hoheitsgebiet ihres beziehungsweise seines Aufenthalts ist, um diese erwachsene Person oder dieses Kind zur Eheschließung zu zwingen“.

Weder das Staatsangehörigkeitsprinzip noch die weiteren, im Allgemeinen Teil des georgischen Strafgesetzbuchs geregelten Grundsätze (Art. 5 gStGB) erlauben es, die Täter einer Zwangsheirat zu bestrafen, wenn die Tat nicht zugleich im Ausland strafbar ist oder es sich nicht um eine gegen die Interessen Georgiens gerichtete schwere oder besonders schwere Straftat handelt. Art. 150<sup>1</sup> gStGB fällt wegen des geringen Strafrahmens nicht in diese Kategorie. Dasselbe gilt für die Strafbarkeit der Vorbereitung.

Einen Ausweg aus diesem Dilemma weisen Art. 5 Abs. 2 und 3 gStGB. Danach gilt das georgische Strafrecht auch für diejenigen Fälle, die nach völkerrechtlichen Verträgen zu bestrafen sind. Die obenerwähnten Voraussetzungen (gleichzeitige Strafbarkeit in einem anderen Staat usw.) wären dann nicht zu prüfen.

## 6. Sexuelle Belästigung

Sexuelle Belästigung ist in Georgien regelmäßig ein Diskussionsthema. Bis heute gibt es hierzu keine Regelung, obwohl im georgischen Parlament ein Gesetzesentwurf eingereicht wurde, der die Erfassung im georgischen Gesetzbuch über Ordnungswidrigkeiten vorsah. Die Abgeordneten lehnten den Entwurf jedoch mangels Bestimmtheit ab<sup>22</sup>. Als weiteres Argument wurde angeführt, dass das Antidiskriminierungsgesetz bereits eine ähnliche Regelung enthalte<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Pataraiia, Die fehlende Regulierung der sexuellen Belästigung in Georgien, 2017, S. 5.

<sup>23</sup> <https://www.ipress.ge/new/34603-seqsualuri-shevitsroebis-shesakheb-kanonproeqts-adamianis-uflebata-komitetma-mkhari-ar-dauchira> (aufgerufen am 5.7.2018).

Was sieht die Istanbul-Konvention vor? Nach Art. 40 treffen die Vertragsparteien „die erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass jede Form von ungewolltem sexuell bestimmtem verbalem, nonverbaalem oder körperlichem Verhalten mit dem Zweck oder der Folge, die Würde einer Person zu verletzen, insbesondere wenn dadurch ein Umfeld der Einschüchterung, Feindseligkeit, Erniedrigung, Entwürdigung oder Beleidigung geschaffen wird, strafrechtlichen oder sonstigen rechtlichen Sanktionen unterliegt“. Die Konvention fordert nicht, die genannten Handlungen als Straftat anzuerkennen. Daher stellt das Fehlen einer Strafvorschrift im gStGB keine Verletzung des Übereinkommens dar.

Bei entsprechender Auslegung kann auch Art. 150 gStGB Anwendung finden, der die Nötigung, d.h. die gesetzwidrige Einschränkung der Handlungsfreiheit bzw. die physische oder psychische Einschränkung der Freiheit unter Strafe stellt.

#### **IV. Zusammenfassung**

Wie aufgezeigt wurde, hatte die Istanbul-Konvention wesentlichen Änderungen des georgischen Strafrechts zur Folge. Die Vorgaben wurden sowohl durch die Änderung bereits vorhandener Regelungen als auch durch die Einführung neuer Straftatbestände erfüllt. Insgesamt ist dies positiv zu bewerten. Darauf hinzuweisen ist aber, dass die neuen Straftatbestände wegen der Gefahr von Normenkollisionen der Rechtsprechung Schwierigkeiten bereiten können.

# DER BEGRIFF DES AMTSTRÄGERS IM DEUTSCHEN WIRTSCHAFTSSTRAFRECHT

PD Dr. **Peter Kasiske**, Universität München

## I. Die Privatisierung staatlicher Tätigkeit als Herausforderung an den Amtsträgerbegriff

Jede Strafrechtsordnung kennt Delikte, die nur von oder gegenüber Amtsträgern begangen werden können. Das praktisch wichtigste Beispiel hierfür sind die Tatbestände zur öffentlichen Korruption, die das Vertrauen in die Integrität der staatlichen Verwaltung schützen<sup>1</sup>. Dieses Vertrauen kann nur dann erschüttert werden, wenn ein mit der Verwaltung des Staates betrauter Amtsträger bestochen wird. Die Frage, welche Personen denn Amtsträger sind, ließ sich dabei früher deutlich einfacher beantworten als heute. Im 19. Jahrhundert war Deutschland noch weitgehend das, was man als einen „Nachtwächterstaat“ bezeichnet. Ein Staat, der sich darauf beschränkt, die innere und äußere Sicherheit zu gewährleisten, alles andere aber der privaten Initiative der Bürger überlässt. Im Nachtwächterstaat bedient sich der Staat zur Erfüllung seiner Pflichten seiner Beamten, zu denen ein besonderes gegenseitiges Loyalitätsverhältnis besteht, wodurch sich das Beamtenverhältnis von einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis unterscheidet. Wer ein Amtsträger war, ließ sich unter diesen Bedingungen leicht bestimmen: Amtsträger war jeder, der vom Staat als Beamter zur Wahrnehmung einer hoheitlichen Aufgabe bestellt war. Maßgeblich war somit allein das rein formale Kriterium der Bestellung als Amtsträger durch den Staat<sup>2</sup>.

Diese übersichtlichen Zeiten, in denen sich der Staat auf einen engen Kreis hoheitlicher Aufgaben beschränkte, sind lange vorbei. Aus dem Nachtwächterstaat entwickelte sich der moderne Wohlfahrtsstaat, der immer mehr Aufgaben an sich zog und sich auch für das soziale und ökonomische Wohlbefinden seiner Bürger

---

<sup>1</sup> BGHSt 15, 88, 96 f.; 47, 22, 25.

<sup>2</sup> Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, S. 80 f.

für zuständig erklärte<sup>3</sup>. Die zusätzlichen Aufgaben erforderten auch zusätzliches Personal. Zu den traditionellen Beamten kamen nun immer mehr Angestellte, die in einem normalen Arbeitsverhältnis für den Staat tätig wurden. Der Staat tritt gegenüber diesen Angestellten als ein Arbeitgeber wie jeder andere auf und die Angestellten haben grundsätzlich dieselben Rechte und Pflichten wie in einem privaten Unternehmen.

Außerdem erfüllt der Staat heutzutage seine Aufgaben nicht immer unmittelbar selbst durch seine Behörden, sondern er nutzt hierfür zunehmend auch Organisationsformen des Privatrechts. So liegt etwa auf der Ebene der Kommunen die Abfallentsorgung oftmals in den Händen von Unternehmen, die als juristische Personen des Privatrechts organisiert sind, die aber zu 100% im Eigentum von Städten oder Gemeinden sind. Zunehmend kommen auch sogenannte „Public-Private-Partnerships“ in Mode, bei denen z.B. eine Autobahn von einer privatwirtschaftlich organisierten Kapitalgesellschaft betrieben wird, deren Anteile zum Teil vom Staat, zum Teil aber von privaten Unternehmen gehalten werden. Durch diese Entwicklung ist die Unterscheidung zwischen staatlicher und privater Tätigkeit zunehmend schwierig geworden. Wenn sich aber die Grenzen zwischen Staat und Privatwirtschaft auflösen, so wird auch zusehends fraglich, welche Personen denn eigentlich noch als Amtsträger anzusehen sind. Handelt es sich beispielsweise bei einem Angestellten einer GmbH, die einen Flughafen betreibt, um einen Amtsträger, wenn sich diese GmbH zu 50% in öffentlichem Eigentum befindet?

## **II. Die Antwort des deutschen Gesetzgebers in § 11 StGB**

Der deutsche Gesetzgeber hat auf diese neuen Fragestellungen reagiert, indem er den § 11 StGB, wo der Begriff des Amtsträgers für das Strafrecht definiert ist, angepasst hat<sup>4</sup>. Amtsträger sind nach dieser Vorschrift zunächst alle Beamten oder Richter. Maßgeblich ist dabei, dass die Personen in formaler Sicht wirksam zum Beamten oder Richter ernannt wurden. Amtsträger sind zudem alle Personen,

---

<sup>3</sup> Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, S. 85.

<sup>4</sup> Insbesondere durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption von 1997, durch das § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB eingeführt wurde.

die in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehen, wie etwa Notare. Um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass mittlerweile viele staatliche Bedienstete keine Beamten im formellen Sinne mehr sind, sondern schlichte Arbeitnehmer, wurde die Kategorie des „für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten“ eingeführt. Diese Personengruppe wird in vielen – wenn auch nicht allen – Straftatbeständen dem Amtsträger gleichgestellt. Daher kann sich auch ein Angestellter des Staates, der nicht Beamter ist, wegen Bestechlichkeit strafbar machen, wenn er Geld dafür annimmt, dass er gegen seine dienstlichen Pflichten verstößt. Auch beim besonders Verpflichteten bestimmt sich die Zugehörigkeit zu diesem Personenkreis allein nach einem formalen Kriterium: Nämlich danach, ob ein Verpflichtungsakt stattgefunden hat, wie er im Verpflichtungsgesetz für alle bei einer staatlichen Behörde beschäftigten Personen vorgeschrieben ist<sup>5</sup>. Ebenso wie beim Beamten oder Richter kommt es also nicht auf die Art der Tätigkeit an, die die Person ausführt, sondern allein auf ihren formalen Status als Beamter oder für den öffentlichen Dienst besonders verpflichtete Person.

Wie behandelt das deutsche Strafrecht nun Fälle, in denen der Staat nicht durch eine Behörde handelt, sondern durch eine juristische Person des Privatrechts? Auch in diesen Konstellationen ist eine Stellung als Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter nicht ausgeschlossen. Das StGB sieht in § 11 Abs. 1 Nr. 2c vor, dass neben einer Tätigkeit für Behörden auch ein Tätigwerden für eine „sonstige Stelle“ die Amtsträgerstellung begründen kann, wenn diese Stelle „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“ wahrnimmt. Der Gesetzgeber stellt dabei ausdrücklich klar, dass es nicht darauf ankommt, welche Organisationsform für die Erfüllung der Aufgaben gewählt wird. Es kommen also auch juristische Personen des Zivilrechts, insbesondere Kapitalgesellschaften, in Betracht. Entscheidend ist allein, dass Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrgenommen werden. Es kommt somit anders als beim Begriff des Beamten oder besonders Verpflichteten für die Amtsträgereigenschaft vor allem auf eine funktionale Betrachtungsweise an. Zwar spielt auch ein formales Element eine Rolle, da § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB voraussetzt, dass die betreffende Person formell dazu „bestellt“ wurde, Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. An diese formale Bestellung werden aber keine hohen Anforderungen gestellt. Sie

---

<sup>5</sup> Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. 2016, § 11 Rn. 43.

bedarf insbesondere keiner besonderen Form und kann schon im Abschluss eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages mit einer Behörde oder sonstigen Stelle liegen. Nach der Rechtsprechung reicht es aus, wenn die betreffende Person längerfristig (also nicht nur für einen einzelnen Auftrag) für diese Aufgaben herangezogen und sie dabei in die Organisation der Behörde oder sonstigen Stelle eingegliedert wird<sup>6</sup>.

### **III. Der Begriff der „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“**

Wann werden nun von einer sonstigen Stelle „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“ wahrgenommen? Grundsätzlich ist dies immer der Fall, wenn es sich um eine Tätigkeit der sogenannten „Eingriffsverwaltung“ handelt, also um ein staatliches Tätigwerden, das für den Bürger mit Zwang und Grundrechtseingriffen verbunden ist. Aus diesem Grund ist Amtsträger z.B. auch ein freiberuflich tätiger Arzt, der regelmäßig im Auftrag der Polizei Blutentnahmen bei verdächtigen Personen vornimmt<sup>7</sup>. Diese Konstellationen sind allerdings eher selten, weil Aufgaben im Bereich der Eingriffsverwaltung zumeist von Behörden wahrgenommen werden<sup>8</sup>.

Anders ist dies im Bereich der sogenannten „Leistungsverwaltung“, bei der es um die Bereitstellung von Leistungen durch den Staat geht, um im Allgemeininteresse eine Grundversorgung mit bestimmten Gütern sicherzustellen. Solche Güter können z.B. Infrastruktureinrichtungen wie Straßen oder Schienennetze sein, oder aber Dienstleistungen wie die Entsorgung von Abfall oder die Wasserversorgung. Diese Aufgaben erledigt der Staat häufig nicht durch Behörden, sondern durch staatliche Unternehmen, die privatrechtlich als Kapitalgesellschaften organisiert sind. Gerade in diesem Bereich ist aber oft fraglich, ob der Staat hier wirklich noch ihm zugewiesene Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahrnimmt. Denn die Versorgung der Bürger mit diesen Gütern ist häufig nicht mehr allein dem Staat vorbehalten, sondern kann auch von privaten Unternehmen erbracht werden. Zahlreiche Bereiche, wie etwa Telekommunikation oder Eisenbahn, in denen früher der Staat eine Monopolstellung innehatte,

---

<sup>6</sup> BGHSt 43, 96, 102; 56, 97, 108.

<sup>7</sup> Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, S. 433.

<sup>8</sup> Welp, Festschrift für Lackner, 1987, S. 761, 777.

wurden im Zuge von Liberalisierungsprozessen auch für private Unternehmen zugänglich gemacht. Wenn der Staat hier noch tätig wird, agiert er nicht mehr in einer allein ihm zugewiesenen Sphäre hoheitlichen Handelns. Vielmehr wird er letztlich auf einem Markt tätig, auf dem er mit privaten Unternehmen, die dieselben Leistungen anbieten, konkurriert. Deshalb ist nicht jede Kapitalgesellschaft, deren Anteile vom Staat gehalten werden, automatisch eine sonstige Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Stattdessen muss im Einzelfall untersucht werden, ob hier wirklich eine Einrichtung vorliegt, die mit einer Behörde vergleichbar ist und die deshalb wie ein „verlängerter Arm des Staates“ handelt<sup>9</sup>. Die Rechtsprechung hat hierfür verschiedene Kriterien entwickelt: Für das Vorliegen einer behördenähnlichen sonstigen Stelle spricht es z.B., wenn diese Aufgaben erfüllt, die dem Interesse der Allgemeinheit dienen, wie etwa eine Grundversorgung mit notwendigen Gütern oder Dienstleistungen, die von privaten Anbietern nicht garantiert werden kann. Ein Indiz hierfür kann sein, dass in der Satzung der Gesellschaft die Tätigkeit im Allgemeininteresse als Zweck der Gesellschaft ausdrücklich festgeschrieben wird<sup>10</sup>. Eine Behördenähnlichkeit setzt auch voraus, dass die Tätigkeit staatlicher Steuerung unterliegt<sup>11</sup>. Der Staat muss also über seine Eigentümerstellung hinaus Einfluss auf die Tätigkeit der Gesellschaft ausüben, etwa durch spezifische gesetzliche Vorgaben für die ausgeübte Tätigkeit. Auch der Umstand, dass die Gesellschaft wesentlich aus öffentlichen Haushaltsmitteln finanziert wird, spricht für ihre Behördenähnlichkeit<sup>12</sup>. Indessen soll es gegen eine Behördenähnlichkeit sprechen, wenn sich die Gesellschaft durch Gewinne aus ihrer Tätigkeit selbst finanzieren kann. Auch der Umstand, dass die Gesellschaft auf ihrem Tätigkeitsfeld mit privaten Unternehmen im Wettbewerb steht, führt dazu, die Behördenähnlichkeit eher zu verneinen<sup>13</sup>.

Nach der Rechtsprechung soll eine „sonstige Stelle“ und damit eine Amtsträgereigenschaft der dort Beschäftigten grundsätzlich auch bei Kapitalgesellschaften vorliegen können, deren Anteile nicht allein vom Staat

---

<sup>9</sup> BGHSt 43, 370, 377.

<sup>10</sup> BGHSt 43, 370, 372.

<sup>11</sup> BGHSt 50, 299, 305.

<sup>12</sup> BGHSt 45, 16, 20.

<sup>13</sup> BGHSt 38, 199, 204.

gehalten werden, sondern an denen auch private Akteure beteiligt sind. Allerdings sind in einem solchen Fall besonders strenge Anforderungen an das Kriterium der staatlichen Steuerung zu stellen. Nach der Rechtsprechung liegt eine staatliche Steuerung dann nicht mehr vor, wenn die privaten Anteilseigner maßgeblichen Einfluss auf die Tätigkeit der Gesellschaft ausüben können<sup>14</sup>. Dies ist insbesondere dann gegeben, wenn die Privaten aufgrund der Zahl ihrer Anteile über eine Sperrminorität verfügen und so Entscheidungen blockieren können. In der Praxis ist dies in Deutschland regelmäßig der Fall. Denn private Akteure, die gemeinsam mit dem Staat eine Kapitalgesellschaft errichten, wollen normalerweise auch Einfluss auf deren Tätigkeit nehmen. Daher sind solche „gemischt-wirtschaftliche“ Unternehmen, an denen sowohl der Staat als auch Private beteiligt sind, üblicherweise nicht als sonstige Stelle einzuordnen. Dies hat dann wiederum zur Folge, dass die dort beschäftigten Personen auch nicht als Amtsträger zu qualifizieren sind.

Eine sonstige Stelle, deren Angestellte strafrechtlich als Amtsträger zu behandeln sind, liegt auch dann nicht vor, wenn die Stelle als Staatsunternehmen ausschließlich den Zweck verfolgt, Einnahmen für den Staat zu generieren<sup>15</sup>. Dann unterscheidet sich die Stelle nämlich nicht von einem privaten Wirtschaftsunternehmen und es fehlt an einer spezifisch staatlichen Tätigkeit. Aus diesem Grund wäre etwa das berühmte Münchner Hofbräuhaus (eine Gastwirtschaft, in der weltbekanntes Bier ausgeschenkt wird) nicht als „sonstige Stelle“ einzuordnen. Denn hier geht es nicht um eine Staatsaufgabe in Gestalt einer Grundversorgung mit alkoholischen Getränken, sondern schlicht um die Erzielung von finanziellen Gewinnen, wobei sich das Hofbräuhaus in Konkurrenz zu den von Privatpersonen betriebenen Gastwirtschaften befindet.

#### **IV. Rechtspolitische Bewertung der deutschen Lösung**

Aus meinen vorangegangenen Ausführungen wird deutlich, dass die Frage, wann

---

<sup>14</sup> BGHSt 50, 299, 305 f.; gegen diese Auffassung Leimbrock, Der strafrechtliche Amtsträgerbegriff, 2009, S. 218 ff.

<sup>15</sup> Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. 2016, § 11 Rdn. 30; Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, S. 697 f.

eine „sonstige Stelle“ i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB vorliegt, häufig nicht leicht zu beantworten ist. Betrachtet man die Urteile, die zu dieser Frage ergangen sind, so bestätigt sich der Verdacht, dass es letztlich auf die Bewertung der konkreten Umstände des Einzelfalls durch das Gericht ankommt. Entsprechend unübersichtlich sind die Ergebnisse dieser Rechtsprechung: Abfallentsorgungsunternehmen von Gemeinden werden einmal als sonstige Stellen angesehen, ein andermal nicht<sup>16</sup>. Die Aktiengesellschaft, die das Schienennetz betreibt, soll eine sonstige Stelle darstellen<sup>17</sup>. Die Aktiengesellschaft, die die Züge betreibt, die auf diesen Schienen fahren, hingegen nicht<sup>18</sup>.

Was folgt daraus? Der deutsche Gesetzgeber hat durch die Einführung des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB den Amtsträgerbegriff auch auf die Mitarbeiter von Einrichtungen ausgedehnt, die keine Behörden sind, wenn diese Aufgaben staatlicher Verwaltung ausüben. Damit wollte er auf die Tatsache reagieren, dass staatliche Tätigkeit zunehmend nicht mehr nur von Behörden im engeren Sinn, sondern auch von anderen Einrichtungen ausgeübt wird. An die Stelle eines formalen Kriteriums zur Bestimmung der Amtsträgereigenschaft – nämlich ob eine förmliche Ernennung zum Beamten oder Richter vorliegt – tritt in diesem Fall das funktionale Kriterium, ob Aufgaben der öffentlichen Verwaltung vorgenommen werden. Dieses Kriterium ist aber für den Rechtsanwender sehr schwierig zu handhaben, weil es sehr vielfältige und komplexe Möglichkeiten für ein Tätigwerden des Staates gibt. Dies hat zur Folge, dass es für den Beschäftigten eines Unternehmens, das sich im Staatseigentum befindet, häufig sehr schwer einzuschätzen ist, ob er bei seiner Tätigkeit als Amtsträger zu qualifizieren ist. Aus diesem Grund kann er sich womöglich nicht sicher sein, ob er sich z.B. wegen Korruptionsdelikten strafbar macht, wenn er von Geschäftspartnern Geschenke entgegennimmt. Für einen Rechtsstaat, der dem Gesetzlichkeitsprinzip verpflichtet ist, ist das höchst problematisch<sup>19</sup>.

Ich möchte den deutschen Weg bei der Definition des Amtsträgers daher

---

<sup>16</sup> Bejaht bei Alleineigentümerschaft der Gemeinde in BGH wistra 2007, 17; verneint wegen Beteiligung Privater in BGHSt 50, 299.

<sup>17</sup> BGHSt 52, 290.

<sup>18</sup> BGHSt 49, 214.

<sup>19</sup> Vgl. auch Zwiehoff, Festschrift für Herzberg, 2008, S. 155, 164.

anderen Ländern eher nicht als Vorbild empfehlen. Meines Erachtens ist es nicht zwingend geboten, auf die zunehmende Vermischung von staatlicher und privater Sphäre mit einer Ausdehnung des Amtsträgerbegriffes zu reagieren. Straftatbestände mit Bezug zu Amtsträgern dienen regelmäßig dem Zweck, Handlungen zu verbieten, die bei der Bevölkerung zu einer Erschütterung des Vertrauens in die Funktionsfähigkeit der staatlichen Verwaltung führen können. Ein solcher Vertrauensverlust kann aber nur entstehen, wenn das Verhalten einen offensichtlichen Bezug zur Sphäre des Staates aufweist. Das wird aber nur bei Behörden und anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts der Fall sein, die aus Sicht des Bürgers eindeutig dem Staat zuzuordnen sind. Ein als Kapitalgesellschaft organisiertes Unternehmen, das Müll entsorgt oder einen Flughafen betreibt, wird hingegen von der Öffentlichkeit nicht in vergleichbarem Maß als staatliche Einrichtung wahrgenommen. Kommt es hier bei Mitarbeitern zu Fällen von Korruption, so ist nicht zu befürchten, dass dies einen Vertrauensverlust in die allgemeine Integrität der staatlichen Verwaltung bewirkt. Daher besteht auch kein Bedarf, hier die strengen Vorschriften zur Amtsträgerkorruption anzuwenden.

Ich möchte daher für einen Amtsträgerbegriff plädieren, der nur die Bediensteten von Behörden und anderen Einrichtungen erfasst, die unzweifelhaft dem Staat zuzuordnen sind<sup>20</sup>. Bedient sich der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben hingegen privatrechtlicher Organisationsformen wie Kapitalgesellschaften, so sollten die Mitarbeiter dieser Einrichtungen nicht als Amtsträger erfasst werden. Die Amtsträgereigenschaft knüpft nach dieser Auffassung daher allein daran, dass die betreffende Person von einer Behörde oder einer anderen öffentlich-rechtlich organisierten Einrichtung beschäftigt wird. Dieses formale Kriterium ist einfach zu handhaben und garantiert so neben einem angemessenen Rechtsgüterschutz auch die notwendige Rechtssicherheit.

---

<sup>20</sup> Für einen solchen engen Amtsträgerbegriff sprachen sich auch die Verfasser des Alternativentwurfs zum StGB im Jahr 1962 aus. Heute wird diese Position z.B. vertreten von Heinrich, *Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht*, 2001, S. 700 f.; Bernsmann, *StV* 2005, 685, 691; Zwiehoff, *Festschrift für Herzberg*, 2008, S. 155, 165 f.

# DER BEGRIFF DES BEAMTEN UND EINER IHM GLEICHGESTELLTEN PERSON IM GEORGISCHEN STRAFRECHT

Assoc. Prof. Dr. **Irakli Dvalidze**, Staatliche Universität Tbilissi

## I. Einleitung

Kapitel XXXIX des georgischen Strafgesetzbuches (gStGB) enthält die Amtsdelikte. Regelmäßig muss das Subjekt dieser Delikte besondere Eigenschaften aufweisen. Daher ist genau festzustellen, welche Merkmale vorliegen müssen, damit eine Person als Täter eines Amtsträgerdelikts in Betracht kommt.

Die Bestimmung der Begriffe „Amtsträger“ und „Beamter“ bzw. einer ihm gleichgestellten Person steht unmittelbar mit dem Gesetzlichkeitsprinzip in Verbindung, welches die Grundlage für die zutreffende Einordnung einer Tat bildet.

## II. Der Beamtenbegriff

Im früher geltenden gStGB (1960) war der Amtsträgerbegriff in Art. 185 normiert. Danach waren Amtsträger „Personen, die unbefristet oder befristet, entgeltlich oder unentgeltlich, durch Ernennung oder Wahl oder auch basierend auf den Einzelaufgaben in einer staatlichen oder gesellschaftlichen Einrichtung, einem Unternehmen oder einer Organisation, Aufgaben wahrnehmen, die mit Staatsregierungsakten oder der Durchführung der anordnenden, organisatorisch-landwirtschaftlichen, verwaltenden oder ähnlichen Funktionen verbunden sind“.

Die im heute geltenden gStGB enthaltenen Amtsdelikte unterscheiden sich von den Vorschriften des früheren gStGB (1960) durch zwei wesentliche Merkmale:

1. Statt des Begriffs des „Amtsträgers“ werden die Begriffe „Beamter“ und „eine ihm gleichgestellte Person“ verwendet.
2. Das geltende gStGB erläutert diese Begriffe nicht mehr.

Auch wenn das geltende gStGB den Begriff des Beamten nicht definiert, hat der georgische Gesetzgeber durch Änderungen in den Anmerkungen zu Art. 332 gStGB (Missbrauch der Beamtenbefugnisse), die im Laufe der Jahre vorgenommen

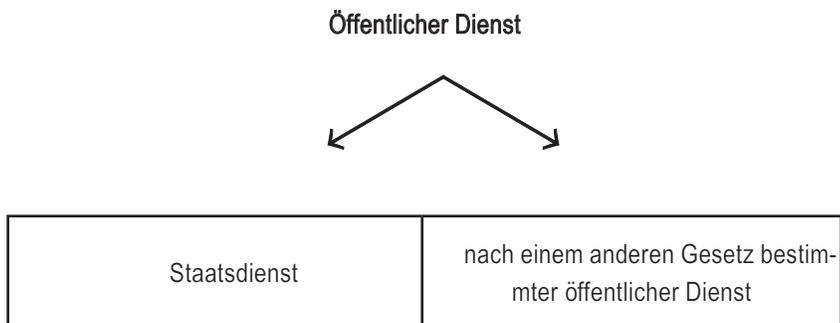
wurden, einige Amtsstellen (nicht abschließend) aufgezählt, deren Inhaber unter den Begriff der „einer dem Beamten gleichgestellten Person“ fallen.

Um festzustellen, welche Merkmale der Beamte oder eine ihm gleichgestellte Person nach dem geltenden gStGB aufweisen muss, sind folgende Rechtsakte zu berücksichtigen:

1. das georgische Strafgesetzbuch (22.07.1999);
2. das georgische Gesetz vom 17.10.1997 über Interessenkonflikte und Korruption im öffentlichen Dienst;
3. das georgische Organgesetz vom 05.02.2014 über die kommunale Selbstverwaltung;
4. das georgische Gesetz vom 27.10.2015 über den öffentlichen Dienst.

Art. 27 Punkt „d“ des georgischen allgemeinen Verwaltungsgesetzbuchs verweist für den Begriff des Beamten auf Art. 2 des georgischen Gesetzes vom 17.10.1997 über Interessenkonflikte und Korruption im öffentlichen Dienst.

Art. 3 des georgischen Gesetzes vom 27.10.2015 über den öffentlichen Dienst klassifiziert sowohl die Dienststellen, als auch die dort beschäftigten Personen. Der Begriff des „öffentlichen Dienstes“ umfasst mehr als der Begriff „Staatsdienst“, den er einschließt. Ebenso ist der Begriff des „öffentlichen Amtsträgers“ weit zu verstehen, da er den Begriff des „Staatsbediensteten“ umfasst. Die Vorschrift zählt auf, welche Personen über öffentliche Befugnisse verfügen. Schematisch lässt sich das wie folgt darstellen:



## Öffentlicher Amtsträger



<p>Ein „Staatsbediensteter“ ist eine Person, die durch Wahl oder Ernennung im Staatsdienst eine Stelle bekleidet und deren rechtlicher Status und deren Befugnisse durch die georgische Verfassung und/oder ein Gesetz bestimmt werden.</p>	<p>Ein „Beamter“ ist:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• ein Berufsbeamter;</li><li>• ein öffentlicher Bediensteter;</li><li>• ein Bediensteter;</li><li>• eine durch Verwaltungsvertrag eingestellte Person;</li><li>• eine durch Arbeitsvertrag eingestellte Person</li></ul>
---	--

Aus Art. 3 Punkt „a“ des georgischen Gesetzes vom 27.10.2015 über den öffentlichen Dienst geht hervor, dass der Staatsdienst in allen drei Säulen des Staates – Legislative, Exekutive, Judikative – ausgeübt werden kann. Hinzu kommen die Staatsaufsicht und die Staatsverteidigung.

Um ein Verhalten unter ein Amtsdelikt nach dem gStGB korrekt zu subsumieren, muss zunächst der Begriff „Beamter“ bestimmt werden. Art. 3 Punkt „e“ des georgischen Gesetzes vom 27.10.2015 über den öffentlichen Dienst definiert ihn wie folgt:

## Beamter



Berufsbeamter	öffentlicher Beamter	Beamter
---------------	----------------------	---------

Ein „Beamter“ ist eine Person, die durch den Staat, eine autonome Republik, Kommune oder juristische Person des öffentlichen Dienstes unbefristet auf einer für Beamte bestimmten Stelle eingestellt wurde, öffentlich-rechtliche Aufgaben hauptberuflich wahrnimmt und damit öffentliche Interessen wahrt, und für ihre Tätigkeit eine entsprechende Vergütung sowie rechtliche und soziale Garantien erhält.

Das heißt, dass ein „Beamter“ durch die folgenden Merkmale charakterisiert ist:

- Ernennung auf unbestimmte Zeit;
- Bekleidung einer für Beamte bestimmten Stelle im öffentlichen Dienst;
- Ernennung durch den Staat, eine autonome Republik, Kommune oder juristische Person des öffentlichen Dienstes;
- Ausübung öffentlich-rechtlicher Aufgaben als hauptberufliche Tätigkeit und damit Wahrung öffentlicher Interessen;
- Erhalt einer entsprechenden Vergütung sowie sozialer und rechtlicher Garantien;
- Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Aufgaben im Namen Georgiens (oder des georgischen Staates); dies ist in dem Gesetz zwar nicht ausdrücklich geregelt, lässt sich aber daraus ableiten.

Weil öffentlich-rechtliche Aufgaben im Namen Georgiens zu erfüllen sind, war es notwendig, in der Anmerkung zu Art. 332 gStGB Regelungen zu den Amtsträgern ausländischer Staaten vorzusehen, um auch diese als mögliche Täter zu erfassen.

Für das gStGB, das auf dem Schuldprinzip basiert, ist es wichtig, den Begriff des „staatspolitischen Amtsträgers“ zu definieren, da nach einigen Vorschriften (z.B. Art. 332, 333 gStGB) die Begehung einer Straftat durch einen politischen Amtsträger einen erschwerenden Umstand darstellt. Art. 3 Punkt. „h“ und „i“ des georgischen Gesetzes vom 27.10.2015 über den öffentlichen Dienst unterscheidet zwischen „staatspolitischen Amtsträgern“ und „politischen Beamten“. Aufgezählt werden alle Personen, die hierfür in Betracht kommen:

<b>Staatspolitischer Amtsträger</b>	<b>Politischer Beamter</b>
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. der Präsident Georgiens;</li> <li>2. ein Parlamentsmitglied Georgiens;</li> <li>3. der Ministerpräsident Georgiens;</li> <li>4. ein anderes Mitglied der georgischen Regierung und sein Stellvertreter;</li> <li>5. der Stellvertreter eines anderen Mitglieds der georgischen Regierung;</li> <li>6. obersten Vertretungsorgane der Autonomen Republiken von Abchasien und Adscharien;</li> <li>7. die Regierungsmitglieder der Autonomen Republiken von Abchasien und Adscharien; die Stellvertreter der Regierungsmitglieder der Autonomen Republiken von Abchasien und Adscharien</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. ein Gouverneur;</li> <li>2. der Stellvertreter eines Gouverneurs;</li> <li>3. ein Beamter des Stadt- oder Gemeinderats;</li> <li>4. ein Bürgermeister;</li> <li>5. ein Stellvertreter des Bürgermeisters</li> </ol>

Gemäß dem georgischem Organgesetz vom 05.02.2014 über das Gesetzbuch der kommunalen Selbstverwaltung hat eine Gemeinde folgende Vertretungs- und Exekutivorgane:



Das Vertretungsorgan der Gemeinde ist das kollegiale Verwaltungsorgan, der Gemeinderat (Art. 23).	Das Exekutivorgan und der ranghöchste Beamte der Gemeinde ist der Bürgermeister (Art. 48).
---	--

<b>Art. 32 – Amtsträger des Gemeinderates</b> Amtsträger des Gemeinderates sind: a. der Gemeinderatsvorsitzende; b. der Stellvertreter des Vorsitzenden; c. ein Ausschussvorsitzender; d. ein Fraktionsvorsitzender; e. der stellvertretende Fraktionsvorsitzende.	<b>Art. 52 – Amtsträger des Rathauses</b> Amtsträger des Rathauses sind: a. der Bürgermeister; b. der erste Stellvertreter des Bürgermeisters; c. ein Stellvertreter des Bürgermeisters; d. der Vorsitzende der strukturellen Einheit des Rathauses.
--	---

Die Hauptstadt Tbilissi ist in Bezirke, die dem Rathaus untergeordnet sind, aufgeteilt (Art. 80). Nach Art. 81 sind die Amtsträger des Bezirks folgende Personen:



a) der Bezirksbürgermeister; b) der stellvertretende Bezirksbürgermeister; c) der Vorsitzende der strukturellen Einheit der Bezirksverwaltung.
--

Für die Bestimmung des Beamtenbegriffs hat Art. 2 Abs. 1 des georgischen Gesetzes vom 17.10.1997 über Interessenkonflikte und Korruption im öffentlichen Dienst besondere Bedeutung, da dort die Amtsträger aufgezählt sind. Die Aufzählung ist allerdings nicht abschließend, wie sich aus dem Wortlaut ableiten lässt. So kann z.B. gemäß Art. 2 Abs. 1 Unterabs. „sch“ ein Amtsträger auch eine Person sein, die „gemäß der georgischen Verfassung gewählt, ernannt oder eingestellt wurde.“

Art. 2 Abs. 2 enthält mit der Aufzählung der Leiter sowohl gewerblicher als auch nicht-gewerblicher juristischer Personen einen Katalog von Amtsträgern. Danach sind (auch) die folgenden Personen Amtsträger:



<p>Der Leiter einer vom Staat oder vom Organ einer kommunalen Selbstverwaltung gegründeten nicht-gewerblichen juristischen Person (es sei denn, die Gründung erfolgte für kulturelle, wissenschaftliche, sportliche, Bildungs- oder Forschungsziele (Unterabs. „b“)).</p>	<p>Der Leiter eines Unternehmers (wie auch eines der Tochterunternehmen), dessen Aktien oder Anteile dem Staat oder dem Organ der kommunalen Selbstverwaltung (zu 100 %) gehören. (Unterabs. „g“).</p>
---	--

### III. Dem Beamten gleichgestellte Person

Was unter dem Begriff der „dem Beamten gleichgestellten Person“ zu verstehen ist, muss genau bestimmt werden, da es sich hierbei um ein Tatbestandsmerkmal handelt und die Wahrung des strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips eine der wichtigsten Aufgaben des Rechtsstaats darstellt. Der Rechtsanwender muss deshalb feststellen, dass der Täter als eine Person angesehen werden kann, die einem Beamten gleichgestellt ist.

Zur Bestimmung des Begriffs ist zunächst die Anmerkung zu Art. 332 gStGB zu

betrachten, die eine Orientierung gebietet.

Anmerkung zu Art. 332 gStGB:

1. Als Beamter oder eine ihm gleichgestellte Person im Sinne der in diesem Kapitel geregelten Straftaten gelten auch Mitarbeiter einer juristischen Person des öffentlichen Dienstes (mit Ausnahme von politischen oder religiösen Vereinigungen), die über öffentlich-rechtliche Befugnisse verfügen, Mitglieder und Mitarbeiter eines Untersuchungsausschusses des georgischen Parlaments, Wahlkandidaten (nur für die Zwecke des Art. 338 gStGB), private Gerichtsvollzieher Sind und andere Personen, die auf Grundlage der georgischen Gesetzgebung über öffentlich-rechtliche Befugnisse verfügen.
2. Für die Zwecke dieses Kapitels gilt als eine dem Beamten gleichgestellte Person auch der Amtsträger eines ausländischen Staates (unter anderem Mitglieder der gesetzgebenden Organe oder/und des Verwaltungsbefugnisse ausübenden Staatsorgans) sowie jede Person, die eine öffentliche Funktion für einen ausländischen Staat wahrnimmt. Dasselbe gilt für Amtsträger oder Bedienstete einer internationalen Organisation oder eines Organs und jede entsandte oder nichtentsandte Person, welche die Aufgaben eines Amtsträgers oder eines Mitarbeiters wahrnimmt, für Mitglieder eines ausländischen Schiedsgerichts und Geschworene eines ausländischen Staates, die ihre Aufgaben auf gesetzlicher Grundlage wahrnehmen, für Mitglieder einer internationalen Parlamentsversammlung und Vertreter des Internationalen Strafgerichtshofes, für Richter oder Amtsträger eines internationalen Gerichts oder Gerichtsorgans.
3. Subjekte der Straftaten, die in Artikel 338-339 dieses Gesetzbuches enthalten sind, können auch die Mitglieder eines Schiedsgerichts Georgiens sowie eines ausländischen Staates sein. Subjekte der in Artikel 338-339<sup>1</sup> dieses Gesetzbuches enthaltenen Straftaten können ebenso Geschworene (und Kandidaten für die Aufgabe eines Geschworenen) sein, die auf Grundlage der georgischen Gesetzgebung über die genannten Befugnisse verfügen.

Hervorzuheben sind einige wichtige Punkte dieser Anmerkung:

1. Das Merkmal, das maßgebend dafür ist, dass eine Person als eine dem

Beamten gleichgestellte Person betrachtet werden kann, ist die „öffentlich-rechtliche Befugnis“.

2. Der Begriff „Beamter“ setzt voraus, dass die öffentlich-rechtlichen Befugnisse ausschließlich im Namen Georgiens bzw. des georgischen Staates ausgeübt werden. Der georgische Gesetzgeber hat unter den Begriff „einer dem Beamten gleichgestellten Person“ über eine besondere Klausel auch die Ausübung öffentlich-rechtlicher Befugnisse für einen ausländischen Staat oder eine internationale Organisation einbezogen;
3. Die Anmerkung gibt Hinweise zu verschiedenen Tatbeständen:
  - Wahlkandidaten können nur Täter der Vorteilsannahme sein (Art. 338 gStGB),
  - Mitglieder eines Schiedsgerichts Georgiens sowie eines ausländischen Staates können Subjekte sowohl der Vorteilsannahme (Art. 338 gStGB) als auch der Vorteilszgewährung (Art. 339 gStGB) sein.
  - Geschworene (und Kandidaten für die Aufgabe eines Geschworenen), die auf Grundlage der georgischen Gesetzgebung diese Befugnisse ausüben, können Täter der Vorteilsannahme (Art. 338 gStGB), der Vorteilszgewährung (Art. 339 gStGB) und des Handelns mit Einfluss (Art. 339<sup>1</sup> gStGB) sein.

#### **IV. Fazit**

Es lässt sich festhalten, dass der Gesetzgeber für den Rechtsanwender einen umfangreichen Katalog aufgestellt hat, um für die Amtsdelikte die Eigenschaft als Amtsträger und damit die Täterqualität zu bestimmen. Da der Staat auch an privatrechtlichen Beziehungen in unterschiedlicher Weise teilnimmt, ist es unvermeidbar, öffentlich-rechtliche Befugnisse zu delegieren. In diesem Fall nimmt eine Person im Rahmen der delegierten Befugnisse öffentlich-rechtliche Aufgaben wahr, weshalb das Staatsinteresse als Schutzgut zu betrachten ist. Daher wäre es nicht gerechtfertigt, die Rechtsanwendung mit einem abschließenden Katalog einzuschränken.

Dies bedeutet aber nicht, dass es allein von der subjektiven Sicht des Rechtsanwenders abhängig wäre, wer als eine solche Person anzusehen ist. Wie

aufgezeigt wurde, hat der Gesetzgeber mit der Anmerkung zu Art. 332 gStGB einen Orientierungsrahmen dafür festgelegt, unter welchen Voraussetzungen von der Tütereigenschaft auszugehen und eine Verletzung des Gesetzlichkeitsprinzips ausgeschlossen ist.

# „HATE CRIMES“ IM DEUTSCHEN STRAFRECHT

Prof. Dr. **Martin Paul Waßmer**, Universität zu Köln

Mit dem Wiedererstarken des Populismus haben sog. „Hate Crimes“ stark an Bedeutung gewonnen. Die internationalen Bemühungen zur Bekämpfung der „Hassdelikte“ reichen weit zurück. So verlangte bereits vor über 50 Jahren die Internationale Konvention der Vereinten Nationen über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung (ICERD) v. 21.12.1965<sup>1</sup>, diskriminierende Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen. In Europa folgten das Zusatzprotokoll v. 28.1.2003<sup>2</sup> zum Übereinkommen des Europarats v. 23.11.2001 über Computerkriminalität betreffend die Kriminalisierung mittels Computersystemen begangener Handlungen rassistischer und fremdenfeindlicher Art und der Rahmenbeschluss 2008/913/JI des Rates der Europäischen Union v. 28.11.2008<sup>3</sup> zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit.

## I. Genese des Begriffs

Der Begriff „Hate Crime“ geht auf die US-amerikanischen Bürgerrechtsbewegungen der 1960er und 1970er Jahre zurück<sup>4</sup>. Die moderne US-Gesetzgebung begann mit dem Civil Rights Act von 1968, der im 18. Titel des United States Code § 245 einführte. Damit konnte in geschützten Bereichen die Androhung von Gewalt, Verletzung, Einschüchterung oder Beeinträchtigung einer Person “by reason of their race, color, religion, or national origin” als Bundesstraftat verfolgt werden<sup>5</sup>. Da der „Hass“ des Täters nicht zwingend ist, die Taten aber stets durch

---

<sup>1</sup> International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, BGBl. 1969 II S. 962.

<sup>2</sup> Sammlung Europäischer Verträge (SEV), Nr. 189.

<sup>3</sup> ABl. EU L 328 v. 6.12.2008, S. 55.

<sup>4</sup> Sotiriadis, KJ 2014, 261, 262.

<sup>5</sup> Streissguth, Hate Crimes, 2003, S. 20.

gruppenbezogene Vorurteile motiviert sind, ist auch häufig von „Bias Crimes“<sup>6</sup> bzw. Vorurteilskriminalität<sup>7</sup> die Rede. Durch diesen Begriff wird die Motivation präziser zum Ausdruck gebracht, er ist aber weniger plakativ. Inhaltlich geht es um Angriffe auf die Menschenwürde, die in der EU durch Art. 1 der Grundrechtecharta und in Deutschland durch Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gewährleistet ist.

Grundlegend für die weitere US-Gesetzgebung war ein Modell-Entwurf der Anti-Defamation-League (ADL) von 1981, der insbesondere eine Strafschärfung für Hate Crimes vorsah und von den meisten Bundesstaaten – im Kern – aufgegriffen wurde<sup>8</sup>. Die heutigen Hate-Crime-Gesetze der US-Bundesstaaten unterscheiden sich teilweise sehr stark: Einerseits wird das Strafmaß der begangenen Straftat erhöht, teilweise verdoppelt oder gar verdreifacht; andererseits wechselt der Deliktstyp bei Hate Crimes vom misdemeanor (Vergehen) zum felony (Verbrechen); und schließlich existieren für Hate Crimes eigenständige Straftatbestände, deren Strafandrohung mit derjenigen eines gleichzeitig verübten Deliktes addiert oder kumuliert wird<sup>9</sup>.

## II. Hasskriminalität in deutschen Statistiken

In Deutschland wird die Hasskriminalität der „Politisch motivierten Kriminalität“ (PMK) zugeordnet. Bereits am 10.5.2011 waren mit Beschluss der Innenministerkonferenz rückwirkend zum 1.1.2001 einheitliche Kriterien<sup>10</sup> zur Definition und Erfassung in Kraft gesetzt worden. Danach gehören zur „Politisch motivierten Kriminalität“ zum einen Staatsschutzdelikte und Straftaten, die den demokratischen Willensbildungsprozess beeinflussen sollen, sich gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung richten oder durch Anwendung von Gewalt auswärtige Belange Deutschlands gefährden sollen. Zum anderen

---

<sup>6</sup> Kohlstruck, Berliner Forum Gewaltprävention Nr. 16 (2004), 67, 68.

<sup>7</sup> Vgl. nur Lang, Vorurteilskriminalität, 2014.

<sup>8</sup> Aydin, Die strafrechtliche Bekämpfung von Hassdelikten in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika, 2006, S. 59 ff.

<sup>9</sup> Ege, ZStR 2012, 276, 283 m.w.N.

<sup>10</sup> „Definitionssystem Politisch motivierte Kriminalität“ und „Richtlinien für den Kriminalpolizeilichen Meldedienst in Fällen Politisch motivierter Kriminalität (KPMD-PMK)“, vgl. BT-Drucks. 17/1928 S. 4; zur Erfassung kritisch Kubink, ZRP 2002, 308, 311 ff.

zählen dazu aber auch Straftaten, die „gegen eine Person gerichtet sind, wegen ihrer politischen Einstellung, Nationalität, Volkszugehörigkeit, Rasse, Hautfarbe, Religion, Weltanschauung, Herkunft oder aufgrund ihres äußeren Erscheinungsbildes, ihrer Behinderung, ihrer sexuellen Orientierung oder ihres gesellschaftlichen Status“, „bzw. sich in diesem Zusammenhang gegen eine Institution/Sache oder ein Objekt“ richten.

Nach der PMK-Statistik nahm die „Hasskriminalität“ im Jahr 2016<sup>11</sup> mit 10.751 Straftaten deutlich zu und erreichte einen Höchststand. Damit hat sich ein erschreckender Trend fortgesetzt. Nachdem in den 1980er Jahren durchschnittlich 1300 Taten jährlich registriert wurden, waren es in den 1990er Jahren bereits 4000 Taten<sup>12</sup>. Von 2001 bis 2014 bewegten sich die Fallzahlen zwischen 3.850 und 5.858<sup>13</sup>, um dann 2015 – also im Jahr der „Flüchtlingskrise“ – um mehr als 75 % (10.373) in die Höhe zu schnellen! Es überrascht daher kaum, dass es sich im Jahr 2015 und 2016 in über 80 % der Fälle (8.529; 8.983) um fremdenfeindliche Straftaten handelte. Hierbei waren rund 30 % der Straftaten durch „Hasspostings“ geprägt (2015: 3.084; 2016: 3.177). Überwiegend handelte es sich um Volksverhetzungen (2016: 2.279). Aber auch die Gewaltdelikte hatten mit rund 15 % der Straftaten (2016: 1.567) einen signifikanten Anteil. Insgesamt war die Hasskriminalität im Jahr 2016 zu über 90 % dem Bereich „PMK-rechts“ zugeordnet, beruhte also auf einer rechtsextremen Gesinnung.

### **III. Hasskriminalität in der deutschen Gesetzgebung**

#### **1. Ausgangslage**

Das deutsche Strafrecht trägt der Hasskriminalität schon lange Rechnung. So wird durch die Volksverhetzung (§ 130 StGB) nicht nur die Aufstachelung zum Hass und zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen unter Strafe gestellt, sondern auch Angriffe auf die Menschenwürde anderer, indem diese beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet werden (Abs. 1). Einbezogen ist auch die Verbreitung

---

<sup>11</sup> Bundesministerium des Innern, Politisch Motivierte Kriminalität im Jahr 2016, S. 5.

<sup>12</sup> Künast/Köhler, ZRP 2002, 132.

<sup>13</sup> Vgl. Bundesministerium des Innern, Übersicht „Hasskriminalität – Entwicklung der Fallzahlen 2001-2016, April 2017.

und das öffentliche Zugänglichmachen von „Schriften“ (Abs. 2), denen (§ 11 Abs. 3 StGB) Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und andere Darstellungen in Rundfunk, Medien- oder Telediensten gleichstehen. Darüber hinaus ist die öffentliche Billigung, Leugnung oder Verharmlosung von Völkermordhandlungen, die unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangen wurden (sog. Auschwitz-Lüge), strafbar (Abs. 3). In zweiter Linie sind Vereinigungs- und Propagandadelikte (§§ 85-86 a StGB), die Öffentliche Aufforderung zu Straftaten (§ 111 StGB), die Belohnung und Billigung von Straftaten (§ 140 StGB), Beleidigungsdelikte (§§ 185 ff. StGB) sowie Nötigung und Drohung (§§ 240, 241 StGB)<sup>14</sup>, aber auch die Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen (§ 166 StGB) zu nennen<sup>15</sup>. Und schließlich erfüllt eine fremdenfeindliche oder rassistische Motivation beim Mord (§ 211 StGB) i.d.R. das Merkmal der niedrigen Beweggründe<sup>16</sup>.

Im Übrigen konnte bei allen Delikten menschenverachtenden Motiven in der Strafzumessung (§ 46 StGB) Rechnung getragen werden. Bereits § 46 Abs. 2 S. 2 StGB a.F. benannte bei den Strafzumessungsumständen nicht nur „die Beweggründe und Ziele des Täters“, sondern auch „die Gesinnung, die aus der Tat spricht“. In der Praxis war diesbezüglich anerkannt, dass rassistische und fremdenfeindliche Motive die Strafe schärfen<sup>17</sup>. Ebenso war die Berücksichtigung unter „verschuldeten Auswirkungen“ und „Ausführung der Tat“ möglich, da die Taten i.d.R. mit besonderen Schäden verbunden sind und das Opfer wegen seiner Zugehörigkeit zu einer Gruppe ausgewählt wird<sup>18</sup>.

## 2. Rechtsinstrumente der Europäischen Union und des Europarats

Für die Umsetzung der eingangs genannten europäischen Rechtsinstrumente waren daher nur geringe Erweiterungen notwendig. So bezog sich § 130 StGB

---

<sup>14</sup> Weiß, in: Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2014, § 25 Rn. 40.

<sup>15</sup> Schreier, NJ 2015, 323, 324.

<sup>16</sup> BGHSt 18, 37 (Rassenhass); BGH NJW 2000, 1583 (Ausländerhass); Schreier, NJ 2015, 323, 325 m.w.N.; BT-Drucks. 17/3124 S. 8.

<sup>17</sup> Sotiriadis, KJ 2014, 261, 272 m.w.N.

<sup>18</sup> Sotiriadis, KJ 2014, 261, 268 ff.

auf „Teile der Bevölkerung“, nach dem Zusatzprotokoll von 2003 und dem Rahmenbeschluss 2008/913/JI war aber auch die Aufstachelung zu Hass und Gewalt gegen einzelne Mitglieder zu erfassen<sup>19</sup>. Im Übrigen entsprach das deutsche Recht den Vorgaben. Insbesondere war Art. 4 des Rahmenbeschlusses, der (nur) verlangt, dass rassistische und fremdenfeindliche Beweggründe entweder als erschwerender Umstand gelten oder beim Strafmaß berücksichtigt werden „können“, durch § 46 StGB Rechnung getragen<sup>20</sup>.

### **3. Empfehlungen internationaler Gremien**

Dessen ungeachtet wurde von internationalen Gremien empfohlen, die Tatbegehung aus rassistischen Motiven als Strafzumessungsgrund zu benennen, und damit der politische Druck erhöht. Entsprechende Empfehlungen gaben nicht nur die Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) am 15.12.2000, 26.5.2009 und 25.2.2014 ab<sup>21</sup>, sondern auch der Ausschuss für die Beseitigung der Rassendiskriminierung (CERD) am 13.8.2008<sup>22</sup> und der Sonderbericht-erstatter der Vereinten Nationen für Rassismusfragen am 22.2.2010<sup>23</sup>.

### **4. Erster Gesetzentwurf des Bundesrats vom 13.08.2008**

Bereits im Jahr 2000 hatten mehrere Bundesländer<sup>24</sup> im Bundesrat

---

<sup>19</sup> BT-Drucks. 17/3124 S. 6.

<sup>20</sup> BT-Drucks. 17/3124 S. 8.

<sup>21</sup> Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) des Europarates, Bericht über Deutschland, zweite Prüfungsrunde, veröffentlicht am 15.12.2000, vierte Prüfungsrunde, veröffentlicht am 26.5.2009, fünfte Prüfungsrunde, veröffentlicht am 25.2.2014; vgl. BT-Drucks. 16/10123 S. 1 und BT-Drucks. 18/3007 S. 14.

<sup>22</sup> Schlussbemerkungen des Ausschusses für die Beseitigung der Rassendiskriminierung – CERD – der Vereinten Nationen zu den 16. bis 18. Staatenberichten Deutschlands, CERD/C/DEU/CO/18, angenommen am 13. August 2008, Nr. 26.

<sup>23</sup> Bericht des Sonderberichterstatters der Vereinten Nationen für Rassismusfragen, Githu Muigai, über seinen Deutschlandbesuch, A/HRC/14/43/Add.2 v. 22.2.2010, Rn. 78.

<sup>24</sup> Baden-Württemberg: BR-Drucks. 564/00 v. 21.9.2000; Brandenburg: BR-Drucks. 577/00 v. 26.9.2000; Mecklenburg-Vorpommern: BR-Drucks. 759/00 v. 16.11.2000.

Gesetzesvorschläge präsentiert, mit denen extremistische Straftaten besser bekämpft bzw. der strafrechtliche Schutz der Menschenwürde verbessert werden sollte. Auch in den Bundestag wurden Entschließungsanträge eingebracht, aber ohne Erfolg<sup>25</sup>.

In der 16. Legislaturperiode, am 13.8.2008, brachte dann der Bundesrat auf Initiative Brandenburgs, Mecklenburg-Vorpommerns und Sachsen-Anhalts den Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes<sup>26</sup> ein. Hiermit sollten in § 46 StGB als Strafzumessungsumstände „besonders auch menschenverachtende, rassistische oder fremdenfeindliche“ Beweggründe und Ziele aufgenommen werden. Weiter sollten durch Ergänzung der §§ 47, 56 StGB bei Vorliegen von Taten, die durch solche Motivationen zumindest mitbestimmt waren, zum Zweck der Verteidigung der Rechtsordnung „in der Regel“ auch kurze Freiheitsstrafen unter sechs Monaten verhängt und vollstreckt werden.

Begründet<sup>27</sup> wurde die Initiative damit, dass die Anzahl der Straftaten, die von Vorurteilen und Hass geprägt seien, zu umfassendem und nachhaltigem Handeln zwingen würden. Rassistisch oder fremdenfeindlich motivierte Taten würden andere Menschen als „minderwertig“ einstufen und sie in einer Weise herabsetzen, die ein strafrechtliches Einschreiten schon im Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG (Menschenwürde) erforderlich mache. Zugleich sollten im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG auch alle menschenverachtenden Beweggründe und Ziele – etwa eine Behinderung oder die religiöse Anschauung – einbezogen werden. Die Straftaten seien nicht gegen das Opfer als Individuum gerichtet, sondern exemplarisch gegen den Repräsentanten einer dem Täter verhassten Menschengruppe, und deshalb geeignet, Angst und Schrecken vornehmlich bei all jenen Personen zu verbreiten, die ebenfalls diese Merkmale aufweisen. Darin liege die besondere Dimension des Unrechts. Der Staat müsse verdeutlichen, dass solche Taten besonders missbilligt werden.

Die damals „schwarz-rote“ Bundesregierung (CDU/CSU und SPD) bezeichnete

---

<sup>25</sup> Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses (4. Ausschuss), BT-Drucks. 14/5695.

<sup>26</sup> BT-Drucks. 16/10123; vgl. bereits BR-Drucks. 572/07 v. 20.8.2007.

<sup>27</sup> BT-Drucks. 16/10123 S. 7.

es allerdings als „fraglich“, ob die Änderungen geboten und sachgerecht seien<sup>28</sup>. Den Beweggründen und Zielen könne bereits durch § 46 StGB ausreichend Rechnung getragen werden. Die „regelmäßige“ Verhängung und Vollstreckung kurzer Freiheitsstrafen würde die bewährte Systematik umkehren, wonach kurze Freiheitsstrafen nur in Ausnahmefällen verhängt und vollstreckt werden. Und schließlich sei begrifflich unklar, welche rassistischen oder fremdenfeindlichen Motive nicht zugleich menschenverachtend seien. Im Schrifttum stieß der Entwurf neben Zustimmung<sup>29</sup> überwiegend ebenfalls auf Ablehnung. Angeführt wurde, dass die Änderungen „mehr symbolischen als praktischen Wert“ hätten<sup>30</sup>, bei Hassdelikten bereits überproportional häufig kurze Freiheitsstrafen verhängt würden und ein „Sonderstrafrecht“ für einzelne Tätergruppen unangebracht sei<sup>31</sup>. Die Gesetzesinitiative erledigte sich schließlich durch Zeitablauf.

## 5. Zweiter Gesetzentwurf des Bundesrats vom 18.4.2012

In der 17. Legislaturperiode, am 18.4.2012, brachte der Bundesrat auf Initiative von nunmehr sechs Bundesländern einen zweiten Gesetzentwurf ein<sup>32</sup>. Vorausgegangen waren Gesetzentwürfe der Fraktion der SPD<sup>33</sup> und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen<sup>34</sup>. Erneut sollte § 46 StGB ergänzt werden, wobei die Formulierung jetzt – präziser – „menschenverachtende, insbesondere rassistische oder fremdenfeindliche“ Beweggründe und Ziele lautete. Regelungen zu kurzen Freiheitsstrafen waren nicht mehr enthalten. Begründet<sup>35</sup> wurde die Gesetzesinitiative damit, dass das Strafrecht ein „klares Signal“ setzen müsse. Die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte sollten für diese Motive sensibilisiert werden und ihnen künftig größere Bedeutung beimessen.

---

<sup>28</sup> BT-Drucks. 16/10123 S. 11.

<sup>29</sup> Stegbauer, NJ 2008, 108, 109 f.

<sup>30</sup> Hellmann/Gärtner, NJW 2011, 961, 965.

<sup>31</sup> Keiser, ZPR 2010, 46, 48, 49.

<sup>32</sup> Berlin, Bremen, Hamburg, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt, Thüringen, vgl. BT-Drucks. 17/9345.

<sup>33</sup> BT-Drucks. 17/8131 v. 14.12.2011.

<sup>34</sup> BT-Drucks. 17/8796 v. 29.2.2012.

<sup>35</sup> BT-Drucks. 17/9345 S. 6.

Die nunmehr schwarz-gelbe Bundesregierung (CDU/CSU und FDP) wies in ihrer Stellungnahme jedoch darauf hin, dass die Ergänzung „vorrangig symbolischen Charakter“ hätte. Die Beweggründe würden – wie eine aktuelle Untersuchung gezeigt habe – von nahezu 90 % der befragten Richter und Staatsanwälte bereits berücksichtigt; zudem hätten zwei Drittel der befragten Justizpraktiker eine ausdrückliche Erwähnung der Vorurteilmotivation in § 46 StGB abgelehnt<sup>36</sup>. Im Schrifttum wurden teilweise auch flankierende Maßnahmen gefordert<sup>37</sup>. Nachfolgend lehnte der Rechtsausschuss des Bundestages mit den Stimmen der Regierungsfractionen alle Gesetzentwürfe ab<sup>38</sup>.

## 6. (Dritter) Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 30.10.2014

In der 18. Legislaturperiode, am 30.10.2014, präsentierte die – erneut – „schwarzrote“ Bundesregierung selbst einen Gesetzentwurf<sup>39</sup>. Anlass war, dass es der rechtsterroristischen Gruppierung „Nationalsozialistischer Untergrund“ (NSU) gelungen war, über einen Zeitraum von fast 14 Jahren hinweg schwerste Straftaten zu begehen. Über die Empfehlungen des Untersuchungsausschusses hinaus sollte – gleichlautend mit dem zweiten Gesetzentwurf – § 46 StGB ergänzt werden.

Der zuständige Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz empfahl diesmal mit den Stimmen der Regierungskoalition – unter Stimmenthaltung der Opposition – die Annahme<sup>40</sup>. Im Schrifttum wurde dagegen wiederum bemängelt, dass die Novellierung keinen dogmatischen Mehrwert habe<sup>41</sup>. Dessen ungeachtet billigte die Mehrheit von Bundestag und Bundesrat den Entwurf<sup>42</sup>, woraufhin das „Gesetz

---

<sup>36</sup> BT-Drucks. 17/9345 S. 7 m.w.N.

<sup>37</sup> Vgl. Stoltenberg, ZRP 2012, 119, 122.

<sup>38</sup> BT-Drucks. 17/11061 S. 2.

<sup>39</sup> BT-Drucks. 18/3007; vorausgegangen war ein Beschluss der Justizministerkonferenz (JuMiKo) vom 12.6.2013, der empfahl, menschenverachtende Motive strafschärfend zu berücksichtigen, vgl. Sotiriadis, KJ 2014, 261, 263 m.w.N.

<sup>40</sup> Vgl. BT-Drucks. 17/4357 S. 5 f.

<sup>41</sup> Zur Kritik Jungbluth, RuP 2015, 162, 164 ff.; StV 2015, 579, 580 ff.; Payandeh, JuS 2015, 695, 699; Sotiriadis, KJ 2014, 261, 265 ff.; Timm, JR 2014, 141, 143 ff.; Tolmein, ZRP 2014, 127.

<sup>42</sup> Bundestag: 3. Beratung, BT-PIPr 18/94 v. 19.3.2015, S. 8976C; Bundesrat: 2. Durchgang: BR-PIPr 933 v. 8.5.2015, S. 166B.

zur Umsetzung von Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages“ vom 12.6.2015 am 1.8.2015<sup>43</sup> in Kraft treten konnte. Ergänzend waren bereits am 24./25.2.2015 Änderungen der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) beschlossen worden<sup>44</sup>. Danach sind die Ermittlungen, soweit Anhaltspunkte für rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende Beweggründe bestehen, nicht nur auch auf diese Tatumstände zu erstrecken (Nr. 15 Abs. 5 RiStBV), sondern es besteht bei Privatklassensachen „in der Regel“ auch ein öffentliches Interesse an der Verfolgung (Nr. 86 Abs. 2 S. 1 RiStBV).

#### **IV. Menschenverachtende Motive als Strafzumessungsgrund**

Bei der Strafzumessung sind nunmehr ausdrücklich „besonders auch rassistische, fremdenfeindliche und sonstige menschenverachtende“ Beweggründe und Ziele zu berücksichtigen. Nach der Gesetzesbegründung<sup>45</sup> ist „menschenverachtend“ der Oberbegriff, während die Begriffe „rassistisch“ und „fremdenfeindlich“ nur Anhaltspunkte für die Auslegung geben sollen<sup>46</sup>. Kritisiert wird teilweise, dass nicht noch weitere Motivationen (z.B. „homosexuellenfeindlich“; „behindertenfeindlich“) aufgenommen wurden<sup>47</sup>. Dies wäre zwar möglich, jedoch genügt m.E. die Hervorhebung der häufigsten Motivationen.

#### **1. Rassistische und fremdenfeindliche Beweggründe und Ziele**

Die Merkmale „rassistisch“ und „fremdenfeindlich“ knüpfen nach der Gesetzesbegründung an Art. 1 des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI an, der darunter solche Straftaten versteht, die sich gegen eine nach den Kriterien der Rasse, Hautfarbe, Religion, Abstammung oder nationale oder

---

<sup>43</sup> BGBl. I 2015 v. 19.6.2015, Nr. 23, S. 925.

<sup>44</sup> Durch den Unterausschuss des Strafrechtsausschusses der Justizministerkonferenz (Ju-MiKo), vgl. BT-Drucks. 17/4357 S. 6.

<sup>45</sup> Zur Kritik Jungbluth RuP 2015, 162 ff.

<sup>46</sup> BT-Drucks. 18/3007 S. 14.

<sup>47</sup> Vgl. Timm, JR 2014, 141, 145; Tolmein, ZRP 2014, 127; für die Aufnahme weiterer Diskriminierungsmerkmale Schreier, NJ 2015, 323, 330.

ethnische Herkunft definierte Gruppe von Personen oder gegen ein Mitglied einer solchen Gruppe richten<sup>48</sup>. Der Begriff „Rassismus“ habe eher einen biologischen bzw. phänotypischen Hintergrund. Dagegen umschreibe der Begriff „Fremdenfeindlichkeit“ ein Verhalten, bei dem Menschen aufgrund bestimmter, kulturalistisch begründeter Kriterien wie Aussehen, Herkunft, Sprache oder sonstiger sozialer Verhaltensweisen als „fremd“ stigmatisiert werden<sup>49</sup>. Gemeinsam sei Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, dass der Täter das eigene Weltbild bzw. die eigenen Vorurteile als Rechtfertigung missbrauche, um die universelle Geltung der Menschenrechte zu negieren und die Menschenwürde zu verletzen<sup>50</sup>. Schließlich seien die Merkmale bereits Unterthemen für die polizeiliche Erfassung der politisch motivierten Kriminalität im Themenfeld „Hasskriminalität“<sup>51</sup>.

## 2. Sonstige menschenverachtende Beweggründe und Ziele

Die „sonstigen menschenverachtenden“ Beweggründe und Ziele sollen als „Auffangmerkmal“ weitere anerkannte Diskriminierungsverbote erfassen und der Strafzumessungspraxis den notwendigen Raum geben, um alle Formen der Hass- und Vorurteilkriminalität sachgerecht zu würdigen<sup>52</sup>. Einschlägig sind allem die im polizeilichen Erfassungssystem als weitere Unterthemen der Hasskriminalität genannten Beweggründe und Ziele: antisemitische, gegen die religiöse Orientierung, eine Behinderung, den gesellschaftlichen Status oder die sexuelle Orientierung gerichtete<sup>53</sup>. Im Übrigen sind die Gerichte frei, auch andere menschenverachtende Motivationen zu berücksichtigen<sup>54</sup>.

---

<sup>48</sup> BT-Drucks. 18/3007 S. 14.

<sup>49</sup> BT-Drucks. 18/3007 S. 15; kritisch zuvor Stoltenberg, ZRP 2012, 119, 122: Unterfall von Rassismus.

<sup>50</sup> BT-Drucks. 18/3007 S. 15.

<sup>51</sup> BT-Drucks. 18/3007 S. 15.

<sup>52</sup> BT-Drucks. 18/3007 S. 15; kritisch Tolmein, ZRP 2014, 127: rechtlich unkonturierter Begriff.

<sup>53</sup> BT-Drucks. 18/3007 S. 15.

<sup>54</sup> BT-Drucks. 18/3007 S. 16.

### 3. Berücksichtigung

In systematischer Hinsicht hebt die Gesetzesbegründung hervor, dass die neuen Strafzumessungsumstände „grundsätzlich“ strafschärfende Bedeutung hätten; hiermit sei „keine einseitige Gewichtung“ im Vergleich zu den übrigen, neutral gefassten Umständen verbunden<sup>55</sup>. Dem ist zu widersprechen, da nicht erkennbar ist, wie eine menschenverachtende Motivation zur Strafmilderung führen könnte! Es handelt sich um „Extrem-Motivationen“<sup>56</sup>, die nicht relativierbar sind. Eine menschenverachtende Motivation begründet stets eine Strafschärfung.

Zu Recht verwahrt sich dagegen die Gesetzesbegründung gegen den Vorwurf<sup>57</sup> des Gesinnungsstrafrechts. Denn die menschenverachtende Gesinnung „als solche“ führt nicht zu einer Strafschärfung, sondern nach dem Wortlaut nur die Gesinnung, die „aus der Tat“ spricht<sup>58</sup>.

Schließlich stellt die Gesetzesbegründung heraus, dass das Verbot der Doppelverwertung des § 46 Abs. 3 StGB zu beachten ist, so dass bei Tatbeständen, bei denen menschenverachtende Motive bereits Tatbestandsmerkmale sind – wie bei der Volksverhetzung (§ 130 StGB) –, diese Umstände nicht nochmals berücksichtigt werden dürfen<sup>59</sup>. Soweit die Gesetzesbegründung aber anführt, dass die neuen Strafzumessungsumstände beim Mord (§ 211 StGB) auf das Merkmal der niedrigen Beweggründe keinen Einfluss hätten, weil sich beim Mord die Frage der Strafzumessung aufgrund der Bedrohung mit lebenslanger Freiheitsstrafe nicht stelle, ist dies nicht korrekt. Denn die Erfüllung mehrerer Mordmerkmale kann zu einer erheblichen Steigerung der Schuld führen. In den Fällen der „besonderen Schwere der Schuld“ ist bei einer lebenslangen Freiheitsstrafe die Aussetzung des Strafrestes ausgeschlossen (vgl. § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB)<sup>60</sup>. Bei der Prüfung der besonderen Schwere hat sich das Tatgericht an den für die

---

<sup>55</sup> BT-Drucks. 18/3007 S. 16.

<sup>56</sup> Streng, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), NomosKommentar StGB, 5. Aufl. 2017, § 46 Rn. 52.

<sup>57</sup> Timm, JR 2014, 141, 145 ff.

<sup>58</sup> Vgl. BT-Drucks. 18/3007 S. 16; ferner Sotiriadis, KJ 2014, 261, 269.

<sup>59</sup> BT-Drucks. 18/3007 S. 16.

<sup>60</sup> Jungbluth, RuP 2015, 162, 168.

Strafzumessungsschuld geltenden Regeln zu orientieren<sup>61</sup>.

## V. Ausblick

Fraglich ist, ob und ggf. wie der strafrechtliche Schutz gegen Hasskriminalität im deutschen Strafrecht verstärkt werden sollte.

### 1. Änderungen auf der Tatbestandsebene

Auf der Ebene des Tatbestandes könnten Qualifikationstatbestände oder Regelbeispiele – also besondere Strafzumessungsregeln, die grds. wie Tatbestandsmerkmale zu behandeln sind – geschaffen werden<sup>62</sup>. Diese Ergänzungen hätten zur Folge, dass nicht nur (i.S.d. Tatstrafrechts) auf das reine Handlungs- und Erfolgsunrecht, sondern (i.S.d. Täterstrafrechts) – eine besondere Motivation des Täters maßgebend wäre. Da das deutsche Strafrecht kein reines Tatstrafrecht ist, sondern teilweise auch besondere Motivationen – wie bei den Mordmerkmalen – berücksichtigt, ist dies möglich. Aber bereits aus historischen Gründen ist Zurückhaltung geboten, da das Täterstrafrecht in der Zeit des Nationalsozialismus instrumentalisiert wurde. Außerdem müsste eine – wenig sinnvolle – großflächige Ergänzung des Kern- und Nebenstrafrechts stattfinden, da im Prinzip alle Straftaten aus menschenverachtenden Motiven heraus begangen werden können.

Denkbar wäre es aber, bei Tatbeständen, die für die Hasskriminalität besondere Bedeutung haben, der besonderen Motivation Rechnung zu tragen. So wollte der brandenburgische Gesetzentwurf aus dem Jahr 2000<sup>63</sup> eine Strafvorschrift (§ 224a StGB) einführen, welche die Begehung einer Körperverletzung „aus Hass [...] oder sonst aus niedrigen Beweggründen“ als Verbrechen ausgestaltet hätte. Allerdings bereiten die „niedrigen Beweggründe“ bereits beim Mord große Auslegungsschwierigkeiten. Und „Hass“ ist ein ambivalentes Merkmal, da er

---

<sup>61</sup> BGH NStZ 2014, 511.

<sup>62</sup> Vgl. zum Schutz vor Diskriminierung Schreier, NJ 2015, 323, 327 f.

<sup>63</sup> BR-Drucks. 577/00 v. 26.9.2000.

schuldmindernd wirkt, wenn der Täter ihn nicht beherrschen kann<sup>64</sup>. Vorzugswürdig wäre es, breiter auf die menschenverachtende Motivation abzustellen, wobei jedoch nicht nur die §§ 223, 224 StGB, sondern alle Körperverletzungs- und Gewaltdelikte ergänzt werden müssten. Damit würde allerdings der Umfang der Tatbestände stark anwachsen, obwohl es sich um eine allgemeine Thematik handelt.

## **2. Änderungen auf der Strafzumessungsebene**

Daher ist daran festzuhalten, dass einer menschenverachtenden Motivation allein auf der Ebene der Strafzumessung Rechnung zu tragen ist, wie dies bereits mit § 46 StGB möglich ist. Denkbar wäre es aber, für die Strafschärfung schematische Vorgaben zu machen, die z.B. eine Verdoppelung des Strafrahmens vorsehen. Hiergegen spricht jedoch, dass die im Rahmen des § 46 StGB vorzunehmende Strafzumessung stets das Ergebnis einer umfassenden Gesamtabwägung von Tatgeschehen und Täterpersönlichkeit ist<sup>65</sup>, in der dem Einzelfall in schuldangemessener Weise Rechnung zu tragen ist. Eine Strafschärfung ist stets nur im Rahmen der Schuldangemessenheit zulässig<sup>66</sup>. Auch künftig muss daher die Strafschärfung im Ermessen des Gerichts stehen. Im Übrigen wird in der Praxis der Strafrahmen regelmäßig ohnehin nicht ausgeschöpft, vielmehr bewegen sich die verhängten Strafen meistens im unteren Bereich. Die Strafrahmen bieten daher genügend Spielraum<sup>67</sup>, um einer menschenverachtenden Motivation in angemessener Weise Rechnung zu tragen.

## **3. Flankierende Maßnahmen**

Darüber hinaus ist der Hasskriminalität mit flankierenden Maßnahmen entgegenzutreten, insbesondere mit einer Stärkung der Opferrechte. Mit dem neuen Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) v. 19.9.2017<sup>68</sup> möchte die

---

<sup>64</sup> Tolmein, ZRP 2001, 315, 316, 317.

<sup>65</sup> Vgl. nur Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 46 Rn. 4 m.w.N.

<sup>66</sup> Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, StGB, Vor § 38 ff. Rn. 6 m.w.N.

<sup>67</sup> Vgl. zum Diskriminierungsmotiv Schreier, NJ 2015, 323, 328.

<sup>68</sup> Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerk-

Bundesregierung die Rechtsdurchsetzung in einem Teilbereich, den sozialen Netzwerken, verbessern. Damit soll nicht nur der zunehmenden Hasskriminalität begegnet werden, sondern auch der Verbreitung von strafbaren Falschnachrichten („Fake News“) in sozialen Medien wie Facebook, YouTube und Twitter<sup>69</sup>. Durch das Gesetz sind die Anbieter sozialer Netzwerke seit dem 1.1.2018 zu vierteljährlichen Berichten (§ 2 NetzDG) und einem umfangreichen Beschwerdemanagement (§ 3 NetzDG) verpflichtet. Auf Beschwerde hin müssen offensichtlich rechtswidrige Inhalte innerhalb von 24 Stunden und sämtliche rechtswidrigen Inhalte innerhalb von 7 Tagen entfernt oder gesperrt werden. Verstöße sind mit sehr hohen Bußgeldern bis zu 50 Mio. Euro bewehrt (vgl. § 4 NetzDG). Das NetzDG wurde allerdings bereits bei der Anhörung im Rechtsausschuss von der Mehrheit der Experten als verfassungswidrig bewertet<sup>70</sup> und unterliegt anhaltender Kritik. Denn es verwandelt die Anbieter sozialer Netzwerke in „Hilfspolizisten“ und setzt einen „Löschanreiz“, so dass die Gefahr besteht, dass zu stark in die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) eingegriffen wird („Overblocking“; „Zensur“)<sup>71</sup>.

#### 4. Bekämpfung der Ursachen

Schließlich gilt es die Ursachen der Hasskriminalität zu bekämpfen. Durch die Globalisierung und Migration werden die Gesellschaften zunehmend vielfältiger, wodurch verstärkt Konflikte drohen. Abschottung und Xenophobie stellen aber keine brauchbaren Lösungsstrategien dar, da die Weltgemeinschaft auch künftig weiter zusammenwachsen muss und wird, da von dem wachsenden Wohlstand und dem Abbau ökonomischer Differenzen letztlich alle Menschen profitieren. Ziel der Prävention muss es sein, dass Respekt und Toleranz auch künftig als zentrale gesellschaftliche Werte gelten. Die Entstehung der Hasskriminalität dürfte vor allem auf verfehlte kognitiv-soziale Lernprozesse zurückzuführen sein, die früh einsetzen<sup>72</sup>. Der Hasskriminalität ist deshalb nicht nur durch die Strafjustiz

---

durchsetzungsgesetz – NetzDG) v. 19.9.2017, BGBl. I S. 3352.

<sup>69</sup> BT-Drucks. 18/12356 S. 1.

<sup>70</sup> Vgl. <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw25-pa-recht-rechts-durchsetzung/510328>.

<sup>71</sup> Vgl. zur Kritik nur Guggenberger, ZRP 2017, 98 ff.; Kubiciel, jurisPR-StrafR 7/2017 Anm. 1.

<sup>72</sup> Schneider, JZ 2003, 497, 501 f.

als formeller Sozialkontrolle, sondern möglichst bereits in Vorschule und Schule entgegenzutreten<sup>73</sup>, damit Vorurteile nicht „gelernt“ bzw. „verlernt“ werden.

## VI. Fazit

1. Hate Crimes sind Straftaten, die gegen Personen/Institutionen begangen werden, insbesondere wegen ihrer politischen Einstellung, Nationalität, Volkszugehörigkeit, Rasse, Hautfarbe, Religion, Weltanschauung, Herkunft, ihres äußeren Erscheinungsbildes, ihrer Behinderung, sexuellen Orientierung oder ihres gesellschaftlichen Status.
2. Die Fallzahlen der Hasskriminalität sind in Deutschland in den vergangenen Jahren deutlich angestiegen, wofür vor allem die starke Zunahme fremdenfeindlicher Straftaten von Personen mit einer rechtsextremen Gesinnung verantwortlich ist.
3. Auf Hassdelikte ist mit einer Strafschärfung zu reagieren. In Deutschland kann einer menschenverachtenden Motivation schon immer im Rahmen der Strafzumessung Rechnung getragen werden. Die Ergänzung des § 46 Abs. 2 Satz 2 StGB um „menschenverachtende, insbesondere rassistische oder fremdenfeindliche“ Beweggründe und Ziele sollte ein rechtspolitisches Zeichen setzen sowie Polizei und Justiz für das Vorliegen menschenverachtender Motive sensibilisieren.
4. Auf die Einführung von Qualifikationen bzw. Regelbeispielen sollte auch künftig verzichtet werden. Ebenso wären schematische Verschärfungen verfehlt, da die Strafzumessung stets schuldangemessen sein muss und die vorhandenen Strafrahmen weit genug sind, um der Hasskriminalität effektiv entgegenzutreten.
5. Schließlich sollten nicht nur die Rechte der Opfer gestärkt, sondern vor allem auch die Ursachen der Hasskriminalität angegangen werden, damit Respekt und Toleranz weiterhin als zentrale gesellschaftliche Werte gelten.

---

<sup>73</sup> Hierzu und zu weiteren möglichen Präventionsmaßnahmen Schneider, JZ 2003, 497, 502 f.

# KONZEPT UND REGULIERUNGSMECHANISMEN DER HASSDELIKTE

Lika Jalagania, Menschenrechtsanwältin

## I. Einleitung

„Hassdelikte“ werden wegen Vorurteilen begangen, die auf gesellschaftlich verbreiteten, diskriminierenden und stereotypen Ansichten fußen<sup>1</sup>.

Obwohl es in der Rechtswissenschaft keinen einheitlichen Ansatz für Hassdelikte gibt, ist hervorzuheben, dass die strafrechtliche Literatur sie auf die soziale Natur der Taten und auf ihre sozioökonomischen, kulturellen und politischen Entstehungsgründe fokussiert. Danach ist das Hassdelikt die extremste Form der Diskriminierung, die aus der Segregation, Diskriminierung und Marginalisierung anderer Menschen resultiert<sup>2</sup>.

Die in der Gesellschaft vorhandene Gewalthierarchie basiert auf der Dominanz gegenüber unterdrückten, andersartigen Menschen: auf der Überlegenheit des Mannes gegenüber der Frau, des Heterosexuellen gegenüber dem Homosexuellen, des Weißen gegenüber dem Schwarzen, des Orthodoxen gegenüber dem Vertreter einer religiösen Minderheit. Durch das Kreieren von Bildern des „Fremden“ wird das Hassdelikt zum Instrument, das die in der Gesellschaft existierenden Ungleichgewichte aufzeigt. Das Opfer ist daher grundsätzlich Mitglied einer in sozialer oder politischer Hinsicht marginalisierten Gruppe, die für die dominante Kultur bzw. Identität unannehmbar erscheint und häufig als Gefahr angesehen wird<sup>3</sup>.

Infolgedessen überrascht es nicht, dass Hassdelikte symbolische Akte sind, die sich nicht gegen eine bestimmte Person, sondern oftmals gegen eine ganze

---

<sup>1</sup> Perry/Franey, Policing Hate Crime against LGBTI persons: Training for a Professional Police Response, 2017, S. 35, <https://rm.coe.int/prems-030717-gbr-2575-hate-crimes-against-lgbti-web-a4/1680723b1d>.

<sup>2</sup> Perry, Accounting for Hate Crime: Doing Difference; Perry, Hate and Bias Crime, 2003, S. 97-108.

<sup>3</sup> Petrosino, Connecting the Past to the Future, Hate crime in America; Perry, A Reader: Hate and Bias Crime, 2003, S. 9-26.

Gruppe richten. Hassdelikte sind keine isolierten Vorfälle, sondern das Ergebnis einer politischen Kultur, welche die Gesellschaft nach biologischen und sozialen Kriterien trennt und Menschen informell unterschiedliche Rechte und Privilegien zuweist<sup>4</sup>. Daher kann das Hassdelikt als ein Machtmechanismus verstanden werden, der die Aufrechterhaltung der in der Gesellschaft vorhandenen Hierarchien durch physische Gewalt und Drohungen anstrebt. Hassdelikte sind grundsätzlich gegen Personen gerichtet, die in einer Gesellschaft stigmatisiert und marginalisiert sind. „Aus dieser Perspektive kann man die Delikte als Schutzmechanismus für eine auf Geschlechts- und Rassenunterschieden basierende Ordnung begreifen“<sup>5</sup>.

Angesichts der genannten Umstände ist es nicht zweifelhaft, dass diskriminierende bzw. hassmotivierte Delikte besonders gefährliche rechtswidrige Taten sind, die umfassend und effektiv präventiv bekämpft werden müssen. Dies erfordert ein besseres Verständnis der Auswirkungen, Folgen und Schäden, die Bestimmung der relevanten rechtlichen Definitionen und die Ausarbeitung einer einheitlichen staatlichen Strategie.

Dieser Beitrag soll die gesetzlichen Regelungen der relevanten Straftaten und die Bedeutung der Identifizierung des Motivs für die Feststellung des Sachverhalts analysieren. Zugleich soll das Bewusstsein geschärft und die Auseinandersetzung mit den in der Gesellschaft existierenden Stereotypen und negativen Ansichten gefördert werden.

## **II. Motiv und Subjektivität: Die gesetzlichen Regulierungsmechanismen der Straftaten**

Die Aufstellung einer einheitlichen Definition des Hassdelikts ist wegen seines subjektiven Inhalts mit Schwierigkeiten verbunden. Laut dem Büro für demokratische Institutionen und Menschenrechte der OSZE ist ein Hassdelikt „jedes strafrechtliche, sowohl gegen Menschen als auch Eigentum gerichtete Delikt, bei dem das Opfer, Objekt oder Ziel wegen seiner tatsächlichen oder vermeintlichen Unterstützung, Zugehörigkeit, Verbundenheit, Mitgliedschaft oder

---

<sup>4</sup> Sheffield, *Hate Violence*, 1995, S. 438 (zitiert in: Chakraborti/Garland, *Hate Crime: Impact, Causes and Responses*, 2015, S. 3-6).

<sup>5</sup> Perry, *In the Name of Hate*, 2001, S. 3.

wegen des Kontakts mit einer (bestimmten) Gruppe ausgewählt wurde“<sup>6</sup>.

Diese Definition enthält wichtige Details. Zunächst weist sie darauf hin, dass Intoleranz die Basis für jede strafbare Handlung sein kann. Darüber hinaus verdeutlicht sie, dass sich die Tat nicht nur gegen ein bestimmtes Subjekt, sondern auch gegen dessen Eigentum richten kann. Und schließlich unterstreicht sie, dass das Opfer gerade deswegen ausgewählt wird, weil es tatsächlich oder vermeintlich einer bestimmten Gruppe angehört oder diese unterstützt (und deswegen der Gruppe zugerechnet wird).

Der Beschluss Nr. 9/09<sup>7</sup>, der im Jahr 2009 auf dem Ministerratsreffen der OSZE verabschiedet wurde, zählt wichtige Maßnahmen auf, die jeder Staat zur Bekämpfung der Hassdelikte zu treffen hat. Danach müssen nicht nur Daten zu Hassdelikten erhoben und öffentlich bekanntgegeben werden, sondern auch die gesetzlichen Grundlagen dafür geschaffen werden, um Aussagen von Opfern und Zeugen über mögliche Hassdelikte zu fördern.

Die erforderlichen Maßnahmen gelten als getroffen, wenn das Handeln aus Hass im nationalen Strafrecht als ein erschwerender Umstand vorgesehen ist. Mit der Unterstreichung des Motivs verdeutlicht der Staat potenziellen Tätern, dass er diese Straftaten aus Gründen der Gerechtigkeit und Humanität nicht toleriert. Außerdem hat die Gesetzgebung eine praktische Funktion: Sie macht die Straftaten sichtbar und erleichtert die Datensammlung, um präventive Maßnahmen planen zu können.

In der strafrechtlichen Literatur „sind sich alle Autoren einig, dass das Motiv die Triebkraft (...), der Beweggrund für die Begehung einer Straftat ist“<sup>8</sup>. Obwohl im georgischen Strafgesetzbuch nicht immer auf den Beweggrund des Täters Bezug genommen wird, ist in psychologischer Hinsicht eine motivlose Handlung als Voraussetzung einer vorsätzlichen Straftat undenkbar. Daher muss das Motiv festgestellt werden<sup>9</sup>. Da eine Straftat aus freien Stücken begangen wird, ist die Feststellung unabdingbare Voraussetzung für die richtige Einordnung der

---

<sup>6</sup> OSCE/ODIHR, annual report for 2006, S. 9, <http://www.osce.org/odihr/26759>.

<sup>7</sup> DECISION No. 9/09, COMBATING HATE CRIMES, <http://www.osce.org/cio/40695>.

<sup>8</sup> Dvalidze, Motiv und Ziel in der georgischen Strafrechtsdoktrin, *Georgian Law Review*, 10/2017, 2, 3, 242.

<sup>9</sup> Nachkebia, *Strafrecht AT*, 2001, S. 290.

Straftat<sup>10</sup>. Sonst „wäre die zutreffende Ermittlung der Handlung und die Erforschung der objektiven Wahrheit durch das Gericht nicht möglich“<sup>11</sup>.

Außer für die Einordnung der Straftat ist die Erforschung des Handlungsmotivs und des Ziels der Tat für die Prävention von Bedeutung. Sie ermöglicht nicht nur die Beschreibung des Geisteszustands des Täters während der Begehung der Straftat und die Feststellung der Gründe für seine rechtswidrige Handlung, sondern sie ermöglicht auch die Bestimmung der Schuldform und der Gefährlichkeit des Täters<sup>12</sup>.

Die für die Beschreibung des Straftatbestands verwendeten Formulierungen sind für die Hervorhebung des Handlungsinhaltes von wesentlicher Bedeutung, da durch sie die Tatbestandsmerkmale von Hassdelikten festgelegt werden<sup>13</sup>.

Im Strafrecht ist das Motiv in unterschiedlichen Formen anzutreffen:

- In einigen Fällen kann es Straftatbegründungsmerkmal bzw. Teil des objektiven Tatbestands sein. Solche Vorschriften sind z.B.: Art. 142 gStGB - Diskriminierung von Menschen; Art. 142<sup>1</sup> gStGB – Diskriminierung aus rassistischen Gründen; Art. 142<sup>2</sup> gStGB – Diskriminierung von Behinderten; Art. 156 gStGB – Verfolgung.
- Das Motiv kann auch ein erschwerender Umstand in Bezug auf einen bereits existierenden Tatbestand sein<sup>14</sup>. Solche Vorschriften sind z.B.: Art. 126 Abs. 2 lit. g gStGB – aus rassistischen, religiösen, nationalen, ethnischen Beweggründen begangene Gewaltausübung; Art. 144<sup>3</sup> Abs. 2 lit. f gStGB –erniedrigende und unmenschliche Behandlung, begangen durch Ungleichbehandlung aufgrund Rasse, Hautfarbe, Sprache, Geschlechts, religiöser Zugehörigkeit, Glaubens, politischer oder anderer Anschauungen, nationaler, ethnischer, sozialer Zugehörigkeit, Herkunft, Wohnorts,

---

<sup>10</sup> Dvalidze, Motiv und Ziel in der georgischen Strafrechtsdoktrin, *Georgian Law Review*, 10/2017, 2, 3, 264.

<sup>11</sup> Nachkebia, *Strafrecht AT*, 2001, S. 290.

<sup>12</sup> Dvalidze, Die Bedeutung des Motivs und des Ziels im Strafrecht, *Georgian Electronic Scientific Journal: Jurisprudence*, 2006, N1 (7), 6.

<sup>13</sup> OSCE/ODIHR, *Hate Crime Laws, A Practical Guide*, S. 46.

<sup>14</sup> Dvalidze, Die Bedeutung des Motivs und des Ziels im Strafrecht, *Georgian Electronic Scientific Journal: Jurisprudence*, 2006, N1 (7), 6

Vermögens oder Titels; Art. 109 Abs. 2 lit. d gStGB – aus rassistischen, religiösen, nationalen oder ethnischen Beweggründen begangener Mord.

- Darüber hinaus gibt es auch Vorschriften, bei denen das Motiv sowohl einen strafmildernden als auch einen straferschwerenden Umstand darstellen kann. So eine Vorschrift ist z.B. Art. 53<sup>1</sup> gStGB. Diese Vorschrift des Allgemeinen Teils verlangt die Berücksichtigung des Motivs und Ziels einer Straftat im Rahmen der Strafzumessung.

Die georgische Gesetzgebung hat im Jahr 2012 die Begehung eines Hassdelikts als erschwerenden Umstand festgelegt. Zuvor hatten die im Strafgesetzbuch vorgesehenen, durch diskriminierende Motive begangenen Straftaten nur auf rassistische, religiöse, nationale, ethnische oder sprachliche Merkmale abgestellt. Infolgedessen waren Straftaten, die wegen des Geschlechts, der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität begangen wurden, nicht einbezogen. Um diese Lücke zu schließen und einen umfassenden Schutz zu garantieren, wurde Art. 53<sup>1</sup> am 27.3.2012 in das Strafgesetzbuch aufgenommen. Danach ist die Begehung einer Straftat wegen der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität ein erschwerender Umstand für alle im Strafgesetzbuch vorgesehenen Straftaten. Die Ergänzung beruhte auf einer allgemeinpolitischen Empfehlung der Europäischen Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) aus dem Jahr 2010, welche die georgische Regierung zur Normierung des Motivs Rassismus als erschwerenden Umstand für alle Straftaten aufgerufen hatte<sup>15</sup>.

Wie bereits angeführt, zählt Art. 53<sup>1</sup> gStGB erschwerende Umstände auf, die den Schuldvorwurf erhöhen. Die Verankerung im Allgemeinen Teil hat zwar nicht bewirkt dass die Vorschrift in der Praxis effektiv angewandt wird (die Gerichte haben einen großen Spielraum), aber dies bedeutet nicht, dass die Staatsanwaltschaft ihrer Aufgabe, in der Anklageschrift Hassmotive herauszustellen, nicht nachkommen könnte. Die Motive müssen von der Staatsanwaltschaft ausdrücklich genannt werden<sup>16</sup>, da es sich um einen Parteiprozess handelt, in dem das Gericht den Inhalt der Anklageschrift nicht eigenständig erweitern darf.

---

<sup>15</sup> ECRI Report on Georgia, CRI (2010)17, fourth monitoring cycle, Adopted on 28 April, <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/country-by-country/georgia/GEO-CbC-IV-2010-017-ENG.pdf>

<sup>16</sup> Jalagania, Operational Guideline on Investigation and Prevention of Crimes based on Sex-

### III. Die Bedeutung der Identifizierung des Diskriminierungsmotivs

Die größte Schwierigkeit bei Anwendung der strafrechtlichen Regelungen, die für diskriminierende Handlungen vorgesehen sind, stellt es dar, dass bei diesen Handlungen die subjektive Sicht des Täters von hoher Relevanz ist. In der Strafrechtswissenschaft ist das richtige Verständnis der subjektiven und objektiven Faktoren eines Straftatbestandes für die zutreffende Einordnung einer Handlung entscheidend. Nur durch das richtige Verständnis dieser Faktoren ist es möglich, die Tat der richtigen Strafvorschrift zuzuordnen: Der objektive Tatbestand beschreibt die äußeren Merkmale der Handlung, während die subjektiven Tatbestandsmerkmale und Schuldmerkmale die Psyche des Täters charakterisieren<sup>17</sup>.

Sowohl politische Dokumente als auch akademische Texte weisen darauf hin, dass der Hass des Täters keine Voraussetzung für die Einordnung als Hassdelikt ist. Das Wort „Hass“ führt die Strafverfolgungsbehörde in die Irre, wenn sie die Hassdelikte so auslegen, dass der Täter das Opfer oder dessen Gruppe „hassen“ muss, um die Tat als Hassdelikt zu qualifizieren.

Eine gewöhnliche Straftat wird jedoch bereits dadurch zum Hassdelikt, dass der Täter das Opfer wegen eines Vorurteils oder aus Intoleranz gegenüber einer Gruppe, der das Opfer tatsächlich oder vermeintlich angehört, auswählt. Selbstverständlich ist damit das Vorliegen von „Hass“, als eines außerordentlich negativen Gefühls, nicht ausgeschlossen. Sein Nachweis ist aber sehr schwierig, so dass ihm keine rechtliche Bedeutung zukommen darf<sup>18</sup>.

Dementsprechend muss in der Straftat der „Hass“ als diskriminierende Haltung – als „Vorurteil“ – konzeptualisiert werden<sup>19</sup>. Die entscheidende Frage bei der Bestimmung des Hassdelikts ist daher, wie das „Vorurteil“ im strafrechtlichen Sinne definiert werden kann und welche „Vorurteile“ vom Strafrecht zu berücksichtigen sind<sup>20</sup>.

---

ual Orientation and Gender Identity, 2017, <https://emc.org.ge/ka/products/operatsiuli-sakhelmdzhvanelo-dokumenti-seksualuri-orientatsiisa-da-genderuli-identobis-safudzvelze-chadenili-danashaulebis-gamodziebis-shesakheb>.

<sup>17</sup> Dvalidze/Tumanishvili/Gvenetadze, Falllösungstechnik im Strafrecht, 2015, S. 101.

<sup>18</sup> OSCE/ODHIR, Prosecuting Hate Crimes. A Practical guide, S. 20

<sup>19</sup> Jacobs and Potter, 1998; Lawrence 1999 (zitiert in: Chakraborti, Garland, Hate Crime: Impact, Causes and Responses, 2015).

<sup>20</sup> Walters, A General Theories of Hate Crime? Strain, Doing Difference and Self Control,

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird das „Vorurteil“ als „auf einer falschen und hartnäckigen Verallgemeinerung basierte Antipathie“ definiert. Ein Mensch kann diese Antipathie nicht nur empfinden, sondern auch ausdrücken und gegen eine bestimmte Gruppe oder deren Mitglieder, aufgrund der Zugehörigkeit zur Gruppe, richten<sup>21</sup>.

Hervorzuheben ist, dass „Vorurteile“ gegenüber marginalisierten Gruppen und Minderheiten nicht zwangsläufig dazu führen müssen, dass die Antipathie in einer gewalttätigen Handlung zum Ausdruck gelangt, aber sie weisen auf die Existenz von Risiken und Gefahren hin.

Die Staaten haben unterschiedliche Ansätze für die Normierung von Straftaten, die auf Vorurteilen basieren. In der Praxis können zwei Modelle unterschieden werden – das „Feindlichkeitsmodell“ und das „Modell der diskriminierenden Selektion.“

Beim „Feindlichkeitsmodell“ muss die Handlung des Täters zumindest teilweise auf negativen Vorurteilen, Abneigung oder Hass gegen die Identität des Opfers beruhen. Der Nachweis ist schwierig, da das Strafverfolgungsorgan die subjektive Einstellung des Täters feststellen muss. Dieses Modell spiegelt zwar den Inhalt eines Hassdelikts am besten wider, aber die Schwierigkeit des Nachweises ist der praktischen Durchsetzung abträglich<sup>22</sup>.

Dagegen wählt beim „Modell der diskriminierenden Selektion“ der Täter das Opfer gezielt aufgrund seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe aus. Die Bestimmung der subjektiven Einstellung ist nicht notwendig. Gemäß diesem Modell stellt der Gesetzgeber nur auf die Kausalität zwischen der Handlung und der Auswahl des Opfers ab, nicht aber auf die subjektive Einstellung des Täters<sup>23</sup>.

Art. 53<sup>1</sup> gStGB stellt auf das Motiv ab, womit die Regelung dem „Feindlichkeitsmodell“ nahesteht. Nichtsdestotrotz sind auch bei denjenigen Taten, die nicht aus „Hass“ begangen werden, die beim Opfer und in der Gemeinschaft angerichteten Schäden gleich. Stress und Trauma sind gleichermaßen gefährlich

---

Critical Criminology, Band 19, November 2011, S. 313 ff.

<sup>21</sup> Allport, *The Nature of Prejudice*. Reading, MA: Addison-Wesley.

<sup>22</sup> OSCE/ODIHR, *Hate Crime Laws, A Practical Guide*, S. 46.

<sup>23</sup> Ebenda, S. 48.

und schmerzlich<sup>24</sup>. Die Strafverfolgungsbehörden sollten deshalb die Vorschrift weit auslegen. Es ist nicht hinnehmbar, sie nur beim Vorhandensein von „Hass“ – als einer außerordentlichen starken Emotion – anzuwenden.

Für die Anwendung der für Hassdelikte vorgesehenen Vorschrift hat die Feststellung wesentliche Bedeutung, ob die rechtswidrige Handlung ganz oder teilweise auf der Abneigung gegenüber der Zugehörigkeit des Opfers zu einer bestimmten Gruppe beruhte. Die Feststellung der subjektiven Einstellung des Täters ist aber sehr schwierig. Daher wird auf die Abneigung nur in den Fällen Bezug genommen, in denen das Ermittlungsorgan auf Tatsachen stößt, die einen vernünftigen und objektiven Dritten davon überzeugen, dass die Handlung deswegen ganz oder zum Teil begangen wurde<sup>25</sup>. Ein derartiges Motiv ist nur in denjenigen Fällen zu erkennen, in denen der Wille des Täters – vor, während oder nach Begehung einer Straftat – auf irgendeine Weise in die Außenwelt tritt und sowohl für das Opfer als auch andere Personen objektiv erkennbar ist<sup>26</sup>. Hervorzuheben ist zudem, dass ein offensichtlicher Ausdruck der Abneigung nicht die einzige Möglichkeit ist, um das Motiv zu identifizieren. Die Ermittler sind nämlich verpflichtet, durch die Befragung von Personen nach weiteren Beweisen zu suchen<sup>27</sup>. Schließlich sind auch Informationen über frühere Handlungen des Täters bedeutsam, wie die Mitgliedschaft in einer radikalen oder ultranationalistischen Gruppe oder die Verbreitung von „Hate Speechs“ in sozialen Netzwerken.

Obwohl das Motiv schwierig zu bestimmen ist, bedeutet dies nicht, dass es unmöglich wäre. Gefordert wird von den Strafverfolgungsbehörden Objektivität, technisches Wissen und hohe Sensibilität für den jeweiligen Fall. Leider fehlt es hieran Ermittlern und Staatsanwälten häufig<sup>28</sup>.

In Praxis verfügen Polizisten über kein ausreichendes Wissen über

---

<sup>24</sup> Ebenda.

<sup>25</sup> Jalagania, Operational Guideline on Investigation and Prevention of Crimes based on Sexual Orientation and Gender Identity, 2017, S. 48, <https://emc.org.ge/ka/products/operatsiuli-sakhelmdzghvanelo-dokumenti-seksualuri-orientatsiisa-da-genderuli-identobis-safudzvelze-chadenili-danashaulebis-gamodziebis-shesakheb>.

<sup>26</sup> Ebenda.

<sup>27</sup> Ebenda, S. 52-57.

<sup>28</sup> Dekanosidze u.a, Gender und Recht – Genderanalyse der georgischen Gesetzgebung, 2016.

Hassdelikte. Zudem stellen sie das Motiv nicht hinreichend heraus und verfolgen die mutmaßlichen Täter nicht effektiv genug. So zeigen die Fälle der Verfolgung, die gegenüber der lokalen muslimischen Gemeinschaft in Kobuleti begangen wurden, dass die Durchführung eines angemessenen Ermittlungsverfahrens eine Herausforderung darstellt. In Kobuleti wurden erst am 10.9.2014 Fälle der Verfolgung festgestellt. Die lokale Bevölkerung (die orthodoxen Glaubens ist) wollte die Eröffnung einer muslimischen Pension verhindern. Zu diesem Zweck wurde gedroht und genötigt. Die Arbeit der Pension wurde von Privatpersonen durch verschiedene Maßnahmen gestört<sup>29</sup>: Störung der Renovierung, Blockade des Zugangs mit Barrikaden, Aufhängen des Kopfs eines geschlachteten Schweins an der Tür, Verhinderung der Eröffnung der Pension und Vertreibung der Muslime, strenge Kontrollen um und im Pensionsgebäude, Organisation einer 24-stündigen Versammlung. Das Innenministerium leitete Ermittlungen nur nach Art. 15<sup>1</sup> gStGB (Drohung) ein, was mit den Standards einer objektiven und effektiven Ermittlung unvereinbar war<sup>30</sup>.

Auch die Untersuchung der Gewalttätigkeiten, die am 17.5.2013 (Internationaler Tag gegen Homophobie und Transphobie) gegenüber friedlichen Demonstranten begangen worden waren, war unangemessen und ineffektiv. Nur gegenüber vier Personen wurden Strafverfahren nach Art. 161 gStGB (Verletzung des Rechts auf Versammlung oder Demonstration) eingeleitet. Trotz deutlicher Hinweise darauf, dass ein Hassmotiv vorlag, konnten die Strafverfolgungsorgane kein homophobes Motiv feststellen. Auch das Gericht zog dieses Motiv im Laufe des zweijährigen Verfahrens nie in Betracht<sup>31</sup>.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in seiner Rechtsprechung die wesentliche Bedeutung von Motiven unterstrichen und einen einheitlichen Ansatz entwickelt. In mehreren Entscheidungen hat er entschieden, dass die Nichtberücksichtigung eines diskriminierenden Motivs im Laufe der Ermittlungen oder bei der Strafzumessung eine mittelbare Diskriminierung darstellen kann. In der Rechtssache *Angelova and Iliev v. Bulgaria* hat der Gerichtshof festgestellt,

---

<sup>29</sup> Siehe <https://emc.org.ge/ka/products/kobuletschi-muslimi-mostsavleebis-pansionatis-sakmeze-emc-shemajamebel-gantskhadebas-avrtselebs>.

<sup>30</sup> Ebenda.

<sup>31</sup> Siehe <http://women.ge/ka/news/newsfeed/145>.

dass „der Staat nach Art. 2 der Konvention verpflichtet ist, eine effektive Ermittlung in den Fällen der Verletzung des Rechts auf Leben durchzuführen. Diese ist nach Art. 14 der Konvention ohne Diskriminierung durchzuführen. Außerdem hat die Regierung bei der Ermittlung die zusätzliche Pflicht, alle vernünftigen Maßnahmen zu treffen, um jedes (rassistische) Motiv offenzulegen und festzustellen, sofern es möglich ist, dass Hass (auf die Ethnie) oder Vorurteile in diesen Fällen eine Rolle spielen. (...) Wenn der Staat auf eine aus rassistischen Gründen motivierte Gewalt und Grausamkeit genauso reagiert wie auf ein Verbrechen, das ohne rassistisches Motiv begangen wird, ignoriert er damit die spezifische Natur von Handlungen, die für fundamentale Rechte besonders zerstörerisch sind. Wenn der Staat Sachverhalte, die wesentlich voneinander abweichen, nicht unterschiedlich behandelt, kann eine Verletzung des Art. 14 der Konvention vorliegen“<sup>32</sup>.

Darüber hinaus hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in der Rechtssache *Identoba and Others v. Georgia* festgestellt, dass die Verpflichtung der Regierung, die Begehung von Hassdelikten durch Privatpersonen zu verhindern (und auch den möglichen Zusammenhang zwischen einem diskriminierenden Motiv und einem Fall von Gewalt zu untersuchen), unter die prozessualen Aspekte des Art. 3 der Konvention fällt. Sie kann als positive Verpflichtung eines Staates nach Art. 14 der Konvention betrachtet werden, wonach ein in Art. 3 der Konvention enthaltenes fundamentales Recht ohne Diskriminierung zu schützen ist<sup>33</sup>. Der Gerichtshof hat darauf hingewiesen, dass nach der georgischen Gesetzgebung die Fälle der Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung oder wegen Geschlechtsidentität einen erschwerenden Umstand darstellen. Infolgedessen sollten sich auch die Ermittlungen darauf erstrecken“<sup>34</sup>.

Der Gerichtshof hat in der Rechtssache *M.C. and A.C. v. Romania*, in der es um Gewalttätigkeiten während einer Schwulendemonstration in Bukarest ging, erklärt, dass „es für die Effektivität der Ermittlung entscheidend ist, dass der Staat in der Lage ist, alle Tatsachen genauestens festzustellen, die Täter zu identifizieren und zu bestrafen. Diese Verpflichtung ist nicht für das Ergebnis, sondern für die

---

<sup>32</sup> *Angelova and Iliev v. Bulgaria*, Nr. 55523/00, Urteil vom 26.7.2007, Rn. 115; siehe auch *Nachova and Others v. Bulgaria*, Nr. 43577/98, Urteil vom 6.7.2005, Rn. 160.

<sup>33</sup> *Identoba and others v. Georgia*, Nr. 73235/12, Urteil vom 12.5.2015, Rn. 63.

<sup>34</sup> *Ebenda*.

Maßnahmen, die angewendet werden müssen, wichtig. Der Staat war verpflichtet, alle vernünftigen Maßnahmen zu treffen, um die relevanten Beweise zu finden und zu sichern. Ein bei den Ermittlungen entstandenes Defizit, das die Möglichkeit der Identifizierung der Schadensgründe und der verantwortlichen Personen einschränkte, stellt sowohl eine Abweichung von diesem Standard als auch eine Verletzung des Vernünftigkeit- und Aktualitätsprinzips dar<sup>35</sup>. Zusätzlich hat der Gerichtshof erklärt, dass der Staat zur Hervorhebung eines in der nationalen Gesetzgebung existierenden Diskriminierungsmotivs alle Mechanismen anwenden sollte, um die Straftat anders als diejenigen Straftaten zu beurteilen, die ein solches Motiv nicht beinhalten<sup>36</sup>.

Schließlich weisen die Richtlinien der OSZE darauf hin, dass die Bekämpfung der Hassdelikte eine Zusammenarbeit zwischen den Akteuren der Justiz – Polizei, Staatsanwaltschaften und Gerichten – erfordert. Diese Zusammenarbeit sollte nicht nur auf der operativen Ebene, sondern auch auf der politischen Ebene stattfinden<sup>37</sup>. Gemeint ist damit, dass effektive Präventionsmaßnahmen gegen solche Delikte zu ergreifen sind. Außerdem sind Maßnahmen zu treffen, um die in der Gesellschaft bestehenden Vorurteile abzubauen.

#### **IV. Zusammenfassung**

In den letzten Jahren hat die Zahl der Hassdelikte in Georgien zugenommen. Gewalt gegen Frauen<sup>38</sup>, Femizid<sup>39</sup>, homophobe sowie transphobe<sup>40</sup> Straftaten und rechtswidrige Handlungen aus religiösen Beweggründen<sup>41</sup> haben den Staat herausgefordert, eine effektive Bekämpfungsstrategie zu entwickeln und in der Praxis durchzusetzen.

---

<sup>35</sup> M.C. and A.C. v. Romania, Nr. 12060/12, Urteil vom 12.4.2016, Rn. 111.

<sup>36</sup> Ebenda, Rn. 114.

<sup>37</sup> OSCE, Prosecuting hate crimes. A practical guide, S. 17-18, <http://www.osce.org/odihr/prosecutorsguide>.

<sup>38</sup> Dekanosidze u.a., Gender und Recht - Genderanalyse der georgischen Gesetzgebung, 2016.

<sup>39</sup> Dekanosidze, Urteile über Femizidfälle, 2016

<sup>40</sup> Jalagania, Rechtliche Lage der LGBT-Personen in Georgien, 2016.

<sup>41</sup> Begadze u.a., Religionsfreiheit – Kritik der diskriminierenden und nicht-säkularen Politik des Staates, 2016.

Aufgrund abweichender und fragmentarischer Ansätze der strafrechtlichen Gesetzgebung, der Strafverfolgungsorgane und der Strafgerichte werden Informationen über Hassdelikte bislang nicht angemessen gesammelt, bearbeitet und analysiert. Daher gibt es keine verlässlichen Forschungsdaten, was die Bekämpfung der Hassdelikte erschwert.

Um Hassdelikte zu verstehen, muss nicht nur ihre soziale Natur, sondern es müssen auch die Gründe für ihre Verbreitung und Entstehung analysiert werden. Zu erforschen ist, wie sich Feindseligkeiten in der Gesellschaft entwickelt haben und wie die Situation normalisiert werden kann. Für die Bekämpfung der Delikte ist es entscheidend, sowohl ihre rechtliche Natur und Regulierungsmechanismen zu begreifen als auch ihre sozialen Einflüsse zu beschreiben. Um dies zu erreichen, muss ein Hassdelikt nicht nur als Ergebnis einer rechtswidrigen Handlung verstanden werden, sondern auch als Reflex einer in der Gesellschaft existierenden Ungleichheit, Unterdrückung von Minderheiten und eines Gewalt-Ungleichgewichts. Um eine effiziente Präventionspolitik zu betreiben, muss folglich eine weite Definition der Hassdelikte Anwendung finden, die in den akademischen Diskussionen und den Normvorgaben oftmals verlorengeht.

Auch die Rechtsprechung muss dazu beitragen, einen komplexen, interdisziplinären und sozialen Ansatz zu fördern, um die Entstehung von Dominanz und Gewalt innerhalb der Gesellschaft besser zu verstehen und damit Hassdelikte besser bekämpfen zu können.

# DIE VERSTÄNDIGUNG IM STRAFVERFAHREN IM LICHT DES DEUTSCHEN VERFASSUNGSRECHTS UND DER MENSCHENRECHTE

Prof. Dr. **Armin Engländer**, Universität München

## I. Einleitung

Urteilsabsprachen oder – wie die deutsche Strafprozessordnung sie nennt – Verständigungen sind aus der strafrechtlichen Praxis in Deutschland nicht mehr wegzudenken. Das gilt insbesondere für komplexe Wirtschaftsstrafverfahren. Aber auch in anderen Bereichen, zu nennen sind vor allem das Betäubungsmittelstrafrecht und das Sexualstrafrecht, nehmen die Verständigungen beständig zu. Im Regelfall bestehen sie darin, dass der Angeklagte seine Bereitschaft erklärt, ein verfahrensabkürzendes Geständnis abzugeben, und ihm als Gegenleistung hierfür eine erheblich mildere Strafe zugesichert wird. Vorsichtige Schätzungen gehen davon aus, dass mittlerweile mindestens 20 bis 25 % aller strafrechtlichen Urteile in der einen oder anderen Form eine Absprache zugrunde liegt<sup>1</sup>. Andere vermuten sogar eine noch deutlich höhere Quote<sup>2</sup>.

Über die Zulässigkeit von Urteilsabsprachen wurde allerdings immer heftig gestritten. Das galt umso mehr, als sie lange Zeit gesetzlich nicht geregelt waren und zunächst nur heimlich, dann aber immer offener praktiziert wurden<sup>3</sup>. Der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) bestätigte in zwei Grundsatzentscheidungen aus den Jahren 1997<sup>4</sup> und 2005<sup>5</sup> die prinzipielle Zulässigkeit von Urteilsabsprachen. Im Jahr 2009 schuf dann der deutsche Gesetzgeber eine gesetzliche Grundlage,<sup>6</sup> um in diesem Bereich für Rechtssicherheit zu sorgen. Diese gesetzliche Regelung hat das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG) im Jahr

---

<sup>1</sup> Schönemann, NJW 1989, 1885, 1886.

<sup>2</sup> Dahs, NSiZ 1988, 153; Hettinger, JZ 2011, 292; Schöch, Urteilsabsprachen in der Strafrechtspraxis, 2007, S. 238; Schönemann/Hauer, AnwBl 2006, 439.

<sup>3</sup> Zur Genese der Absprachenpraxis vgl. Hamm, FS für Dahs, 2005, S. 267 ff.; Schönemann, FS für Heldrich, 2005, S. 1177 ff.

<sup>4</sup> BGHSt 43, 195.

<sup>5</sup> BGHSt 50, 40.

<sup>6</sup> Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren v. 29.7.2009, BGBl I S. 2353.

2013 als „derzeit verfassungskonform“ gebilligt<sup>7</sup>. Und auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat die grundsätzliche Vereinbarkeit von Urteilsabsprachen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention anerkannt<sup>8</sup>.

Im Folgenden möchte ich kurz die gesetzliche Regelung der Verständigung im deutschen Strafprozessrecht vorstellen, anschließend die Grundpositionen zu den Absprachen noch einmal nachzeichnen und dann vor diesem Hintergrund einige Schlaglichter auf das Urteil des BVerfG werfen. Auf die Rechtsprechung des EGMR werde ich dabei ebenfalls kurz eingehen. Angesichts der begrenzten Zeit ist es freilich nur möglich, wenige ausgewählte Fragen und Probleme der Verständigung anzusprechen.

## II. Die gesetzliche Regelung der Verständigung

Um die gesetzliche Regelung der Verständigung richtig einordnen zu können, sind einige kurze Erläuterungen zum deutschen Strafverfahren erforderlich. Anders als beispielsweise in den USA ist der Strafprozess in Deutschland nicht als adversatorisches Verfahren ausgestaltet, bei dem das Gericht nur über die von den Parteien – der Anklage und der Verteidigung – vorgelegten Beweise befindet. Vielmehr ist das deutsche Verfahren im Kern inquisitorisch angelegt. Es gilt der Untersuchungsgrundsatz. Das Gericht muss in der Hauptverhandlung auch unabhängig von Beweisanträgen Ermittlungen zur Wahrheitsfindung anstellen<sup>9</sup>. Es ist verpflichtet, mit Hilfe der ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel – das sind: Zeugen, Sachverständige, Urkunden, Augenschein, Äußerungen des Angeklagten<sup>10</sup> – den Sachverhalt, wie er sich tatsächlich abgespielt hat, zu erforschen und aufzuklären. Der Richter in der Hauptverhandlung fungiert daher nicht bloß als Schiedsrichter, der über die Einhaltung der prozessualen Regeln wacht. Vielmehr ist er der zentrale Akteur der Wahrheitsermittlung.

---

<sup>7</sup> BVerfGE 133, 168.

<sup>8</sup> EGMR NJW 2015, 1745.

<sup>9</sup> Näher dazu Volk/Engländer, Grundkurs Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2018, § 18 Rn. 15, § 24 Rn. 1 ff.

<sup>10</sup> Zwar stellt die Einlassung des Beschuldigten kein Beweismittel im prozesstechnischen Sinne dar; da sie aber zum Beweis herangezogen wird, kann sie als Beweismittel im weiten Sinne bezeichnet werden.

In dieses inquisitorische Verfahren hat der Gesetzgeber die Urteilsabsprachen zu integrieren versucht. Er hat also darauf verzichtet, die Verständigung als einen eigenständigen Verfahrenstypus unter Einschränkung des Untersuchungsgrundsatzes auszugestalten<sup>11</sup>. In der Begründung des Gesetzesentwurfs heißt es, es werde angestrebt, „die Verständigung so zu regeln, dass sie mit den tradierten Grundsätzen des deutschen Strafverfahrens übereinstimmt.“<sup>12</sup> Die zentrale Vorschrift ist dabei § 257c der Strafprozessordnung (StPO)<sup>13</sup>. Daneben enthält das Gesetz aber auch an anderen Stellen wichtige

---

<sup>11</sup> Dafür z.B. der Regelungsentwurf des Strafrechtausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, vgl. ZRP 2005, 235 ff.; die Gegenposition vertritt der Strafrechtausschuss des Deutschen Anwaltvereins, vgl. StraFo 2006, 89 ff.; zur Diskussion über den Konsensgedanken im Strafverfahren siehe nur Duttge, ZStW 115 (2003), 539 ff.; Hassemer, FS für Hamm, 2008, S. 171 ff.; Jahn, ZStW 118 (2006), S. 427 ff.; Salditt, ZStW 115 (2003), S. 570 ff.; Weißlau, Das Konsensprinzip im Strafverfahren, 2002; dies., StraFo 2007, 1 ff. jeweils m.w.N.

<sup>12</sup> BT-Drucks. 16/12310 S. 8.

<sup>13</sup> Die Vorschrift lautet:

- (1) Das Gericht kann sich in geeigneten Fällen mit den Verfahrensbeteiligten nach Maßgabe der folgenden Absätze über den weiteren Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens verständigen. § 244 Absatz 2 bleibt unberührt.
- (2) Gegenstand dieser Verständigung dürfen nur die Rechtsfolgen sein, die Inhalt des Urteils und der dazugehörigen Beschlüsse sein können, sonstige verfahrensbezogene Maßnahmen im zugrundeliegenden Erkenntnisverfahren sowie das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten. Bestandteil jeder Verständigung soll ein Geständnis sein. Der Schuldspruch sowie Maßregeln der Besserung und Sicherung dürfen nicht Gegenstand einer Verständigung sein.
- (3) Das Gericht gibt bekannt, welchen Inhalt die Verständigung haben könnte. Es kann dabei unter freier Würdigung aller Umstände des Falles sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen auch eine Ober- und Untergrenze der Strafe angeben. Die Verfahrensbeteiligten erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Verständigung kommt zustande, wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichtes zustimmen.
- (4) Die Bindung des Gerichtes an eine Verständigung entfällt, wenn rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen worden sind oder sich neu ergeben haben und das Gericht deswegen zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellte Strafrahmen nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist. Gleiches gilt, wenn das weitere Prozessverhalten des Angeklagten nicht dem Verhalten entspricht, das der Prognose des Gerichtes zugrunde gelegt worden ist. Das Geständnis des Angeklagten darf in diesen Fällen nicht verwertet werden. Das Gericht hat eine Abweichung unverzüglich mitzuteilen.
- (5) Der Angeklagte ist über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichtes von dem in Aussicht gestellten Ergebnis nach Absatz 4 zu belehren.

Vorschriften<sup>14</sup>. Insgesamt unterliegen die Urteilsabsprachen einem detaillierten Regelungssystem. In aller Kürze und ohne Anspruch auf Vollständigkeit:

- Die Verständigung muss zwingend in der mündlichen Hauptverhandlung selbst erfolgen. Freilich darf sie außerhalb der Hauptverhandlung vorbereitet werden (vgl. §§ 202a, 212, 257b StPO).
- Es sind die betroffenen Verfahrensbeteiligten – der Angeklagte, die Staatsanwaltschaft, der Verteidiger, gegebenenfalls der Nebenkläger – in die Erörterungen einzubeziehen (§ 257c Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 3 StPO)<sup>15</sup>.
- Der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft müssen ausdrücklich zustimmen (§ 257c Abs. 3 S. 4 StPO)<sup>16</sup>. Dabei muss der Angeklagte in seiner Entscheidung frei sein. Er darf also nicht zu einer Zustimmung genötigt werden, etwa durch Androhung einer unvertretbar hohen Strafe für den Fall, dass er sich weigert. Nicht erforderlich ist dagegen eine Zustimmung des Verteidigers oder des Nebenklägers.
- Der Schuldspruch, also die rechtliche Bewertung eines Sachverhaltes, scheidet als Gegenstand einer Verständigung aus (§ 257c Abs. 2 S. 3 StPO). Unzulässig wäre deshalb die Vereinbarung, den Angeklagten nur wegen Totschlags und nicht wegen Mordes zu verurteilen, wenn er ein Geständnis abgibt, obwohl die Voraussetzungen des Mordes erfüllt sind<sup>17</sup>.
- Die Verständigung auf eine konkrete Strafe („Punktstrafe“) ist unzulässig<sup>18</sup>. Das Gericht darf also keine exakte Strafe angeben. Zulässig ist es nur, einen Strafrahmen mit einer Ober- und Untergrenze in Aussicht zu stellen (§ 257c

---

<sup>14</sup> Vgl. §§ 35a S. 3, 160b, 202a, 212, 243 Abs. 4, 257b, 267 Abs. 3 S. 5, 273 Abs. 1a, 302 Abs. 1 S. 2 StPO.

<sup>15</sup> Allerdings haben weder der Angeklagte noch sein Verteidiger ein Recht auf Anwesenheit, sofern die Möglichkeit einer Verständigung mit einem Mitangeklagten erörtert wird; vgl. BGH StV 2014, 513.

<sup>16</sup> Eine nur konkludente Zustimmung genügt nicht; vgl. BGH NStZ-RR 2017, 87.

<sup>17</sup> Ob das auch für Strafrahmenverschiebungen bei besonders schweren oder minder schweren Fällen gilt, ist umstritten; dafür aufgrund der tatbestandsähnlichen Ausgestaltung BVerfGE 133, 168, 210 f.; dagegen BGH NStZ 2017, 363, 365.

<sup>18</sup> BGH NStZ 2011, 231.

- Abs. 3 S. 2 StPO), also beispielsweise eine Freiheitsstrafe von drei bis vier Jahren<sup>19</sup>. Die verhängte Strafe muss sodann schuldangemessen sein.
- Bestandteil der Verständigung „soll“ ein Geständnis sein (§ 257c Abs. 2 S. 2 StPO). Ein solches ist damit zwar erwünscht und wird in der Praxis auch regelmäßig gefordert. Es ist aber nicht zwingend vorgeschrieben.
  - Der Untersuchungsgrundsatz, das heißt die Pflicht, den wahren Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären, bleibt unberührt (§ 257c Abs. 1 S. 2 StPO). Jede Verfahrensverkürzung auf Kosten der Wahrheitserforschung ist unzulässig. Deshalb bildet ein inhaltsleeres Formalgeständnis (z. B. die schlichte Erklärung, die Anklage werde „nicht bestritten“) keine ausreichende Urteilsgrundlage.
  - Es bestehen umfassende Transparenz- und Dokumentationspflichten. Zu diesen zählen die Pflicht, in der Hauptverhandlung mitzuteilen, ob außerhalb der Verhandlung vorbereitende Gespräche über eine Urteilsabsprache geführt worden sind (§ 243 Abs. 4 S. 1 StPO)<sup>20</sup>, und die Pflicht, den wesentlichen Verlauf und den Inhalt einer Verständigung im Sitzungsprotokoll wiederzugeben (§ 273 Abs. 1a S. 1 StPO)<sup>21</sup>.
  - Ein Rechtsmittelverzicht, der das Urteil schon vor Ablauf der Rechtsmittelfrist rechtskräftig werden lässt, ist ausgeschlossen (§ 302 Abs. 1 S. 2 StPO). Er kann daher auch nicht in einer Verständigung vereinbart werden. Der Angeklagte muss zudem bei Urteilsverkündung ausdrücklich darüber belehrt werden, dass er trotz der Verständigung frei bleibt, Rechtsmittel

---

<sup>19</sup> Umstritten ist, ob es genügt, wenn das Gericht nur die Obergrenze nennt. Vom BGH wird das mit dem Verweis auf den Gesetzeswortlaut („Ober- und Untergrenze der Strafe“ in Abs. 3 S. 2 sowie „der in Aussicht gestellte Strafraumen“ in Abs. 4 S. 1) und die Gesetzesmaterialien zu Recht verneint; vgl. BGH NSTZ 2011, 648. Allerdings soll das Fehlen der Untergrenze den Angeklagten i.d.R. nicht beschweren, so dass eine Revisionsrüge durch ihn unbegründet wäre (anders aber, wenn der Angeklagte bei Angabe der Untergrenze der Verständigung nicht zugestimmt hätte; BGH StV 2010, 75).

<sup>20</sup> Mitzuteilen ist auch, dass keine Verständigungsgespräche stattgefunden haben – sog. Negativmitteilungspflicht; BVerfG NSTZ 2014, 592.

<sup>21</sup> Hat eine Verständigung nicht stattgefunden, ist auch dies im Protokoll zu vermerken – sog. Negativtest (§ 273 Abs. 1a S. 3 StPO). Schweigt das Protokoll hierzu, d.h. enthält es weder Angaben über das Stattfinden noch über das Nichtstattfinden einer Verständigung, ist es widersprüchlich bzw. lückenhaft und verliert deshalb seine Beweiskraft.

einzulegen (§ 35a S. 3 StPO). Ferner ist eine Verzichtserklärung, die dennoch unmittelbar nach Urteilsverkündung abgegeben wird, unwirksam. Dem liegt die Überzeugung zugrunde, dass es im Interesse an einem rechtsstaatlichen Verfahren liegt, wenn Urteilsabsprachen nicht zu schnell einer revisionsgerichtlichen Überprüfung entzogen werden können. Aus menschenrechtlicher Perspektive ist diese Regelung freilich keineswegs zwingend. Der EGMR hat entschieden, dass ein Verzicht auf Rechtsmittel im Rahmen einer Verständigung keine willkürliche Einschränkung des Rechtsmittelrechts darstellt und deshalb nicht gegen Art. 2 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK verstößt<sup>22</sup>.

- Grundsätzlich ist das erkennende Gericht (nicht dagegen die Staatsanwaltschaft<sup>23</sup> oder der Angeklagte) an die Verständigung gebunden (Umkehrschluss aus § 257c Abs. 4 S. 1 StPO). Ausnahmsweise entfällt die Bindung, wenn rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen worden sind oder sich neu ergeben haben und der in Aussicht gestellte Strafraum deshalb nicht mehr tat- und schuldangemessen erscheint (§ 257c Abs. 4 S. 1 StPO)<sup>24</sup>. Das ist beispielsweise bei Umständen zu bejahen, die dazu führen, dass die Tat nicht mehr ein Vergehen, sondern ein Verbrechen darstellt. Will sich das Gericht von der Verständigung lösen, muss es die Abweichung von der Absprache unverzüglich mitteilen (§ 257c Abs. 4 S. 4 StPO). Ferner darf ein Geständnis des Angeklagten in diesem Fall nicht verwertet werden (§ 257c Abs. 4 S. 3 StPO)<sup>25</sup>. Über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichts von der

---

<sup>22</sup> EGMR NJW 2015, 1745.

<sup>23</sup> Ein Widerruf der Zustimmung seitens Staatsanwaltschaft nach Zustandekommen der Verständigung hebt die Bindungswirkung für das Gericht freilich nicht auf; vgl. BGH NSTZ 2017, 373.

<sup>24</sup> Indem das Gesetz nicht nur neue, sondern auch bloß übersehene Umstände zu einem Wegfall der Bindung führen lässt, muss der Angeklagte für Versäumnisse des Gerichts haften; zu Recht kritisch Murmann, ZIS 2009, 526, 538.

<sup>25</sup> Diesem Verwertungsverbot soll nach h.M. jedoch keine Fernwirkung zukommen, so dass die durch das Geständnis ggf. mittelbar gewonnenen Beweise verwertbar sind; kann der Angeklagte aufgrund anderer Beweismittel verurteilt werden, ist das Geständnis allerdings zu seinen Gunsten strafmildernd zu berücksichtigen; vgl. schon BGHSt 42, 191, 194.

Verständigung muss der Angeklagte belehrt werden (§ 257c Abs. 5 StPO)<sup>26</sup>. Unterbleibt die rechtzeitige Belehrung, begründet das einen Revisionsgrund gem. § 337 StPO – es sei denn, der Angeklagte hätte sein Geständnis auch bei ordnungsgemäßer Belehrung abgegeben<sup>27</sup>.

### III. Die Grundpositionen zu den Urteilsabsprachen

Wie eingangs bereits erwähnt, werden die Urteilsabsprachen in der rechtspolitischen Diskussion in Deutschland durchaus kontrovers beurteilt. Etwas vereinfacht kann man hier drei Standpunkte unterscheiden: (1) eine kritische, (2) eine pragmatische und (3) eine euphorische Auffassung.

(1) Zunächst zur kritischen Auffassung. Sie lehnt Verständigungen grundsätzlich ab. Der zentrale Einwand lautet, dass die Urteilsabsprachen die grundlegenden Prinzipien des deutschen Strafverfahrens unterlaufen und aushöhlen<sup>28</sup>. Im Einzelnen:

- Das Gericht begnüge sich mit dem oftmals pauschalen Geständnis des Angeklagten und verzichte auf eine vollständige Sachverhaltsaufklärung. Seine Überzeugung bilde es anhand der Akten und der Anklageschrift und nicht, wie es vorgeschrieben sei, auf der Basis einer ordnungsgemäß durchgeführten Beweisaufnahme.
- Die Unschuldsvermutung werde nicht in einem justizförmigen Verfahren widerlegt. Entgegen dem Grundsatz „in dubio pro reo“ würden eventuelle Zweifel unterdrückt.
- Zwar erfolge die Absprache formal in der Hauptverhandlung. Die

---

<sup>26</sup> Erfolgen muss dies bereits vor der Zusage des Angeklagten, ein Geständnis abzulegen. Die Belehrung erst nach der Zusage, unmittelbar vor der Abgabe des Geständnisses genügt nicht; vgl. BVerfG NJW 2014, 3506.

<sup>27</sup> BVerfGE 133, 168, 237 f.; BVerfG NJW 2014, 3506; diese Rspr. wurde nun auch von BGH NStZ 2013, 728 und 2015, 358 übernommen.

<sup>28</sup> Eine knappe Zusammenfassung der Kritik findet sich bei Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 394a; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, § 17 Rn. 19 ff.; Stübinger, Das „idealisierte“ Strafrecht, 2008, S. 559 f.; siehe ferner Eschelbach, HRRS 2008, 190; Fischer, NStZ 2007, 433; Hettinger, JZ 2011, 292; Rönna, Die Absprache im Strafprozeß, 1990, S. 73 ff.

entscheidenden Vereinbarungen würden aber in den vorausgehenden informellen Gesprächen außerhalb des Sitzungssaals getroffen. An diesen eigentlichen Verständigungsgesprächen nähmen dann häufig nicht einmal alle Verfahrensbeteiligten teil. Gerade der Angeklagte sei oftmals bei den Verhandlungen nicht anwesend und werde von seinem Verteidiger bloß nachträglich informiert.

- Ferner gerate der Angeklagte unter Druck, ein – womöglich sogar falsches - Geständnis abzugeben.
- Insgesamt bestehe die Gefahr, dass das Gericht eine zu niedrige, also nicht schuldangemessene Strafe verhängt und damit gegen das Schuldprinzip verstoße.

(2) Anders sieht das die pragmatische Auffassung. Sie lehnt Urteilsabsprachen weder grundsätzlich ab noch begrüßt sie diese begeistert. Unter den gegenwärtigen Rahmenbedingungen sieht sie Absprachen ganz einfach als justizökonomisch unvermeidbar an<sup>29</sup>. Die Funktionstüchtigkeit der Strafjustiz lasse sich vor dem Hintergrund knapper Ressourcen und einer Flut an Verfahren ohne das Instrument der Verständigung nicht mehr gewährleisten<sup>30</sup>. Das gelte insbesondere bei großen, komplexen Wirtschaftsstrafverfahren. Ein Versuch, die Absprachenpraxis zu verbieten, sei deshalb auch aussichtslos. Er würde letztlich nur dazu führen, dass Absprachen wieder wie zu ihren Anfängen heimlich unter Ausschluss der Öffentlichkeit erfolgen. Deshalb sei es vorzugswürdig, Urteilsabsprachen offen und transparent zu machen und einer detaillierten rechtlichen Regelung zu unterwerfen. Das ist die Perspektive, die auch dem Verständigungsgesetz zugrunde liegt. Sie stimmt zudem mit dem Standpunkt des EGMR überein. Dieser hat erklärt, dass Urteilsabsprachen im Strafverfahren eine Beschleunigung der Verfahren und eine Entlastung der Staatsanwaltschaft, der Gerichte und der Verteidiger ermöglichen. Mache man von ihnen einen angemessenen Gebrauch, seien sie ein wirksames Mittel, um insbesondere Korruption und organisierte Kriminalität zu bekämpfen.

---

<sup>29</sup> Bspw. Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 394; Hanack, StV 1987, 500, 502; Kühne, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 77. Aufl. 2016, Einl. Abschn. B Rn. 40; Nestler-Tremel, DRiZ 1988, 288, 290; Ambos/Ziehn, in: Radtke/Hohmann (Hrsg.), StPO, 2011, § 257c Rn. 2; Widmaier, StV 1986, 357.

<sup>30</sup> Siehe zu diesem Argument nur BGHSt 50, 40, 53 f.

(3) Nun zur euphorischen Auffassung. Für sie ist die Prozessökonomie nur ein nachgeordneter Gesichtspunkt. Stattdessen möchte sie die Urteilsabsprachen in einen größeren Zusammenhang stellen, den man mit dem Schlagwort der „Demokratisierung der Justiz“ bezeichnen kann. Sie glaubt, dass Verständigungen dazu beitragen, obrigkeitliche Hierarchien zu relativieren. Der Angeklagte und sein Verteidiger begegneten dem Gericht und der Staatsanwaltschaft auf Augenhöhe. Entscheidungen würden im allseitigen Einverständnis getroffen. Darin drücke sich ein modernes prozedurales Rechtsverständnis aus<sup>31</sup>. Der Abschied von der Inquisitionsmaxime sei nicht zu beklagen, sondern zu begrüßen. Wahrheit sei nichts objektiv Feststehendes, sondern etwas, das ausgehandelt werde.

Dieses idealistische Bild der Urteilsabsprachen, das die euphorische Auffassung zeichnet, ist freilich fern der Wirklichkeit<sup>32</sup>. Das belegt die Untersuchung, die im Auftrag des BVerfG anlässlich der Verhandlung über die Verfassungsmäßigkeit des Verständigungsgesetzes erstellt wurde<sup>33</sup>. Die Studie zeigt auf, dass jedenfalls bis zum Jahr 2013, also bis zur Grundsatzentscheidung des Verfassungsgerichts, die gesetzlichen Vorgaben in der Praxis in erheblichem Umfang missachtet worden sind. Mehr als die Hälfte der Richter griff bevorzugt zum informellen und damit illegalen „Deal“. Dabei verhandelten die Verfahrensbeteiligten häufig entgegen § 257c StPO den Schuldspruch oder sie vereinbarten Rechtsfolgen, die nicht Gegenstand einer Verständigung sein dürfen. In mindestens einem Viertel der Fälle wurde das Geständnis des Beschuldigten bestenfalls teilweise überprüft. Erfolgte eine Kontrolle, so beschränkte sich diese häufig auf den beweisrechtlich höchstproblematischen Abgleich mit den Akten. Über 50% der befragten Rechtsanwälte berichtete über mutmaßliche Falschgeständnisse von Mandanten. Und das Verbot eines Rechtsmittelverzichts wurde offensiv umgangen. Ein Unrechtsbewusstsein der Beteiligten bestand bei alledem zumeist nicht.

---

<sup>31</sup> Lüderssen, FS für Fezer, 2008, S. 531; Jahn, GA 2004, 272; Theile, NSTz 2012, 666.

<sup>32</sup> Näher zur Kritik Engländer, in: Kempf u.a. (Hrsg.), Gemeinwohl im Wirtschaftsstrafrecht, 2013, S. 303, 310 ff.

<sup>33</sup> Altenhain/Dietmeier/May, Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren, 2013.

#### IV. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Wie eingangs erwähnt, hat das BVerfG in seinem Grundsatzurteil im Jahr 2013 entschieden, das Verständigungsgesetz sei zumindest „derzeit“ nicht verfassungswidrig. Dabei unterscheidet das Gericht strikt zwischen der gesetzlichen Regelung, die es als verfassungskonform beurteilt, und der Praxis, die das Gesetz in weiten Teilen missachtet hat. Das Verfassungsgericht spricht hier von einem erheblichen Vollzugsdefizit. Dieses Defizit liegt nach Auffassung des Gerichts allerdings nicht an strukturellen Mängeln des gesetzlichen Regelungskonzepts<sup>34</sup>. Im Einzelnen:

Das BVerfG leitet aus dem Schuldgrundsatz, der seinerseits im verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip verankert ist, eine Pflicht zur Ermittlung der objektiven Wahrheit ab, also eine Pflicht zur Erforschung und Aufklärung des Sachverhalts, wie er sich tatsächlich abgespielt hat<sup>35</sup>. Das bedeutet: Urteilsabsprachen sind nur so lange verfassungsrechtlich zulässig, wie sie das Prinzip der objektiven Wahrheit nicht verletzen. Dem trägt die gesetzliche Regelung Rechnung, indem sie in § 257c StPO klarstellt, dass auch bei einer Verständigung der Untersuchungsgrundsatz und das Prinzip der objektiven Wahrheit weiter gelten. Sämtliche Vorschläge, die auf eine Umgestaltung der Verständigung zu einem eigenständigen Verfahrenstypus mit Einschränkung des Untersuchungsgrundsatzes abzielen, sind dagegen nach Auffassung des BVerfG mit der Verfassung nicht vereinbar. Ausdrücklich erklärt das Gericht, dass die Pflicht zur bestmöglichen Erforschung der objektiven Wahrheit nicht zur Disposition des Gesetzgebers steht<sup>36</sup>.

Das hat weitreichende Konsequenzen: Jede Verfahrensverkürzung auf Kosten der Wahrheitserforschung ist unzulässig. Das Gericht darf sich nicht einfach auf das Geständnis verlassen, sondern muss dieses zwingend auf seine Glaubhaftigkeit überprüfen. Diese Überprüfung muss regelmäßig durch eine Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung erfolgen<sup>37</sup>. Abgesichert wird das durch

---

<sup>34</sup> BVerfGE 133, 168, 233 ff.

<sup>35</sup> BVerfGE 133, 168, 199.

<sup>36</sup> BVerfGE 133, 168, 226.

<sup>37</sup> Kritisch dazu im Hinblick auf den Gedanken des Opferschutzes Beulke/Stoffer, JZ 2013, 662, 665.

umfassende Transparenz- und Dokumentationspflichten<sup>38</sup>. Zu diesen zählen, wie bereits erwähnt, die Pflicht, in der Hauptverhandlung mitzuteilen, ob außerhalb der Verhandlung Gespräche über eine Urteilsabsprache geführt worden sind, und die Pflicht, den wesentlichen Verlauf und den Inhalt einer Verständigung im Sitzungsprotokoll wiederzugeben. Auch der EGMR verlangt übrigens, dass das Gericht die Verständigung in öffentlicher Sitzung prüfen und transparent machen muss<sup>39</sup>; freilich räumt er dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung einen weiteren Spielraum ein als das BVerfG.

Die konsequente Befolgung insbesondere der verfassungsgerichtlichen Vorgaben führt freilich dazu, dass der Entlastungseffekt, der mit den Urteilsabsprachen angestrebt wird, für die Strafjustiz nur noch relativ gering ausfällt. Dessen ist sich das BVerfG auch durchaus bewusst. Dass der praktische Anwendungsbereich von Urteilsabsprachen spürbar eingeschränkt wird, ist ihm zufolge aber die nicht vermeidbare Konsequenz einer verfassungskonformen Ausgestaltung, die den Schuldgrundsatz und das daraus folgende Prinzip der objektiven Wahrheit beachtet. Die Frage ist freilich, ob die Praxis die gesetzlichen Vorgaben künftig einhalten wird. Das versucht das BVerfG durch zusätzliche Vorkehrungen und Sicherungen zu gewährleisten.

(1) Zunächst fordert das Verfassungsgericht die Staatsanwaltschaften auf, gesetzeswidrigen Absprachen<sup>40</sup> ihre Zustimmung zu verweigern und gegen Urteile, die auf solchen Absprachen beruhen, Rechtsmittel einzulegen<sup>41</sup>.

(2) Ferner weist das Bundesverfassungsgericht auf Strafbarkeitsrisiken hin, die mit illegalen Absprachen verbunden seien. So könne beispielsweise die unzutreffende Protokollierung, dass eine Verständigung nicht erfolgt sei, den Straftatbestand der Falschbeurkundung im Amt erfüllen<sup>42</sup>. Die abschreckende

---

<sup>38</sup> BVerfGE 133, 168, 214 ff.

<sup>39</sup> EGMR NJW 2015, 1745.

<sup>40</sup> Siehe zu rechtswidrigen Absprachen auch Volk/Engländer, Grundkurs Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2018, § 30 Rn. 9 f.

<sup>41</sup> BVerfGE 133, 168, 219 ff.

<sup>42</sup> BVerfGE 133, 168, 213 f.; kritisch dazu Knauer, NSTZ 2013, 433, 435; Stuckenberg, ZIS 2013, 212, 215; auf eine etwaige Strafbarkeit der an illegalen Absprachen beteiligten Richter nach § 339 StGB wegen Rechtsbeugung weist Kudlich, NSTZ 2013, 379, 381 hin; ausführlich zur Strafbarkeit Globke, JR 2014, 9, 16 ff.; speziell zur Strafbarkeit wegen Androhung einer „Sank-

Wirkung ist freilich zweifelhaft, da die entsprechenden Taten von den Strafverfolgungsbehörden bislang schlicht nicht verfolgt worden sind<sup>43</sup>.

(3) Wirksamer dürfte die Hochstufung des Verstoßes gegen die Transparenz-, Belehrungs- und Dokumentationspflichten zu einem quasi-absoluten Revisionsgrund sein. Dazu in Kürze: Ein Verstoß gegen eine Verfahrensvorschrift stellt nach deutschem Recht nicht automatisch einen Revisionsgrund dar. Das Urteil muss auch auf der Gesetzesverletzung beruhen. Nur bei bestimmten, gesetzlich abschließend aufgezählten Verstößen wird dies unwiderleglich vermutet. Im Übrigen muss das Beruhen dargelegt werden; der Verstoß gegen die Verfahrensvorschrift bildet deshalb hier keinen absoluten, sondern nur einen relativen Revisionsgrund<sup>44</sup>. Das Bundesverfassungsgericht nimmt nun jedoch an, dass bei einer Urteilsabsprache im Falle eines Verstoßes gegen die Transparenz-, Belehrungs- und Dokumentationspflichten, also etwa bei fehlender Erwähnung der Absprache im Sitzungsprotokoll, das Beruhen des Urteils auf diesem Verstoß regelmäßig, d.h. abgesehen von besonderen Ausnahmekonstellationen, nicht ausgeschlossen werden kann<sup>45</sup>. Daher käme hier die Gesetzesverletzung einem absoluten Revisionsgrund annähernd gleich, so dass das Urteil im Normalfall stets aufzuheben wäre. Das vermag in dieser Pauschalität indes kaum zu überzeugen. Illustrieren lässt sich das am Beispiel der sog. Protokollrüge. Als solche bezeichnet man das Vorbringen, dass das Sitzungsprotokoll in einem bestimmten Punkt falsch ist. Dies stellt jedoch keinen Revisionsgrund dar, da sich eine unzutreffende Protokollierung nicht auf den Inhalt des Urteils auswirkt (und zwar schon allein deshalb nicht, weil das Protokoll erst nach der Urteilsverkündung gefertigt wird), so dass das Urteil auch nicht auf dem falschen Protokoll beruhen kann. Nimmt der Zweite Senat nun an, der Umstand, dass das Stattfinden einer Verständigung entgegen § 257c Abs. 1a StPO nicht im Sitzungsprotokoll vermerkt wurde, bilde

---

tionsschere“ zur Erzwingung einer Urteilsabsprache Kubik, Die unzulässige Sanktionsschere, 2014, S. 169 ff.; die Schaffung einer neuen Strafvorschrift erwägt Scheinfeld, ZJS 2013, 296, 301.

<sup>43</sup> Zweifelnd auch Beulke/Stoffer, JZ 2013, 662, 671 f.

<sup>44</sup> Vgl. dazu Volk/Engländer, Grundkurs Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2018, § 36 Rn. 17 ff.

<sup>45</sup> BVerfGE 133, 168, 223 f.; kritisch Kudlich, NStZ 2013, 379, 381; Stuckenberg, ZIS 2013, 212, 215; zweifelnd auch Mosbacher, NZWiSt 2013, 201, 205 f.; zustimmend dagegen Knauer, NStZ 2013, 433, 436.

regelmäßig einen Revisionsgrund, muss dem deshalb widersprochen werden<sup>46</sup>.

(4) Schließlich legt das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber eine Beobachtungspflicht auf. Er müsse die Entwicklung im Auge behalten und, falls das Vollzugsdefizit fortdauere, bei den Schutzmechanismen nachbessern oder sogar die Entscheidung über die Zulässigkeit von Urteilsabsprachen revidieren<sup>47</sup>.

## V. Fazit

Damit sind bei weitem nicht alle Probleme und Fragen angesprochen, die die Urteilsabsprachen aufwerfen. Eine Prognose erscheint jedenfalls nicht gewagt: Die Verständigung wird Praxis und Wissenschaft noch länger intensiv beschäftigen.

---

<sup>46</sup> Dem BVerfG folgend allerdings der 2. Strafsenat des BGH, vgl. BGHSt 58, 310; dagegen wiederum der 1. Strafsenat, vgl. BGH NJW 2014, 1254.

<sup>47</sup> BVerfGE 133, 168, 2235 f.; ablehnend dazu Niemöller, StV 2013, 419, 423 f.

## DIE EUROPÄISCHE STAATSANWALTSCHAFT

Prof. Dr. **Helmut Satzger**, Universität München

Das Ziel wird seit langem angestrebt – aus den Territorien der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) soll, nachdem bereits ein Binnenmarkt weitgehend realisiert worden ist und auch andere Politiken harmonisiert und vergemeinschaftet sind, ein einheitlicher justizieller Raum werden. Das Primärrecht der EU spricht insoweit von einem „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ (Art. 67 Abs. 1 AEUV). Angesichts der nach wie vor teilweise beträchtlichen nationalen Unterschiede im materiellen Strafrecht und im Strafprozessrecht arbeitet die EU mit dem Instrument der gegenseitigen Anerkennung (s. Art. 67 Abs. 3 und Art. 82 Abs. 1 AEUV) – und hat hier bereits eine Vielzahl von Rechtsakten, auf Basis des Vertrags von Lissabon in Form von Richtlinien, erlassen<sup>1</sup>. Bekannt ist dabei insbesondere der Europäische Haftbefehl geworden, der quasi den Prototyp der Anwendung der gegenseitigen Anerkennung darstellt – wenn auch ein sehr schlechter Prototyp! Vielfach wird – nicht zu Unrecht – kritisiert, dass die EU damit eine stark verfolgungszentrierte Sicht einnimmt, dass durch Einebnung der nationalen Rechtsunterschiede vor allem die Verfahrens- und Grundrechte des Beschuldigten in Gefahr geraten, auch wenn die EU gerade in den letzten Jahren wenigstens ansatzweise versucht hat, auch eine Mindestharmonisierung von Verfahrensrechten auf den Weg zu bringen<sup>2</sup>.

Zu dieser gegenseitigen Anerkennung tritt nun eine institutionelle Komponente hinzu, die naturgemäß ebenfalls die Verfolgung gegenüber den Verdächtigen und Beschuldigten stärkt: Eine europäische Staatsanwaltschaft (im Folgenden: EUStA). Mit Startschwierigkeiten wurde die rechtliche Grundlage – eine Verordnung – geschaffen. Die EUStA wird wohl ab etwa 2020 tätig werden können, wenn auch nicht auf dem gesamten Territorium der EU. Ich will einen Überblick

---

<sup>1</sup> S. dazu die Beispiele bei Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 8. Aufl. 2018, § 10 Rn. 32 ff.

<sup>2</sup> Vgl. dazu Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 8. Aufl. 2018, § 10 Rn. 82 ff.

über Entstehung, Struktur, Aufgaben und Funktion dieser neuen Einrichtung geben, damit vielleicht etwas klarer wird, wie sich diese Entwicklungen auf die Beschuldigtenrechte – und damit auf den Schutz der Menschenrechte - innerhalb der EU auswirken könnte.

## **I. Vorgeschichte und primärrechtliche Grundlage**

Bereits im Corpus Juris zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaft<sup>3</sup> war die Schaffung einer Europäischen Strafverfolgungsbehörde, die auch „Europäische Staatsanwaltschaft“ (abgekürzt als EStA) heißen sollte, vorgesehen (Art. 18 ff. Corpus Juris). Die hier v.a. interessierenden Art. 18 Abs. 2, 3 und 5 lauteten:

(2) Die EStA ist eine Behörde der Europäischen Gemeinschaft und betreffend die Taten nach den Artikeln 1 bis 8 verantwortlich für die Ermittlungen, die Verfolgung, die Anklage, die Vertretung der öffentlichen Klage vor dem Gericht des Hauptverfahrens und für die Vollstreckung der Urteile. Sie ist unabhängig sowohl von den nationalen Stellen als auch von den Gemeinschaftsorganen.

(3) Die EStA setzt sich zusammen aus einem Europäischen Generalstaatsanwalt (EGenStA) mit Dienststelle in Brüssel und aus Abgeordneten europäischen Staatsanwälten (AeStA) mit Dienststellen in der Hauptstadt jedes Mitgliedstaates oder einer anderen Stadt mit dem Sitz eines Gerichts, das gemäß Artikel 26 zuständig ist.

(5) Auch die nationalen Staatsanwaltschaften (nStA) sind verpflichtet, die EStA zu unterstützen.

Diesen Gedanken aufgreifend hat die Kommission 2001 in einem Grünbuch<sup>4</sup> die Konzeption einer Europäischen Staatsanwaltschaft dargelegt und zur Diskussion gestellt.

---

<sup>3</sup> Abgedruckt bei Delmas-Marty/Vervaele (Hrsg.), *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States*, 2001, S. 189 ff.; ausf. zur Perspektive Killmann/Hofmann, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl. 2014, § 48 Rn. 1 ff.; s. auch Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, § 8 Rn. 33 ff.

<sup>4</sup> Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der EG und zur Schaffung einer europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg.

Mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon zum 1.12.2009 bestand in Art. 86 AEUV dann auch eine primärrechtliche Rechtsgrundlage, um – jedenfalls zunächst für einen relativ engen Bereich, nämlich den Schutz der finanziellen Interessen der EU, eine derartige supranationale Strafverfolgungsinstitution mit eigenen Entscheidungsbefugnissen zu schaffen. Art. 86 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 AEUV lautet:

„Zur Bekämpfung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union kann der Rat gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren durch Verordnungen ausgehend von Eurojust eine Europäische Staatsanwaltschaft einsetzen.“

Prinzipiell setzt Art. 86 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 AEUV zwar zusätzlich zur Zustimmung des Europäischen Parlaments die Einstimmigkeit zwischen den Mitgliedstaaten voraus. Allerdings regelt Art. 86 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV, dass bei fehlender Einstimmigkeit auch eine Gruppe von mindestens neun Mitgliedstaaten im Wege einer verstärkten Zusammenarbeit voranschreiten kann.

Am 17.7.2013 legte die Kommission dann einen Vorschlag für eine auf Art. 86 AEUV gestützte „Verordnung über die Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union“ vor<sup>5</sup>. Ungeachtet einer sog. „gelben Karte“, die der Kommission von 14 Kammern nationaler Parlamente im Wege einer „Subsidiaritätsrüge“ gezeigt worden war<sup>6</sup>, war die Kommission der Ansicht, dass das Subsidiaritätsprinzip durch ihren Vorschlag gewahrt sei und verfolgte ihren Verordnungsentwurf daher unveränderten weiter<sup>7</sup>.

Nach langen und intensiven Diskussionen und sich daran anschließenden teilweise sehr grundlegenden Überarbeitungen des Entwurfs im Rahmen des Rats<sup>8</sup>, zeichnete sich im Februar 2017 ab, dass eine Einstimmigkeit der Mitgliedstaaten letztlich nicht erzielt werden würde, was eigentlich wegen der grundsätzlichen

---

<sup>5</sup> KOM (2013) 534 endg.

<sup>6</sup> Art. 12 lit. a, b EUV i.V.m. Protokoll Nr. 2.

<sup>7</sup> KOM (2013) 851 endg.; siehe hierzu auch Ratsdokument 16624/13.

<sup>8</sup> Zur Überarbeitung des Kommissionsvorschlags im Rat s. Ratsdokumente 9834/1/14 v. 21.5.2015; 15862/1/14 v. 28.11.2014; 6318/1/15 v. 2.3.2015. Die finale Version ist in Ratsdokument Nr.5766/17 v. 31.1.2017 enthalten.

Abneigung einiger Mitgliedstaaten von Anfang an kaum zu erwarten war. Mitte des Jahres 2017 haben nun – immerhin – 20 Mitgliedstaaten beschlossen, im Wege der verstärkten Zusammenarbeit einen Europäischen Staatsanwalt zu schaffen. Nach Zustimmung des Europäischen Parlaments wurde am 11.10.2017 die dafür erforderliche Verordnung, die Verordnung „zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft“<sup>9</sup> (EUSStA-VO), durch alle voranschreitenden 20 Mitgliedstaaten angenommen.

Die 20 teilnehmenden Mitgliedsstaaten sind: Belgien, Bulgarien, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Italien, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Österreich, Portugal, Rumänien, die Slowakische Republik, Slowenien, Spanien, die Tschechische Republik und Zypern.

## **II. Die Verordnung zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft**

### **1. Errichtung und Aufgaben**

Mit der EUSStA-VO wird eine unabhängige Strafverfolgungsbehörde der EU mit eigener Rechtspersönlichkeit geschaffen, Art. 3 EUSStA-VO<sup>10</sup>. Ihr Tätigkeitsbereich umfasst dabei sowohl die Ermittlung und Verfolgung strafbarer Handlungen als auch die Anklageerhebung und Prozessführung vor den mitgliedstaatlichen Gerichten, Art. 4 EUSStA-VO. Die Schaffung eines europäischen Strafgerichts ist also – obwohl sinnvoll und daher auch vielfach gefordert – nicht vorgesehen.

### **2. Struktur**

Gemäß Art. 8 Abs. 2 EUSStA-VO gliedert sich die Europäische Staatsanwaltschaft in eine zentrale und eine dezentrale Ebene.

#### **a. Zentrale Ebene**

Die zentrale Ebene besteht aus der zentralen Dienststelle in Luxemburg, die sich gem. Art. 8 Abs. 3 EUSStA-VO wiederum aus dem Kollegium, den Ständigen

---

<sup>9</sup> VO (EU) 2017/1939; ABIEU 2017 L 283 v. 31.10.2017, S. 1.

<sup>10</sup> Zu Kompetenz und Aufbau s. ausführlich Satzger/von Maltitz, Jura 2018, 153.

Kammern, dem Europäischen Generalstaatsanwalt und seinen Stellvertretern sowie den Europäischen Staatsanwälten und dem Verwaltungsdirektor zusammensetzt.

Das Kollegium besteht – ähnlich wie Eurojust – gem. Art. 9 Abs. 1 EUSTa-VO aus je einem Staatsanwalt pro Mitgliedstaat und dem leitenden Generalstaatsanwalt (sog. „Europäische Staatsanwälte“). Das Kollegium ist zur Überwachung der Tätigkeit der Staatsanwaltschaft und zur Entscheidung strategischer Fragen durch Beschlussfassung mit einfacher Mehrheit berufen. An operativen Entscheidungen in Einzelfällen ist es nicht beteiligt.

Diese Aufgabe soll vielmehr „ständigen Kammern“ zukommen, welche die von den sog. „Delegierten Europäischen Staatsanwälten“ in den Mitgliedstaaten geführten Ermittlungen und Strafverfolgungsmaßnahmen leiten und überwachen (Art. 9 Abs. 2, Art. 10 Abs. 2 EUSTa-VO).

## **b. Dezentrale Ebene**

Diese Delegierten Europäischen Staatsanwälte, die in den Mitgliedstaaten angesiedelt sind<sup>11</sup>, bilden die dezentrale Ebene. Geprägt ist die dezentrale Ebene von einer institutionellen Doppelnatur<sup>12</sup>. In jedem Mitgliedstaat muss es zwei oder mehr Delegierte Europäische Staatsanwälte geben<sup>13</sup>, die neben ihrer Tätigkeit als Teil der Europäischen Staatsanwaltschaft auch Aufgaben als nationale Staatsanwälte wahrnehmen dürfen, soweit sie dadurch nicht daran gehindert sind, ihren Pflichten nach der EUSTa-VO nachzukommen<sup>14</sup>. Die Delegierten Europäischen Staatsanwälte tragen daher – bildlich gesprochen – „zwei Hüte“, sie setzen – je nachdem für wen sie tätig werden (für die EUSTa oder für eine nationale Staatsanwaltschaft) – entweder den europäischen oder den nationalen Hut auf.

Die Ermittlungs- und Strafverfolgungsmaßnahmen in Angelegenheiten, die in die sachliche Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft fallen, werden von den Delegierten Staatsanwälten „vor Ort“ vorgenommen; sie

---

<sup>11</sup> Art. 8 Abs. 4, Art. 13 EUSTa-VO.

<sup>12</sup> Vgl. auch Schramm, JZ 2014, 749, 754.

<sup>13</sup> Gem. Art. 13 Abs. 2 S. 1 EUSTa-VO.

<sup>14</sup> Gem. Art. 13 Abs. 3 EUSTa-VO.

erheben auch die Anklage dezentral vor den weiterhin zuständig bleibenden nationalen Gerichten. Falls ein solches Strafverfahren bereits von den nationalen Strafverfolgungsbehörden aufgenommen wurde, kann die Europäische Staatsanwaltschaft unter bestimmten Voraussetzungen die Ermittlungen an sich ziehen und selbst leiten (Evokationsrecht)<sup>15</sup>.

### 3. Zuständigkeit

Entsprechend der Vorgabe des Art. 86 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV hat die Europäische Staatsanwaltschaft gem. Art. 4 EUStA-VO die Aufgabe, Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union zu bekämpfen. Während Art. 86 AEUV offen lässt, welche Straftatbestände hierunter fallen, definiert nun Art. 22 EUStA-VO diese Tatbestände als jene, die in der ebenfalls neuen Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichteten Betrug<sup>16</sup> (sog. PIF-Richtlinie) aufgeführt und in das innerstaatliche Recht umzusetzen sind.

So ist nach der neuen Richtlinie eine Tatvariante des Tatbestands „Betrug zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union“ etwa – in Bezug auf Ausgaben, die nicht im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe stehen –, jede Handlung oder Unterlassung betreffend die Verwendung oder Vorlage falscher, unrichtiger oder unvollständiger Erklärungen oder Unterlagen mit der Folge, dass Mittel oder Vermögenswerte aus dem Gesamthaushalt der Union oder aus den Haushalten, die von der Union oder in deren Auftrag verwaltet werden, unrechtmäßig erlangt oder zurückbehalten werden (Art. 3 Abs. 2 lit. a [i] PIF-Richtlinie). Aber auch weitere Verhaltensweisen, wie Geldwäsche, die sich auf von der vorliegenden Richtlinie erfasste Gegenstände aus Straftaten bezieht, werden von der Harmonisierung erfasst (Art. 4 PIF-Richtlinie). Bis zuletzt war – v.a. aus kompetenzrechtlichen Gründen - heftig umstritten, ob auch betrügerisches Verhalten im Hinblick auf die Mehrwertsteuer einbezogen werden soll, was aber letztlich bejaht wurde (vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. d PIF-Richtlinie). Ferner hat sie eine Zuständigkeit für Straftaten bezüglich der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung i.S.d.

---

<sup>15</sup> Gem. Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 27 EUStA-VO.

<sup>16</sup> Richtlinie 2017/1371/EU, ABIEU 2017 Nr. L 198.

Rahmenbeschlusses 2008/841/JI<sup>17</sup> sowie für Straftaten, die mit nach der PIF-Richtlinie strafbaren Handlungen untrennbar verbunden sind. Geht eine Straftat nicht nur zulasten der EU oder fällt die Straftat in den Zuständigkeitsbereich mehrerer Mitgliedstaaten, bestimmt sich der Zuständigkeitsbereich für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gem. Art. 26 Abs. 4 EUSTa-VO in der Regel nach dem Schwerpunkt der strafbaren Handlung. Falls eine Abweichung hiervon begründet erscheint, kann ein Ermittlungsverfahren in einem anderen Mitgliedstaat nur anhand der folgenden, in hierarchischer Reihenfolge geordneten Anknüpfungspunkten eröffnet werden: gewöhnlicher Aufenthaltsort des Verdächtigen oder Beschuldigten, Staatsangehörigkeit des Verdächtigen oder Beschuldigten oder Ort, an dem der Hauptteil des finanziellen Schadens eingetreten ist.

In prozessualer Hinsicht richtet sich die EUSTa grundsätzlich sowohl bei Erhebung als auch Beibringung der Beweismittel nach dem Prozessrecht des Mitgliedstaates, in dem der Prozess geführt wird. Art. 37 Abs. 1, 2 EUSTa-VO stellt in diesem Sinne sicher, dass das Gericht in seiner Befugnis, Beweise nach nationalen Grundsätzen frei zu würdigen, selbst dann nicht beeinträchtigt ist, wenn die EUSTa oder der Angeklagte Beweismittel beibringt, die in einem anderen Mitgliedstaat oder nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats erhoben wurden.

#### **4. Europäische Verfahrensvorschriften**

Auch wenn – zur Enttäuschung vieler – die EUSTa-VO kein „europäisches Strafverfahren“ mit vereinheitlichten oder angeglichenen Verfahrensregeln schafft, so geht sie doch in gewissem Maße über diejenigen prozessualen Vorschriften hinaus, deren Intention auf die pure Anwendung des mitgliedstaatlichen Rechts gerichtet ist. Insoweit gibt es eine gewisse Harmonisierung: So müssen die Mitgliedstaaten nach Art. 30 Abs. 1 EUSTa-VO für die Fälle, in denen eine den Ermittlungen zugrunde liegende Straftat mit einer Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens vier Jahren bedroht ist, sicherstellen, dass die Delegierten Europäischen Staatsanwälte die im Katalog des Abs. 1 enthaltenen Ermittlungsmaßnahmen (z.B. Durchsuchung von Privatwohnungen, Erwirkung der

---

<sup>17</sup> Rahmenbeschluss 2008/841/JI, ABIEU 2008 Nr. L 300.

Herausgabe von gespeicherten Computerdaten oder die Überwachung der ein- und ausgehenden elektronischen Kommunikation des Verdächtigen) anordnen oder beantragen können.

Bei grenzüberschreitenden Ermittlungen sieht darüber hinaus Art. 31 Abs. 1 EUSTa-VO eine enge Zusammenarbeit durch regelmäßige Konsultation und Unterstützung vor. In gleichem Maße zielt Art. 41 EUSTa-VO auf die Angleichung von Beschuldigtenrechten ab. Hiernach sind alle Tätigkeiten der Europäischen Staatsanwaltschaft in vollem Einklang mit den in der Charta verankerten Rechten Verdächtiger und Beschuldigter durchzuführen, wobei dem Verdächtigen oder Beschuldigten in einem Strafverfahren mindestens die im Unionsrecht vorgesehenen Verfahrensrechte, wie beispielsweise das Recht auf Belehrung oder auf Zugang zu einem Rechtsbeistand, zukommen.

Die gerichtliche Kontrolle hierüber und im Allgemeinen soll gem. Art. 42 EUSTa-VO durch die nationalen Gerichte erfolgen. Dies ist aber schon deshalb unstimmig, weil die Europäische Staatsanwaltschaft keine nationale, sondern eine EU-Institution darstellt. Einzig logisch, wenngleich offensichtlich politisch noch nicht durchsetzbar, wäre die Schaffung eines europäischen Gerichts, das (auch) für die Kontrolle der Handlungen und Entscheidungen der EUSTa zuständig ist. Wenigstens sieht die EUSTa-VO aber eine Einbindung des EuGH im Wege der Vorabentscheidung vor<sup>18</sup>.

## **5. Verhältnis der Europäischen Staatsanwaltschaft zu den weiteren europäischen Strafverfolgungsinstitutionen**

Die Europäischen Staatsanwaltschaft muss im Rahmen ihrer Tätigkeit enge Beziehungen zu allen Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union knüpfen und unterhalten<sup>19</sup>. Besondere Spannungen ergeben sich dabei im Hinblick auf das Verhältnis zu Eurojust und Olaf:

---

<sup>18</sup> Art. 41 Abs. 1, 2 EUSTa-VO.

<sup>19</sup> Art. 99 ff. EUSTa-VO.

## a) Eurojust

Eurojust wurde nämlich seit jeher als Keimzelle der Europäischen Staatsanwaltschaft betrachtet<sup>20</sup>, was sich auch im Wortlaut des Art. 86 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV widerspiegelt, wo die Möglichkeit vorgesehen ist, eine Europäische Staatsanwaltschaft „ausgehend von Eurojust“ zu errichten<sup>21</sup>. Man könnte nun denken, dass Eurojust sein Betätigungsfeld künftig verliert. Ganz so ist es nicht, schon deshalb nicht, weil die EUSTa ja nicht für das gesamte Territorium der EU zuständig ist und daher weiterhin Koordinierungen bei der Strafverfolgung notwendig werden. Mit Einführung der Europäischen Staatsanwaltschaft gehen aber naturgemäß Reformen von Eurojust einher, die in einem Vorschlag für eine Verordnung betreffend die Agentur der Europäischen Union für justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen<sup>22</sup> zusammengefasst sind. Demnach bleibt Eurojust als „Clearing- und Dokumentationsstelle“ weiterhin neben der Europäischen Staatsanwaltschaft bestehen. Auch der bisherige Zuständigkeitsbereich soll bestehen bleiben – allerdings mit einer Einschränkung hinsichtlich solcher Straftaten, die in den Zuständigkeitsbereich der Europäischen Staatsanwaltschaft fallen. Im Einzelnen ist das Verhältnis von Eurojust zur Europäischen Staatsanwaltschaft in ihren jeweiligen Aufgabenbereichen auf gegenseitige Zusammenarbeit und die Entwicklung von Verbindungen auf operativer, Verwaltungs- und Managementebene ausgerichtet, Art. 100 Abs. 1 EUSTa-VO. Dies betrifft u.a. die Beteiligung von Eurojust an Tätigkeiten der Europäischen Staatsanwaltschaft im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Fällen, die Erbringung von Dienstleistungen im gemeinsamen Interesse und den Zugriff auf Informationen. Zur näheren Ausgestaltung der Kooperation wird eine Arbeitsvereinbarung geschlossen werden.

## b) OLAF

Auch OLAF, das Amt für die Betrugsbekämpfung („office de lutte antifraude“), ist

---

<sup>20</sup> Ahlbrecht, in: Ahlbrecht u.a. (Hrsg.), Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2018, Rn. 1497.

<sup>21</sup> S. dazu Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 2. Aufl. 2017, Art. 86 AEUV Rn. 14 ff.

<sup>22</sup> Ratsdokument 6643/15/15.

von Bedeutungsverlust neben der künftigen EUStA betroffen. Es handelt sich dabei um eine unabhängige Dienststelle der Kommission, der die Aufgabe zukommt, die Bekämpfung von Betrug, Korruption und allen anderen rechtswidrigen Handlungen zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union zu verstärken sowie schwerwiegendes Fehlverhalten der EU-Bediensteten bei der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit aufzudecken<sup>23</sup>. Die Parallelität zur Funktion der neuen EUStA ist also offensichtlich. OLAF konnte bislang neben externen administrativen Vorermittlungen v.a. auch Verwaltungsermittlungen innerhalb sämtlicher Organe, Einrichtungen, Ämter und Agenturen der Europäischen Union einleiten<sup>24</sup>. Dabei verfügte es über umfangreiche Ermittlungsbefugnisse, wozu beispielsweise der Zugang zu allen Informationen und Räumlichkeiten, die Sichtung und gegebenenfalls Sicherstellung von Dokumenten sowie die Rechnungsprüfung gehören<sup>25</sup>. Mit Einführung der Europäischen Staatsanwaltschaft gilt dies jedoch ausdrücklich nicht für Verwaltungsuntersuchungen im Bereich von Unregelmäßigkeiten zulasten der finanziellen Interessen der EU und bei schwerem Fehlverhalten oder Straftaten von EU-Bediensteten ohne finanzielle Auswirkungen, da für solche Straftaten zukünftig allein die Europäische Staatsanwaltschaft zuständig sein wird<sup>26</sup>. Insbesondere darf OLAF gem. Art. 101 Abs. 2 EUStA-VO für die Dauer<sup>27</sup> einer strafrechtlichen Ermittlung durch die Europäische Staatsanwaltschaft keine parallel hierzu laufenden verwaltungsrechtlichen Untersuchungen zu demselben Sachverhalt anstrengen. Allenfalls kann OLAF auf Anfrage unterstützend tätig werden. Insgesamt wird generell eine grundlegende Neuordnung von OLAF angestrebt<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> Vgl. dazu Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 8. Aufl. 2018, § 10 Rn. 18 ff.

<sup>24</sup> Art. 4 VO (EU, Euratom) 883/2013; zudem bereits Beschluss 1999/394/EG, Euratom des Rates v. 25.5.1999 und Beschluss 1999/396/EG, EGKS, Euratom der Kommission v. 2.6.1999; s. dazu auch die Interinstitutionelle Vereinbarung v. 25.5.1999, ABIEG 1999 Nr. L 136/15.

<sup>25</sup> Vgl. Kuhl/Spitzer, EuR 2000, 671; zu den Problemen hinsichtlich der Normierung der Mitwirkungspflichten der Organe sowie ihrer Beamter und Bediensteten s. Schoo, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 325 AEUV Rn. 35 ff.

<sup>26</sup> Vgl. Pressemitteilung der Europäischen Kommission: Schutz von Steuergeldern vor Betrug: Kommission schlägt Europäische Staatsanwaltschaft vor und verstärkt OLAF-Verfahrensgarantien, IP/13/709 v. 17.7.2013

<sup>27</sup> Vgl. Art. 101 Abs. 3 EUStA-VO.

<sup>28</sup> KOM (2013) 533 endg.

### III. Abweichung zu ursprünglichen Entwürfen

Die ursprünglich vorgeschlagenen Modelle zur Europäischen Staatsanwaltschaft<sup>29</sup> waren in vielerlei Hinsicht größtenteils berechtigter Kritik ausgesetzt, die sich mit der Annahme der jetzigen Verordnung zwar nicht erübrigt, aber doch etwas abgeschwächt hat. So wurde insbesondere der Verordnungsentwurf der Kommission im Hinblick auf die Wahrung der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit als bedenklich angesehen. Zu begrüßen ist insoweit, dass mit Einführung der EUSTa-VO auf das Modell einer ausschließlichen Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft verzichtet wurde. Dennoch wäre hier ein Modell vorzugswürdig gewesen, wonach dem Grundsatz nach die Mitgliedstaaten für die Verfolgung der Straftaten zuständig bleiben. Nur dann und soweit die nationalen Strafverfolgungsbehörden „nicht in der Lage“ oder „nicht willens“ sind, die Strafverfolgung effektiv zu betreiben, sollte die Europäische Staatsanwaltschaft sich des Falles annehmen dürfen. Das entspräche dann dem auch zur Begründung der Gerichtsbarkeit des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) herangezogenen Komplementaritätsmodell, wie ich dies im Rahmen der Diskussionen um die Ausgestaltung einer EUSTa mehrfach vorgeschlagen habe<sup>30</sup> und was ich heute noch für sinnvoll halte. Danach hätte nämlich jeder Mitgliedstaat die Möglichkeit, selbst ein Eingreifen von außen zu vermeiden, indem er allen Verdachtsmomenten nachgeht und effektiv ermittelt. Gleichzeitig würde das Tätigwerden der Europäischen Staatsanwaltschaft ein gewisses Stigma in dem Sinn bedeuten, dass offengelegt werden müsste, dass auf nationaler Ebene ein erhebliches Strafverfolgungsdefizit besteht<sup>31</sup>.

Dem Umstand, dass anstelle eines übermächtigen leitenden Europäischen Staatsanwalts ein Kollegialorgan vorgesehen ist, in dem sich die Mitgliedstaaten repräsentiert sehen, könnte man unter Subsidiaritätsaspekten vielleicht noch etwas Positives abgewinnen. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass – nimmt man auch die aufwändige dezentrale Organisation der neuen Institution hinzu – der administrative Aufwand enorm ist; möglicherweise liegt hier eine

---

<sup>29</sup> Zum Vergleich der EUSTa-VO zum urspr. Kommissionsvorschlag s. Satzger/von Maltitz, Jura 2018, 153, 155 ff.

<sup>30</sup> Zum Komplementaritätsmodell s. schon Satzger, NStZ 2013, 206.

<sup>31</sup> Satzger, NStZ 2013, 206.

Disproportionalität zur jedenfalls anfangs recht beschränkten Aufgabe der Europäischen Staatsanwaltschaft vor.

Ein großes Manko des Kommissionsentwurfs war die verbliebene Möglichkeit des „Forum Shoppings“. Darunter versteht man die weitgehend unbegrenzte Freiheit des Europäischen Staatsanwalts, den Staat der Anklage zu wählen (s. Art. 27 Abs. 4 EUSTa-VO) mit der Folge, dass dessen (materielles wie prozessuales) Recht auf den Fall Anwendung findet. Der Europäische Staatsanwalt hätte so die Möglichkeit, dasjenige Forum zu wählen, das etwa die höchsten Strafen und die geringsten Beweisforderungen vorsieht, selbst wenn insgesamt nur ein loser Bezug zu diesem Staat besteht. Eine missbräuchliche Wahl des Forums wurde daher befürchtet und zu Recht kritisiert<sup>32</sup>. Diese Ungereimtheit konnte auch in der EUSTa-VO letztlich nicht beseitigt werden. Jedoch findet sich jetzt die zumindest in der Tendenz einschränkende Vorschrift, wonach grundsätzlich in dem Mitgliedstaat Anklage zu erheben ist, in dem der Delegierte Europäische Staatsanwalt den Fall untersucht<sup>33</sup>. Diese Tatsache schließt jedoch die Möglichkeit nicht aus, dass die ständige Kammer den Fall einem anderen Mitgliedstaat zuordnet, soweit „hierfür hinreichend gerechtfertigte Gründe vorliegen“. Forum Shopping ist durch die Regelungen der EUSTa-VO also nicht ausgeschlossen.

#### IV. Fazit

Meine (erste) Einschätzung fällt daher durchwachsen aus. Der begrenzte territoriale Anwendungsbereich ist von Anfang an ein erheblicher Hemmschuh für die Tätigkeit der EUSTa. Er zeigt auch, dass eine politische Unterstützung für ein derart wichtiges Projekt bislang nicht voll vorhanden ist. Durch erfolgreiche und konfliktfreie Tätigkeit muss Werbung für die neue Institution gemacht werden, so dass künftig möglichst viele Mitgliedstaaten die EUSTa unterstützen. Wichtige ergänzende Regelung für eine reibungslos funktionierende Staatsanwaltschaft wären allerdings sinnvoll gewesen; dazu gehören einheitliche Verfahrensvorschriften und v.a. ein europäisches Gericht, dem die Kontrolle der EUSTa – auch hinsichtlich des offenen Problems des „forum shopping“ obliegen

---

<sup>32</sup> S. dazu Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 8. Aufl. 2018, § 10 Rn. 23a.

<sup>33</sup> Art. 36 Abs. 3 EUSTa-VO.

müsste. Natürlich wäre dies für viele (auch jetzt teilnehmende) Staaten wohl zu fortschrittlich und daher inakzeptabel gewesen. Die jetzige Form der EUSa ist gleichwohl administrativ aufgebläht. Eine schlanke Architektur auf der Basis des von mir vorgeschlagenen Komplementaritätsprinzip wäre hinreichend und sinnvoll gewesen; es hätte auch dem Gedanken der Subsidiarität am besten Rechnung getragen und hätte sich einer größeren Akzeptanz bei und in den Mitgliedstaaten sicher sein können, ohne wesentlich an Effektivität einzubüßen.

Die Gefahr besteht (und hat sich bereits bewahrheitet<sup>34</sup>), dass – ist einmal die aufwändige Institution geschaffen – schnell der Ruf nach einer Kompetenzerweiterung laut wird, ohne über die inhaltliche Sinnhaftigkeit näher nachzudenken. Diese Befürchtung hat sich – im Hinblick auf die Kompetenzerweiterung für terroristische Straftaten – bereits bewahrheitet. Es bleibt zu hoffen, dass man die Tätigkeit der EUSa genau verfolgt, die Erfolge und Misserfolge gründlich evaluiert und erst nach einiger Zeit des Sammelns von Erfahrungen und des gründlichen Nachdenkens an Weiterentwicklungen denken wird. Denn die EUSa ist ein Symbol – eines für den Fortschritt in Europa, potentiell aber auch eines für eine übermächtige bürokratische und aufgeblähte EU.

---

<sup>34</sup> So bezüglich der Erweiterung der Zuständigkeiten auf Terrorismus, vgl. EU-Kommissionpräsident Juncker in seiner Rede zur Lage der Union 2017 ([http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-17-3165\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-17-3165_de.htm)).





## საქართველოს უნივერსიტეტის გამომცემლობა

0171, თბილისი, მ. კოსტავას N 77ა  
Kostava N 77a, Tbilisi, 0171