

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

2023



თბილისი
TBILISI
2024

კრებული მომზადებულია ქართულ-გერმანული სამართლის დიალოგის ფარგლებში, 2023 წლის 3-4 ნოემბერს გამართული კონფერენციის მასალების საფუძველზე, რომელიც სისხლის სამართალსა და ადამიანის უფლებებს ეხებოდა. კონფერენცია ორგანიზებული იყო საქართველოს უნივერსიტეტის ქართული, გერმანული და საერთაშორისო სისხლის სამართლის ინსტიტუტისა (ხელმძღვ. პროფ. ბაჩანა ჯიშკარიანი) და ვიოლნის უნივერსიტეტის სისხლის სამართლისა და სისხლის სამართლის პროცესის ინსტიტუტის (პროფ. მარტინ პაულ ვასმერი) მიერ. პროექტი განხორციელდა ფრიდრიხ ნუმანის ფონდის სამხრეთ კავკასიაში წარმომადგენლობის ფინანსური მხარდაჭერით.

Dieser Band wurde aufgrund der Materialien vorbereitet, die im Rahmen der am 3-4. November 2023 durchgeführten Tagung über Strafrecht und Menschenrechte bearbeitet wurden. Die Tagung fand in Zusammenarbeit zwischen dem Institut für georgisches, deutsches und internationales Strafrecht (Leiter: Prof. Dr. Bachana Jishkariani) der University of Georgia und dem Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität zu Köln (Prof. Dr. Dr. h. c. Martin Paul Waßmer) statt.

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

დამკაბადონებელი: თამარ ქიტუაშვილი

მთარგმნელები: ლაშა კალანდაძე, ეთუნა ჩაჩანიძე

Übersetzt von: Lasha Kalandadze, Etuna Chachanidze

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 რედაქტორების წერილობითი ნებართვის გარეშე.

საავტორო უფლებების დარღვევა ისჯება საქართველოს კანონმდებლობით.

© ბაჩანა ჯიშკარიანი, მარტინ პაულ ვასმერი, 2024



გამომცემლობა „იურისტების სამყარო“

თბილისი, მ. კოსტავას №75; ტელ.: 238 35 99; 557 51 51 34

ელ-ფოსტა: Lawyers.world@yahoo.com;

ვებ-გვერდი: www.law.ge

www.facebook.com/PublishingWorldofLawyers

ISBN 978-9941-9875-2-6

კრეზულის ავტორები

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

მარტინ პაულ ვასმერი, კრეზულის სამეცნიერო რედაქტორი, სამართლის (საპატიო) დოქტორი, პროფესორი, სისხლის სამართლისა და სისხლის სამართლის პროცესის კათედრა, სისხლის სამართლისა და სისხლის სამართლის პროცესის ინსტიტუტი, კიოლნის უნივერსიტეტი

კილიან ვეგნერი, სამართლის დოქტორი, სისხლის სამართლის, სისხლის სამართლის პროცესისა და ეკონომიკური სისხლის სამართლის პროფესორი, ოდერის ფრანკფურტის ვიადრიხას ევროპული უნივერსიტეტი

ფაბიან ტაიხმანი, LL.M., სამართლის დოქტორი, ადვოკატი, ციურიხი

ეგნატე შამუგია, კვლევითი ინსტიტუტი Gnomon Wise, საქართველოს უნივერსიტეტი

ანია შიშანი, სამართლის დოქტორი, პროფესორი, სისხლის სამართლის, სისხლის სამართლის პროცესისა და სისხლის სამართლის პოლიტიკის კათედრა, კიოლნის უნივერსიტეტი

კაი კორნელიუსი, LL.M., სამართლის დოქტორი, სისხლის სამართლისა და საერთაშორისო სისხლის სამართლის პროფესორი, ჰამბურგის უნივერსიტეტი; ჰანზის უმაღლესი ინსტანციის სასამართლოს მოსამართლე

ნიკოლაი ფონ მალტიტცი, LL.M. (Columbia/UvA), სამართლის დოქტორი, მიუნხენის უნივერსიტეტი

AUTORENVERZEICHNIS

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

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

Prof. Dr. **Kilian Wegner**, Juniorprofessur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder)

RA Dr. Dr. **Fabian Teichmann**, LL.M., Zürich

Egnate Shamugia, Forschungsinstitut Gnomon Wise, University of Georgia

Prof. Dr. **Anja Schiemann**, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik, Universität zu Köln

Prof. Dr. **Kai Cornelius**, Professur für Strafrecht mit Internationalem Strafrecht, Universität Hamburg; Richter am Hanseatischen Oberlandesgericht

Dr. **Nicolai von Maltitz**, LL.M. (Columbia/UvA), LMU München

სარჩევი

კრებულის ავტორები	3
AUTORENVERZEICHNIS	4
სისხლის სამართლის ინტერნაციონალიზაციისა და ევროპეიზაციის აქტუალური ტენდენციები ევროკომისიის ანტიკორუფციული პაკეტის საფუძველზე	7
AKTUELLE TENDENZEN DER INTERNATIONALISIERUNG UND EUROPÄISIERUNG DES STRAFRECHTS AM BEISPIEL DES ANTI- KORRUPTIONS-PAKETS DER EU-KOMMISSION	16
აქტუალური ტენდენციები ქონებრივი დანაშაულების სფეროში – NON-CONVICTION-BASED CONFISCATION OF ASSETS, როგორც კორუფციასთან ბრძოლის საშუალება	24
AKTUELLE TENDENZEN IM BEREICH DER VERMÖGENSDELIKTE – NON- CONVICTION-BASED CONFISCATION OF ASSETS ALS MITTEL ZUR KORRUPTIONSBEKÄMPFUNG	40
საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულები ქართულ და გერმანულ სისხლის სამართალში - ცალკეული შემადგენლობების მოკლე შედარებითი ანალიზი	54
STRAFTATEN GEGEN DAS EIGENTUM IM GEORGISCHEN UND DEUTSCHEN STRAFRECHT – KURZE RECHTSVERGLEICHENDE ANALYSE VON EINZELNEN TATBESTANDSMERKMALEN.....	67
სისხლის სამართლის საკანონმდებლო პროცესი და ეკონომიკური ანალიზი	79
STRAFGESETZGEBUNG UND ÖKONOMISCHE ANALYSE.....	92

სისხლის სამართლის კანონმდებლობის ეკონომიკური ასპექტები...	104
ÖKONOMISCHE ASPEKTE DER STRAFGESETZGEBUNG	120
კვალის აღება სქესობრივი დანაშაულების ჩადენისას	132
SPURENSICHERUNG BEI SEXUALDELIKTEN	146
ხელოვნური ინტელექტის სისხლისსამართლებრივი გამოწვევები ...	158
DIE STRAFRECHTLICHEN HERAUSFORDERUNGEN DER KÜNSTLICHEN INTELLIGENZ.....	171
„ეკოციდის“ კლიმატური სისხლისსამართლებრივი გამოვლინება ...	183
KLIMASTRAFRECHTLICHE REFLEXIONEN ZUM „ÖKOZID“	195

**სისხლის სამართლის ინტერნაციონალიზაციისა და
ევროპეიზაციის აქტუალური ტენდენციები ევროკომისიის
ანტიკორუფციული პაკეტის საფუძველზე**

პროფ. დოქტ. **კილიან ვეგნერი**, ოდერის ფრანკფურტის
ვიადრინას ევროპული უნივერსიტეტი¹

I. შესავალი

მას შემდეგ, რაც მთელმა რიგმა კორუფციულმა სკანდალებმა შეძრა ევროპული ინსტიტუტები, განსაკუთრებით კი, ევროპარლამენტი, ევროკომისიის პრეზიდენტმა, ქ-ნმა ურსულა ფონ დერ ლაიენმა, 2022 წლის შემოდგომაზე, ევროკავშირის მდგომარეობასთან დაკავშირებულ გამოსვლაში განაცხადა, რომ სამომავლოდ „კანონის სრული სიმკაცრით“ განხორციელდება ნებისმიერი სახის კორუფციასთან ბრძოლა.² ამის შემდგომ, ევროკომისიამ, 2023 წლის მაისში, წარმოადგინა ღონისძიებათა შესაბამისი პაკეტის პროექტი.³ „ქვაკუთხედად“ წოდებული პროექტი საკმაოდ ამბიციური დოკუმენტია, რომელიც მიზნად ისახავს, ევროკავშირისა და მის ფარგლებს გარეთ, კორუფციასთან დაუნდობელ ბრძოლას.⁴

1 მოხსენების სტილი მხოლოდ ნაწილობრივია შენარჩუნებული. წინამდებარე სტატია ეფუძნება პასაჟებს, რომელიც ავტორმა გამოხატა შემდეგ ნაშრომებში: *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, EU-Antikorruptions-Rechtsrahmen – ein „Meilenstein“? ZRP2023, 211 ff. და ასევე *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, Auswirkungen der EU-Vorschläge für einen neuen Antikorruptions-Rechtsrahmen auf das deutsche Strafrecht, wistra 2023, 353 ff. საკუთარი ტექსტის სიტყვასიტყვითი ციტირება არ არის გამოყოფილი.

2 *Von der Leyen*, Rede zur Lage der Union v. 13.9.2022, <https://t1p.de/fhrvb>.

3 მიმოხილვა იხ. *Busch*, wistra 2023, Heft 6 R. 9 ff.; *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, EU-Antikorruptions-Rechtsrahmen – ein „Meilenstein“? ZRP 2023, 211 ff.; *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, Auswirkungen der EU-Vorschläge für einen neuen Antikorruptions-Rechtsrahmen auf das deutsche Strafrecht, wistra 2023, 353 ff.; *F. Zimmermann*, Hauptsache strafbar? Eine Bewertung des Kommissionsvorschlags für eine EU-Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption (COM [2023] 234 final), ZfStW 2023, 383 ff.

4 EU-Kommission/Hoher Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik, Gemeinsame Mitteilung über die Bekämpfung der Korruption v. 3.5.2023, JOIN(2023) 12 final, S. 10 f. (online abrufbar und <https://t1p.de/21dgg>).

წარმოდგენილი პროექტის საფუძველია ევროკომისიისა და საგარეო და უსაფრთხოების პოლიტიკის უმაღლესი წარმომადგენლის კორუფციასთან ბრძოლის ერთობლივი ანგარიში, რომელიც ეხება სტატუს კვოს ანალიზსა და შემდგომი წლების განმავლობაში კორუფციასთან ბრძოლის ევროკავშირის სტრატეგიას.⁵

პაკეტის მეორე შემადგენელი ნაწილი საგარეო პოლიტიკური ხასიათისაა და მოიცავს მესამე ქვეყნებში კორუფციასთან სისტემატური და ფართომასშტაბიანი ბრძოლის ევროკავშირის ერთიანი საგარეო და უსაფრთხოების პოლიტიკის სანქციების რეგულაციის პროექტის წინადადებას.⁶ რეგულაციის მიზანია, სამომავლოდ უფლება მისცეს ევროპულ საბჭოს, გაატაროს ქმედითი ზომები კორუფციის მაღალი საფრთხის მქონე ევროკავშირის არანაწევრი ქვეყნების პოლიტიკურად გავლენიანი ფიზიკური და იურიდიული პირების მიმართ, კერძოდ, ამაში იგულისხმება ევროკავშირში შესვლის აკრძალვა, ქონების გაყინვა/დაყადაღება თუ ეკონომიკური და სამეწარმეო საქმიანობის შეზღუდვა.

ევროკომისიის მიერ წარმოდგენილი პროექტების მესამე შემადგენელი ნაწილია კორუფციასთან ბრძოლის დირექტივის პროექტი, რომელმაც უნდა ჩაანაცვლოს ამ დრომდე არსებული „ფრამენტული, მოძველებული და შეზღუდული“ სამართლებრივი აქტები⁷ და მოხდეს მათი განვრცობა⁸. ევროდირექტივის პროექტი მოიცავს, მეტწილად გაეროს კორუფციასთან ბრძოლის კონვენციაზე (UNCAC)⁹ ორიენტირებულ სტანდარტებს კორუფციის პრევენციისა და მინიმალური სისხლის საპროცესო

5 იხ. იქვე.

6 Gemeinsamer Vorschlag für eine Verordnung des Rates über restriktive Maßnahmen gegen schwere Korruptionshandlungen v. 4.5.2023, JOIN(2023) 13 final, <https://t1p.de/cjhe0>.

7 წარმოდგენილი ევროდირექტივის პროექტის 27-ე მუხლის შესაბამისად, ძალადაკარგულად ცხადდება der EG-Rahmenbeschluss 2003/568/JI v. 22.7.2003 zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor, ABl. Nr. L 192, S. 54 und das EU-Antikorruptionsübereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind v. 26.5.1997, BGBl. 2002 II, S. 2727, 2729.

8 Ergänzung erfährt gem. des Richtlinien-Entwurfs die PIF-Richtlinie (EU) 2017/1371, ABl. Nr. L 350, S. 50.

9 United Nations Convention Against Corruption v. 31.10.2003, United Nations Treaty Series Chapter XVIII, No. 14.

და მატერიალური მოთხოვნების მხრივ. პრევენციულ ინსტრუმენტებს განეკუთვნება „ქმედითი ნორმები საჯარო სექტორში ინტერესთა კონფლიქტის გასაჯაროებისა და მათდამი შესაბამისი მოპყრობის უზრუნველსაყოფად, საჯარო მოსამსახურეთა ქონებრივი აქტივებისა და ფასულობების გასასაჯაროებლად და გადასამოწმებლად, კერძო და საჯარო სექტორებს შორის ურთიერთთანამშრომლობის ხელშესაწყობად“.¹⁰ ამას გარდა, დირექტივის პროექტი ავალდებულებს წევრ სახელმწიფოებს, განხორციელონ კორუფციის წინააღმდეგ მიმართული პრევენციული ღონისძიებები. ასევე, კორუფციული ქმედებების სისხლისსამართლებრივი დევნა უნდა მოხდეს მთავრობისაგან დამოუკიდებელი, სპეციალიზებული ორგანიზაციული ერთეულების მიერ. დირექტივის პროექტის მატერიალურსისხლისსამართლებრივი ნაწილი ითვალისწინებს მთელი რიგ, დეტალურად განწერილ კორუფციულ შემადგენლობებსა და მათთან დაკავშირებული ქმედებების დასჯადობას, კერძოდ, საუბარია მექრთამეობაზე საჯარო (მუხლი 7) და კერძო (მუხლი 8) სექტორებში, გაფლანგვაზე (მუხლი 9), ზეგავლენით ვაჭრობაზე (მუხლი 10), თანამდებობის ბოროტად გამოყენებაზე (მუხლი 11), მართლმსაჯულების განხორციელებისათვის ხელის შეშლაზე (მუხლი 12), ასევე კორუფციული დელიქტების შედეგად გამდიდრებაზე (მუხლი 13). დამატებით, წესდება სანქციონირების ინსტრუმენტების მინიმალური სტანდარტები (სასჯელების მაქსიმუმები და დამატებითი შედეგები ფიზიკური პირებისა და გაერთიანებებისათვის, ასევე ხანდაზმულობის ვადებთან და სისხლის სამართლის მოქმედების ფარგლებთან დაკავშირებული დებულებები).

გემოთ აღნიშნული რეფორმის პაკეტში, ვხედავ პროტოტიპულად ორ აქტუალურ ტენდენციას საერთაშორისო და ევროპულ სისხლის სამართალში, რასაც ქვემოთ შევხვები.

10 Gemeinsame Erklärung (Fn. 3), S. 2.

II. საგარეო პოლიტიკური სანქციებით შეფუთული სისხლის საპროცესო დაცვის სტანდარტებისთვის გვერდის ავლის საფრთხე

ჩემი პირველი დაკვირვება ეხება მესამე ქვეყნებში კორუფციასთან სისტემატური და ფართომასშტაბიანი ბრძოლის შესახებ რეგულაციის პროექტს. ჩემი ამრით, აქ შეინიშნება საერთაშორისო დონეზე არსებული ტენდენცია - სისხლის სამართლის საპროცესო საგამოძიებო მოქმედებების რთული გზის საგარეო-პოლიტიკური სანქციების პრაქტიკით ჩანაცვლება და ძირითადი სისხლის საპროცესო სამართლებრივი დაცვის მექანიზმებისთვის გვერდის ავლა. ეს საფრთხე განსაკუთრებით თვალსაჩინოა კორუფციასთან დაკავშირებულ სანქციებში, რამეთუ, უკრაინის წინააღმდეგ რუსული აგრესიის შედეგად, განხორციელებული სადამსჯელო ღონისძიებებისგან განსხვავებით (მათ შორის, ევროკავშირის რეგულაცია 269/2014), სანქციების ძირითადი პათოსი აღარ არის, ხელისუფლებასთან დაახლოებულ პირებზე ზეწოლით, სახელმწიფო პოლიტიკაზე ზეგავლენის მოხდენა. რეგულაციის პროექტით გათვალისწინებული სიის შემოღება პირდაპირ უკავშირდება დანაშაულის ჩადენას. რეგულაციის პროექტის თანახმად, ევროპული საბჭო უფლებამოსილი უნდა იყოს, შეიყვანოს ის პირები სანქცირებულთა სიაში, რომელთა მიმართ არსებობს კორუფციის, სახელმწიფო სახსრებისა გაფლანგვისა და სხვა მათთან დაკავშირებული ქმედებების ჩადენის ბრალდება. მსგავსი სიის არსებობის სამართლებრივი შედეგი უნდა იყოს ის, რომ გაიყინოს ამ სიაში არსებული პირის ევროკავშირში განთავსებული ქონება, აიკრძალოს ამ პირთან ევროკავშირის წევრთა მხრიდან ეკონომიკური გარიგებები და აეკრძალოს მას ევროკავშირის ტერიტორიაზე შესვლა.

ერთადერთი განსხვავება რეგულაციისმიერ ნორმასა და კლასიკურ სისხლისსამართლებრივ დებულებას შორის მდგომარეობს შემდეგში: რეგულაციის პროექტის მე-2 მუხლის პირველი აბზაცით გათვალისწინებული, კორუფციაში მონაწილეობის ეჭვის გარდა, კონკრეტული ქმედება ასევე საფრთხეს უნდა უქმნიდეს ევროკავშირის უსაფრთხოებასა და საგარეო-პოლიტიკურ მიზნებს. ამ განუსაზღვრელი ტერმინის ზუსტად განსამარტავად, რეგულაცია შეიცავს მთელ რიგ (არაამომწურავ) კრიტერიუმებს, რომლებიც ეხება ქმედებასთან შემხებლობაში მყოფ სახელმწიფოებში კორუფციის დონეს, ამავე ქმედების მასშტაბს, ბრალდებულის

როლს, იმ საკითხის ჩათვლით, უკვე მიმდინარეობს თუ არა ქმედების სისხლისსამართლებრივი დევნა.

ეს მიდგომა, სანქციების მეშვეობით, მთელს მსოფლიოში კორუფციის ჩადენაში ეჭვმიტანილ პირებზე წვდომასთან დაკავშირებით, ერთი მხრივ, მიმზიდველია (*grand corruption*) სისხლისსამართლებრივი დევნის აქამდე არსებული ნაკლებად ეფექტური პრაქტიკის გათვალისწინებით. თუმცა, მეორე მხრივ, არსებობს ასევე დიდი საფრთხე იმისა, რომ შეიქმნას აპოკრიპული პარალელური სისხლის სამართალი. ყოველივე ეს მინდა განვიხილო ლიბანის ცენტრალური ბანკის ყოფილი თავმჯდომარის, რიად სალამეჰის საქმის მაგალითზე. ფრანგი და გერმანელი გამომძიებლები, თვეების განმავლობაში, აწარმოებდნენ გამოძიებას სალამეჰის წინააღმდეგ, ახორციელებდნენ რა მას სისხლის სამართლის საპროცესო წესების დაცვით. რამდენადაც შეიძლება ვენდოთ გამოძიების შედეგებსა და პრესით გაგრცელებულ ინფორმაციას, გამომძიებლებმა ამხილეს სალამეჰი მილიონობით ოდენობის სახელწიფო სახსრების გაფლანგვაში.¹¹ იმავდროულად (და სწორედ აქ ვხედავთ კონტრასტს) ამერიკის უცხოური აქტივების კონტროლის დეპარტამენტმა (OFAC) სალამეჰი შეიყვანა სანქცირებულთა სიაში.¹² საამისოდ აუცილებელი არ არის მართლზომიერი საგამოძიებო მოქმედებების განხორციელება და არც სისხლის სამართლის საქმეზე არსებითი განხილვის ჩატარება, არამედ საკმარისია დასაბუთებული გადანაცვლებების სულ რამდენიმე ხაზი, რომლებიც, როგორც წესი, ეფუძნება სპეცსამსახურების წყაროებს. იგივე პრინციპი მოქმედებს ევროკავშირის სამართალშიც. მიუხედავად იმისა, რომ ევროპულმა სასამართლოებმა, გასული წლების განმავლობაში სცადეს, სადამსჯელო ღონისძიებების მიმართ უფლებადაცვის გაუმჯობესება,¹³ ჯერ კიდევ მოუგვარებელი რჩება ის საკითხი, რომ საგარეო-პოლიტიკური ინდივიდუალური სასანქციო წარმოების ფარგლებში, არ არის უმზრუნველყოფილი რეფორმირებული სისხლის სამართლის პროცესის ყველა ძირითადი

11 საჯაროდ ხელმისაწვდომი ინფორმაციის მიმოხილვა საქმეზე Salameh, *Mayrhofer*, Der Fall Riad Salameh, GWuR 2023, 110.

12 Pressemitteilung der OFAC vom 1. August 2023, <https://t1p.de/78w1l>.

13 შუად. ბოლო დროის მაგ. EuG 6.9.2023 – T-364/22, BeckRS 2023, 22880 – „Shulgin“ ან EuG 30.3.2022 – T-291/20, BeckRS 2022, 5775 – „Yanukovych“.

ნიშანი, იქნება ეს საქმის მასალების გაცნობა, საპირისპირო არგუმენტების წამოყენების შესაძლებლობა თუ სხვა. და ეს მიუხედავად იმისა, რომ, ძირითადად, საქმე ეხება (თუნდაც პოლიტიკურად განსაკუთრებით მნიშვნელოვან) ინდივიდუალურ სისხლისსამართლებრივ ბრალდებებს.¹⁴

ევროკომისიის მიდგომა პრობლემურია ასევე საერთაშორისოსამართლებრივად, რამეთუ ევროკავშირის არაწევრ სახელმწიფოთა მოქალაქეთა ნუსხები, გარკვეულწილად ხელყოფს ამ სახელმწიფოთა სუვერენიტეტს, ხოლო კორუფციონერები კი კვლავინდებურად არ განიხილებიან, როგორც *hostis humani generis*, რაც უნივერსალურობის პრინციპიდან გამომდინარე მოახდენდა მსგავსი სახის სუვერენიტეტის შელახვის ლეგიტიმაციას. მართალია ის, რომ *grand corruption* ხშირად მოიაზრება საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართლის დარღვევის (აღამიანის უფლებათა დარღვევის სახით) კონტექსტში, ტერიტორიულად მოქმედი საგარეო-პოლიტიკური სანქციების ასამოქმედებლად მაინც სუსტ რგოლად რჩება ლეგიტიმაციის საფუძველი.

III. კორუფციის სისხლის სამართლის დირექტივის პროექტი, როგორც ევროკავშირის სისხლის სამართლის კანონმდებლობის ჰიპერტროფული ტენდენციების ნიმუში

მეორე ტრენდი, რომელსაც ვხედავ ევროკომისიის ანტიკორუფციულ პაკეტში, ეხება სისხლის სამართლის საკითხებში, ევროკავშირის ჰარმონიზაციის კომპეტენციის მასშტაბებს. მე ვარ იმ აზრზე, რომ წევრ სახელმწიფოებში სისხლის სამართლის ჰარმონიზაციაზე ორიენტირებული დირექტივები უკვე დიდი ხანია მიდრეკილია წევრი სახელმწიფოების სისხლის სამართლის სისტემაში ჩარევისკენ,¹⁵ ხოლო ამჟამად წარმოდგენილი კორუფციასთან ბრძოლის ევროდირექტივის პროექტი, უბრალოდ, ცდება ევროპული ხელშეკრულებებით განსაზღვრულ ფარგლებს და

14 ამაზე და შემდგომ შეფასებაზე *El-Ghazi/Wegner/Zimmermann*, EU-Antikorruptions-Rechtsrahmen – ein „Meilenstein“?, ZRP 2023, 211, 212.

15 ანალოგიურია გერმანიის ფედერალური მიწების იუსტიციის მინისტრთა აზრიც, Beschluss II.27 v. 25./26.5.2023 (<https://t1p.de/f1cy1>).

წარმოადგენს პრიმერული სამართლის საწინააღმდეგო *ultra-vires* აქტს.

ჩემი მოსაზრებების ამოსავალი წერტილია ევროკავშირის საქმიანობის წესის ხელშეკრულების 83-ე მუხლის პირველი აბზაცი, რომლის მიხედვითაც, ევროპელი კანონმდებელი უფლებამოსილია, დირექტივის გამოცემის გზით, განსაზღვროს მე-2 ქვეპუნქტით გათვალისწინებული, დანაშაულის სფეროების მაპარმონიზირებელი მინიმალური მოთხოვნები. აღნიშნული დებულების თანახმად, დირექტივის გამოსაცემად შემდეგი წინაპირობები უნდა არსებობდეს: საქმე უნდა ეხებოდეს განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულს, რომლის წინააღმდეგ ერთობლივად ბრძოლის განსაკუთრებული საჭიროება დგას და ის ერთი ქვეყნის ფარგლებს ცდება. ერთობ საეჭვოა, აკმაყოფილებს თუ არა აღნიშნული დირექტივის პროექტი ამ სტანდარტებს.¹⁶

კომპეტენციის გადაჭარბების მაგალითის სახით მინდა შეგეხო დირექტივის პროექტის მე-11 მუხლს, რომლითაც წევრი სახელმწიფოები ვალდებული არიან, შემოიღონ სამსახურებრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების შემადგენლობა. ამ ზოგადი შემადგენლობით, დასჯადი უნდა იყოს საჯარო თანამდებობის პირის, მანდატის მატარებელი პირის თუ კერძო მოსამსახურის ზოგადი მართლსაწინააღმდეგო ქმედება, რომლის მეშვეობითაც პირს სურს თავისთვის ან მესამე პირის სასარგებლოდ არამართლზომიერი სარგებლის მიღება. ქმედების შემადგენლობა არ მოიცავს (განსხვავებით კონვენციური კორუფციული ქმედების შემადგენლობისგან) მინიმუმ ორი პირის კოლუზიური თანამშრომლობის აუცილებელ წინაპირობას (გამცემი და მიმღები). უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება (დირექტივის მე-11 მუხლი) გვექნება შემდეგ მაგა-

16 იხ. დეტალურად კრიტიკული შეხედულება კომპეტენციების პერსპექტივაში, *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am Montag, dem 13. November 2023 (<https://t1p.de/murhs>), 11 ff. და *Kubiciel*, Schriftliche Fassung der Stellungnahme in der Öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung der Korruption, zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2003/568/JI des Rates und des Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind, sowie zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates (<https://t1p.de/v7ol2>), 5 ff.

ლითებში: თანამდებობის პირი არ გასცემს (უმოქმედობას ჩაიდენს) მის მეზობელზე მშენებლობის ნებართვას, რათა მისი მიწის ნაკვეთი „არ ჩაიკეტოს“; ან კიდევ უფრო ბანალურად, უნივერსიტეტის ლექტორი აფასებს გამოცდას, როგორც „ჩაბარებულს“, მიუხედავად იმისა, რომ ეს გამოცდა არ უნდა შეფასებულყო, როგორც უნაკლო; ერთ-ერთი კაფეს ოფიცინანტიმა არ შეიყვანა ანგარიშში თავისი მეგობრის მიერ მოხმარებული კერძები და სასმელი. ეს არის იმგვარი ქმედებები, რომლებიც სცილდება, თუნდაც ევროკავშირის სამართლის ფართო განმარტებისას, ევროკავშირის საქმიანობის წესის ხელშეკრულების 83-ე მუხლის პირველი აბზაცის მე-2 ქვეაბზაცით ნაგულისხმევ „კორუფციას“.¹⁷

შიდა სამართალში გადაჭარბებული ჩარევის თვალნათლივი მაგალითია დირექტივის პროექტის ინსტიტუციონალური მოთხოვნა: მე-4 მუხლის მე-2 და მე-3 აბზაცებით, კორუფციული სისხლის სამართლის საქმეები უნდა წარმართონ სპეციალიზებულმა და მთავრობისაგან დამოუკიდებელმა ორგანოებმა. გერმანიაში კორუფციის საქმეებზე სისხლის-სამართლებრივი დევნის კომპეტენცია აქვს პროკურატურას, რომელიც, გერმანიის სასამართლო მოწყობის შესახებ კანონის 146-ე პარაგრაფის შესაბამისად, ექვემდებარება იუსტიციის სამინისტროს. ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლომ, ევროკავშირის დაპატიმრების ბრძანებასთან დაკავშირებული საქმის განხილვისას, რაც თავის მხრივ ინტენსიურ საგამოძიებო ინსტრუმენტებთან არის დაკავშირებული, მთავრობისაგან არასაკმარისად დამოუკიდებლად მიიჩნია გერმანიის პროკურატურის ორგანოები.¹⁸ ვინაიდან დირექტივის კორუფციის დევნის პროექტი ითხოვს სწორედ ინტენსიური საგამოძიებო მოქმედებების გამოყენებას,¹⁹

17 ამ მიმართულებით იხ. *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, EU-Antikorruptions-Rechtsrahmen – ein „Meilenstein“? ZRP 2023, 211, 212 ff.; , *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, Auswirkungen der EU-Vorschläge für einen neuen Antikorruptions-Rechtsrahmen auf das deutsche Strafrecht, wistra 2023, 353, 356; offengelassen von *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am Montag, dem 13. November 2023 (<https://t1p.de/murhs>), 13.

18 EuGH, NJW 2019, 2145; ამასთან დაკავშ. *Eisele/Trentmann*, Die Staatsanwaltschaft – „objektivste Behörde der Welt“? NJW 2019, 2365; განსხვ. ნაკლებად ინტენსიურ ჩარევასთან დაკავშ. EuGH, NJW 2021, 1373 Rz. 73 (zur Europäischen Ermittlungsanordnung, die nicht das Grundrecht auf Fortbewegungsfreiheit zu beeinträchtigen geeignet ist).

19 შუად. დირექტივის პროექტის 23-ე მუხლი.

ეჭვგარეშეა, რომ ზემოთ აღნიშნული პრეტენზია კვლავ განმეორდება.²⁰ გერმანიამ, როგორც მინიმუმ, უნდა გააუქმოს დირექტივის პროექტით ნაგულისხმევ კორუფციულ დელიქტებთან მიმართებით (რომელიც, კორუფციის ცნების უკვე ნახსენები ფართო განმარტებით, გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის კერძო ნაწილის ბევრ ნორმას მოიცავს) იუსტიციის სამინისტროს მხრიდან პროკურატურისთვის მითითების მიცემის უფლება. ამაზე შეიძლება პოლიტიკური დისკუსია, თუმცა საორთქლოა, თუ რამდენად უფლებამოსილია ევროკავშირი, მსგავსი ინტენსივობით ჩაერიოს გერმანიის მართლმსაჯულების სისტემის მოწყობაში ევროკავშირის საქმიანობის წესის ხელშეკრულების 83-ე მუხლი პირველი აბზაცის მე-2 ქვეაბზაცზე დაყრდნობით.

IV. დასკვნა

სრულიად უდავოა, რომ ევროკავშირის საკანონმდებლო პროცესში ჩართული ორგანოების მიზანია კრიმინალურ-პოლიტიკურად ლეგიტიმური მიზნების მიღწევა. მაგრამ, ამ პროცესის პარალელურად, გასულ წლებში, აშკარად შემცირდა აუცილებელი, სამართლებრივი სახელწიფოსთვის განუყოფელი სენსიტიურობა. 2023 წლის მაისში წარმოდგენილი, კორუფციასთან ბრძოლის სარეფორმო პაკეტი წარმოქმნის კიდევ უფრო მეტ უფსკრულს. დანაშაულთან ბრძოლის ევროპული პოლიტიკა უნდა იყოს ორიენტირებული, სისხლის სამართლის პოლიტიკის სფეროში, სახელმწიფოთა სუვერენიტეტთან მჭიდროდ დაკავშირებულ სუბსიდიურობის პრინციპზე და ჰარმონიზაციისას უნდა გატარდეს მხოლოდ გარდაუვლად აუცილებელი ზომები. იქ, სადაც ევროკავშირი ლეგიტიმურად ახორციელებს თავის კრიმინალურ-პოლიტიკურ კომპეტენციას, არ უნდა გამოგვიჩეს მხედველობიდან სისხლის საპროცესო სამართლოს ძირითადი პრინციპები, როგორც ეს, სამწუხაროდ, შეინიშნება, მაგალითად, დანაშაულთან ბრძოლის საგარეო-პოლიტიკური სანქციების კონტექსტში.

20 ამავე კონტექსტში Bundesrats-Drucksache. 244/23, S. 4; *Busch*, wistra 2023, Heft 6 R 9, R 11.

AKTUELLE TENDENZEN DER INTERNATIONALISIERUNG UND EUROPÄISIERUNG DES STRAFRECHTS AM BEISPIEL DES ANTI- KORRUPTIONS-PAKETS DER EU-KOMMISSION

Prof. Dr. **Kilian Wegner**, Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder)¹

I. Einführung

Nachdem eine Reihe von Korruptionsskandalen die europäischen Institutionen, insbesondere das Europäische Parlament erschüttert hatten, erklärte die Präsidentin der EU-Kommission, Ursula von der Leyen, in ihrer Rede zur Lage der Union im Herbst 2022, künftig mit „der vollen Härte des Gesetzes“ die Korruption in allen ihren Spielarten bekämpfen zu wollen.² Darauf hat die EU-Kommission im Mai 2023 den Entwurf eines entsprechenden Maßnahmenpakets vorgestellt.³ Das als „Meilenstein“ titulierte Projekt tritt ambitioniert auf und bezweckt nicht weniger, als der Korruption innerhalb (und auch außerhalb) der EU „den Garaus zu machen“.⁴

Die Grundlage des Entwurfspakets bildet eine gemeinsame Mitteilung der EU-Kommission und des Hohen Vertreters für die Gemeinsame Außen- und Si-

1 Der Vortragsstil wurde nur teilweise beibehalten. Der Beitrag beruht auf Passagen, die der *Verf.* zu den Publikationen *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, EU-Antikorruptions-Rechtsrahmen – ein „Meilenstein“?, ZRP 2023, 211 ff. und *dies.*, Auswirkungen der EU-Vorschläge für einen neuen Antikorruptions-Rechtsrahmen auf das deutsche Strafrecht, wistra 2023, 353 ff. beigetragen hat. Wörtliche Übernahmen des eigenen Texts sind nicht gesondert gekennzeichnet.

2 *Von der Leyen*, Rede zur Lage der Union v. 13.9.2022, online abrufbar unter <https://t1p.de/fhrvb>.

3 Überblick bei *Busch*, wistra 2023, Heft 6 R. 9 ff.; *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, EU-Antikorruptions-Rechtsrahmen – ein „Meilenstein“?, ZRP 2023, 211 ff.; *dies.*, Auswirkungen der EU-Vorschläge für einen neuen Antikorruptions-Rechtsrahmen auf das deutsche Strafrecht, wistra 2023, 353 ff.; *F. Zimmermann*, Hauptsache strafbar? Eine Bewertung des Kommissionsvorschlags für eine EU-Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption (COM [2023] 234 final), ZfStW 2023, 383 ff.

4 EU-Kommission/Hoher Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik, Gemeinsame Mitteilung über die Bekämpfung der Korruption v. 3.5.2023, JOIN(2023) 12 final, S. 10 f. (online abrufbar <https://t1p.de/21dgg>).

cherheitspolitik (GASP) über die Bekämpfung der Korruption, die eine Analyse des Status quo enthält und die Strategie der EU auf dem Feld der Korruptionsbekämpfung für die nächsten Jahre skizziert.⁵

Der zweite Bestandteil des Pakets ist außenpolitischer Natur und beinhaltet einen Vorschlag für eine Verordnung über GASP-Sanktionen zur Bekämpfung systematischer und weitverbreiteter Korruption in Drittstaaten.⁶ Die Verordnung soll es dem Rat künftig u. a. erlauben, politisch einflussreiche natürliche und juristische Personen aus korruptionsbelasteten Nicht-EU-Staaten mit Einreiseverboten, Einfrieren von Vermögen und wirtschaftlichen Betätigungsverboten zu belegen.

Dritter Bestandteil der von der Kommission vorgelegten Entwürfe ist ein Vorschlag für eine Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption, mit der die „fragmentierten, veralteten und begrenzten“ bisherigen Rechtsakte ersetzt⁷ bzw. ergänzt⁸ werden sollen. Der Richtlinien-Entwurf enthält – zumeist eng an der UN-Anti-Korruptions-Konvention (UNCAC)⁹ orientierte – Regelungen sowohl zur Korruptionsprävention als auch Mindestvorgaben strafprozessualer und materiell-strafrechtlicher Natur. Zu den Präventionsinstrumenten gehören „wirksame Vorschriften für die Offenlegung von und den Umgang mit Interessenkonflikten im öffentlichen Sektor, für die Offenlegung und Überprüfung von Vermögenswerten öffentlicher Bediensteter und für die Interaktion zwischen privatem und öffentlichem Sektor“.¹⁰ Ferner verpflichtet der RL-E die Mitgliedstaaten sowohl zur Korruptionsprävention als auch zur Korruptionsstrafverfolgung regierungsunabhängige, spezialisierte

5 A. a. O.

6 Gemeinsamer Vorschlag für eine Verordnung des Rates über restriktive Maßnahmen gegen schwere Korruptionshandlungen v. 4.5.2023, JOIN(2023) 13 final (online abrufbar unter <https://t1p.de/cjhe0>).

7 Gestrichen wird nach Artikel 27 des Richtlinien-Entwurfs der EG-Rahmenbeschluss 2003/568/JI v. 22.7.2003 zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor, ABl. Nr. L 192, S. 54 und das EU-Antikorruptionsübereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind v. 26.5.1997, BGBl. 2002 II, S. 2727, 2729.

8 Ergänzung erfährt gem. des Richtlinien-Entwurfs die PIF-Richtlinie (EU) 2017/1371, ABl. Nr. L 350, S. 50.

9 United Nations Convention Against Corruption v. 31.10.2003, United Nations Treaty Series Chapter XVIII, No. 14.

10 Gemeinsame Mitteilung (Fn. 4), S. 5.

Organisationseinheiten einzurichten. Der materiell-strafrechtliche Teil des Richtlinien-Entwurfs sieht die Bestrafung einer Reihe näher definierter Korruptionsdelikte oder damit im Zusammenhang stehender Taten vor, namentlich Bestechung im öffentlichen (Artikel 7) und im privaten (Artikel 8) Sektor, Veruntreuung (Artikel 9), unerlaubte Einflussnahme (Artikel 10), Amtsmissbrauch (Artikel 11), Behinderung der Justiz (Artikel 12) sowie Bereicherung durch Korruptionsdelikte (Artikel 13). Ergänzend werden auch Mindestvorgaben zum Sanktionsinstrumentarium gemacht (etwa zu Höchststrafen und Nebenfolgen für natürliche Personen und Verbände sowie Vorgaben zu Verjährungsfristen und zum Strafanwendungsrecht).

In den genannten Reformvorschlägen meine ich Muster zu erkennen, die mir prototypisch für zwei aktuelle Tendenzen im Internationalen und Europäischen Strafrechts erscheinen und die ich im Folgenden kurz beschreiben möchte.

II. Gefahr der Aushöhlung strafprozessualer Schutzstandards unter dem Deckmantel außenpolitischer Sanktionen

Meine erste Beobachtung betrifft den Vorschlag für eine Verordnung über GASP-Sanktionen zur Bekämpfung systematischer und weitverbreiteter Korruption in Drittstaaten. Hierin spiegelt sich aus meiner Sicht die international zu beobachtende Tendenz wider, den mühsamen Weg strafprozessualer Ermittlungen durch eine freihändige außenpolitische Sanktionierungspraxis abzukürzen und zentrale strafprozessuale Schutzmechanismen zu umgehen. Diese Gefahr sehe ich bei korruptionsbezogenen Sanktionen ganz besonders, da – anders etwa als bei den restriktiven Maßnahmen infolge der russischen Aggression gegen die Ukraine (u. a. EU-Verordnung 269/2014) – die Ratio der Sanktionierung nicht einmal mehr vordergründig darauf abzielt, durch Druck auf regierungsnahen Personen die Politik eines Staates zu beeinflussen. Vielmehr knüpft die Begründung einer Listung nach dem Verordnungs-Entwurf direkt an die Begehung von Straftaten an. Nach dem Verordnungs-Vorschlag soll der Rat der Europäischen Union nämlich solche Personen auf eine Sanktionsliste setzen können, die der Korruption, der Veruntreuung staatlicher Gelder oder verwandter Delikte bezichtigt werden. Rechtsfolge einer solchen Listung ist dann,

dass das in der EU befindliche Vermögen der gelisteten Person eingefroren wird, wirtschaftliche Austauschgeschäfte mit der Person für EU-Angehörige verboten sind und die Person nicht mehr in die EU einreisen darf.

Der einzige Unterschied zwischen dem Verordnungs-Vorschlag und einer klassischen Strafvorschrift liegt darin, dass eine Listung laut Artikel 2 Absatz 1 des Verordnungs-Entwurfs neben dem Verdacht der Beteiligung an Korruption voraussetzt, dass die in Rede stehenden Taten geeignet sind, die sicherheits- und außenpolitischen Ziele der EU zu gefährden. Zur näheren Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs enthält die Verordnung eine Reihe von (nicht abschließend gemeinten) Kriterien, die von der Korruptionsbelastung der von der Tat berührten Staaten über das Ausmaß der Tat und die Bedeutsamkeit des Beschuldigten bis hin zur Frage reichen, ob der Betroffene für das in Rede stehende Verhalten bereits strafrechtlich verfolgt wird.

Dieser Ansatz, über das Sanktionsrecht weltweit schneidig Zugriff auf Korruptionsverdächtige nehmen zu können, ist angesichts der bisher überschaubaren Erfolge bei der strafrechtlichen Verfolgung von *grand corruption* einerseits verlockend. Andererseits besteht aber auch die erhebliche Gefahr, dadurch ein apokryphes Parallelstrafrecht zu schaffen. Ich will das am Fall des ehemaligen libanesischen Zentralbankchefs Riad Salameh deutlich machen. Gegen Salameh haben Ermittlerinnen und Ermittler vor allem aus Deutschland und Frankreich in monatelanger Arbeit nach allen Regeln der strafprozessualen Kunst ermittelt. Wenn man den Presseberichten über die Ermittlungsergebnisse und die Beweismittel Vertrauen schenken darf, haben sie ihn der Veruntreuung von Staatsgeldern in Millionenhöhe überführt.¹¹ Gleichzeitig – und da wird der Kontrast deutlich – hat das U.S. Department of the Treasury's Office of Foreign Assets Control (OFAC) Salameh kurzerhand auf eine Sanktionsliste gesetzt.¹² Hierfür brauchte es keine rechtsförmigen Ermittlungen und schon gar keine strafprozessuale Hauptverhandlung, sondern es genügen einige wenige Zeilen Entscheidungsbegründung, die sich zumeist aus nachrichtendienstlichen Quellen

11 Übersicht der öffentlich verfügbaren Informationen zum Fall Salameh bei *Mayrhofer*, Der Fall Riad Salameh, GWuR 2023, 110.

12 Pressemitteilung der OFAC vom 1. August 2023 (online abrufbar unter <https://t1p.de/78w1l>).

speist. Dies ist im EU-Sanktionsrecht genauso. Die Europäischen Gerichte haben sich in den vergangenen Jahren zwar erkennbar bemüht, den Rechtsschutz gegen restriktive Maßnahmen zu verbessern.¹³ Es bleibt aber dennoch dabei, dass dem außenpolitischen Individualsanktionsverfahren letztlich alle Kernmerkmale des reformierten Strafprozesses von der Akteneinsicht über das öffentliche Erkenntnisverfahren bis hin zum Konfrontationsrecht fehlen, obwohl es im Kern um (wenn auch politisch besonders bedeutsame) genuin individualstrafrechtliche Vorwürfe geht.¹⁴

Auch völkerrechtlich ist der Vorstoß der EU-Kommission nicht unproblematisch, da die Listung von Personen in Nicht-EU-Staaten mindestens als Akt mit sogenannter Persuasionswirkung die Souveränität dieser Staaten beeinträchtigt und Korruptionstäter weiterhin nicht als *hostis humani generis* gezählt werden können, für die das Universalitätsprinzip eine solche Souveränitätsbeeinträchtigung legitimieren würde. Dass *grand corruption* oft in Verbindung mit Verstößen gegen das Völkergewohnheitsrecht (etwa in Gestalt von Menschenrechtsverletzung) steht, ist zutreffend, aber eine schwache Legitimationsgrundlage, um extraterritorial wirkende außenpolitische Sanktionen einzuführen.

III. Der Richtlinien-Entwurf zum Korruptionsstrafrecht als Beispiel für hypertrophe Tendenzen der EU-Strafrechtsgesetzgebung

Der zweite Trend, den ich durch das Anti-Korruptions-Paket der EU-Kommission verkörpert sehe, betrifft die Reichweite der Harmonisierungskompetenz der Europäischen Union in Fragen des Strafrechts. Ich bin der Auffassung, dass die EU-Richtlinien zur Harmonisierung des Strafrechts der Mitgliedstaaten schon seit längerer Zeit dazu neigen, immer tiefer in die Strafrechtsordnungen der Mitgliedstaaten einzugreifen,¹⁵ und dass der jetzt vorliegende Vorschlag für

13 Vgl. aus der letzten Zeit zB EuG 6.9.2023 – T-364/22, BeckRS 2023, 22880 – „Shulgjin“ oder EuG 30.3.2022 – T-291/20, BeckRS 2022, 5775 – „Yanukovych“.

14 Hierzu und zur folgenden Bewertung bereits *El-Ghazi/Wegner/Zimmermann*, EU-Anti-korruptions-Rechtsrahmen – ein „Meilenstein“?, ZRP 2023, 211, 212.

15 So auch die Auffassung der Konferenzen der deutschen Justizministerinnen und Jus-

eine Richtlinie zur Korruptionsbekämpfung die insofern durch die Europäischen Verträge gezogenen Grenzen überschreitet und einen primärrechtswidrigen *ultra-vires*-Akt darstellt.

Ausgangspunkt meiner Überlegungen ist Artikel 83 Absatz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Nach dieser Vorschrift kann der Europäische Gesetzgeber für die in Unterabsatz 2 genannten Kriminalitätsbereiche harmonisierende Mindestvorgaben im Wege einer Richtlinie festlegen, wenn sie aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen, eine grenzüberschreitende Dimension haben. Ob sich der Richtlinien-Entwurf innerhalb dieser Grenzen bewegt, ist (von Zweifeln an der Verhältnismäßigkeit der Regelungen abgesehen) sowohl mit Blick auf Regelungsbreite als auch Regelungsdichte des Vorschlags sehr zweifelhaft.¹⁶

Ich will als Beispiel für die Kompetenzübertretung, die die EU-Kommission mit ihrem Richtlinien-Entwurf anvisiert, den Artikel 11 des Entwurfs nennen, der den Mitgliedstaaten aufgibt, einen Tatbestand des Amtsmissbrauchs einzuführen. Nach diesem Auffangtatbestand soll allgemein rechtswidriges Verhalten von öffentlichen Amts- oder Mandatsträgern und sogar von privaten Bediensteten unter Strafe gestellt werden, durch das der Täter sich selbst oder einem Dritten einen ungerechtfertigten Vorteil verschaffen will. Der Tatbestand verzichtet – anders als konventionelle Korruptionstatbestände – auf das Erfordernis eines kollusiven Zusammenwirkens von mindestens zwei Personen (Geber- und Nehmerseite). Ein Amtsmissbrauch im Sinne von Artikel 11 des Richtlinien-Entwurfs wäre

tizminister, Beschluss II.27 v. 25./26.5.2023 (online abrufbar unter <https://t1p.de/fc1y1>).

16 Für eine eingehende kritische Stellungnahme aus kompetenzrechtlicher Perspektive s. *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am Montag, dem 13. November 2023 (online abrufbar unter <https://t1p.de/murhs>), 11 ff. und *Kubiciel*, Schriftliche Fassung der Stellungnahme in der Öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung der Korruption, zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2003/568/JI des Rates und des Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind, sowie zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates (online abrufbar unter <https://t1p.de/v7ol2>), 5 ff.

beispielsweise schon dann gegeben, wenn ein Amtsträger rechtswidrig die Erteilung einer Baugenehmigung an seinen Nachbarn unterlässt, damit sein Grundstück nicht „zugebaut“ wird. Oder noch banaler: Ein Hochschullehrer bewertet eine Prüfungsleistung mit bestanden, in dem Wissen, dass die Prüfungsleistung beurteilungsfehlerfrei niemals so bewertet werden dürfte. Oder: Der Kellner in einem Café verzichtet bei einem Freund darauf, die Rechnung für konsumierte Speisen und Getränke abzurechnen. Das sind Verhaltensweisen, die selbst bei einem weiten, unionsrechtsautonomen Verständnis dieses Begriffes außerhalb dessen liegen, was Artikel 83 Absatz 1 Unterabsatz 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union mit „Korruption“ beschreibt.¹⁷

Ein Beispiel für die überzogene Regelungstiefe lässt sich den institutionellen Vorgaben des Richtlinien-Entwurfs entnehmen: Artikel 4 Absatz 2, Absatz 3 verlangt, dass für Strafverfahren in Korruptionssachen spezialisierte und von der Regierung funktional unabhängige Behörden tätig sind. In Deutschland liegt die Zuständigkeit für die strafrechtliche Verfolgung von Korruption bei den zuständigen (Schwerpunkt-)Staatsanwaltschaften. Diese unterliegen nach § 146 GVG aber dem Weisungsrecht der Justizministerien. Im Zusammenhang mit dem eingriffsintensiven Ermittlungsinstrument des EU-Haftbefehls hat der EuGH die deutschen Staatsanwaltschaften deshalb als nicht hinreichend von der Regierung unabhängig qualifiziert.¹⁸ Da der Richtlinien-Entwurf zur Korruptionsverfolgung gerade auch die Möglichkeit des Einsatzes besonders eingriffsintensiver Ermittlungsmaßnahmen verlangt,¹⁹ besteht kein Zweifel daran, dass dieser Einwand hier in gleichem Maße erhoben werden würde.²⁰ Deutschland müsste

17 Mit dieser Stoßrichtung schon *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, EU-Antikorruptions-Rechtsrahmen – ein „Meilenstein“?, ZRP 2023, 211, 212 ff.; *dies.*, Auswirkungen der EU-Vorschläge für einen neuen Antikorruptions-Rechtsrahmen auf das deutsche Strafrecht, wistra 2023, 353, 356; offengelassen von *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am Montag, dem 13. November 2023 (online abrufbar unter <https://t1p.de/murhs>), 13.

18 EuGH NJW 2019, 2145; dazu *Eisele/Trentmann*, Die Staatsanwaltschaft – „objektivste Behörde der Welt“?, NJW 2019, 2365; anders für weniger eingriffsintensive Maßnahmen EuGH NJW 2021, 1373 Rz. 73 (zur Europäischen Ermittlungsanordnung, die nicht das Grundrecht auf Fortbewegungsfreiheit zu beeinträchtigen geeignet ist).

19 Vgl. Artikel 23 des Richtlinien-Entwurfs.

20 So wohl auch Bundesrats-Drucksache 244/23, 4; *Busch*, wistra 2023, Heft 6 R 9, R 11.

also zumindest für Korruptionsdelikte i. S. d. des Richtlinien-Entwurfs (der in der schon erwähnten überdehnten Definition des Begriffes der Korruption große Teile des heutigen Besonderen Teils des StGB als Korruptionsdelikte betrachtet) das externe Weisungsrecht abschaffen. Darüber mag man politisch diskutieren, es ist aber nicht ersichtlich, dass die Europäische Union das Recht für eine derartige weitreichende Vorgabe zur deutschen Justizverfassung aus Artikel 83 Absatz 1 Unterabsatz 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union ableiten könnte.

IV. Fazit

Es ist nicht zu bestreiten, dass die in der Europäischen Union an der Gesetzgebung beteiligten Organe bei ihrer kriminalpolitischen Agenda legitime Ziele verfolgen. Bei der Umsetzung der politischen Ideen in konkrete Rechtsakte scheint die notwendige rechtsstaatliche Sensibilität in den vergangenen Jahren allerdings abzunehmen, wobei das im Mai 2023 vorgelegte Reformpaket zur Bekämpfung der Korruption einen neuen Tiefpunkt darstellt. Die europäische Kriminalpolitik wäre gut beraten, sich gerade im eng mit der Staatensouveränität verknüpften Bereich der Strafrechtspolitik auf den Gedanken der Subsidiarität zu besinnen und ihre Harmonisierungsbemühungen auf das unbedingt erforderliche Maß zu beschränken. Dort, wo sie legitimerweise ihre kriminalpolitische Regelungskompetenz ausübt, sollten die Grundprinzipien des aufgeklärten Strafrechts (auch in prozessualer Hinsicht) nicht aus dem Blick verloren werden, wie es bei den hier aufgezeigten jüngsten Expansionstendenzen des außenpolitischen Sanktionsregimes in das Revier der Kriminalitätsbekämpfung leider zu befürchten ist.

აქტუალური ტენდენციები ქონებრივი დანაშაულების სფეროში – NON-CONVICTION-BASED CONFISCATION OF ASSETS, როგორც კორუფციასთან ბრძოლის საშუალება

დოქტ. ფაბიან ტაიხმანი, LL.M., ადვოკატი

I. შესავალი

უკრაინაში არსებული კრიზისის ფონზე, საქართველო და გერმანულენოვანი ქვეყნები სულ უფრო ხშირად დგებიან რუსული წარმოშობის ქონებისგან მომდინარე პრობლემის წინაშე. შეძლებული პირები რუსეთიდან და უკრაინიდან ცდილობენ თავიანთი ქონებრივი აქტივების უცხოეთში გადატანას. საქართველო და გერმანულენოვანი ქვეყნები კი ამ მხრივ მიმზიდველ ადგილებად განიხილება. ხშირად გაურკვეველია მსგავსი სახის ქონების წარმომავლობა. არც თუ იშვიათად, ასეთი ქონება კრიმინალთანაა დაკავშირებული, განსაკუთრებით, რუსეთსა და უკრაინაში არსებული მაღალი კორუფციული მაჩვენებლების გათვალისწინებით. მიუხედავად ინტენსიური მცდელობებისა, ხშირად შეუძლებელია კონკრეტული ქონების დანაშაულებრივი წარმომავლობის დამტკიცება. სწორედ ამიტომ, წარსულში არაერთხელ გაჟღერებულა ქონებრივი აქტივების კონფისკაციის იდეა თუნდაც ეჭვის საფუძველზე. ამ სტატიაში განხილული იქნება ამ მეთოდთან დაკავშირებული, სამართლებრივი სახელმწიფოს სტანდარტების დარღვევის რისკები და ნაჩვენები იქნება ისიც, რომ ის ვერ იქნება პრობლემის გადაჭრის უებარი საშუალება. მაგრამ, მაინც რატომაა კორუფციასა და ფულის გათეთრებასთან ბრძოლა ესოდენ რთული?

II. კორუფცია

სრულად უდავო გარემოებაა, რომ კორუფციას აქვს უპირატესად ნეგატიური შედეგები.¹ სწორედ ამიტომ, 1997 წლის 17 დეკემბერს, მიღებულ იქნა საერთაშორისო ბიზნეს ტრანზაქციებში უცხოელი საჯარო მოხელეების მოსყიდვის წინააღმდეგ ბრძოლის შესახებ კონვენცია. მიუხედავად ამისა, კორუფცია დღესაც მრავალი ქვეყნის ყოველდღიური მოვლენაა.² ამიტომ იბადება კითხვა, თუ რითია ყოველივე ეს განპირობებული?³ ყოფილი საბჭოთა რესპუბლიკების ურთიერთშედარება ნათელს ჰფენს იმ საკითხს, რომ საქართველო წარმოუდგენლად პოზიტიურად განვითარდა რუსეთსა და უკრაინასთან შედარებით. საერთაშორისო გამჭვირვალობის კორუფციის აღქმის ინდექსის მიხედვით (2022წ.), 180 ადგილიდან საქართველო იკავებს 41-ე ადგილს, უკრაინა - 116-ე, ხოლო რუსეთი 137-ე ადგილს.⁴ ამდენად, სავსებით გასაგებია, თუ რატომ ირჩევენ პოსტსაბჭოთა ქვეყნებში მობინადრე პირები სწორედ საქართველოს, როგორც მათი ქონების უსაფრთხო ნავსაყუდელს. განსაკუთრებით კი, უკრაინაში დღესდღეობით არსებული სიტუაციისა და სანქციების გვერდის ავლის მცდელობების ფონზე.

თუმცა, ამისდა მიუხედავად, იბადება კითხვა, თუ რატომაა ცალკეულ აღმოსავლეთევროპულ ქვეყნებში ესოდენ რთული კორუფციასთან ბრძოლა. ამ ქვეყნების სასამართლო სისტემების შესწავლა ამას ცხადყოფს. ეს კიდევ უფრო ნათელი ხდება ამ ქვეყნებში მოსამართლისა თუ პროკურორის თანამდებობებზე შერჩევის პროცედურების გაცნობისას.⁵ ნაშრომში

1 *Ades/Tella*, IDS bulletin, 27/1996, 6; *Cooray/Dzhumashev*, Economic Modelling, 74/2018, 207; *Campos/Dimova/Saleh*, Journal of Institutional and Theoretical Economics 172/2016, 521; *d'Agostino/Dunne/Pieroni*, European Journal of Political Economy 43/2016, 71; *Al-Sadig*, Cato Journal 29/2019, 267.

2 *Teichmann/Falker/Sergi*, Energy Research & Social Science (08/2020), 66; *Teichmann/Falker/Sergi*, Resources Policy, 12/2020, 69; *Teichmann*, Journal of Financial Crime, 2018, 25(4), 1105-1110; *Teichmann/Falker/Sergi*, The Extractive Industries and Society, 2020, 7(3), 1022-1028; *Teichmann*, Journal of Financial Crime, 2019, 26(3), 746-752.

3 *Teichmann/Falker*, Journal for Labour and Social Affairs in Eastern Europe, 2020, 23(1), 91-108.

4 <https://www.transparency.org/en/cpi/2022> (ნანახია 8.12.2023).

5 *Teichmann*, ZfStW 6/2023, 377.

აღმოსავლეთევროპული მართლმსაჯულების ცალკეული სისტემების შემდგომი განხილვა ეფუძნება ავტორის ემპირიულ გამოკვლევებს.

მოსამართლის თანამდებობისკენ მიმავალი გზა ბევრ პოსტსაბჭოთა ქვეყანაში, მსოფლიოს სხვა ქვეყნების მსგავსად, იწყება უმაღლესი იურიდიული განათლების მიღებით. ვისაც კარგი ნიშნების მიღება სურს, მან ხშირად ქრთამიც უნდა გადაიხადოს. ეს წესი, განსაკუთრებით, მოქმედებს ცნობილ კორუფციულ პოსტსაბჭოთა ქვეყნებში. უმაღლესი იურიდიული განათლების მიღების შემდეგ, პოსტსაბჭოთა ქვეყნებში იწყება ე.წ. სტაჟირება, მსგავსად გერმანული რეფერენდარიატისა. თუმცა, ვაკანტური ადგილები გაიცემა კონტაქტების მეშვეობით. ამ კონტაქტების დროს კი, მაღლობის გადახდა ხდება, როგორც წესი, „საჩუქრებით“.⁶ ამის შემდგომი სამოსამართლეო საკვალიფიკაციო გამოცდის ჩაბარებაც ბევრ ქვეყანაში შესაძლებელია მხოლოდ ქრთამის გადახდით. ის, ვინც წარმატებულად ჩააბარებს გამოცდას, ავტომატურად ვერ გახდება მოსამართლე. ბევრ ქვეყანაში ამისათვის აუცილებელია მოსამართლის შტატის გამოყოფა. სწორედ მოსამართლის შტატის გამოყოფასა და მოსალოდნელ თანამდებობრივ სარგომეა ორიენტირებული გადასახდელი ქრთამის ოდენობა. იმას, ვისაც სურს სამენარმეო საქმეთა განმხილველი მოსამართლის ადგილი რომელიმე დიდ ქალაქში, როგორც წესი, მეტის გადახდა უწევს, ვიდრე ეს იქნებოდა პროვინციაში სისხლის სამართლის საქმეთა განმხილველი მოსამართლის შტატის შემთხვევაში. ქრთამის ოდენობაში არსებული განსხვავებები კი ეფუძნება იმ რეალობას, რომ დიდ ქალაქში მომუშავე სამენარმეო საქმეთა მოსამართლე ბევრად უფრო მეტ ქრთამს მიიღებს სამომავლოდ, ვიდრე პროვინციაში დასაქმებული სისხლის სამართლის საქმეთა განმხილველი მოსამართლე. წარსულში არაერთხელ მომხდარა, რომ მოქმედი მოსამართლე, რომელმაც წარმატებით განვლო ეს გზა, სასამართლო რეფორმის ფარგლებში, ხელახლა დაექვემდებარა შემონმბებასა თუ გამოცდის გავლას. ამის გამო, ამ მოსამართლეებს უწევდათ ქრთამის გადახდა თანამდებობაზე დარჩენის სანაცვლოდ. აღწერილი მექანიზმი კი განაპირობებს ე.წ. არასასურველ შერჩევას (*Adverse Selection*). პატიოსანი მოქალაქეები, რომლებიც კატეგორიულად ეწინააღმდეგებიან კორუფციას, მხოლოდ ცალკეულ შემთხვევებში გამო-

6 Teichmann, ZfJStW 6/2023, 377.

ხატავენ მოსამართლის თანამდებობაზე დანიშვნის სურვილს. ხოლო, იმ შემთხვევაში, თუ ისინი მაინც მიიღებენ ამგვარ გადაწყვეტილებას, მოსალლონელი არაა, რომ მოახერხებენ ყველა დაბრკოლების დაძლევისა და მოსამართლის თანამდებობაზე დანიშვნას ქრთამის გადახდის გარეშე. ხოლო მათ, ვისაც აქვს კრიმინალური ხასიათი და გახსნილად ხვდება კორუფციას, მიმზიდველად მიაჩნიათ მსგავსი გზა. ეს კი განაპირობებს იმას, რომ მოსამართლის თანამდებობას ირჩევენ ის პირები, რომლებსაც აქვთ კორუფციასთან შემგუებლური დამოკიდებულება. ამას გარდა, ზემოთ ნახსენები მართლმსაჯულების რეფორმით შეფუთული განმეორებითი გამოცდის შედეგად, მოქმედი მოსამართლე, რომელიც პრინციპულად ეწინააღმდეგება კორუფციას, სამუდამოდ ემშვიდობება დაკავებულ თანამდებობას. მოსამართლის თანამდებობის შესანარჩუნებლად განმეორებითი ქრთამის გადახდა კი ხელეწიფება მხოლოდ იმ მოსამართლეს, რომელიც თავად გახდა/არის კორუმპირებული.⁷

უმეტეს შემთხვევაში, პროკურორის კარიერა იდენტურია მოსამართლის პროფესიული კარიერისა. თუმცა პროკურორებს ხშირად აკლიათ მოსამართლის „დამოუკიდებლობა“. პროკურორმა, ხშირად, მიღებული ქრთამი უნდა გაუნაწილოს ზემდგომ პროკურორს. ეს უკანასკნელი კი, ქრთამის სახით მიღებული თანხის ნაწილს, თავად ინარჩუნებს, ხოლო მეორე ნაწილს კი გადასცემს გენერალურ პროკურატურას. ყოველივე ეს კი განაპირობებს გარკვეულ ჯგუფურ დინამიკას. ვინც თავს იკავებს ამ სისტემაში მონაწილეობის მიღებისაგან, თავადვე შეიძლება იქცეს სისხლის სამართლის საქმის ბრალდებულად.⁸

კორუფციის ზემოთ აღწერილი სქემა ბევრ ქვეყანაშია აქტუალური. ვინაიდან მართლმსაჯულების სისტემა თავად არის კორუმპირებული, კორუფციის ფაქტზე სისხლისსამართლებრივი საგამოძიებო მოქმედებები ხშირად არ არის ეფექტური და წარმატებული.⁹ სწორედ ამიტომ, სისტემატურად ხდებოდა წარსულში იმის არგუმენტირება, რომ კორუფციასთან ბრძოლა (როგორც მინიმუმ) შესაძლებელია ფულის გათეთრების შემადგენლობის სახით. ეს მოსაზრება ეფუძნება იმ ვარაუდს, რომ არ უნდა

7 *Teichmann*, Die Polizei 11, 2021, 501; *Teichmann*, ZfStW 6/2023, 377.

8 *Teichmann/Wittmann*, Journal of Financial Crime, 2023, 30(2), 512-521.

9 *Teichmann/Boticu/Sergi*, Journal of Economic Criminology, 2023, 2.

ღირდეს მძიმე დანაშაულის ჩადენა. დამნაშავე თითქოსდა ვერსად გამოიყენებს დანაშაულებრივი გზით მოპოვებულ ფულს. თუმცა, გარკვეულწილად საორტოფოა, თუ რამდენად რეალურია ეს. ფულის გათეთრების შემადგენლობამ მხოლოდ იმ შემთხვევაში შეიძლება შეუწყოს ხელი კორუფციასთან ბრძოლას, როდესაც პირი მარტივად ვერ აუვლის გვერდს ფულის გათეთრების პრევენციულ ღონისძიებებს. აქედან გამომდინარე, იბადება კითხვა, თუ რამდენად მარტივია ფულის გათეთრება? ფულის გათეთრების წინააღმდეგ მიმართული პრევენციული ღონისძიებებისთვის გვერდის მარტივად ავლის შემთხვევაში, ფულის გათეთრების სისხლის-სამართლებრივი შემადგენლობა, ხშირად ვერ დააშინებს და ვერ შეაჩერებს უცხოეთში მყოფ დამნაშავე პირებს.¹⁰

III. ფულის გათეთრება

ფულის გათეთრების სიმარტივის შესაფასებლად, მთავარია წინარე ქმედებაზე ორიენტირის გაკეთება.¹¹ აქ განხილული ფულის გათეთრების მეთოდები – ანუ, ე.წ. ჭკვიანი დამნაშავეების მოქმედების მეთოდები – ასევე ეფუძნება ავტორის ემპირიულ კვლევებს.¹²

დამნაშავის გადმოსახედიდან, განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია დანაშაულებრივად მიღებული ქონების წარმომავლობა. ნარკომოგაჭრეს სრულიად სხვა მოთხოვნილებები აქვს, ვიდრე კორუმპირებულ თანამდებობის პირს. ასევე, იბადება კითხვა, საქმე ეხება ნაღდ ფულს თუ ე.წ. უზრუნველყოფის სახით გამოსადეგ ქონებას („Bankable Assets“).¹³ ვისაც დიდი ოდენობით ნაღდი ფული აქვს, სხვა გამონკვევების წინაშე დგას, ვიდრე ის დამნაშავე, ვინც ფლობს თანხებს საბანკო ანგარიშებზე თუ კრიპტოვალუტას. ეს უკანასკნელი, ანონიმურობის გამო, უდიდესი პოპულარობით

10 *Teichmann*, ZfIStW 6/2023, 377 (379).

11 *Teichmann*, ZfIStW 6/2023, 377 (379).

12 *Teichmann*, Journal of money laundering control, 2017, 20(2), 130-137; *Teichmann*, Crime, Law and Social Change, 2020, 73, 237-247; *Teichmann*, Journal of Financial Regulation and Compliance, 2019, 27(1), 2-12.

13 *Teichmann*, Jusletter v. 14.11.2022, https://jusletter.weblaw.ch/jusliissues/2022/1132/unterschätzte-geldwa_9a6cd8a79c.html__ONCE&login=false (ნანახია 8.12.2023).

სარგებლობს ფულის გამთეთრებლებსა და ტერორიზმის დამფინანსებლებში.¹⁴

ამასთანავე, გასათვალისწინებელია შემოსავლების მიღების პერიოდულობა. ის, ვისაც ქრთამის სახით ერთჯერადად გადაეცა 500 000 ევრო, სრულიად სხვა გამოწვევის წინაშე დგას, ვიდრე ის თანამდებობის პირი, რომელსაც, ყოველთვიური შემოსავლის სახით, გადაეცემა იგივე ოდენობის ქრთამი.¹⁵ ერთჯერადად მოქრთამულ თანამდებობის პირს დანამდვილებით მოუნდება მიღებული 500 000 ევროს მის ყოველდღიურ ცხოვრებაში გამოყენება, მაშინ როცა, ის თანამდებობის პირი, რომელმაც, წლიური ქრთამის სახით, დააგროვა 6 000 000 ევრო, დიდი ალბათობით, მოისურვებს მის დაბანდებას. დამნაშავის გადმოსახედიდან, გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს ქონების ადგილმდებარეობასაც. ვისაც საბანკო აქტივები გააჩნია შვეიცარიაში, ბევრად უფრო განსხვავებული საწყისი მდგომარეობა აქვს, როგორც დამნაშავეს, ვიდრე იმას, ვისაც ნაღდი ფული გააჩნია მოსკოვში. ასევე, ძალზე მნიშვნელოვანია საკითხი, კონკრეტულ ქონებას აქვს თუ არა ე.წ. ლეგენდა. ანუ, ის საბანკო აქტივები, რომლებიც ამონაგების სახით დეკლარირებულია შერწყმისა და შთანთქმის ტრანზაქციიდან (M&A Transaktionen), ბევრად უფრო მარტივად გამოსაყენებელია, ვიდრე სამხრეთ აფრიკაში არსებული ნაღდი ფული. ზემოთ ხსენებული ემპირიული კვლევის ფარგლებში, მოხდა ბევრი საწყისი მდგომარეობის იდენტიფიცირება. დამნაშავე პირები ხშირად ფლობენ ნაღდი ფულს და საბანკო აქტივებს ერთდროულად. ამას გარდა, ფულის გამთეთრებლებს ხშირად აქვთ პერიოდული/სისტემატური შემოსავლები. ეს მარტივად აიხსნება. უპირველეს ყოვლისა, ფაქტია, რომ თანამდებობის პირთა უმეტესობა უპირატესობას ანიჭებს ნაღდი ფულის მიღებას. თუმცა, ეს ყოველთვის არაა შესაძლებელი. მაგალითად, მრავალეროვნული კომპანიის, როგორც კონტრაჰენტის შემთხვევაში. ასევე სავარაუდოა, რომ ფულის გამთეთრებლებს ხშირად აქვთ პერიოდული/სისტემატური შემოსავლები.

14 *Teichmann*, Journal of Money Laundering Control, 2018, 21(4), 513-519; *Teichmann/Falker*, Journal of Money Laundering Control, 2021, 24(4), 775-788; *Teichmann/Falker*, Artificial Intelligence: Anthropogenic Nature vs. Social Origin, 2020, 500-511; *Teichmann/Falker*, Journal of Money Laundering Control, 2020, 24(1), 91-101.

15 *Teichmann/Falker*, Journal of Money Laundering Control 23/2020, 805.

ის, ვინც ერთხელ მაინც აიღებს ქრთამს, ამას კიდევ არაერთხელ გაიმეორებს.¹⁶

უძრავი ქონების სფეროს მაგალითზე, კარგად ჩანს, თუ რაოდენ მარტივია ფულის გათეთრება.¹⁷ ის, ვისაც სურს ინკრიმინირებული უძრავი ნივთების ამ ბაზარზე გათეთრება, როგორც წესი, უპირველეს ყოვლისა, იძენს შესაბამის მიწის ნაკვეთს და ბუნებრივია, მას არ აფორმებს საკუთარ სახელზე. ფულის გამთეთრებლები იყენებენ ცრუმაგიერ პირებსა და სტრუქტურებს საკუთარი ეკონომიკური გამდიდრების შესაფუთად.¹⁸ მიწის ნაკვეთის შეძენისას, ყურადღება ექცევა იმ გარემოებას, რომ ეს არ უნდა იყოს ე.წ. ეტალონური ნაკვეთი.¹⁹ გარდა ამისა, ფულის გამთეთრებლები ერიდებიან მედიალურ აჟიოტაჟს.²⁰ ამის შემდგომ ხდება ნასყიდობის საფასურისა და სხვა ხარჯების ნაწილის ნაღდი ფულით გადახდა. მაგალითად, 70% ოფიციალურად გადარიცხვით და 30% ნაღდი ფულის სახით პროპორციით. ბუნებრივია, აქაც ფულის გამთეთრებელი არ მოქმედებს საკუთარი სახელით და იყენებს ე.წ. ცრუმაგიერ პირებს. თუკი შესაძლებელია, ხშირად ისინი ერთმანეთში ურევენ ინკრიმინირებულ და არაინკრიმინირებულ ქონებას, რის გამოც, ფაქტობრივად, შეუძლებელია ფულის გამთეთრებლის იდენტიფიცირება. უკიდურეს შემთხვევაში, ისედაც ცრუმაგიერი პირის გამოვლენა მოხდება.²¹

ბუნებრივია, უძრავი ქონების სფერო არ არის ერთადერთი სექტორი, რომელშიც შედარებით მარტივია ფულის გათეთრება. სხვა მაგალითები მოიცავს ვაჭრობას ხელოვნების ნიმუშებით, ოქროთი,²² ანტიკვარით,²³ ბრილიანტებითა და ძვირფასეულობით²⁴. ფულის გამთეთრებლებს ასე-

16 *Teichmann*, ZfStW 6/2023, 377 (379).

17 *Teichmann*, Methoden der Geldwäscherei. 2. Aufl. 2021, 149.

18 *Teichmann*, Journal of Money Laundering Control, 2023, 26(2), 418-432.

19 *Teichmann*, Journal of Money Laundering Control, 21(3), 370-375.

20 *Teichmann/Sergi*, Money Laundering, Terrorism Financing and Sanctions, Emerald Publishing Limited, 2018; *Teichmann*, ZfStW 6/2023, 377 (379 f.).

21 *Teichmann*, Journal of Money Laundering Control, 2023, 26(2), 337-348; *Teichmann*, ZfStW 6/2023, 377 (380).

22 *Teichmann/Falker*, Journal of Money Laundering Control, 2023, 26(3), 509-522.

23 *Teichmann*, Journal of Money Laundering Control, 2019, 22(3), 410-416.

24 *Teichmann*, Journal of Money Laundering Control, 2020, 23(3), 691-697.

ვე უყვართ საკონსულტაციო მომსახურება²⁵ და შერწყმა და შთანთქმა (Mergers & Acquisitions). დამატებით კიდევ გამოიყენება ოფშორული ბანკები,²⁶ ვალუტის გადამცვლელი ჯიხურები²⁷ და Hawala Banker-ის სისტემა ქონების წარმომავლობის მისაჩქმალად.²⁸ ყველა ამ მეთოდს აერთიანებს ის, რომ ძალიან დაბალია იდენტიფიცირების რისკი.²⁹

ყოველივე ამან განაპირობა ის, რომ ფულის გათეთრების შემადგენლობა წარსულში არაერთხელ შესულა ჩიხში. მაღალი ალბათობით, ფულის გათეთრების შემადგენლობა არ წარმოადგენს კორუფციასთან ბრძოლის ეფექტურ საშუალებას. ეს ყველაფერი იმიტომ, რომ, ერთი მხრივ, ფულის გათეთრება კვლავინდებურად რჩება გამოვლენის დაბალი რისკის მქონე შემადგენლობად. მეორე მხრივ კი, დარტყმის ქვეშ აღმოჩნდება ხოლმე ცრუმაგიერი პირი.³⁰ ძალიან ხშირად შეუძლებელია (სავარაუდოდ, კრიმინალურ) ქონებასა და გარკვეულ ქმედებებს შორის ურთიერთკავშირის დამტკიცება. ასევე სისხლისსამართლებრივი დევნა არ ეხება მის უკან მდგომ პირებს. ამას განსაკუთრებით გადამწყვეტი როლი აქვს ეკონომიკური დამნაშავეების შემთხვევაში, რომლებიც ახდენენ ხარჯებისა და სარგებლის გაანგარიშებას.³¹

IV. Non-Conviction-Based Confiscation of Assets

გინაიდან ხშირად შეუძლებელია კონკრეტულ ქონებასა და ცალკეულ ქმედებებს შორის გარკვეული ურთიერთკავშირის დამტკიცება, წარსულში არაერთხელ ყოფილა საუბარი ქონებრივი აქტივების კონფისკაციის იდე-

25 *Teichmann*, Journal of Money Laundering Control, 2019, 22(1), 32-37; *Teichmann/Falker*, Journal of Financial Regulation and Compliance, 2020, 28(3), 485-500.

26 *Teichmann/Falker*, Journal of Financial Regulation and Compliance, 2020, 28(3), 337-352; *Teichmann*, Journal of Money Laundering Control, 2023, 26(2), 337-348; *Teichmann/Wittmann*, Journal of Money Laundering Control, 2022, 26(4), 709-718.

27 *Teichmann/Falker*, Journal of Money Laundering Control, 2023, 26(3), 445-461.

28 *Teichmann/Wittmann*, Journal of Money Laundering Control (2022), 26(3), 665-677; *Teichmann/Falker*, Journal of Financial Regulation and Compliance, 2021, 29(1), 1-14.

29 *Teichmann*, Journal of Money Laundering Control, 2020, 23(1), 90-95.

30 *Teichmann*, ZfStW 6/2023, 377 (380).

31 *Teichmann*, Journal of Money Laundering Control, 2020, 23(2), 309-314.

ამე თუნდაც ეჭვის საფუძველზე. ამის ყველაზე ცნობილი მაგალითია შვეიცარიაში მიღებული, უცხოელ პოლიტიკური თანამდებობის პირთა მიერ უკანონოდ შეძენილი ქონების დაბლოკვის/დაყადაღებისა და უკან დაბრუნების შესახებ ფედერალური კანონი (das schweizerische Bundesgesetz über die Sperrung und die Rückerstattung unrechtmäßig erworbener Vermögenswerte ausländischer politisch exponierter Personen (SRVG)). ეს გახლავთ 2015 წლის კანონი, რომელიც შეიქმნა, როგორც ე.წ. „პოტენტატების, ანუ, გავლენიანი პირების ფულის“ დაყადაღების, ჩამორთმევისა და უკან დაბრუნების საფუძველი. შვეიცარიას უნდოდა ამ კანონით საკუთარი ფინანსური ინტერესების ბოროტად გამოყენებისაგან დაცვა. თავდაპირველად, წინა პლანზე იდგა ხანდაზმულობა, როგორც სამართლებრივი ურთიერთდახმარების დამაბრკოლებელი გარემოება. დადგენილი გარემოებაა, რომ სამართლებრივი ურთიერთდახმარების ინსტიტუტი არცთუ ეფექტურია და აქვს გარკვეული შეზღუდული ფარგლები პოლიტიკურ პროცესში. ამ კანონის გამოყენება კი სუბსიდიურია სისხლის სამართლის საქმეებზე საერთაშორისო სამართლებრივი ურთიერთდახმარების მხრივ.³²

კანონის პირველი მუხლი აწესრიგებს უცხოელი პოლიტიკური თანამდებობის პირებისა და მათთან დაახლოებული პირებისათვის ქონების დაყადაღების, ჩამორთმევა-ამოღებისა და უკან დაბრუნების მექანიზმებს, რომლებიც, სავარაუდოდ, მოპოვებულია კორუფციის, არაკეთილსინდისიერი მართვისა თუ სხვა მძიმე დანაშაულებრივი გზით.³³ აქედან გამომდინარეობს კანონის პერსონალური ფოკუსი. კანონი მუდმივად ორიენტირებულია პიროვნებაზე და არა ქონებაზე. მაშასადამე, საუბარია არა *in rem* ღონისძიებებზე. კანონის მე-2 მუხლი ტერმინებს - უცხოელი პოლიტიკური თანამდებობის პირები, მათთან დაახლოებული პირები და ქონება/ქონებრივი ფასეულობები - დეტალურად განმარტავს. მათთან დაახლოებული პირები არიან, მათ შორის, ოჯახის წევრები, მეგობრები და საქმიანი პარტნიორები. კანონის მოქმედების ქვეშ ექცევა როგორც უძრავი, ისე მოძრავი ქონებრივი ფასეულობები.

კანონის მე-3 მუხლი განსაზღვრავს დაყადაღების/დაბლოკვის წინაპირობებს, რომლებიც აუცილებელია სამართლებრივი ურთიერთდახმა-

32 Teichmann, Journal of money laundering control 20/2017, 130; Teichmann, ZfStW 6/2023, 377 (380).

33 Artikel 1 SRVG; Teichmann, ZfStW 6/2023, 377 (380).

რების თანამშრომლობის განსახორციელებლად. მე-3 მუხლის პირველი აბზაცის ა ქვეპუნქტით, უცხოელ პოლიტიკურ თანამდებობის პირსა თუ მასთან დაახლოებულ პირს უნდა ჰქონდეს განკარგვის უფლებამოსილება (ა) ან ეკონომიკური უფლებამოსილება (ბ). ბუნებრივია, ეს მოიცავს იურიდიული პირის მიმართ არაპირდაპირ ეკონომიკურ უფლებამოსილებასაც (გ/ც). დაყადაღება დასაშვებია მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როდესაც კუმულაციურად შექმნილია შემდეგი წინაპირობები: უპირველეს ყოვლისა, სახეზე უნდა იყოს მთავრობისა ან ხელისუფლების ცალკეული წევრების მიერ ძალაუფლების დაკარგვა კონკრეტულ სახელმწიფოში ან უნდა არსებობდეს დაკარგვის შეუქცევადი საფრთხე. ამასთანავე, კორუფციის ხარისხი აღნიშნულ ქვეყანაში უნდა იყოს საყოველთაოდ მაღალი. კონკრეტული ქონება სავარაუდოდ მოპოვებული უნდა იყოს კორუფციის, არაკეთილსინდისიერი ეკონომიკური საქმიანობისა თუ სხვა მძიმე დანაშაულებრივი გზით. შვეიცარიული ინტერესების დაცვა უნდა მოითხოვდეს დაყადაღებას. დამატებით ხდება მნიშვნელოვანი პარტნიორი ქვეყნებისა და საერთაშორისო ორგანიზაციების აზრის გათვალისწინება (გარდა გადაუდებელი შემთხვევებისა).³⁴

ამ კანონის მე-4 მუხლის მე-3 აბზაცი კი აწესრიგებს დაყადაღებას წარუმატებელი სამართლებრივი ურთიერთდახმარების შემთხვევაში შესაბამისი შუამდგომლობის წარდგენის შემდეგ. ეს ნორმა განსაკუთრებული მნიშვნელობისაა უკრაინაში შექმნილი მდგომარეობის გათვალისწინებით. როგორც წესი, ქონების დაყადაღების ვადა განისაზღვრება ოთხი წლით.³⁵ თუმცა, შესაძლებელია ამ ვადის კიდევ თითო წლით გახანგრძლივება, იმ შემთხვევაში, თუ შუამდგომელ ქვეყანას (ქონების წარმოშობის ქვეყანა) სურს სამართლებრივი ურთიერთდახმარების შესახებ თანამშრომლობის განხორციელება. მაქსიმალური ვადა კი შეადგენს ათ წელს. გამონაკლის შემთხვევებში, შესაძლებელია ამ ვადის კიდევ გაგრძელება. განსაკუთრებით, ეს ეხება ამ კანონის მე-4 მუხლით გათვალისწინებულ შემთხვევებს. ასეთ დროს, დაყადაღების მაქსიმალურმა ვადამ შეიძლება შეადგინოს 20 წელი.³⁶

34 *Teichmann, ZfStW 6/2023, 377 (380).*

35 Artikel 5 Abs. 1 SRVG.

36 *Teichmann, ZfStW 6/2023, 377 (381).*

ამ კანონის მე-15 მუხლის პირველი აბზაცი განსაზღვრავს ე.წ. უკანონობის/არამართლმომიერების პრეზუმფციას. ნორმის თანახმად, ივარაუდება, რომ ქონება შექცნილია არამართლმომიერად, იმ შემთხვევაში, თუ არაპროპორციულად გაიზარდა ქონება იმ პირისა, რომელსაც გააჩნია ამ ქონების განკარგვის ან კიდევ მათი ეკონომიკური მართვის უფლებამოსილება, ჰქონდა რა საჯარო ვალდებულებების განმახორციელებელი უცხოელი პოლიტიკური თანამდებობის პირის მხრიდან ხელშეწყობა (a) და წარმოდგენლად მაღალი იყო კონკრეტული სახელმწიფოს ან კონკრეტული უცხოელი პოლიტიკური თანამდებობის პირის უფლებამოსილების ვადის დროს, კორუფციის ხარისხი (b). მე-15 მუხლის მე-2 აბზაცის შესაბამისად, არაპროპორციულია ქონების იმგვარი ზრდა, როდესაც არსებობს, ზოგადი ცხოვრებისეული გამოცდილებითა და ქვეყნის კონტექსტით აუხსნელი, აშკარა შეუსაბამობა მართლმომიერ შემოსავალსა და ქონების ზრდას შორის. მე-15 მუხლის მე-3 აბზაცის თანახმად, აღნიშნული პრეზუმფცია არ მოქმედებს იმ შემთხვევაში, როდესაც, მაღალი ალბათობით, დადასტურებადია ქონების მართლმომიერად შექცნა. ამგვარად, სახეზეა მტკიცების ტვირთის შებრუნება.³⁷

V. სამართლებრივი სახელმწიფოს/კანონის უზენაესობის ფარგლების გადამეტების საფრთხე

1. შვეიცარიის ფედერალური კონსტიტუცია

შვეიცარიის უცხოელ პოლიტიკური თანამდებობის პირთა მიერ უკანონოდ შექცნილი ქონების დაყადაღებისა და უკან დაბრუნების ფედერალური კანონი წარმოადგენს შვეიცარიის ფედერალური კონსტიტუციის 26-ე მუხლით გარანტირებულ საკუთრების უფლებაში უხეში ჩარევას. მსგავსი სახის ძირითადი უფლებების შემლუღვის წინაპირობები გათვალისწინებულია შვეიცარიის კონსტიტუციის 36-ე მუხლში, რომლის მიხედვითაც, სახეზე უნდა იყოს კანონისმიერი საფუძველი, საჯარო ინტერესი, თანაზომიერება და ხელშეუხებელი კერძო ბირთვის დაცვა. აღნიშნული კანონი აკმაყოფილებს ამ წინაპირობებს. შესაბამისად, დარღვეული არ არის

37 *Teichmann, ZfStW 6/2023, 377 (381).*

კონსტიტუციის მოთხოვნები.³⁸

2. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლის პირველი პუნქტი

ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლის პირველი პუნქტი განსაზღვრავს, გონივრული ვადის ფარგლებში, სამართლიანი სასამართლოს უფლებას. განსახილველ კანონთან მიმართებით, შესაძლოა, ვთქვათ, რომ ის ეხება არა სასამართლო, არამედ ადმინისტრაციულ წარმოებას. თუმცა, ამ შემთხვევაშიც, გონივრული იქნებოდა წარმოების ხუთწლიანი ვადა.³⁹ გასათვალისწინებელია, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო თითქმის უგამონაკლისოდ არაგონივრულად მიიჩნევს შვიდ წელზე მეტი ხანგრძლივობის სამართალწარმოებას.⁴⁰ ამასთანავე, ერთმანეთისგან უნდა განვასხვავოთ ბრალდებული და არაბრალდებული პირები. როგორც წესი, არასისხლისსამართლებრივი კონფისკაციის საკითხები ეხებათ არაბრალდებულ პირებს. შესაბამისად, გონივრულ ვადად მიიჩნევა სისხლის სამართლის წარმოებისთვის დადგენილი ვადის არაუმეტეს 2/3. კანონიდან გამომდინარე, ათ წლამდე წარმოების ვადების არსებობა ეწინააღმდეგება ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლის პირველი პუნქტის დებულებებს.⁴¹

3. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლის მე-2 პუნქტი

აღნიშნული კანონის მე-15 მუხლის მე-3 პუნქტით გათვალისწინებული მტკიცების ტვირთის შებრუნება ეწინააღმდეგება ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლის პირველი პუნქტის მოთხოვნებს. მართალია, შეიძლება იმ არგუმენტის მოშველიება, რომ საკუთრების უფლების ჩამორთმევა არის სამოქალაქო-სამართლებრივი და არა სისხლისსამართლებრივი საკითხი და შესაბამისად, არ გამოიყენება ადამი-

38 *Teichmann*, NZWiSt 2023, 207.

39 EGMR, Urt. v. 15.07.1982 – 8130/78.

40 EGMR, Entsch. v. 27.11.2012 – 46601/07.

41 *Teichmann*, ZfISW 6/2023, 377 (381).

ანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლის მე-2 პუნქტი. ეს არც არის დარღვევა.⁴² თუმცა, ქონების დაყადაღება წარმოადგენს პრევენციულ სისხლისსამართლებრივ ღონისძიებას, რომელიც შედარებადი სისხლის საპროცესო იძულებით ღონისძიებასთან. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკით, საკითხის შესაფასებლად არ არის გადამწყვეტი სანქციის გამოქალაქო, სისხლის თუ ადმინისტრაციულ სამართალში ფორმალურად ჩაწერა. უპირველეს ყოვლისა, ყველაფერი დამოკიდებულია ქმედების „ჭეშმარიტ ბუნებასა“ და მის შედეგებზე, სანქციის სიმძიმეზე.⁴³ შვეიცარიის უცხოელ პოლიტიკური თანამდებობის პირთა მიერ უკანონოდ შეძენილი ქონების დაყადაღებისა და უკან დაბრუნების ფედერალური კანონის პირველივე მუხლი ეხება კორუფციის, არაკეთილსინდისიერი ეკონომიკური საქმიანობისა და სხვა მძიმე დანაშაულების ცნებებს.⁴⁴ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მიდგომით კი, საქმის სისხლის სამართლისთვის მიკუთვნებისთვის საკმარისია ეჭვი ან სისხლისსამართლებრივი ქმედების ბრალად წაყენება. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო ხაზგასმით ავტონომიურად განმარტავს სისხლისსამართლებრივი ბრალდების ცნებას. მის წინაპირობას არ წარმოადგენს ფორმალური ბრალდების წარდგენა. აქ გადამწყვეტია ეჭვისა თუ სისხლისსამართლებრივი ქმედების ჩადენისათვის ბრალის წაყენება. ქონების დაბლოკვის წინაპირობა კი, კანონიდან გამომდინარე, ქონების სწორედ წინარე, მძიმე დანაშაულებრივ ქმედებებთან კავშირია. აქედან გამომდინარე, შვეიცარიული კანონის შედარება შესაძლებელია სისხლის სამართლის კოდექსის 70-ე მუხლთან. გასათვალისწინებელია ისიც, რომ ამოღებას/ჩამორთმევას, ზემოთ აღნიშნული კანონის შესაბამისად, აქვს რეპრესიული ხასიათი. საუბარია ეჭვის საფუძველზე სანქცირებაზე.⁴⁵

ანალოგიურ შედეგამდე მივალთ იმ შემთხვევაში, როდესაც შევაფასებთ უკანონო ქმედების ბუნებასა და მის შედეგებს. კანონის მე-15 მუხ-

42 *Jositsch/Poulikakos*, *ContraLegem* 2019/2, 151.

43 EGMR, *Urt. v. 27.08.1991 – 13057/87*; *Urt. v. 22.05.1990 – 11034/84*; *Urt. v. 28.06.1984 – 7819/77*; *7878/77*; *Urt. v. 21.12.1984 – 8544/79*; *Urt. v. 08.06.1976 – 5100/71*; *5101/71*; *5102/71*; *5354/72*; *5370/72*.

44 *Teichmann*, *NZWiSt* 2023, 207 (208).

45 *Teichmann*, *NZWiSt* 2023, 207 (211); *Teichmann*, *ZfStW* 6/2023, 377 (382).

ლის პირველი აბზაცი ერთმნიშვნელოვნად საუბრობს ქონებრივი ფასეულობების არამართლზომიერ შექენაზე. ამასთანავე, კონკრეტულ ქვეყანაში არსებული კორუფციის ხარისხი გამოყენებულია, როგორც ეჭვის კრიტერიუმი. საბოლოოდ, ჩნდება ჰიპოთეზა, რომ აღნიშნული ქონება, კონკრეტულ ქვეყანაში, კრიმინალური წარმომავლობისაა. ამას გარდა, შედეგებს უდავოდ აქვთ როგორც დამაშინებელი, ისე შურისმაძიებელი ხასიათი. განსაკუთრებით კი, მათ ხელეწიფებათ გარკვეული ქვეყის, მოქმედებისა თუ უმოქმედობის, იძულება. არც სანქციის ნაირსახეობისა და სიმძიმის შეფასებას მივყავართ სხვა შედეგამდე. და ბოლოს, ქონებრივი ფასეულობების ამოღება/ჩამორთმევა უნდა დაკვალიფიცირდეს, როგორც უკიდურესი ზომა. აღნიშნული სანქცია იწვევს კონკრეტული პირის საკუთრების უფლების სრულად დაკარგვას/ჩამორთმევას. ამდენად, შეუძლებელია, რომ საკუთრების უფლებაში ჩარევა დაკვალიფიცირდეს, როგორც მხოლოდ საპროცესო, ეჭვზე დაფუძნებული, კონკრეტული ქონების დროებითი უზრუნველყოფა, კონკრეტული პირების თანხმობის გარეშე. მხოლოდ დროებითი საპროცესო ჩარევა, როგორც წესი, დასაშვები იქნებოდა. თუმცა, კანონი მხოლოდ ასეთ ჩარევას არ იწვევს. ხდება მტკიცების ტვირთის შებრუნება. როგორც წესი, სისხლის სამართლის საქმის „ფიგურანტი პირები“ არ არიან ვალდებული, გააქარწყლონ მათ მიმართ არსებული ეჭვი და მოიყვანონ გამამართლებელი გარემოებები. მტკიცების ტვირთის შებრუნება კი ეწინააღმდეგება უდანაშაულობის პრეზუმციას.⁴⁶

საქმეზე ბომერი გერმანიის წინააღმდეგ, ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ აღნიშნა, რომ სახეზეა ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლის მე-2 პუნქტით გათვალისწინებული უდანაშაულობის პრეზუმციის დარღვევა, იმ შემთხვევაში, თუ სასამართლო გადაწყვეტილება შეიცავს გარკვეულ შეფასებებს ჯერ კიდევ გაუსამართლებელი პირის ბრალზე.⁴⁷ თითქმის შეუძლებელია ქონების იმგვარი ამოღება/კონფისკაცია, რომელიც ეფუძნება საზღვარგარეთ დანაშაულის საგარაუდო ჩადენას, ისე, რომ ეს არ აღმოჩნდეს სისხლის სამართლებრივი ბრალის დადგენის შეფასების სფეროში.⁴⁸

46 *Teichmann*, NZWiSt 2023, 207 (211); *Teichmann*, ZfStW, 6/2023, 377 (382).

47 EGMR, Urt. v. 15.11.2001 – 37568/97.

48 *Teichmann*, NZWiSt 2023, 207 (211); *Teichmann*, ZfStW 6/2023, 377 (382).

4. შუალედური დასკვნა

შეჯამების სახით, შეიძლება აღინიშნოს, რომ, ათი ან მეტი წლით, ქონების დაყადაღება/დაბლოკვა ეწინააღმდეგება ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლის მე-2 პუნქტის დებულებებს. მტკიცების ტვირთის შებრუნება კი ეწინააღმდეგება ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლის მე-2 პუნქტით განსაზღვრული უდანაშაულობის პრეზუმფციის პრინციპს. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის დარღვევა კი მეტყველებს გერმანიაში ან საქართველოში მსგავსი რეგულაციის დანერგვის შეუძლებლობაზე. ავტორი განსაკუთრებით სვამს კითხვას, თუ როგორ არის შესაძლებელი კონკრეტული ქონების კონფისკაციის თავიდან აცილება, როდესაც პირებს არ ეძლევათ კონკრეტულ საკითხზე აზრის გამოხატვის შესაძლებლობა (*nemo tenetur*-ის პრინციპი)? და ბოლოს, ზემოთ ხსენებული შვეიცარიული კანონი არ წარმოადგენს ფულის გათეთრებასა და კორუფციასთან ბრძოლის ეფექტურ საშუალებას.

VI. In rem მოდელები, როგორც შესაძლო ალტერნატივები

შვეიცარიული კანონის წარუმატებლობა განპირობებულია, სხვა ხარვეზებთან ერთად, მისი პერსონალური კონტექსტით. აღნიშნული კანონით არასისხლისსამართლებრივ საქმეზე დაფუძნებული კონფისკაცია ყოველთვის უკავშირდება პოლიტიკური თანამდებობის პირს თუ მასთან დაახლოებულ პირს. შესაძლო ალტერნატიული მოდელი შეიძლება იყოს *in rem*-ის გამოყენება.

In rem მოდელები განსაკუთრებით ხელსაყრელია იმ ქონების მიმართ, რომელიც არის იურიდიული პირის თუ გაერთიანების ხელში და ვერ შეერაცხება რომელიმე ფიზიკურ პირს. ერთი მხრივ, ეს ქონება ხშირად არ უკავშირდება გარკვეული ქმედების ჩადენის ეჭვს.⁴⁹ მეორე მხრივ, დღის წესრიგიდან მოიხსნებოდა *nemo tenetur*-ის პრინციპის დარღვევის საკითხი. ასევე გამოირიცხებოდა ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამარ-

49 *Wegner/Ladwig/Zimmermann/El-Ghazi*, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 6/2023.

თლოში საჩივრის წარდგენაც.⁵⁰

აქედან გამომდინარეობს ის, რომ *in rem* წარმოებები დასაშვებია მხოლოდ გარკვეულ შემთხვევებში. განსაკუთრებით, იმ ქონების მიმართ, რომელიც არ მიეკუთვნება არცერთ ფიზიკურ პირს.

VII. პრაქტიკული შეფასება

პრაქტიკული თვალსაზრისით, გასათვალისწინებელია ის, რომ ჭკვიანი დამნაშავე ქონების დასამალად აუცილებლად ირჩევს ისეთ ქვეყანას, რომელშიც არ მოქმედებს ქონების კონფისკაციის არასისხლისსამართლებრივი მექანიზმი. დანაშაულებრივი გზით მოპოვებული ქონება გადაინაცვლებს ხოლმე სწორედ ისეთ ქვეყნებში, რომლებშიც დამნაშავეს არ ექნება მისი ქონების ჩამორთმევის შიში. ამავდროულად (ჭერ კიდევ), არ არსებობს ფულის გათეთრებასა და კორუფციასთან ბრძოლის ეფექტური მექანიზმები.

VIII. შეჯამება და მომავლის პერსპექტივა

უდანაშაულობის პრეზუმფცია და ბრალის პრინციპი არაკეთილსინდისიერ ეკონომიკურ საქმიანობასთან, ფულის გათეთრებასა და კორუფციასთან ბრძოლის დროსაც უნდა მოქმედებდეს. საქართველო და გერმანია, განსაკუთრებით, უკრაინაში არსებული მდგომარეობის გამო, იმყოფებიან გამონწვევის წინაშე, რამეთუ ხდება პოსტსაბჭოთა ქვეყნებიდან არაპროპორციულად მაღალი კორუფციული ხარისხის მქონე ქონების უსაფრთხო აღგილას გადატანა.⁵¹ ერთი შეხედვით, ქონების კონფისკაციის არასისხლისსამართლებრივი მოდელი საკმაოდ მიმზიდველია, თუმცა, მისი ზუსტი ანალიზი ცხადყოფს, რომ საქმე არ გვაქვს კორუფციასა და ფულის გათეთრებასთან ბრძოლის ეფექტურ მეთოდთან. მსგავსი წარმოება ნაკლებად თავსებადია სამართლებრივი სახელმწიფოს ფუნდამენტურ პრინციპებთან. ამის საპირწონედ, *in rem* წარმოებები წარმოადგენს შებლუღულად ვარგის საშუალებას.

50 BGE 142 IV 207, 215 E. 8.3.3; BGE 140 II 384, 393 E. 3.3.4.

51 *Teichmann*, Journal für Strafrecht 66/2021, 588.

AKTUELLE TENDENZEN IM BEREICH DER VERMÖGENSDELIKTE – NON-CONVICTION-BASED CONFISCATION OF ASSETS ALS MITTEL ZUR KORRUPTIONSBEKÄMPFUNG

RA Dr. Dr. **Fabian Teichmann**, LL.M.

I. Einleitung

Aufgrund der aktuellen Krise in der Ukraine sehen sich sowohl Georgien als auch deutschsprachige Länder vermehrt mit Vermögenswerten aus dem russischsprachigen Raum konfrontiert. Vermögende Privatpersonen aus Russland und der Ukraine versuchen ihre Vermögenswerte ins Ausland zu transferieren. Georgien und der deutschsprachige Raum gelten als beliebte Ziele. Allerdings ist die Herkunft dieser Vermögenswerte häufig kritisch zu betrachten. Nicht selten stellt sich die Frage, ob die Vermögenswerte allenfalls inkriminiert sein könnten. Dies insbesondere im Hinblick auf die in Russland und der Ukraine nach wie vor hohen Korruptionsraten. Trotz intensiver Bemühungen lässt sich häufig nicht nachweisen, dass die Vermögenswerte tatsächlich inkriminiert sind. Folglich wurde in der Vergangenheit wiederholt die Idee einer sog. Non-Conviction-Based-Confiscation of Assets in den Raum gestellt. Vorliegend wird aufgezeigt, weshalb diese Idee rechtsstaatliche Grenzen überschreiten könnte und somit kein Allheilmittel darstellen dürfte. Aber warum sind Korruption und Geldwäsche überhaupt so schwer zu bekämpfen?

II. Korruption

Es ist weitestgehend unbestritten, dass Korruption überwiegend negative Folgen hat.¹ Folglich wurde am 17. Dezember 1997 die Konvention gegen die

1 *Ades/Tella*, IDS bulletin, 27/1996, 6; *Cooray/Dzhumashev*, Economic Modelling, 74/2018, 207; *Campos/Dimova/Saleh*, Journal of Institutional and Theoretical Economics 172/2016, 521; *d'Agostino/Dunne/Pieroni*, European Journal of Political Economy 43/2016, 71; *Al-Sadig*, Cato Journal 29/2019, 267.

Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr zur Unterzeichnung aufgelegt. Allerdings prägt die Korruption nach wie vor den Alltag in zahlreichen Ländern.² Es stellt sich somit die Frage, woran das liegt.³ Ein Vergleich ehemaliger UdSSR-Staaten verdeutlicht, dass sich Georgien im Gegensatz zu Russland und der Ukraine außerordentlich positiv entwickelt hat. Im Corruption Perceptions Index von Transparency International (2022) belegt Georgien den Platz 41 von 180. Die Ukraine liegt auf Platz 116 von 180. Russland belegt Platz 137 von 180.⁴ Es ist also nachvollziehbar, warum Personen aus anderen ehemaligen UdSSR Staaten Georgien als sicheren Zielhafen für ihre Vermögenswerte empfinden. Dies insbesondere im Kontext der aktuellen Krise in der Ukraine und allfälligen Bemühungen zur Umgehung von Sanktionen.

Allerdings stellt sich die Frage, warum Korruption in manchen Ländern Osteuropas so schwer zu bekämpfen ist. Ein Blick auf osteuropäische Justizsysteme verdeutlicht, weshalb der Kampf gegen Korruption bisher mehrheitlich erfolglos war. Dies kann anhand der Frage, wie man Richter oder Staatsanwalt in manchen Ländern Osteuropas wird, verdeutlicht werden.⁵ Die nachfolgenden Ausführungen zu osteuropäischen Justizsystemen basieren auf empirischen Untersuchungen des Autors.

Der Weg zum Richteramt beginnt in vielen ehemaligen UdSSR-Staaten, ähnlich wie im Rest der Welt, mit einem Studium der Rechtswissenschaften. Wer gute Noten möchte, muss jedoch häufig Bestechungsgelder bezahlen. Dies gilt insbesondere in den nach wie vor als besonders korrupt bekannten Ländern der ehemaligen UdSSR. An das Studium der Rechtswissenschaften schließt sich auch in den ehemaligen UdSSR-Staaten das Pendant zum deutschen Referendariat an. Allerdings werden geeignete Plätze bevorzugt über Kontakte vergeben.

2 *Teichmann/Falker/Sergi*, Energy Research & Social Science (08/2020), 66; *Teichmann/Falker/Sergi*, Resources Policy, 12/2020, 69; *Teichmann*, Journal of Financial Crime, 2018, 25(4), 1105-1110; *Teichmann/Falker/Sergi*, The Extractive Industries and Society, 2020, 7(3), 1022-1028; *Teichmann*, Journal of Financial Crime, 2019, 26(3), 746-752.

3 *Teichmann/Falker*, Journal for Labour and Social Affairs in Eastern Europe, 2020, 23(1), 91-108.

4 <https://www.transparency.org/en/cpi/2022> (zuletzt abgerufen am 8.12.2023).

5 *Teichmann*, ZfStW 6/2023, 377.

Bei diesen Kontakten bedankt man sich in der Regel mit „Geschenken“.⁶ Die anschließende Prüfung zur Qualifikation als Richter ist in vielen Ländern ohne Bestechungsgeld nur schwer zu bestehen. Auch wer die Prüfung bestanden hat, wird nicht automatisch zum Richter. In den meisten Ländern ist hierfür die Zuteilung eines Richterpostens erforderlich. An der Zuteilung eines Richterpostens richtet sich das zu bezahlende Bestechungsgeld nach dem erwarteten Verdienst. Wer Handelsrichter in einer Großstadt werden möchte, muss in der Regel tiefer in die Tasche greifen als ein Strafrichter in der Provinz. Die Unterschiede in der Höhe der Bestechungsgelder beruhen auf der Annahme, dass ein Handelsrichter in einer Großstadt in Zukunft höhere Bestechungsgelder erheben können wird als ein Strafrichter in der Provinz. In der Vergangenheit ist es vorgekommen, dass Richter, welche diesen Weg erfolgreich absolviert hatten, im Rahmen von Justizreformen neu geprüft wurden. Häufig mussten diese Richter für den Verbleib im Amt ebenfalls Bestechungsgelder bezahlen. Der beschriebene Mechanismus führt zu einer sogenannten *Adverse Selection*. Ehrliche Bürger, welche Korruption entschieden ablehnen, dürfen sich in den wenigsten Fällen für eine Karriere als Richter entscheiden. Sollten sie sich dennoch für eine derartige Karriere entscheiden, ist nicht davon auszugehen, dass sie sämtliche Hürden ohne die Bezahlung von Bestechungsgeld nehmen können. Wer hingegen grundsätzlich kriminell ist und Korruption offen gegenübersteht, dürfte den beschriebenen Weg als durchaus attraktiv empfinden. Das führt dazu, dass sich primär Personen, welche Korruption offen gegenüberstehen, für den Richterposten entscheiden dürften. Die oben erwähnte erneute Prüfung im Rahmen von Justizreformen führt außerdem dazu, dass auch Richter, welche Korruption inzwischen ablehnen, aus dem Amt entfernt werden. Nur wer weiterhin Bestechungsgelder erhebt, ist auch in der Lage, die für die Abwendung des Verlustes des Richterpostens zu leistende Zahlung vorzunehmen.⁷

Die Karriere von Staatsanwälten ist in vielen Fällen mit jener von Richter vergleichbar. Allerdings fehlt Staatsanwälten häufig die richterliche „Unabhängigkeit“. Staatsanwälte müssen ihre Bestechungsgelder häufig mit Vorgesetzten teilen. Ein Staatsanwalt gibt einen Teil seines Bestechungsgeldes an den Ober-

6 *Teichmann, ZfJStW 6/2023, 377.*

7 *Teichmann, Die Polizei 11, 2021, 501; Teichmann, ZfJStW 6/2023, 377.*

staatsanwalt ab. Dieser behält einen Teil der erhaltenen Bestechungsgelder für sich und leitet den anderen Teil an die Generalstaatsanwaltschaft weiter. Dies führt zu einer gewissen Gruppendynamik. Wer sich weigert, bei diesem System mitzuwirken, wird allenfalls selbst zum Beschuldigten in einem Strafverfahren.⁸

Die beschriebene Korruptionsthematik ist in vielen Ländern allgegenwärtig. Da das Justizsystem selbst von Korruption befallen ist, erscheinen strafrechtliche Ermittlungen wegen Korruptionsdelikten häufig nicht besonders aussichtsreich.⁹ Daher wurde in der Vergangenheit regelmäßig argumentiert, dass man Korruption (zumindest auch) über den Geldwäschetatbestand bekämpfen könnte. Diese Überlegung beruht auf der Annahme, dass sich Verbrechen nicht lohnen dürfen. Straftäter sollen mit dem Geld nichts anfangen können. Allerdings bestehen Zweifel daran, ob dies realistisch ist. Letztendlich kann der Geldwäschetatbestand nur dann zur Korruptionsbekämpfung beitragen, wenn Täter die Geldwäschepräventionsmaßnahmen nicht ohne weiteres umgehen können. Daher stellt sich die Frage, wie leicht Geld zu waschen ist. Sofern die Geldwäschepräventionsmaßnahmen leicht umgangen werden können, ist davon auszugehen, dass der Geldwäschetatbestand die häufig im Ausland ansässigen Täter nicht abzuschrecken vermag.¹⁰

III. Geldwäsche

Für die Beurteilung der Frage, wie leicht Geld zu waschen ist, muss stets die Vortat als Ausgangspunkt dienen.¹¹ Die nachfolgenden Ausführungen zu Methoden der Geldwäsche – also den Vorgehensweisen vermeintlich intelligenter Täter – basieren ebenfalls auf empirischen Untersuchungen des Autors.¹²

8 *Teichmann/Wittmann*, Journal of Financial Crime, 2023, 30(2), 512-521.

9 *Teichmann/Boticiu/Sergi*, Journal of Economic Criminology, 2023, 2.

10 *Teichmann*, ZfStW 6/2023, 377 (379).

11 *Teichmann*, ZfStW 6/2023, 377 (379).

12 *Teichmann*, Journal of money laundering control, 2017, 20(2), 130-137; *Teichmann*, Crime, Law and Social Change, 2020, 73, 237-247; *Teichmann*, Journal of Financial Regulation and Compliance, 2019, 27(1), 2-12.

Aus Täterperspektive ist besonders relevant, aus welcher Straftat die Vermögenswerte stammen. Wer mit Betäubungsmitteln handelt, hat unter Umständen andere Bedürfnisse als ein korrupter Amtsträger. Im nächsten Schritt stellt sich die Frage, ob es sich um Bargeld oder um sogenannte „Bankable Assets“ handelt.¹³ Wer größere Summen Bargeld hat, steht vor anderen Herausforderungen als ein Täter, welcher über Bankguthaben oder Kryptowährungen in gleicher Höhe verfügt. Kryptowährungen erfreuen sich aufgrund ihrer Anonymität großer Beliebtheit bei Geldwäschern und Terrorismusfinanzierern.¹⁴

Zudem muss berücksichtigt werden, ob die Einkünfte wiederkehrend sind. Wer einmalig ein Bestechungsgeld in der Höhe von EUR 500.000,00 erhebt, steht vor anderen Herausforderungen als ein Amtsträger, welcher monatlich EUR 500.000,00 in Form von Bestechungsgeldern erhält.¹⁵ Während der einmalige bestochene Amtsträger die erhaltenen EUR 500.000,00 für die Finanzierung seines alltäglichen Lebensunterhalts verwenden kann, möchte ein Amtsträger, der jährlich EUR 6 Mio. erhält, seine Vermögenswerte mit hoher Wahrscheinlichkeit investieren. Ferner spielt aus Täterperspektive eine wesentliche Rolle, wo sich die Vermögenswerte befinden. Wer über Bankguthaben in der Schweiz verfügt, hat eine andere Ausgangslage als ein Täter, der über den gleichen Betrag in bar in Moskau verfügt. Auch ist wesentlich, ob die Vermögenswerte bereits über eine Legende verfügen. Bankguthaben, welches als Ertrag aus M&A Transaktionen deklariert wurde, dürfte leichter zu verwenden sein als Bargeld, das sich in Südafrika befindet. Im Rahmen der erwähnten empirischen Untersuchungen wurden häufige Ausgangslagen identifiziert. Täter verfügen häufig sowohl über Bargeld als auch über Bankguthaben. Zudem haben Geldwäscher oft wiederkehrende Einkünfte. Dies lässt sich plausibel erklären. Zunächst ist davon auszugehen, dass sich die meisten Amtsträger bevorzugt mit Bargeld bestechen lassen. Dies dürfte

13 *Teichmann*, Jusletter v. 14.11.2022, abrufbar unter https://jusletter.weblaw.ch/jusissues/2022/1132/unterschaltzte-geldwa_9a6cd8a79c.html__ONCE&login=false (zuletzt abgerufen am 8.12.2023).

14 *Teichmann*, *Journal of Money Laundering Control*, 2018, 21(4), 513-519; *Teichmann/Falker*, *Journal of Money Laundering Control*, 2021, 24(4), 775-788; *Teichmann/Falker*, *Artificial Intelligence: Anthropogenic Nature vs. Social Origin*, 2020, 500-511; *Teichmann/Falker*, *Journal of Money Laundering Control*, 2020, 24(1), 91-101.

15 *Teichmann/Falker*, *Journal of Money Laundering Control* 23/2020, 805.

jedoch nicht immer möglich sein. Gedacht sei exemplarisch an multinationale Unternehmen als Gegenpartei. Auch erscheint es naheliegend, dass Geldwäscher häufig wiederkehrende Einkünfte haben. Wer sich einmal bestechen lässt, lässt sich allenfalls auch weitere Male bestechen.¹⁶

Am Beispiel der Immobilienbranche lässt sich verdeutlichen, wie leicht Geld zu waschen ist.¹⁷ Wer inkriminierte Vermögenswerte in der Immobilienbranche waschen möchte, erwirbt in der Regel zunächst eine geeignete Liegenschaft. Dies selbstverständlich nicht in eigenem Namen. Vielmehr nutzen Geldwäscher Strohleute und Strukturen zur Verschleierung der eigentlichen wirtschaftlichen Berechtigung.¹⁸ Beim Erwerb der Liegenschaft wird darauf geachtet, dass es sich um Liegenschaften ohne direkte Vergleichsobjekte handelt.¹⁹ Geldwäscher meiden zudem Liegenschaften mit medialer Aufmerksamkeit.²⁰ Im nächsten Schritt wird ein Teil des Kaufpreises und der Sanierungskosten mit Bargeld bezahlt. Denkbar wäre beispielsweise eine Aufteilung im Verhältnis 70 % (offiziell per Überweisung) und 30 % (bar). Selbstverständlich handeln Geldwäscher dabei nicht eigenem Namen. Sie setzen Strohleute ein. Ferner vermischen sie, sofern möglich, inkriminierte und nicht inkriminierte Vermögenswerte miteinander. Dies führt dazu, dass die Geldwäscher selbst faktisch kaum belangt werden können. Das Entdeckungsrisiko ist ohnehin gering. Im Zweifelsfall wird der Strohhalm belangt.²¹

Selbstverständlich ist die Immobilienbranche nicht der einzige Sektor, in welchem sich Geld verhältnismässig leicht waschen lässt. Andere Beispiele umfassen den Handel mit Kunst, Gold²², Antiquitäten²³, Diamanten und Schmuck²⁴. Auch die Erbringung von Beratungsdienstleistungen²⁵ sowie Mergers

16 *Teichmann*, ZfiStW 6/2023, 377 (379).

17 *Teichmann*, Methoden der Geldwäscherei. 2. Aufl. 2021, 149.

18 *Teichmann*, Journal of Money Laundering Control, 2023, 26(2), 418-432.

19 *Teichmann*, Journal of Money Laundering Control, 21(3), 370-375.

20 *Teichmann/Sergi*, Money Laundering, Terrorism Financing and Sanctions, Emerald Publishing Limited, 2018; *Teichmann*, ZfiStW 6/2023, 377 (379 f.).

21 *Teichmann*, Journal of Money Laundering Control, 2023, 26(2), 337-348; *Teichmann*, ZfiStW 6/2023, 377 (380).

22 *Teichmann/Falker*, Journal of Money Laundering Control, 2023, 26(3), 509-522.

23 *Teichmann*, Journal of Money Laundering Control, 2019, 22(3), 410-416.

24 *Teichmann*, Journal of Money Laundering Control, 2020, 23(3), 691-697.

25 *Teichmann*, Journal of Money Laundering Control, 2019, 22(1), 32-37; *Teichmann/*

& Acquisitions sind bei Geldwäschern beliebt. Ferner helfen Offshore-Banken²⁶ sowie Wechselstuben²⁷ und Hawala Banker bei der Verschleierung der Herkunft der Vermögenswerte.²⁸ All diese Methoden haben gemeinsam, dass das Entdeckungsrisiko verhältnismäßig gering ist.²⁹

Dies hat dazu geführt, dass der Geldwäschetatbestand in der Vergangenheit wiederholt als Sackgasse bezeichnet wurde. Es ist davon auszugehen, dass der Geldwäschetatbestand kein geeignetes Mittel zur Bekämpfung von Korruption darstellt. Das liegt daran, dass Geld einerseits nach wie vor mit geringem Entdeckungsrisiko zu waschen ist. Ferner wird im Zweifelsfall lediglich der Strohmann belangt.³⁰ Der Zusammenhang zwischen (vermeintlich inkriminierten) Vermögenswerten und den ihnen zugrundeliegenden Vortaten lässt sich häufig nicht beweisen. Folglich haben die Hintermänner nicht mit einer Strafverfolgung zu rechnen. Dies dürfte insbesondere bei Wirtschaftsstraftätern, die eine Kosten-Nutzen-Abwägung vornehmen, eine wesentliche Rolle spielen.³¹

IV. Non-Conviction-Based Confiscation of Assets

Da sich der Zusammenhang zwischen Vermögenswerten und allfälligen Vortaten häufig nicht beweisen lässt, wurde in der Vergangenheit wiederholt über die Möglichkeit einer sogenannten Non-Conviction-Based Confiscation of Assets gesprochen. Ein prominentes Beispiel hierfür stellt das schweizerische Bundesgesetz über die Sperrung und die Rückerstattung unrechtmäßig erworbener Vermögenswerte ausländischer politisch exponierter Personen (SRVG) dar. Dabei

Falker, Journal of Financial Regulation and Compliance, 2020, 28(3), 485-500.

²⁶ *Teichmann/Falker*, Journal of Financial Regulation and Compliance, 2020, 28(3), 337-352; *Teichmann*, Journal of Money Laundering Control, 2023, 26(2), 337-348; *Teichmann/Wittmann*, Journal of Money Laundering Control, 2022, 26(4), 709-718.

²⁷ *Teichmann/Falker*, Journal of Money Laundering Control, 2023, 26(3), 445-461.

²⁸ *Teichmann/Wittmann*, Journal of Money Laundering Control (2022), 26(3), 665-677; *Teichmann/Falker*, Journal of Financial Regulation and Compliance, 2021, 29(1), 1-14.

²⁹ *Teichmann*, Journal of Money Laundering Control, 2020, 23(1), 90-95.

³⁰ *Teichmann*, ZfStW 6/2023, 377 (380).

³¹ *Teichmann*, Journal of Money Laundering Control, 2020, 23(2), 309-314.

handelt es sich um ein Gesetz aus dem Jahr 2015, welches als Grundlage für die Sperrung, Einziehung und Rückerstattung von sogenannten „Potentatengeldern“ geschaffen wurde. Die Schweiz wollte damit ihren eigenen Finanzplatz vor Missbrauch schützen. Ursprünglich stand das Rechtshilfehindernis der Verjährung im Vordergrund. Man hatte festgestellt, dass das Institut der Rechtshilfe im Falle politischer Umwälzungen regelmäßig an seine Grenzen stößt. Folglich ist die Anwendung des SRVG subsidiär zur internationalen Rechtshilfe in Strafsachen.³²

Gemäß Artikel 1 SRVG regelt dieses Gesetz die Sperrung, die Einziehung und die Rückerstattung von Vermögenswerten ausländischer politisch exponierter Personen bzw. ihnen nahestehender Personen, welche vermutlich durch Korruption, ungetreue Geschäftsbesorgung oder andere Verbrechen erworben wurden.³³ Daraus ergibt sich der starke personenbezogene Fokus des Gesetzes. Das Gesetz knüpft stets an der Person und nicht an den Vermögenswerten selbst an. Es handelt sich somit nicht um *in rem*-Maßnahmen. In Artikel 2 SRVG werden die Begriffe der ausländischen politisch exponierten Personen, der ihnen nahestehenden Personen und der Vermögenswerte näher definiert. Als nahestehende Personen gelten u.a. Familienmitglieder, Freunde und Geschäftspartner. Es werden sowohl immobile als auch mobile Vermögenswerte erfasst.

Aus Artikel 3 SRVG ergeben sich die für eine Sperrung im Hinblick auf eine Rechtshilfезusammenarbeit notwendigen Voraussetzungen. Gemäß Artikel 3 Abs. 1 lit.a SRVG muss eine ausländisch politisch exponierte Person bzw. ihr nahestehende Person Verfügungsmacht haben (lit.a) oder wirtschaftlich berechtigt sein (lit.b). Dies gilt selbstverständlich auch bei einer indirekten wirtschaftlichen Berechtigung über eine juristische Person (lit.c). Die Sperrung ist zudem nur zulässig, wenn nachfolgende Voraussetzungen kumulativ erfolgt sind: Zunächst muss ein Machtverlust der Regierung oder gewisser Regierungsmitglieder im Herkunftsstaat eingetreten sein oder sich als unaufhaltsam abzeichnen. Ferner muss der Korruptionsgrad im Herkunftsgrad notorisch hoch sein. Zudem müssen die Vermögenswerte wahrscheinlich durch Korruption, ungetreue

32 *Teichmann*, Journal of money laundering control 20/2017, 130; *Teichmann*, ZfStW 6/2023, 377 (380).

33 Artikel 1 SRVG; *Teichmann*, ZfStW 6/2023, 377 (380).

Geschäftsbesorgungen oder andere Verbrechen erworben worden sein. Die Wahrung der Schweizer Interessen muss die Sperrung erfordern. Ergänzend wird die Haltung der wichtigsten Partnerländer und internationaler Organisationen berücksichtigt (außer bei Gefahr in Verzug).³⁴

In Artikel 4 Abs. 3 SRVG ist hingegen die Sperrung bei Scheitern einer Rechtshilfezusammenarbeit geregelt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Zusammenarbeit mit dem Herkunftsstaat nach erfolgter Einreichung eines Rechtshilfeersuchens ausgeschlossen erscheint. Diese Regelung ist von besonderer Relevanz im Kontext des aktuellen Konflikts in der Ukraine. Die Dauer der Sperrung der Vermögenswerte ist grundsätzlich auf vier Jahre befristet.³⁵ Allerdings ist eine Verlängerung um jeweils ein Jahr möglich, sofern der Herkunftsstaat die Rechtshilfezusammenarbeit wünscht. Die maximale Sperrungsdauer beträgt zehn Jahre. In Ausnahmefällen ist jedoch eine längere Sperrung möglich. Dies ist insbesondere in Verfahren nach Artikel 4 SRVG der Fall. In diesen Fällen kann die Sperrungsdauer auf bis zu 20 Jahre angehoben werden.³⁶

Das SRVG enthält zudem in Artikel 15 Abs. 1 eine sogenannte Vermutung der Unrechtmäßigkeit. Demnach gilt die Vermutung, dass Vermögenswerte unrechtmäßig erworben wurden, wenn das Vermögen der Person, welche die Verfügungsmacht über die Vermögenswerte hat oder an diesen wirtschaftlich berechtigt ist, begünstigt durch die Ausübung des öffentlichen Amtes durch die ausländische politisch exponierte Person außerordentlich stark gestiegen ist (lit.a) und der Korruptionsgrad des Herkunftsstaats oder der betreffenden ausländischen politisch exponierten Person während deren Amtszeit notorisch hoch war (lit.b). Gemäß Artikel 15 Abs. 2 SRVG ist der Vermögensanstieg außerordentlich stark, wenn ein großes, nicht durch die allgemeine Lebenserfahrung und den Kontext des Landes zu erklärendes Missverhältnis zwischen dem rechtmäßigen Einkommen und dem fraglichen Vermögensanstieg besteht. Die Vermutung wird gemäß Artikel 15 Abs. 3 SRVG umgestoßen, wenn mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden kann, dass Vermögenswerte rechtmäßig erworben wurden.

34 *Teichmann, ZfStW 6/2023, 377 (380).*

35 Artikel 5 Abs. 1 SRVG.

36 *Teichmann, ZfStW 6/2023, 377 (381).*

Es liegt somit eine Umkehr der Beweislast vor.³⁷

V. Gefahr der Überschreitung rechtsstaatlicher Grenzen

1. Schweizerische Bundesverfassung

Das SRVG sieht schwerwiegende Eingriffe in die Eigentumsgarantie im Sinne von Artikel 26 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV) vor. Die Voraussetzungen für eine derartige Einschränkung von Grundrechten sind in Artikel 36 BV geregelt. Demnach müssen eine gesetzliche Grundlage, ein öffentliches Interesse, Verhältnismäßigkeit sowie die Wahrung des unantastbaren Kerngehalts vorliegen. Diese Voraussetzungen erfüllt das SRVG. Folglich liegt kein Verstoß gegen die Schweizerische Bundesverfassung vor.³⁸

2. Artikel 6 Abs. 1 EMRK

Artikel 6 Abs. 1 EMRK sieht ein Recht auf ein faires Verfahren innert angemessener Frist vor. Nun könnte man argumentieren, dass das SRVG keine gerichtlichen Verfahren, sondern Verwaltungsverfahren betreffe. Allerdings wäre auch in diesem Fall eine Verfahrensdauer von fünf Jahren gerade noch als angemessen zu betrachten.³⁹ Es muss berücksichtigt werden, dass der EGMR Verfahrensdauern von mehr als sieben Jahren fast ausnahmslos als unangemessen betrachtet hat.⁴⁰ Ferner ist zwischen beschuldigten und nicht beschuldigten Personen zu differenzieren. Naturgemäß handelt es sich bei der Non-Conviction-Based Confiscation of Assets stets um nicht beschuldigte Personen. Folglich sind maximal zwei Drittel der sonst üblichen Verfahrensdauer als angemessen zu betrachten. Verfahrensdauern von bis zu zehn Jahren verstoßen gegen Artikel 6 Abs. 1 EMRK.⁴¹

37 *Teichmann, ZfStW 6/2023, 377 (381).*

38 *Teichmann, NZWiSt 2023, 207.*

39 EGMR, Ur. v. 15.07.1982 – 8130/78.

40 EGMR, Entsch. v. 27.11.2012 – 46601/07.

41 *Teichmann, ZfStW 6/2023, 377 (381).*

3. Artikel 6 Abs. 2 EMRK

Zudem dürfte die in Artikel 15 Abs. 3 SRVG vorgesehene Umkehr der Beweislast gegen Artikel 6 Abs. 2 EMRK verstoßen. Zwar könnte man argumentieren, dass der Verlust der Eigentumsrechte eine zivilrechtliche und keine strafrechtliche Angelegenheit darstelle und Artikel 6 Abs. 2 EMRK folglich nicht zur Anwendung gelange. Damit läge auch kein Verstoß vor.⁴² Allerdings handelt es sich bei der Sperrung der Vermögenswerte um eine präventive Strafmaßnahme, welche mit einer strafprozessualen Zwangsmaßnahme vergleichbar ist. Gemäß der ständigen Rechtsprechung des EGMR ist nicht die formelle Verankerung im Zivil-, Straf- oder Verwaltungsrecht maßgebend. Vielmehr kommt es auf die „wahre Natur“ der Tathandlung sowie deren Konsequenzen und die Schwere der Sanktion an.⁴³ Das SRVG nimmt in Artikel 1 ausdrücklich auf Korruption, ungetreue Geschäftsbesorgung und andere Verbrechen Bezug.⁴⁴ Den betroffenen Personen wird strafbares Verhalten unterstellt. Aus Sicht des EGMR genügt somit der Verdacht oder die Anschuldigung einer strafrechtlichen Handlung. Insbesondere nimmt der EGMR eine autonome Auslegung der strafrechtlichen Anklage vor. Es wird keine formelle Anklageerhebung vorausgesetzt. Entscheidend ist vielmehr, ob der Verdacht bzw. die Anschuldigung einer strafrechtlichen Handlung im Raum steht. In casu werden Verbrechen als Vortaten genannt. Das SRVG ist somit mit einer Einziehung im Sinne von Artikel 70 StGB vergleichbar. Eine mögliche Gegenargumentation wäre, dass präventive Einziehungen nicht als strafrechtliche Anklagen gelten. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Einziehungen gemäß SRVG repressive Absichten verfolgen. Es handelt sich um Verdachtstrafen.⁴⁵

Zu einem vergleichbaren Ergebnis kommt man, wenn man die Natur der Zuwiderhandlung und ihrer Folgen beurteilt. Artikel 15 Abs. 1 SRVG spricht explizit vom unrechtmäßigen Erwerb der Vermögenswerte. Zudem wird als Verdachtskriterium der Korruptionsgrad des Herkunftsstaats herbeigezogen.

42 *Jositsch/Poulikakos*, *ContraLegem* 2019/2, 151.

43 EGMR, Urt. v. 27.08.1991 – 13057/87; Urt. v. 22.05.1990 – 11034/84; Urt. v. 28.06.1984 – 7819/77; 7878/77; Urt. v. 21.12.1984 – 8544/79; Urt. v. 08.06.1976 – 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72.

44 *Teichmann*, *NZWiSt* 2023, 207 (208).

45 *Teichmann*, *NZWiSt* 2023, 207 (211); *Teichmann*, *ZfStW* 6/2023, 377 (382).

Damit wird letztendlich die Hypothese in den Raum gestellt, dass die betroffenen Vermögenswerte aus Straftatbeständen im Herkunftsland stammen. Ferner weisen die Folgen zweifelsohne sowohl abschreckenden als auch vergeltenden Charakter auf. Sie sind insbesondere geeignet, ein Verhalten - als ein Tun oder Unterlassen - zu erzwingen. Zu einem anderen Ergebnis kommt man auch nicht bei der Beurteilung der Art und Schwere der Sanktion. Schließlich ist die Einziehung von Vermögenswerten als erhebliche Sanktion zu qualifizieren. Insbesondere führt diese Sanktion zum vollständigen Verlust der Eigentumsrechte der betroffenen Person. Ferner sieht das SRVG die definitive Einziehung der Vermögenswerte vor. Daher kann der Eingriff in das Vermögen der Betroffenen auch nicht als lediglich prozessuale, also auf Verdacht beruhende vorläufige Sicherstellung von Vermögenswerten ohne Einverständnis der betroffenen Personen, bewerten werden. Ein lediglich prozessualer Eingriff wäre allenfalls zulässig. Allerdings liegt ein solche in casu nicht vor. Zudem kommt es zu einer Umkehr der Beweislast. Die Betroffenen sind im Strafverfahren grundsätzlich nicht verpflichtet, im Hinblick auf deliktische Verdachtsmomente zu ihrer Entlastung beizutragen. Die vorgesehene Umkehr der Beweislast steht in stoßendem Widerspruch zur Unschuldsvermutung.⁴⁶

In *Böhmer vs. Deutschland* hat der EGMR ausdrücklich festgehalten, dass ein Verstoß gegen die in Artikel 6 Abs. 2 EMRK verankerte Unschuldsvermutung vorliegt, sofern eine gerichtliche Entscheidung Aussagen zur Schuld einer noch nicht verurteilten Person enthält.⁴⁷ Es dürfte kaum möglich sein, die Einziehung von Vermögenswerten, gestützt auf mutmaßliche Verbrechen im Ausland, vorzunehmen, ohne in den Anwendungsbereich einer strafrechtlichen Schuldfeststellung zu geraten.⁴⁸

4. Zwischenfazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Versperrung von Vermögenswerten für zehn Jahre oder mehr gegen Artikel 6 Abs. 1 EMRK verstößt. Die Umkehr der Beweislast verstößt zudem gegen die in Artikel 6 Abs. 2 EMRK verankerte

46 *Teichmann*, NZWiSt 2023, 207 (211); *Teichmann*, ZfISW, 6/2023, 377 (382).

47 EGMR, Urt. v. 15.11.2001 – 37568/97.

48 *Teichmann*, NZWiSt 2023, 207 (211); *Teichmann*, ZfISW 6/2023, 377 (382).

Unschuldsumvermutung. Die EMRK-Verstöße sprechen gegen die Umsetzung einer vergleichbaren Regelung in Deutschland oder Georgien. Insbesondere stellt sich aus Sicht des Autors die Frage, wie die Einziehung der Vermögenswerte verhindert werden könnten, wenn sich die betroffenen Personen nicht zur Sache äußern können bzw. müssten (*nemo tenetur* Prinzip). Folglich dürfte das SRVG keinen geeigneten Lösungsansatz zur Bekämpfung von Geldwäsche und Korruption darstellen.

VI. In rem Ansätze als mögliche Alternativen

Das SRVG scheidet u.a. an seinem personenbezogenen Ansatz. Im Fokus der Non-Conviction-Based Confiscation of Assets steht im Falle des SRVG stets die politisch exponierte Person bzw. mit ihr verbundene Personen. Ein möglicher alternativer Ansatz könnte in der Anwendung von in rem Lösungsvorschlägen bestehen.

In rem Ansätze bieten entscheidende Vorteile mit Blick auf Vermögenswerte, welche in Händen von juristischen Personen oder Personengesellschaften, die keiner natürlichen Person zugerechnet werden können. Diese Vermögenswerte können einerseits häufig nicht mit einem Tatverdacht oder einer bestimmten Tat in Verbindung gebracht werden.⁴⁹ Andererseits dürfte sich hier die Frage des Verstoßes gegen den *nemo tenetur*-Grundsatz nicht stellen. Schließlich dürfte in diesen Fällen auch eine Berufung auf die EMRK ausscheiden.⁵⁰

Daraus folgt, dass in rem Verfahren in einem eng begrenzten Rahmen zulässig sein könnten. Dies insbesondere im Hinblick auf Vermögenswerte, die keiner natürlichen Person zugeordnet werden können.

VII. Praktische Würdigung

Aus praktischer Sicht ist zu berücksichtigen, dass intelligente Täter darauf achten dürften, Länder ohne Non-Conviction-Based Confiscation of Assets Mechanismen

49 *Wegner/Ladwig/Zimmermann/El-Ghazi*, Kriminalpolitische Zeitschrift, 6/2023.
50 BGE 142 IV 207, 215 E. 8.3.3; BGE 140 II 384, 393 E. 3.3.4.

für die Aufbewahrung ihrer inkriminierten Vermögenswerte zu wählen. Somit dürften die erwähnten Mechanismen zu einer Verlagerung der Vermögenswerte in Jurisdiktionen, welche keine Non-Conviction-Based Confiscation of Assets vorsehen, führen. Hingegen ist (zumindest noch) nicht von einer effektiveren Bekämpfung der Geldwäsche und der Korruption auszugehen.

VIII. Zusammenfassung und Ausblick

Die Unschuldsvermutung sowie das Schuldprinzip müssen auch bei der Bekämpfung von ungetreuer Geschäftsbesorgung, Geldwäsche und Korruption gelten. Georgien und Deutschland stehen insbesondere im Kontext der aktuellen Krise in der Ukraine vor der Herausforderung, dass Vermögenswerte aus Ländern der ehemaligen UdSSR mit notorisch hohen Korruptionsgraden in sichere Häfen transferiert werden sollen.⁵¹ Folglich erscheint der Ansatz einer Non-Conviction-Based Confiscation of Assets auf den ersten Blick verlockend. Bei einer genaueren Betrachtung kommt man jedoch zum Ergebnis, dass es sich dabei nicht um einen geeigneten Ansatz zur Bekämpfung von Korruption und Geldwäsche handeln dürfte. Zumindest in personam Verfahren dürften aufgrund rechtsstaatlicher Bedenken ausscheiden. Hingegen stellen in rem Verfahren in einem begrenzten Rahmen einen validen Lösungsansatz dar.

51 *Teichmann*, Journal für Strafrecht 66/2021, 588.

**საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულები
ქართულ და გერმანულ სისხლის სამართალში -
ცალკეული შემადგენლობების მოკლე შედარებითი
ანალიზი**

პროფ. დოქტ. ბაჩანა ჯიშკარიანი, საქართველოს უნივერსიტეტი

I. შესავალი

ქართული და გერმანული სისხლის სამართლის მსგავსებაზე, განსაკუთრებით ზოგადი ნაწილის თვალსაზრისით, ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში უკვე ბევრჯერ თქმულა,¹ შესაბამისად, მოცემული ტექსტის მიზანი არ არის განზოგადებული შედარებების გაკეთება, არამედ, ამ ჯერზე ყურადღება გამახვილდება სისხლის სამართლის კერძო ნაწილზე - საკუთრების წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულებზე. ბუნებრივია, ამ მცირე ნაშრომის ფორმატში, შეუძლებელია მნიშვნელოვანი პრობლემების სიღრმისეული განხილვა, მაგრამ ვინაიდან ამ მიმართულებით შედარებითსამართლებრივი კვლევები ახალია ქართულ იურიდიულ მეცნიერებაში, ეს იქნება ერთი დამატებითი ნაბიჯი, რათა ხელი შეეწყოს უკეთესი პრაქტიკის ჩამოყალიბებას სხვადასხვა ნაშრომის თუ თუნდაც სასამართლო გადაწყვეტილების შედარების მეშვეობით. ქართულ-გერმანული სამართლის დიალოგის არსიც სწორედ ამაში მდგომარეობს. კონკრეტულად, ყურადღებას გაგამახვილებთ ორ დანაშაულზე, ქურდობასა და თაღლითობაზე, როგორც, ასე ვთქვათ, გავრცელებულ „კლასიკურ“ შემადგენლობებზე.

II. ეკონომიკური დანაშაულის ცნებისადმი განსხვავებული მიდგომა ქართულ და გერმანულ სისხლის სამართალში

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი, ცალკე კარის სახით (მერვე კარი) შეიცავს ეკონომიკურ დანაშაულებს. ანუ, კანონმდებელმა,

1 იხ. მაგ. ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მე-9 გამ., 2013, 55 და შემდეგი.

სულ მცირე, ცნების დონეზე, ამ ერთ კარში მოაქცია ყველა ეკონომიკური დანაშაული. ეს კარი დაყოფილია თავებად. მასში შედის საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულები, სამეწარმეო საქმიანობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულები, დანაშაულები საფინანსო საქმიანობის სფეროში და ა.შ. გერმანული სისხლის სამართლის კოდექსი კი მსგავს, ერთ თავში ან კარში ეკონომიკური დანაშაულების ასახვას არ იცნობს. ეს გამონგველია თუნდაც იმ თავისებურებით, რომ გერმანულ სისხლის სამართალში დანაშაულები მოქცეულია არა მხოლოდ ერთ კანონში, სისხლის სამართლის კოდექსში, არამედ სპეციალურ კანონებშიც სისხლის სამართლის მიღმა (ე.წ. დამატებითი, პარალელური სისხლის სამართალი).² ქართული სისხლის სამართლისთვის კი მსგავსი მიდგომა უცხოა და დანაშაულის ყველა შემადგენლობა სისხლის სამართლის კოდექსში არის გაწერილი. თვითონ ამ კანონის მეშვიდე მუხლის პირველი ნაწილში ხაზგასმით არის მითითებული, რომ დანაშაული არის ამ კოდექსით გათვალისწინებული მართლსაწინააღმდეგო და ბრალეული ქმედება. მაშასადამე, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის მოქმედი რედაქცია არც კი იძლევა იმის შესაძლებლობას, რომ დანაშაულები სხვა კანონებშიც გაიწეროს. თუ რომელი მიდგომა არის უკეთესი, არ არის მოცემულ ეტაპზე ჩვენი განხილვის მთავარი საკითხი, შესაბამისად ამ თემას არ გავაღრმავებთ. თუმცა, იმის თქმა შეიძლება, რომ გერმანულ სისხლის სამართალში, ეკონომიკური დანაშაულების ცნება ბევრად უფრო ფართოა და პოტენციურად ყველა იმ შემადგენლობას მოიცავს სისხლის სამართლის კოდექსიდან და სპეციალური კანონებიდან, რომლებშიც ეკონომიკური ასპექტი ფიგურირებს.

მაშასადამე, ეკონომიკური სისხლის სამართლის ერთიან ცნებას გერმანული სისხლის სამართალი არ იცნობს, არც დოქტრინის და არც საკანონმდებლო დონეზე. დოქტრინაში ცნებები ერთმანეთისგან განსხვავდება იმისდა მიხედვით, თუ რა ჭრილში უდგებიან ამ საკითხს - კრიმინოლოგიურ, პროცესუალურ თუ მატერიალურ-დოგმატურში.³

2 დაწვრ. ამ ცნებასთან დაკავშირ., იხ. *Rutkowski*, in: *Buddendiek/Rutkowski*, *Lexikon des Nebenstrafrechts, Einführung in das Nebenstrafrecht*, 46. EL März 2023, Rn. 1.

3 დაწვრ. იხ. *Wittig*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 6. Aufl., 2023, § 2 Rn. 5 ff.

ქართულ სისხლის სამართალში კი, შესაძლებელია ითქვას, რომ ეკონომიკური სისხლის სამართლისა და ეკონომიკური დანაშაულების ცნება ერთმნიშვნელოვნად არ არის გამიჯნული ერთმანეთისგან და იდენტურადაც კი ხდება მათი აღქმა. საბოლოო ჯამში, ეკონომიკური სისხლის სამართალი მაინც ორიენტირებულია ზემოთ ნახსენებ, სისხლის სამართლის კოდექსის მერვე კარში ჩადებულ დანაშაულებზე.

ქართულ და გერმანულ სისხლის სამართალს შორის განსხვავებები მარტივად ჩანს კონკრეტული დანაშაულების მაგალითზე. საჯარო ან კერძო სექტორში ჩადენილი კორუფციული შინაარსის დანაშაულები, გერმანულ სისხლის სამართალში ეკონომიკურ დანაშაულთა რიცხვს მიეკუთვნება, მიუხედავად იმისა, რომ დაცული სამართლებრივი სიკეთე, მაგალითად მოხელის მოსყიდვისას, საჯარო სექტორისადმი ნდობა და მისი ნორმალური ფუნქციონირებაა.⁴ ქართულ სისხლის სამართალშიც, სამართლებრივი სიკეთის თვალსაზრისით, მსგავსი მიდგომაა,⁵ მაგრამ ქრთამის მიცემა, ქრთამის აღება, და სხვა მსგავსი სამოხელეო დანაშაულები არ მიიჩნევა ეკონომიკურ დანაშაულებად. სამოხელეო დანაშაულები სახელმწიფოს წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების კარშია მოქცეული. ხოლო კომერციული მოსყიდვა, ანუ სხვანაირად რომ ვთქვათ, მექრთამეობა კერძო სექტორში, მოქცეულია ეკონომიკური დანაშაულების კარში.

მიუხედავად ამ განსხვავებებისა ეკონომიკური დანაშაულების ცნებასთან დაკავშირებით, ორივე სამართლებრივ სისტემაში, საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულები, ნაწილობრივ მაინც, მაგ. თაღლითობა, ეკონომიკური დანაშაულების რიცხვს მიეკუთვნება. იგივეს თქმართულია ქურდობასთან ან ყაჩაღობასთან მიმართებით. ეს ორივე დანაშაული, ქართულ სისხლის სამართალში უდავოდ ეკონომიკურ დანაშაულებად ითვლება, ხოლო გერმანულ სისხლის სამართალში განსხვავებული მიდგომა და თუ გადავხედავთ ეკონომიკური სისხლის სამართლის სხვადასხვა სახელმძღვანელოს ან კომენტარს, აღნიშნული შემადგენ-

4 *Fischer, Strafgesetzbuch*, 69. Aufl., 2022, § 331 Rn. 2.

5 *ლექციები/თოდუა*, წიგნი: *ლექციები/მამულაშვილი/თოდუა*, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი 2, 2020, 390.

ლობები მათში არ არის განხილული.⁶

ნაშრომის მომდევნო თავს საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული ცალკეული დანაშაულების, კერძოდ ქურდობისა და თაღლითობის მოკლედ შედარებით ანალიზს დავეთმობთ. მიუხედავად ეკონომიკური დანაშაულების დეფინიციისადმი სხვადასხვანაირი მიდგომისა, ორივე სამართლებრივ სისტემაში ისინი უდავოდ საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულებს მიეკუთვნება.

III. საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული ცალკეული დანაშაულები

1. ქურდობა

ჩვენი მიზანი, ქართულ-გერმანული სამართლის დიალოგის ფარგლებში არ არის დეტალურად დანაშაულის ყველა ელემენტის განხილვა, შესაბამისად, აქ შემოვიფარგლებით, ორივე სამართლებრივი სისტემიდან მხოლოდ იმ ცალკეული ელემენტებისა და სასამართლო გადაწყვეტილებების განხილვით, რაც საინტერესო იქნება შედარებითსამართლებრივ ჭრილში.

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 177-ე მუხლის მიხედვით, ქურდობა, ეს არის სხვისი მოძრავი ნივთის ფარული დაუფლება მართლსაწინააღმდეგო მისაკუთრების მიზნით. დაცული სამართლებრივი სიკეთეა სხვისი საკუთრება. კერძოდ, ნორმაში დაკონკრეტებულია დანაშაულის საგანი მოძრავი ნივთის სახით. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 149-ე მუხლის თანახმად, უძრავ ნივთებს მიეკუთვნება მიწის ნაკვეთი მასში არსებული წიაღისეულით, მიწაზე აღმოცენებული მცენარეები, ასევე შენობა-ნაგებობანი, რომლებიც მყარად დგას მიწაზე. შესაბამისად, ყველა დანარჩენი ნივთი მოძრავად შეგვიძლია ჩავთვალოთ.⁷

მართალია, სისხლის სამართალი დანაშაულის ცალკეულ ელემენტებთან დაკავშირებით ორიენტირებულია სამოქალაქოსამართლებრივ

6 იხ. მაგ. *Wabnitz/Janovsky/Schmitt*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Aufl., 2020; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl., 2023.

7 *თოთლაძე*, წიგნში: ჭანტურია, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი II, 2018, მუხ. 148, აბზ. 3.

წესებზე, თუმცა, ეს ყოველთვის არ ნიშნავს ერთი ერთში სხვა დარგის სტანდარტების გაზიარებას. გარკვეულ შემთხვევებში, სისხლის სამართლის სპეციფიკიდან გამომდინარე, შესაძლებელია, ცალკეული სამართლებრივი მიდგომების კორექტურა და სისხლის სამართლის მიზნებიდან გამომდინარე განმარტება, რაც ნიშნავს იმას, რომ საწყისი განმარტებისთვის ვეყრდნობით სამოქალაქო სამართალს, მაგრამ კონკრეტულ პრობლემატურ შემთხვევებზე მსჯელობისას გადახვევებიც არ არის დაუშვებელი.⁸

მაგალითად, მიწაზე აღმოცენებული მცენარეები ითვლება უძრავ ნივთებად, თუმცა, ხეები მოჭრის შედეგად გადაქცევა მოძრავ ნივთებად, ანუ ქურდობის ობიექტად. მიწისგან მოშორების შედეგად ისინი მოძრავ ნივთებად იქცევიან.⁹ ანალოგიურად იგივეს თქმა შეიძლება უშუალოდ მიწასთან დაკავშირებითაც. მიწის მასის მოხსნა სხვისი ეზოდან და ფარულად გატანა უნდა დაკვალიფიცირდეს ქურდობად. შეიძლებოდა გვეფიქრა სსკ-ის 187-ე მუხლით კვალიფიკაციაზე სხვისი ნივთის დაზიანების გამო, მაგრამ ეს წინააღმდეგობაში მოვიდოდა სსკ-ის 177-ე და 187-ე მუხლების გამიჯვნასთან. როდესაც ხდება სხვის ნივთზე ახალი პატრონობის დაფუძნება და მერე მისი განკარგვა (მაგ. გატანილი მიწის ვინმესთვის მიყიდვა), ეს შეესაბამება ქურდობის კონსტრუქციას. ხოლო ნივთის დაზიანების ან განადგურების დროს ამსრულებელს საერთოდ არ სურს ვინმეს ქონებრივი ფონდისთვის სხვისი ქონების მიერთება. სხვანაირი მიდგომის შემთხვევაში წაიშლებოდა ზღვარი ამ ორ ნორმას შორის. მიუხედავად ამისა, საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ, სხვისი ეზოდან მიწის მასის მოხსნა და გატანა სხვისი ნივთის დაზიანებად შეაფასა.¹⁰

საინტერესოა ერთი-ერთი საქმეც,¹¹ რომელშიც დამნაშავემ მეორე პირი მოატყუა, რომ სხვის ეზოში მდგარი კაკლის ხეები მისი იყო, მოჭრა რამდენიმე ძირი და ამ დაინტერესებულ პირს მიყიდა. სამივე ინსტანციის სასამართლომ აღნიშნული ქმედება ქურდობად დააკვალიფიცირა, მათ

8 შვად. *Kretschmer*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, Anwaltkommentar StGB, 3. Aufl., 2020, § 242, Rn. 4; *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOG StGB, 2023, § 242 Rn. 4.

9 *Schmitz*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl., 2021, § 242, Rn. 45.

10 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განჩინება №983აპ.-22.

11 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განჩინება №220აპ.-23.

შორის დამამძიმებელი გარემოებით, მიყენებული ზიანის ოდენობიდან გამომდინარე.

გერმანული სასამართლო პრაქტიკიდან, მოკლედ შეგვხოთ კიოლნის პირველი ინსტანციის სასამართლოს გადაწყვეტილებას,¹² რომელმაც სხვის საკუთრებად ჩათვალა სიმბოლურად ხიდზე დამაგრებული ე.წ. სასიყვარულო ბოქლომები, ვინაიდან, სასამართლოს მოსაზრებით, თავიანთი ქმედებით, შეყვარებული წყვილი უარს არ ამბობს თავის საკუთრებაზე ბოქლომთან მიმართებით. საუბარია პირის მიერ წაღებულ 53 ცალ, ხიდზე მიმაგრებულ ბოქლომზე, რომლის წონაც 15 კგ-ს შეადგენდა და რომლების ჩაბარებასაც ის ჯართში აპირებდა. სასამართლოს მსჯელობით, ბოქლომის ბედი მათი დამმაგრებლებისთვის სულ ერთი არ ყოფილა. პირიქით, როგორც მარადიული სიყვარულის სიმბოლო, მათ ეს ბოქლომი კონკრეტულ ადგილას განათავსეს და ეს ქმედება სულაც არ ნიშნავდა საკუთრებაზე უარის თქმას. ამაზე ისიც მიუთითებდა, რომ მოგვიანებით, ინფორმაციის პრესაში გავრცელების შემდეგ, რამდენიმე პირმა თავისი ბოქლომი იცნო და უკან დაბრუნებას მოითხოვდა. მართალია, ბოქლომების რეალური მფლობელი ქალაქი კიოლნი იყო, როგორც ხიდის მესაკუთრე, მაგრამ, საერთო სურათს ეს არ ცვლიდა. ყოველივე აქედან გამომდინარე, ეს ქმედება ქურდობად დაკვალიფიცირდა.

ქურდობის ობიექტურ შემადგენლობაში, მთავარი განმასხვავებელი ნიშანი, ქართულ და გერმანულ სისხლის სამართალს შორის, მდგომარეობს ჩადენის ხერხთან მიმართებით. რაოდენ წარმოდგენელიც არ უნდა იყოს ეს ქართული სისხლის სამართლის გადმოსახედიდან, გერმანიის სსკ-ის 242-ე პარაგრაფიდან გამომდინარე (ქურდობის შემადგენლობა), სულაც არ არის აუცილებელი, რომ ის ფარულად იქნას ჩადენილი. საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 177-ე მუხლში კი ეს წინაპირობა პირდაპირ არის განწერილი. სხვისი ნივთის აშკარად დაუფლების შემთხვევაში მივიღებთ, მაგ. ძარცვის შემადგენლობას (სსკ. მუხ. 178), ხოლო სხვისი მოძრავი ნივთის აშკარად დაუფლებას თუ თან ახლავს სიცოცხლისადმი ან ჯანმრთელობისადმი საშიში ძალადობა, ეს უკვე ყაჩაღობად გადაიქცევა (სსკ მუხ. 179). ქურდობის, ძარცვისა და ყაჩაღობის ასეთ

12 AG Köln, Beck RS 2012, 20013.

დაყოფას გერმანულ სისხლის სამართალში ვერ შევხვდებით.

განსხვავების უკეთ წარმოსაჩინად შეგვიძლია ავიღოთ გსსკ-ის 244-ე პარაგრაფი. მასში საუბარია იარაღით ან სხვა საშიში საშუალებით ჩადენილ ქურდობაზე და ეს ითვლება პასუხისმგებლობის დამამძიმებელ გარემოებად, ვინაიდან ამ დროს დამნაშავესგან პოტენციურად უფრო მეტი საფრთხე მომდინარეობს. ყოველ წუთს არსებობს ლატენტური საფრთხე, რომ მან ეს იარაღი გამოიყენოს.¹³ მაშასადამე, აღნიშნული ნორმა სულაც არ გულისხმობს სხვისი ნივთის დაუფლების დროს იარაღის გამოყენებას, ხელში დაჭერას, არამედ პასუხისმგებლობისთვის საკმარისია უბრალოდ მისი თან ქონა ისე ახლოს, რომ ნებისმიერ დროს, ამსრულებელს ქონდეს მასზე წვდომა მნიშვნელოვანი დაბრკოლების გარეშე.¹⁴ ასეთ საკანონმდებლო რეგულირებას კი მივყავართ უამრავ დისკუსიამდე გერმანულ დოქტრინასა და პრაქტიკაში სამსახურებრივად უფლებამოსილ პირებთან მიმართებით, კერძოდ, როდესაც მაგ. პოლიციელი, რომელსაც ისედაც თან აქვს იარაღი, ჩაიდენს ქურდობას და უნდა შეფასდეს თუ არა მისი ქმედება აღნიშნული დამამძიმებელი გარემოებით.

სასამართლო პრაქტიკა, მსგავს შემთხვევებს, მაინც დამამძიმებელ გარემოებად აკვალიფიცირებს, ვინაიდან ასეთი სტატუსის მქონე პირიც პოტენციურად ზუსტად ისეთივე საშიშია, როგორც სხვა ნებისმიერი პირი.¹⁵ თუმცა, ნაწილობრივ, დოქტრინაში არსებობს საპირისპირო მოსაზრებებიც, რომლებიც ნორმის ვიწრო განმარტებას ემხრობიან და მასში სამსახურებრივი სტატუსიდან გამომდინარე, იარაღის ტარებაზე უფლებამოსილ პირებს არ მოიაზრებენ.¹⁶

მსგავსი დისკუსიები ქართული სისხლის სამართლისთვის უცხოა, ვინაიდან, როგორც უკვე აღვნიშნეთ, ქურდობის ჩადენა, ნებისმიერ შემთხვევაში, ფარულად უნდა მოხდეს და ამ დროს ჯიბეში უდევს თუ არა იარაღი თავდამსხმელს, არარელევანტურია. კვალიფიკაცია მხოლოდ მაშინ შეიცვლება, თუ დავუშვათ, სხვისი ნივთის ფარულად დაუფლების პროცესში, პირს შეამჩნევენ და ამის შემდეგ, ის იარაღის გამოყენებით

13 BGHSt 52, 268.

14 *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil I, 25. Aufl., 2023, § 4 Rn. 43.

15 BGHSt 30, 44.

16 დაწვრ. იხ. *Fischer*, Strafgesetzbuch, 69. Aufl., 2022, § 244 Rn. 12.

დაემუქრება ნივთის მფლობელს და ამ ხერხით დაასრულებს მიმდინარე პროცესს. ქმედება ქურდობიდან გადაიზრდება ყაჩაღობაში და სსკ-ის 179-ე მუხლით დაკვალიფიცირდება.¹⁷

მოკლედ მივბრუნდეთ ისევ ფარულად დაუფლების საკითხს. ქართულ სისხლის სამართალში, ფარულობის შეფასებისას გადამწყვეტი მნიშვნელობა ამსრულებლის სუბიექტურ აღქმას აქვს, ანუ, ის უნდა ფიქრობდეს, რომ სხვებისგან შეუმჩნეველად ეუფლება სხვის ნივთს.¹⁸ მაგალითად, თუ ის, თავისი აზრით, სხვას ჯიბიდან საფულეს ფარულად ამოაცლის და სინამდვილეში ამ ყველაფერს ხედავდა სხვა პირი, ქმედება მაინც ქურდობად, ანუ ფარულ დაუფლებად დაკვალიფიცირდება. ასეთი მიდგომის საფუძველი მდგომარეობს იმაში, რომ დამნაშავე ნაკლები კრიმინალური ენერჯის მატარებელი პირია. ის სხვისი საფულის დაუფლების პროცესში არ არის ამკარად ამის გაკეთების რისკზე წამსვლელი და ასე ვთქვათ, „ერიდება“ მართლწესრიგის. სწორედ აქედან გამომდინარე ხდება მისი ქმედების ქურდობად, ანუ უფრო მსუბუქად დასჯად დანაშაულად კვალიფიკაცია. ძარცვად კვალიფიკაციის შემთხვევაში ის უფრო მკაცრად დაისჯებოდა, რაც ზემოთ მოყვანილ მსჯელობასთან წინააღმდეგობაში მოვიდოდა.

ასევე, საინტერესოა და დისკუსიის საგანს წარმოადგენს საბანკო ბარათების გამოყენებით ჩადენილი სხვისი თანხის დაუფლება. ამის სტანდარტული შემთხვევაა პირის მიერ სხვისი ბარათის უნებართვოდ გამოყენება და ბანკომატიდან თანხის მოხსნა.

ერთი შეხედვით, მარტივად შეიძლება სხვისი ფულის ამ გზით დაუფლების ქურდობად კვალიფიკაცია, მაგრამ პრობლემას ის ქმნის, რომ ბანკომატის, ანუ რეალურად ბანკის და მის მიერ გამოყენებადი კომპიუტერული სისტემის მოტყუება ხდება, რის შედეგადაც გაიცემა ეს თანხა ნებაყოფლობით. ეს კი ქურდობის კონსტრუქციას არ შეესაბამება. მოტყუებით სხვისი ქონების დაუფლება თაღლითობაა. ბანკმა საკუთარი „ნებით“ გასცა ეს თანხა, ვინაიდან ბანკომატს ბარათის გამტარებელი პირი უფლე-

17 *ლეკვეიშვილი/თოდუა*, წიგნში: *ლეკვეიშვილი/მამულაშვილი/თოდუა*, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი 1, ნაწ. მეორე, 2023, 31.

18 *თოდუა*, წიგნში: *ლეკვეიშვილი/მამულაშვილი/თოდუა*, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი 1, ნაწ. მეორე, 2023, 32.

ბამოსილი პირი „ეკონა“. თუმცა, არც თაღლითობით კვალიფიკაცია არის მარტივი, ვინაიდან თაღლითობის დროს სხვა ადამიანის მოტყუება ხდება, მოცემულ შემთხვევაში კი მოხდა საბანკო სისტემის მოტყუება. კვალიფიკაციისას მსგავსი პრობლემის თავიდან ასარიდებლად გერმანულ სისხლის სამართალში ცალკე ნორმის სახით არსებობს კომპიუტერული თაღლითობის შემადგენლობა (სსკ § 263a), რომლის გამოსაყენებლადაც არ არის საჭირო მაინცდამაინც ადამიანის მოტყუება. იგივე პრობლემის წინაშე ვდგებით თუნდაც გაყალბებული საბანკო ბარათის გამოყენებისას.

გამოდის, რომ ქართულ სისხლის სამართალში ვერც 177-ე (ქურდობა) და ვერც 180-ე (თაღლითობა) მუხლებს გამოვიყენებთ. გამოსავალი შეიძლება დავინახოთ სსკ-ის 180-ე მუხლის ფართოდ განმარტებაში, ვინაიდან იქ ზოგადად მოტყუება არის ნახსენები და არა კონკრეტულად ადამიანის მოტყუება.

ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში მსგავსი შემთხვევების კვალიფიკაცია მაინც ქურდობით ხდება, თუმცა, სამწუხაროდ შესაბამისი დასაბუთების გარეშე. ადრე, სსკ-ის 177-ე მუხლთან ერთად სსკ-ის 284-ე მუხლიც გამოიყენებოდა ერთობლიობით, ვინაიდან ბანკის კომპიუტერულ სისტემაში ხდებოდა შეღწევა.¹⁹ სისხლის სამართლის კოდექსში, დღეისათვის უფრო სპეციალური, 286¹ მუხლიც ნორმაც არსებობს - კომპიუტერული მონაცემის ან/და კომპიუტერული სისტემის ხელყოფა ფინანსური სარგებლის მიღების მიზნით. მაგრამ ამ მუხლების გამოყენებაც სადავოა, ვინაიდან მათში საუბარია „უნებართვო“ შეღწევაზე. საბანკო სისტემა კი იმ ადამიანს აძლევს ბანკომატის გამოყენების უფლებას, რომელსაც აქვს საბანკო ბარათი და შესაბამისი კოდი. კონკრეტულად თუ ვის ხელშია ეს ბარათი, ამას ბანკომატი არ და ვერ ამოწმებს. ანუ გამოდის, რომ თუნდაც უცხო პირი სხვისი ბარათის გამოყენებისას საბანკო სისტემაში მაინც ბანკის „უნებართვით“ შედის. ამ საკითხის დანახვა სხვა მხრიდანაც შეიძლება, მაგრამ მთავარი ის არის, რომ სასურველი იქნებოდა უფრო სიღრმისეულად ანალიზი პრაქტიკაში მსგავსი საკითხების კვალიფიკაციისას.

19 იხ. მაგ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განჩინებები №334აპ.-17 და №575აპ.-09.

2. თაღლითობა

ზოგადი გადმოსახედიდან, თაღლითობასთან მიმართებით მიდგომა, ქართულ და გერმანულ სისხლის სამართალში, ერთმანეთის მსგავსია. ორივე შემთხვევაში ამოსავალი წერტილია დაზარალებულის მოტყუება. თუმცა, რა თქმა უნდა, განსხვავებები გვხვდება ცალკეული შემადგენლობებისა და პრაქტიკის დონეზე.

ქურდობისგან განსხვავებით, თაღლითობა ისეთი დანაშაულია, რომლის დროსაც მსხვერპლი თავისივე შეცდომიდან გამომდინარე, საკუთარი ნებით გადასცემს დამნაშავეს ნივთს ან ქონებრივ უფლებას. ხშირ შემთხვევაში, ზიანის დადგომა უშუალოდ მსხვერპლის მხრიდან არარეალური მოლოდინებიდან და სიხარბიდან გამომდინარეობს, ვინაიდან მას სჭერა სხვისი დაპირების, რომ თუ მაგალითად, ჩადებს რაღაც სხვის ბიზნესში ინვესტიციას, უცებ დიდ თანხას მიიღებს მოგების სახით. ამიტომ, ჩნდება კითხვა, საერთოდ იმსახურებს თუ არა ასეთი მსხვერპლი სისხლისსამართლებრივ დაცვას?²⁰ მიუხედავად ამისა, არ იქნებოდა სწორი თუნდაც ხარბი მსხვერპლის სისხლისსამართლებრივად დაუცველად დატოვება და მისი საკუთრების მხოლოდ სამოქალაქოსამართლებრივი ანაზღაურების იმედად დატოვება. მსგავსი რეაგირება არ იქნებოდა საკმარისი მომავალი თაღლითობების პრევენციის თვალსაზრისით.²¹ გარდა ამისა, არ უნდა დაგვავიწყდეს, რომ ყველა მსხვერპლი არ არის საკუთარი სიხარბის გამო დაზარალებული და სხვა პირი უბრალოდ მისი ნდობით სარგებლობს.

თაღლითობის საინტერესო მაგალითია ერთ-ერთი საქმე²² გერმანიის სასამართლო პრაქტიკიდან, რომლის არსიც მდგომარეობდა შემდეგში:

რამდენიმე ექიმმა, წინასწარი შეთანხმებით დაარწმუნა პაციენტები, რომ მათი ავადმყოფობა დედამიწის გამოსხივების ბრალი იყო და მათი განკურნება შესაძლებელი იყო დამცავი აპარატებით. ამის გამო მათ პა-

20 *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht Besonderer Teil*, 4. Aufl., 2021, § 20 Rn. 4.

21 *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht Besonderer Teil*, 4. Aufl., 2021, § 20 Rn. 4.

22 BGHSt 13, 233.

ციენტებს რამდენიმე სრულიად უსარგებლო აპარატი მიყიდეს, რომლის არაეფექტურობის შესახებ ექიმები ინფორმაციას ფლობდნენ.

ქართული სისხლის სამართლის გადმოსახედიდან ეს კაზუსი წინასწარი შეთანხმებით ჯგუფის მიერ, სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით ჩადენილ თაღლითობად შეფასდება (მუხ. 180 ნაწ. 2, ქვეპ. ა, ნაწ. 3, ქვეპ. ა), ვინაიდან ექიმებმა ისარგებლეს პაციენტების ნდობით და მოტყუების გზით მიიღეს შემოსავალი. ამ დროს არ აქვს მნიშვნელობა, თუ რამდენად დაუჯერებელ ინფორმაციას იყენებენ ისინი ქმედების განხორციელებისას. სულ რომ არავის დაეჯერებინა იმ რამდენიმე პაციენტის გარდა ამ აპარატების ეფექტურობის შესახებ, ვინაიდან ობიექტური გადმოსახედიდან ეს აშკარად სისულელე იყო, ისინი და მათი საკუთრება მაინც დაცულები არიან სისხლისსამართლებრივად.

სამართლებრივი შეფასება იცვლება რადიკალურად, როდესაც თვითონ ექიმებსაც ექნებოდათ აღნიშნული აპარატების ეფექტურობის იმედი. მაშინ გამოდის, რომ მათ არ ამოძრავებდათ სხვების მოტყუების მიზანი. შესაბამისად, ისინი საერთოდ არ დაისჯებოდნენ.

თაღლითობის შემადგენლობას არ მოგვცემს ე.წ. გაბერილი ან თუნდაც იმწუთიერად შეცვლილი ფასები. მაგალითად, ავიაბილეთის ყიდვის დროს, სრულიად ნორმალური მოვლენაა, რომ ზუსტად ერთსა და იმავე რეისზე ბილეთები რადიკალურად განსხვავებულ ფასებში იყიდებოდა. ეს დამოკიდებულია იმ ალგორითმებზე, რომლებიც ონლაინ დაჯავშნის პროცესის დროს ბევრ ფაქტორს ითვალისწინებენ (მყიდველის გეოგრაფიული ადგილმდებარეობა, მოთხოვნის ოდენობა საიტზე, სეზონი და ა. შ.). აქედან გამომდინარე, ავიაკომპანიას/მის წარმომადგენელს ვერ დაგდებთ ბრალს თაღლითობაში, თუ ერთმა მგზავრმა ბილეთში 1000 ლარი გადაიხადა და მეორეს კი 1500 ლარის გადახდა მოუწია. მსგავსი სხვაობა სრულიად მიღებულია ასეთ სპეციფიურ სფეროებში. იგივეს თქმა შეიძლება სასტუმროების ჯავშანზეც, რომლის ფასებიც სულ მერყეობს.

პერიოდულად საქართველოში აქტუალური ხდება კლუბებში თუ რესტორნებში უცხოელი ტურისტების მოტყუების ფაქტები, როდესაც ისინი სხვადასხვა ხერხით შეცდომაში შეყავთ და ასტრონომიულად გაზრდილი ფასების გადახდას თხოვენ, მაგალითად, სასმელებში, რისი მოლოდინიც სტუმარს საერთოდ არ ქონია. საუბარია ასეულობით ლარის გადახდაზე

ერთ სასმელში, რომელიც სინამდვილეში ბევრად ნაკლები ღირს. რა თქმა უნდა, ნებისმიერ დანესებულებას აქვს უფლება, დაადგინოს ფასები და თუ ეს წინასწარ ცნობილია მომხმარებლისთვის, მაშინ ეს რაც არ უნდა ძვირი იყოს, რესტორნის მეპატრონეს ვერ მოვთხოვთ პასუხს. კლიენტს უბრალოდ შეუძლია არ ისარგებლოს კონკრეტული რესტორნის სერვისით.

ამისგან განსხვავებით, პრობლემას ქმნის ე.წ. დამალული ფასები, როდესაც მომხმარებელი განზრახ შეცდომაში შეყავთ მენიუში დაბალი ფასის ჩვენებით და შემდეგ კი ბევრად მეტს ახდევინებენ. საავიაციო ან სასტუმროების სფეროსგან განსხვავებით, ასეთი იმნუთიერი ფასის ცვლილებები არ არის დამახასიათებელი სარესტორნო ბიზნესისთვის. ერთი ფასის ჩვენება, ამის საფუძველზე ვინმეს შეცდომაში შეყვანა, მომსახურების განწევა და მერე სრულიად განსხვავებული თანხის მოთხოვნა წინასწარ დაგეგმილი სცენარის მიხედვით, შეიძლება დაკვალიფიცირდეს როგორც თაღლითობა.

ერთ-ერთ საქმეში დადგინდა, რომ პირებმა ჩამოაყალიბეს ორგანიზებული დანაშაულებრივი ჯგუფი, რომელიც მოქმედებდა წინასწარ შემუშავებული სქემის შესაბამისად, კერძოდ: აღნიშნულ პირებთან შეთანხმებულ ე.წ. პრომო გოგონებს უცხოელი ტურისტები მიჰყავდათ ბარში, რა დროსაც კლიენტთან შეუთანხმებლად უკვეთავდნენ დიდი რაოდენობის ძვირადღირებულ სასმელს და საკვებს, რომელიც რეალურად არ მიჰქონდათ მომხმარებელთან. ასევე, ანგარიშსწორებისას სტუმარს მიწოდებულ მომსახურებასთან შეუსაბამო დიდი ოდენობით თანხას უანგარიშებდნენ და მის გადახდას აიძულებდნენ.²³

გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსი, 291-ე პარაგრაფის სახით (Wucher), შეიცავს საინტერესო შემადგენლობას, რომლის მიხედვითაც დასჯადია პირის ქმედება, როდესაც ის სარგებლობს მსხვერპლის გამოუცდლობით, გამოუვალი მდგომარეობით, ნების გამოხატვის ნაკლით და მის ექსპლუატაციას ახდენს, მაგალითად, ბინის არაპროპორციულად მაღალი ღირებულებით მიქირავებით. სასამართლო პრაქტიკაში ასეთად

23 <https://bm.ge/news/tbilisis-kafe-barebshi-turistebistvis-tanxis-tagliturad-gamodzalvis-faqtebi-gamovlinda---shss/91538> (ნანახია 8.8.2023).

მიიჩნევა სულ მცირე 50 პროცენტიანი ფასნამატი.²⁴ ნორმა მხოლოდ ფართის გაქირავებით არ შემოიფარგლება და სხვა სერვისებზეც ვრცელდება, მაგ. იქნება ეს სამართლებრივი კონსულტაციის გაწევა, კომეოპათიური მომსახურება თუ სხვა.²⁵

დანაშაულის მსგავს შემადგენლობას საქართველოს კანონმდებლობა საერთოდ არ იცნობს. ასეთის არსებობის შემთხვევაში, შესაძლებელი იქნებოდა, გვეფიქრა ზემოთ ნახსენები კაზუსის (ფასების ხელოვნური გაზრდა რესტორანში ან ბარში) მისი მეშვეობით გადაწყვეტაზე. ახლა კი საკითხის გადაწყვეტა ხდება თაღლითობის ან გამოძალგის (როდესაც კლიენტს მუქარით აიძულებენ თანხის გადახდას) შემადგენლობების ფარგლებში.

IV. დასკვნა

მოკლედ რომ შევაჯამოთ ეს შედარებითი ანალიზი, კონკრეტულ დანაშაულებთან მიმართებით ვხედავთ, როგორც მნიშვნელოვან განსხვავებებს, ასევე მსგავსებებს ქართულ და გერმანულ სისხლის სამართალს შორის. ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი განსხვავება მდგომარეობს ეკონომიკური დანაშაულების გაგებასთან დაკავშირებით. მეორე კი ქურდობის ფარულობასთან მიმართებით. რაც შეეხება თაღლითობას, ორივე სამართლებრივ სისტემაში ეს დანაშაული მოტყუების ელემენტს ეფუძნება, განსხვავებები კი ცალკეულ დეტალებსა და სასამართლო პრაქტიკაშია. იმედია, ეს მცირე ანალიზი ხელს შეუწყობას ქართულ-გერმანული სამართლის დიალოგის ფარგლებში დამატებით შედარებითსამართლებრივ იმპულსებს უკეთესი პრაქტიკის განსავითარებლად.

24 BGHSt 30, 281.

25 დანჯრ. ob. *Fischer*, Strafgesetzbuch, 69. Aufl., 2022, § 291 Rn. 7.

STRAFTATEN GEGEN DAS EIGENTUM IM GEORGISCHEN UND DEUTSCHEN STRAFRECHT – KURZE RECHTSVERGLEICHENDE ANALYSE VON EINZELNEN TATBESTANDSMERKMALEN

Prof. Dr. **Bachana Jishkariani**, University of Georgia

I. Einleitung

In der georgischen juristischen Literatur wurde bereits viel über die Gemeinsamkeiten zwischen dem georgischen und deutschen Strafrecht geschrieben, insbesondere im Hinblick auf den Allgemeinen Teil.¹ Daher bezweckt die vorliegende Abhandlung hierzu keine vergleichende Darstellung, sondern das Augenmerk soll diesmal auf den Besonderen Teil gerichtet werden, nämlich auf die Eigentums- bzw. Vermögensdelikte. Obwohl es in diesem kurzen Beitrag nicht möglich ist, alle wichtigen Fragen in beiden Rechtssystemen eingehend zu erörtern, stellt er doch einen weiteren Beitrag zu dem für die georgische Rechtswissenschaft noch relativ neuen Gebiet der rechtsvergleichenden Forschung dar, der durch eine vergleichende Analyse der Rechtslehre und Rechtsprechung die Entwicklung besserer Praktiken fördern soll. Genau darin besteht auch der Sinn des georgisch-deutschen Rechtsdialogs. Konkret wird es um zwei Delikte gehen, nämlich um Diebstahl und Betrug, um zwei sog. „klassische“ Delikte.

II. Unterschiedliche Herangehensweisen im georgischen und deutschen Strafrecht in Bezug auf Wirtschaftsdelikte

Das georgische Strafgesetzbuch enthält ein eigenes Kapitel (Kapitel 8) zu Wirtschaftsdelikten. Damit hat der Gesetzgeber zumindest begrifflich alle wirtschaftsbezogenen Straftaten in einem einzigen Kapitel geregelt. Dieses Kapitel ist in Abschnitte gegliedert. Dazu gehören die Eigentums- und Vermögensdelikte, die Straftaten gegen die unternehmerische Tätigkeit, die Finanzdelikte usw.

1 Siehe z.B. *Turava*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2013, 55 ff.

Diese Vorgehensweise ist dem deutschen Strafgesetzbuch fremd. Es kennt eine solche Zusammenfassung von Wirtschaftsdelikten in einem Kapitel oder Abschnitt nicht. Dies ist unter anderem auf eine Besonderheit des deutschen Strafrechts zurückzuführen, das die Straftatbestände nicht ausschließlich und abschließend in einem einzigen Gesetz regelt, sondern außer im Kernstrafrecht (Strafgesetzbuch) auch in Spezialgesetzen (sog. Nebenstrafrecht).² Dies ist wiederum dem georgischen Strafrecht fremd, wo alle Straftatbestände in einem Gesetz – dem Strafgesetzbuch – abschließend definiert und geregelt sind. Darüber hinaus bestimmt Art. 7 Abs. 1 gStGB ausdrücklich, dass eine Straftat (nur) ein in diesem Gesetz vorgesehenes rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten ist. Folglich sieht der geltende Wortlaut des georgischen Strafgesetzbuches keine Möglichkeit vor, Straftatbestände in anderen Gesetzen zu regeln. Es kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben, welche Lösung oder Herangehensweise die bessere ist, da diese Frage hier nicht behandelt werden soll. Festzuhalten ist jedoch, dass der Begriff der Wirtschaftsdelikte im deutschen Strafrecht wesentlich weiter ist und potenziell alle Tatbestände des Kern- und des Nebenstrafrechts mit wirtschaftlichem (ökonomischem) Bezug umfasst. Daraus folgt, dass das deutsche Strafrecht weder in der Lehre noch in der Gesetzgebung einen einheitlichen Begriff des Wirtschaftsstrafrechts kennt. In der Lehre unterscheiden sich die Begriffe je nach Blickwinkel – kriminologisch, prozessual oder materiell-dogmatisch.³

In Bezug auf das georgische Strafrecht ist zu erwähnen, dass die Begriffe Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftsdelikte nicht klar voneinander abgegrenzt sind und oft als identisch angesehen werden. Letztlich knüpft das Wirtschaftsstrafrecht jedoch an die oben dargestellten Straftatbestände an, die in Kapitel 8 des georgischen Strafgesetzbuches geregelt sind.

Die Unterschiede zwischen dem georgischen und dem deutschen Strafrecht lassen sich leichter anhand konkreter Beispiele aufzeigen und erkennen. So sind im deutschen Strafrecht Korruptionsdelikte, die im privaten oder öffentlichen Sektor begangen werden, den Wirtschaftsdelikten zuzuordnen, obwohl die geschützten Rechtsgüter beispielsweise bei der Bestechung eines Amtsträgers das Vertrauen

2 Ausführlich zu diesem Begriff *Rutkowski*, in: Buddendiek/Rutkowski, Lexikon des Nebenstrafrechts, Einführung in das Nebenstrafrecht, 46. EL März 2023, Rn. 1.

3 Ausführlich *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl., 2023, § 2 Rn. 5 ff.

in die öffentliche Verwaltung und deren Funktionsfähigkeit sind.⁴ Hinsichtlich der genannten Schutzgüter ist die Rechtslage im georgischen Strafrecht ähnlich.⁵ Allerdings gelten die Beamtenbestechung und ähnliche Amtsdelikte nicht als Wirtschaftsdelikte. Die Amtsdelikte sind im georgischen Strafgesetzbuch im Kapitel „Straftaten gegen den Staat“ geregelt, während die Bestechung im privaten Sektor zu den Wirtschaftsdelikten zählt.

Ungeachtet dieser Unterschiede im Begriff der Wirtschaftsdelikte sind Vermögensdelikte zumindest teilweise, wie z.B. der Betrug, in beiden Rechtsordnungen Wirtschaftsdelikte. Gleiches lässt sich kaum für Diebstahl oder Raub sagen. Diese beiden Delikte sind im georgischen Strafrecht unstrittig Wirtschaftsdelikte. Im deutschen Strafrecht und in den Lehrbüchern sowie Kommentaren zum Wirtschaftsstrafrecht werden diese Eigentumsdelikte nicht erwähnt.⁶

Die beiden folgenden Abschnitte sind zwei Delikten, dem Diebstahl und dem Betrug gewidmet. Während bei der Definition der Wirtschaftsdelikte unterschiedliche Ansätze bestehen, besteht bei Diebstahl und Betrug Einigkeit darüber, dass beide Delikte in beiden Rechtsordnungen zu den Eigentums- bzw. Vermögensdelikten gehören.

III. Einzelne Straftaten gegen das Eigentum bzw. Vermögen

1. Diebstahl

Das Ziel im Rahmen des georgisch-deutschen Rechtsdialogs ist es nicht, jedes einzelne Tatbestandsmerkmal ausführlich zu behandeln und zu analysieren. Vielmehr sollen diejenigen Tatbestandsmerkmale sowie einschlägige Gerichtsentscheidungen aus beiden Rechtsordnungen herausgegriffen werden, die für eine rechtsvergleichende Darstellung interessant erscheinen.

4 *Fischer*, Strafgesetzbuch, 71. Aufl., 2024, § 331 Rn. 2.

5 *Lekveishvili/Todua* in: *Lekveishvili/Mamulashvili/Todua*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Band, 2020, 390.

6 Siehe z.B. *Wabnitz/Janovsky/Schmitt*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Aufl., 2020; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl., 2023.

Nach Art. 177 gStGB ist Diebstahl die heimliche Wegnahme einer fremden beweglichen Sache in der Absicht, sich diese rechtswidrig zuzueignen. Schutzgut ist das fremde Eigentum, wobei die Definition der beweglichen Sache das Tatobjekt konkretisiert. Nach Art. 149 des Zivilgesetzbuches (ZGB) Georgiens, der den Begriff der unbeweglichen Sachen definiert, gehören zu den unbeweglichen Sachen: Grundstücke, auf Grundstücken befindliche Bodenschätze, auf dem Boden wachsende Pflanzen sowie Gebäude, die fest mit dem Boden verbunden sind. Dementsprechend können alle anderen Sachen als bewegliche Sachen angesehen werden.⁷

Auch wenn sich das Strafrecht bei einzelnen Tatbestandsmerkmalen an zivilrechtlichen Regelungen orientiert, bedeutet dies nicht, dass es in jedem Fall und vollständig den Normen und Vorgaben eines anderen (Rechts-)Gebietes folgt. Es kann durchaus vorkommen, dass aufgrund der Besonderheiten des Strafrechts eine Korrektur bzw. Anpassung einzelner rechtlicher Ansätze im Sinne der jeweils verfolgten Ziele stattfindet. Dies bedeutet, dass als Ausgangspunkt zivilrechtliche Ausführungen zugrunde gelegt werden, während bei der Behandlung konkreter rechtsgebietspezifischer Probleme Abweichungen möglich sind.⁸

So gelten z.B. Pflanzen, die auf dem Boden fest verankert sind, als unbeweglich, während Bäume nach dem Absägen zu beweglichen Sachen und damit zu Diebstahlsubjekten werden.⁹ Dasselbe gilt für den Boden bzw. die Erde. So ist das Abtragen von Erdschichten und deren heimliche Entfernung von einem fremden Grundstück als Diebstahl zu qualifizieren. Man könnte hier auch an einen Rückgriff auf Art. 187 gStGB (Beschädigung einer fremden Sache) denken, was aber die Abgrenzung von Art. 177 gStGB zu Art. 187 gStGB konterkarieren würde. Überall dort, wo es um die Wegnahme bzw. Begründung einer neuen Sachherrschaft und deren weitere Verfügung (z.B. Verkauf der weggenommenen Erdmasse an Dritte) geht, liegt eine dem Diebstahlsdelikt entsprechende Fallkonstruktion vor. Bei der Beschädigung oder Zerstörung einer Sache kommt es dem Täter nicht darauf an,

7 *Totladze*, in: Tchanturia, Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Buch II, 2018, Art. 148, Abs. 3.

8 Vgl.: *Kretschmer*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, Anwaltkommentar StGB, 3. Aufl., 2020, § 242, Rn. 4; *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, 2023, § 242 Rn. 4.

9 *Schmitz*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl., 2021, § 242, Rn. 45.

Vermögensvorteile durch Vermehrung fremden Vermögens, durch Hinzufügung fremder Vermögensvorteile zu erlangen. Bei anderer (unterschiedlicher) Handhabung wäre eine klare Abgrenzung zwischen den genannten Vorschriften nicht möglich. Dennoch hat der Oberste Gerichtshof Georgiens das Entfernen von Erdschichten und deren Abtransport von einem fremden Grundstück als Sachbeschädigung beurteilt.¹⁰

Interessant erscheint unter diesem Gesichtspunkt ein weiteres Verfahren,¹¹ in dem der Täter Nussbäume auf fremdem Grund und Boden gefällt und an einen Interessenten unter Vorspiegelung seines Eigentums verkauft hatte. Alle drei Gerichtsinstanzen qualifizierten diese Tat als Diebstahl, wegen der Höhe des zugefügten Vermögensschadens sogar als schweren.

Aus der deutschen Rechtsprechung möchte ich kurz auf ein Urteil des Amtsgerichts Köln eingehen, in dem das Gericht an einer Brücke angebrachte „Liebesschlösser“ als fremdes Eigentum angesehen hat.¹² Nach Auffassung des Gerichts konnte aus dem Verhalten eines Ehepaares geschlossen werden, dass dieses sein Eigentum an den Schlössern nicht aufgegeben hatte. Es handelte sich um 53 kleine, an der Brücke befestigte Schlösser mit einem Gesamtgewicht von fünfzehn Kilogramm, die der Täter entfernt und mitgenommen hatte, um sie als Sperrgut zu verkaufen. Das Gericht stellte fest, dass das Schicksal der Schlösser den Personen, die sie angebracht hatten, nicht gleichgültig war. Vielmehr hätten sie die Schlösser als Zeichen ihrer ewigen Liebe an dem konkreten Ort befestigt, was keineswegs als Eigentumsverzicht zu verstehen sei. Dafür spreche auch, dass einige von ihnen nach der Berichterstattung in der Presse ihre Schlösser wiedererkannt und zurückverlangt hätten. Auch wenn Eigentümer der Schlösser die Stadt Köln (als Eigentümer der Brücke) gewesen wäre, hätte dies nichts am Gesamtbild geändert. Daher wurde die Tat als Diebstahl eingestuft.

Der Hauptunterschied zwischen dem georgischen und dem deutschen Strafrecht beim Diebstahl liegt in der Begehungsweise. So überraschend dies aus Sicht des georgischen Strafrechts erscheinen mag: § 242 dStGB (Diebstahl) setzt keine heimliche Tatbegehung voraus. In Art. 177 gStGB wird es jedoch ausdrücklich

10 Beschluss des Obersten Gerichts Georgiens №983ap-22.

11 Beschluss des Obersten Gerichts Georgiens №220ap-23.

12 AG Köln, BeckRS 2012, 20013.

als notwendige Voraussetzung genannt und dient auch der Abgrenzung zum Raub. Würde man die Heimlichkeit weglassen, käme man mit dem Merkmal der offensichtlichen Wegnahme zum Tatbestand des Raubes (Art. 178 gStGB). Erfolgt die offensichtliche Wegnahme einer fremden beweglichen Sache zusätzlich unter Androhung von Gewalt, die das Leben oder die Gesundheit des Täters gefährdet, so ist der Tatbestand des räuberischen Diebstahls erfüllt (Art. 179 gStGB). Eine solche Differenzierung zwischen Diebstahl, Raub und räuberischem Diebstahl ist dem deutschen Strafrecht fremd.

Um den Unterschied besser zu verdeutlichen, kann man sich § 244 dStGB näher ansehen. Dort ist vom Diebstahl unter Verwendung einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs die Rede, was als qualifizierender Umstand angesehen wird, da hier potentiell eine höhere Gefahr vom Täter ausgeht. Es besteht nämlich jederzeit die latente Gefahr, dass der Täter die Waffe auch einsetzt.¹³ Die Vorschrift verlangt daher nicht unbedingt, dass die Waffe bei der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache gebraucht oder in der Hand gehalten wird, sondern es soll für die Verantwortlichkeit ausreichen, wenn der Täter die Waffe derart bei sich oder in Griffnähe hat, dass er jederzeit ohne ernsthaftes Hindernis auf sie zugreifen kann.¹⁴ Diese gesetzliche Regelung hat in der Praxis und in der Lehre zu zahlreichen Diskussionen geführt, insbesondere in Bezug auf Personen, die von Amts wegen zum Tragen von Waffen berechtigt sind. Wenn beispielsweise ein Polizist, der eine Waffe bei sich führt, einen Diebstahl begeht, stellt sich die Frage, ob dies als qualifizierender Umstand zu werten ist oder nicht.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung in diesen Fälle einen qualifizierenden Umstand bejaht, da ein Amtsträger, der eine Waffe bei sich führt, potentiell genauso gefährlich ist wie andere bewaffnete Personen.¹⁵ Allerdings wird dieser Ansatz in der Lehre teilweise abgelehnt und die Auffassung vertreten, dass die zum Tragen von Waffen berechtigten Personen aufgrund ihrer Amtsträgereigenschaft nicht in den Anwendungsbereich der Regelung fallen.¹⁶

Derartige Diskussionen sind dem georgischen Strafrecht völlig fremd, da es,

13 BGHSt 52, 268.

14 *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil I, 25. Aufl., 2023, § 4 Rn. 43.

15 BGHSt 30, 44.

16 Ausführlich *Fischer*, Strafgesetzbuch, 71. Aufl., 2024, § 244 Rn. 12.

wie bereits oben ausgeführt, beim Diebstahl auf das Merkmal der Heimlichkeit abstellt und es nicht darauf ankommt, ob der Täter dabei eine Waffe in der Tasche hat. Die Qualifikation ändert sich nur dann, wenn der Täter bei der heimlichen Wegnahme einer fremden beweglichen Sache ertappt wird und daraufhin den Eigentümer der Sache mit der Waffe bedroht. In einem solchen Fall geht der Diebstahl in einen bewaffneten Raub über und wird von Art. 179 gStGB erfasst.¹⁷

Zurück zur Frage der heimlichen Wegnahme. Im georgischen Strafrecht kommt es bei der Beurteilung des Merkmals der Heimlichkeit auf die subjektive Wahrnehmung des Täters an. Dieser muss davon ausgehen, dass er heimlich, d.h. von anderen unbemerkt, handelt bzw. die fremde Sache wegnimmt.¹⁸ Zieht er beispielsweise in der Annahme, heimlich zu handeln, einem anderen die Geldbörse aus der Tasche und wird er dabei gesehen, so bewertet das georgische Strafrecht die Tat dennoch als Diebstahl, also als heimliche Wegnahme. Grund hierfür ist, dass die kriminelle Energie und der Wille des Täters schwächer sind, wenn er „heimlich“ handelt. Bei der heimlichen Wegnahme einer Geldbörse ist der Täter nicht bereit, die Tat offen zu begehen, und „meidet“ damit die Rechtsordnung. Aus diesem Grund wird seine Tat als Diebstahl qualifiziert, also als ein Delikt, das mit einer geringeren Strafe bedroht ist. Würde die Tat als Raub qualifiziert, wäre die Strafe härter, was den oben dargestellten Erwägungen zuwiderliefe.

Interessant ist auch die Frage nach der Wegnahme fremder Geldbeträge mittels Bankkarten, die ebenfalls viel diskutiert wird. Den Standardfall bildet die unbefugte Verwendung einer fremden Bankkarte und das Abheben von Geld an einem Geldautomaten.

Auf den ersten Blick erscheint es leicht, die auf diese Weise erfolgte Wegnahme fremder Geldbeträge als Diebstahl zu werten. Problematisch wird es, wenn dies unter „Täuschung“ des Geldautomaten bzw. der Bank und ihres Computersystems geschieht, womit der Betrag freiwillig ausgezahlt wird. Dies entspricht nicht dem Tatbestand des Diebstahls. Denn die Erlangung fremden Vermögens durch Täuschung ist Betrug. In der obigen Fallkonstellation hat die Bank den Betrag

17 *Lekveishvili/Todua*, in: *Lekveishvili/Mamulashvili/Todua*, Strafrecht, Besonderer Teil, 1. Band, Teil 2, 2023, 31.

18 *Lekveishvili/Todua*, in: *Lekveishvili/Mamulashvili/Todua*, Strafrecht, Besonderer Teil, 1. Band, Teil 2, 2023, 32.

„willentlich“ ausgezahlt, weil sie „glaubte“, der Abhebende sei der Berechtigte. Allerdings kann auch hier nicht ohne weiteres von einem Betrug ausgegangen werden, da beim Betrug eine Person getäuscht wird, hier jedoch eine Bank bzw. das Bankensystem. Um solche Schwierigkeiten bei der Einordnung der Tat zu vermeiden, gibt es im deutschen Strafrecht den eigenständigen Tatbestand des Computerbetrugs (§ 263a dStGB), der nicht auf die Täuschung eines Menschen abstellt. Die gleiche Problematik besteht bei der Verwendung einer gefälschten Bankkarte.

Es zeigt sich, dass weder Art. 177 gStGB (Diebstahl) noch Art. 180 gStGB (Betrug) auf die oben beschriebenen Fallkonstellationen anwendbar sind. Ein Ausweg bzw. eine Lösung kann in einer weiten Auslegung des Art. 180 gStGB bestehen, da dort allgemein von Täuschung und nicht von der Täuschung eines Menschen die Rede ist.

In der georgischen Rechtsprechung werden solche Fälle dennoch als Diebstahl qualifiziert, leider ohne entsprechende Begründung. Früher wurde in Verbindung mit Art. 177 gStGB auch Art. 284 gStGB angewendet, da es um das Eindringen in ein Bankensystem ging.¹⁹ Heute gibt es im Strafgesetzbuch eine spezielle Vorschrift, nämlich Art. 286¹ gStGB – das Eindringen in Computerdaten oder/und in ein Computersystem zur Erlangung eines Vermögensvorteils. Die Anwendung dieser Bestimmung ist jedoch ebenfalls umstritten, da ein „unbefugtes“ Eindringen vorausgesetzt wird. Das Bankensystem ist aber so aufgebaut, dass derjenige, der die Bankkarte und den entsprechenden Code besitzt, den Geldautomaten bedienen kann. Wer konkret im Einzelfall die Bankkarte in der Hand hält, kann und wird vom Geldautomaten nicht überprüft. D.h. bei Verwendung einer fremden Bankkarte dringt auch eine fremde Person „befugt“ in das Bankensystem ein. Man kann diese Frage auch aus einem anderen Blickwinkel betrachten und diskutieren. In der Praxis wäre zur Beurteilung und Qualifizierung solcher Fragen eine vertiefte Analyse notwendig und wünschenswert.

19 Siehe z.B. Beschlüsse des Obersten Gerichts Georgiens №334ap-17 und №575ap-09.

2. Betrug

Die Ansätze des georgischen und des deutschen Rechts zum Betrug erscheinen bei allgemeiner Betrachtung ähnlich. Ausgangspunkt ist in beiden Systemen die Täuschung des Geschädigten bzw. die Täuschungshandlung des Täters. Unterschiede bestehen jedoch in der Ausgestaltung der Tatbestände sowie in der Praxis.

Im Gegensatz zum Diebstahl handelt es sich beim Betrug um eine Straftat, bei der das Opfer dem Täter (Betrüger) eine Sache oder ein Vermögensrecht willentlich überlässt. Der Schaden entsteht häufig durch unrealistische Erwartungen des Opfers oder durch Habgier. Das Opfer glaubt dem Versprechen eines anderen, dass es z.B. durch eine Investition in ein fremdes Unternehmen umgehend hohe Gewinne erzielen wird. Es stellt sich daher die Frage, ob das Opfer bzw. ein solches Verhalten im strafrechtlichen Sinne überhaupt schutzwürdig ist.²⁰ Diesem Gedanken kann entgegengehalten werden, dass es nicht richtig wäre, einem habgierigen Opfer den strafrechtlichen Schutz zu versagen und den Schutz seines Eigentums allein dem zivilrechtlichen Schadensersatzrecht zu überlassen. Eine solche Reaktion würde nicht ausreichen, um künftige Betrugsdelikte zu verhindern.²¹ Es darf auch nicht vergessen werden, dass nicht alle Betrugsopfer aus Habgier handeln, sondern Opfer werden, weil sie dem Täter vertrauen und der Täter dieses Vertrauen missbraucht.

Ein interessanter Betrugsfall aus der deutschen Rechtspraxis²² ereignete sich im medizinischen Bereich, wo mehrere Ärzte Patienten gemeinsam davon überzeugten, dass ihre Krankheiten durch Strahlungen des Planeten Erde verursacht würden und eine Heilung nur durch bestimmte Schutzgeräte möglich sei. Sie verkauften den Patienten dann völlig nutzlose Geräte, deren Nutzlosigkeit den Ärzten bekannt war.

Nach georgischem Strafrecht wäre dieser Fall als arglistiger Betrug durch

20 *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht Besonderer Teil*, 4. Aufl., 2021, § 20 Rn. 4.

21 *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht Besonderer Teil*, 4. Aufl., 2021, § 20 Rn. 4.

22 BGHSt 13, 233.

eine Gruppe unter Missbrauch der beruflichen Tätigkeit zu qualifizieren (Art. 180 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 lit. b gStGB), da die Ärzte das Vertrauen der Patienten ausgenutzt und durch die Täuschung Vermögensvorteile erlangt hatten. Dabei ist es unerheblich, mit welchen unwahren Angaben sie die Patienten täuschten. Hätte im oben geschilderten Fall niemand außer den Patienten den Ärzten geglaubt, weil die Angaben objektiv, eindeutig und erkennbar unsinnig waren, wären die Opfer und ihr Vermögen dennoch strafrechtlich geschützt.

Ganz anders wäre die rechtliche Beurteilung allerdings ausgefallen, wenn die Ärzte von der Wirksamkeit der Geräte ausgegangen wären. Denn dann hätten sie nicht mit Täuschungsabsicht gehandelt und wären nicht strafbar.

Der Tatbestand des Betrugs ist nicht erfüllt, wenn es um überhöhte oder minütlich wechselnde Preise geht. So ist es z.B. beim Kauf von Flugtickets völlig normal, dass Tickets für ein und denselben Flug zu völlig unterschiedlichen Preisen verkauft werden. Dies hängt von den Algorithmen ab, welche die Unternehmen verwenden und die viele individuelle Faktoren bei der Reservierung und Buchung von Tickets berücksichtigen (z.B. den Standort des Käufers, die aktuelle Nachfrage, die Jahreszeit usw.). Daher kann man die Fluggesellschaft oder ihre Vertreter nicht des Betrugs beschuldigen, wenn ein Passagier für denselben Flug 1.000 Lari und ein anderer 1.500 Lari bezahlt. Solche Unterschiede sind in diesem speziellen Bereich üblich und zulässig. Dasselbe gilt für das Hotelgeschäft, in dem die Preise ständig variieren.

Von Zeit zu Zeit werden in Georgien Fälle bekannt, in denen ausländische Touristen in Clubs oder Restaurants betrogen werden, indem ihnen astronomische Preise für gewöhnliche Getränke in Rechnung gestellt werden. Die Rede ist von Hunderten von Lari pro Getränk, was ein Gast nicht erwartet, da das Getränk sonst viel weniger kostet. Zwar kann jeder Betrieb seine Preise selbst festlegen. Aber die Preise müssen dem Verbraucher vorher bekannt sein. Ist dies der Fall, kann ein zu hoher Preis keine Haftung des Betreibers auslösen. Dann hat nämlich der Verbraucher die Möglichkeit, auf die Inanspruchnahme der Dienstleistung zu verzichten.

Problematisch erscheinen hingegen die sog. „versteckten Preise“. Hierbei handelt es sich um Fälle, in denen der Verbraucher durch die Angabe niedriger Preise in der Speisekarte bewusst getäuscht wird und dann wesentlich mehr

bezahlen muss. Im Gegensatz zu Flug- und Hotelpreisen sind solche unerwarteten Preisschwankungen für das Gaststättengewerbe nicht charakteristisch. Daher kann ein solches Verhalten, d.h. die vorherige Angabe niedrigerer Preise mit dem Ziel der Irreführung und die anschließende Berechnung eines völlig anderen, wesentlich höheren Betrags gemäß einem vorher geplanten Szenario, als Betrug qualifiziert werden.

In einem Verfahren wurde festgestellt, dass sich mehrere Personen zu einer organisierten kriminellen Gruppe zusammengeschlossen hatten, die nach einem durchdachten und ausgearbeiteten Schema vorging: Mit Hilfe von sog. „Promo Girls“ wurden ausländische Touristen in eine Bar gelockt, wo ohne jede Absprache mit ihnen große Mengen an hochwertigen alkoholischen Getränken und Speisen bestellt wurden, die jedoch nie bei den Touristen ankamen. Die Touristen wurden später zur Zahlung von Beträgen genötigt, die in keinem Verhältnis zu den erhaltenen Leistungen standen und diese drastisch überstiegen.²³

Das deutsche Strafrecht enthält mit § 291 dStGB (Wucher) einen interessanten Tatbestand, wonach es strafbar ist, wenn der Täter die Unerfahrenheit, Hilflosigkeit oder einen Willensmangel des Opfers ausbeutet und missbraucht. Als Beispiel kann die Vermietung einer Wohnung zu einem unangemessen hohen Mietpreis genannt werden. Als unangemessen oder unverhältnismäßig gilt nach der Rechtsprechung ein Aufschlag von mindestens 50 %.²⁴ Die genannte Vorschrift erfasst jedoch nicht nur Mietverhältnisse, sondern auch Dienstleistungen aller Art, sei es eine Rechtsberatung, homöopathische Behandlung oder andere Leistung.²⁵

Eine vergleichbare Vorschrift kennt das georgische Recht nicht. Gäbe es eine vergleichbare Vorschrift, wäre es möglich gewesen, die geschilderten Fälle überhöhter Preise in Bars und Restaurants hierdurch zu erfassen. In der gegenwärtigen Praxis werden solche Fälle als Betrug oder Nötigung (wenn der Kunde durch eine Drohung zur Zahlung gezwungen wird) erfasst.

23 Siehe <https://bm.ge/news/tbilis-kafe-barebshi-turistebistvis-tanxis-tagliturad-ga-modzalvis-faqtebi-gamovlinda---shss/91538> (zuletzt aufgerufen am 8.8.2023).

24 BGHSt 30, 281.

25 Ausführlich *Fischer*, Strafgesetzbuch, 71. Aufl., 2024, § 291 Rn. 7.

IV. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass bei den beiden betrachteten Straftatbeständen des georgischen und deutschen Strafrechts erhebliche Unterschiede, aber auch Gemeinsamkeiten festzustellen sind. Ein wesentlicher Unterschied besteht im Verständnis der Wirtschaftskriminalität. Der zweite ist das Merkmal der Heimlichkeit beim Diebstahl. Beim Betrug stellen beide Rechtsordnungen auf eine Täuschung ab. Unterschiede bestehen hier nur im Detail und in der Rechtsprechung. Es bleibt zu hoffen, dass die vorliegende, im Rahmen des georgisch-deutschen Rechtsdialogs erarbeitete Kurzanalyse aus rechtsvergleichender Perspektive weitere Impulse für eine positive Entwicklung der Rechtspraxis geben wird.

სისხლის სამართლის საკანონმდებლო პროცესი და ეკონომიკური ანალიზი

ეგნატე შამუგია, კვლევითი ინსტიტუტი Gnomon Wise, საქართველოს
უნივერსიტეტი

I. შესავალი

პოლიტიკოსებს და ბიუროკრატებს, არასასურველი ქცევის მოთოვვის ან შემცირების საშუალებად, მეტწილად, სისხლის სამართლის პოლიტიკა, კერძოდ, ამ უკანასკნელის გამკაცრება ან დანაშაულების ახალი შემადგენლობების დამატება, დამამძიმებელი გარემოების გაფართოება წარმოუდგენიათ. ამგვარ მიდგომას რეპრესიულ სისხლის სამართლის პოლიტიკამდე მივყავართ. საქართველოში დღეს არსებული სისხლის სამართლის პოლიტიკა რეპრესიულია. აღნიშნულის ერთ-ერთი მიზეზი პოლიტიკის განსაზღვრაში ეკონომიკური ანალიზის არარსებობაა. ამ შემთხვევაში სისხლის სამართლის საკანონმდებლო პროცესი იგულისხმება, რომლის ინიციატორები, ძირითადად, პარლამენტის წევრები, შინაგან საქმეთა, იუსტიციის და გარემოს დაცვის სამინისტროებია. ცხადია, არსებობს შესაბამისი ბიუროკრატიული აპარატი იმისათვის, რომ პოლიტიკის განმსაზღვრელს სათანადო ანალიზი მიაწოდოს და ხელი შეეწყოს მტკიცებულებებზე - კვლევაზე დაფუძნებულ სისხლის სამართლის პოლიტიკას, რომელიც მინიმალური დანახარჯებით მაქსიმალური შედეგის მისაღწევად აუცილებელია.

ეკონომიკური ანალიზი უზრუნველყოფს სოციალურად ოპტიმალური სისხლის სამართლის პოლიტიკის არსებობას. ეს კი საერთო საზოგადოებრივი სიკეთის მაქსიმიზაციისა და სოციალური დანაკარგების მინიმიზაციის საწინდარია. თუმცა, როგორც აღინიშნა, ასეთი რამ სისხლის სამართლის საკანონმდებლო პროცესში არ ვლინდება. აქედან გამომდინარე, წინამდებარე სტატია ფოკუსირებულია იმაზე, თუ რა უნდა იყოს სისხლის სამართლის პოლიტიკის კუთხით საკანონმდებლო პროცესში გათვალისწინებული და რაც აუცილებელია ეფექტიანი პოლიტიკისთვის.

II. ეკონომიკური თეორიის როლი

ეკონომიკის ათი პრინციპიდან ერთ-ერთია, რომ ადამიანები სტიმულებზე რეაგირებენ¹. თუმცა, სტიმულები განსხვავებულია, შესაბამისად, რეაგირებაც არაერთგვაროვანია. უფრო მეტიც, თუნდაც ერთი და იმავე სტიმულს ადამიანები განსხვავებულად პასუხობენ. ეს საკითხი საკმაოდ კომპლექსურია. მაგალითად, ეკონომიკური ფენომენის ახსნის ფართოდ გავრცელებული საშუალება მოთხოვნა-მიწოდების მრუდებით აგებული მოდელია, რომელიც აჩვენებს ადამიანების ფასზე რეაგირებას. დანაშაულის შემთხვევაში ასეთი ფასი, მაგალითად, შეიძლება სასჯელი ან ამ უკანასკნელის გარდაუვალობა და სხვა რამ იყოს.

ეკონომიკის მეცნიერების დანიშნულებაა, რომ შეისწავლოს ადამიანის ქცევა სასჯელის და ჯილდოს პერსპექტივიდან. ესე იგი, გადანყვებილება, რომელიც დეტერმინირებულია ხარჯითა და სარგებლით. შესაბამისად, ადამიანის ქცევა იქნება ეს თუ რაიმე გადანყვებილება, მაგალითად, მაღაზიაში ნაყინის ყიდვა, ნუშის ბაღების გაშენება, ქურდობა თუ თრობის ეფექტის მქონე ნივთიერებების ყიდვა ან გაყიდვა, ნაკარნახევია ამ ქმედებისგან მოსალოდნელი ხარჯით და სარგებლით. ცხადია, აქ ხარჯა და სარგებელში მხოლოდ ამ ორი უკანასკნელის ის სახეობა არ იგულისხმება, რომლის მონეტიზაცია და ამ ფორმით გამოსახვა შესაძლებელი. დანაშაულის შემთხვევაში პოტენციური დამნაშავის დანახარჯია ასეთი ქმედებისთვის განსაზღვრული სასჯელი, რომელიც შეიძლება მონეტარული ფორმის ან სასჯელის ყველაზე მკაცრი სახის - თავისუფლების აღკვეთა იყოს. თუმცა, პოტენციური დამნაშავის ხარჯი მხოლოდ სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა არ არის. ამავდროულად, მნიშვნელოვან როლს სოციუმში არსებული ადათები, ტრადიციები და ნორმები თამაშობს, რომელიც არაფორმალურ სასჯელებს განსაზღვრავს.

მაგალითად, ერთი ადამიანი მეორის მკვლევლობისგან თავს მხოლოდ იმიტომ კი არ იკავებს, რომ ასეთი ქმედება ფორმალური კუთხით მკაცრ სასჯელს ითვალისწინებს. ამ შემთხვევაში სხვა ფაქტორებიც

1 ფართოდ გავრცელებულ სახელმძღვანელოებში ათი პრინციპია აღნიშნული, რომელზეც ეკონომისტებს შორის კონსენსუსია. მაგალითად, იხ. *გრეგორი მენქიუსის* სახელმძღვანელო „ეკონომიკის პრინციპები“, 2008.

მოქმედებს. ზოგისთვის ასეთი რელიგია შეიძლება იყოს, რომლის გამოც საზოგადოებაში ადამიანის მოკვლა მიუღებელია და მკვებთრად ეწინააღმდეგება საზოგადოების წევრი ინდივიდების რწმენას ან ღირებულებებს და ნორმებს. ეს მნიშვნელოვანია, რადგან რწმენა და ნორმები მოტივაციას აძლევენ ინდივიდებს – მიჰყვნენ წესებს². აღნიშნულს კი დანაშაულის ეკონომიკური თეორია მხედველობაში იღებს.

III. დანაშაულის კლასიკური თეორია

ეკონომიკური (კლასიკური) თეორიის პერსპექტივიდან, რომელიც მიკრო დონეზე ინდივიდის არალეგალური ქმედების ამოხსნას ცდილობს, ადამიანებს შორის ხარისხობრივი განსხვავება არ არსებობს. დანაშაულებრივი ქმედება დამოკიდებულია რაციონალური ინდივიდის თავისუფალ არჩევანზე, რომელსაც ის უკანონო ქმედების ხარჯ-სარგებლიანობის შეფასების შედეგად აკეთებს. კალკულაციისას ითვალისწინებს, როგორც დანაშაულის გამჟღავნებისა და ბრალდების რისკს, ასევე, სასჯელის დაკისრებისა და მის სიმკაცრეს. აღნიშნულთაგან პოტენციურ დამნაშავეზე სასჯელის დაკისრების ალბათობის ზრდა უფრო მეტი გავლენის მქონედ არის მიჩნეული, ვიდრე უშუალოდ სასჯელის სიმკაცრე³.

ინდივიდის მიერ არაკანონიერ ქმედებაში ჩართვის მოტივაცია ამ აქტივობის ხარჯითა და სარგებლით განისაზღვრება:

$$O_i = f(\pi_i), \quad i = 1, 2, 3 \dots N$$

სადაც π_i არაკანონიერ ქმედებისგან მოსალოდნელი წმინდა სარგებელია, რომელიც O_i დანაშაულის ფუნქციაა.

არაკანონიერი ქმედებიდან წმინდა სარგებელი დანაშაულის მოსალოდნელი მთლიან სარგებელსა (ξ_i) და პოტენციური დამნაშავის ხარჯების (τ_i), კანონიერი საშუალებით მისაღები შემოსავლის (ξ_j), დანაშაულის

2 *Greif*, *European Review of Economic History*, Vol. 4, 3/2000, 251, <https://doi.org/10.1017/s1361491600000071> (ნანახია 12.12.2023).

3 *S. Becker*, *Journal of Political Economy* Vol. 76, 2/1968, 169–217, <https://doi.org/10.1086/259394> (ნანახია 12.12.2023); *Ehrlich*, *Journal of Economic Perspectives* Vol. 10, 1/1996, 43–67, <https://doi.org/10.1257/jep.10.1.43> (ნანახია 12.12.2023).

გამჟღავნების ალბათობისა (ρ_i) და სასჯელის ზომის (ω_i) სხვაობის ტოლია:

$$\pi_i = \xi_i - \tau_i - \xi_i - (\rho_i \omega_i)$$

ამდენად, დანაშაულის ეკონომიკური თეორია შემაკავებელი ფაქტორების და ოპტიმალური პოლიტიკის ძიებაშია. კერძოდ, დანაშაულის გამჟღავნების ალბათობა, მსჯავრის გარდაუვალობა და სასჯელის სიმძიმე ის ცვლადებია, რომლებიც ინდივიდის მიერ უკანონო აქტივობაში ჩართვისას ცენტრალურ როლს ასრულებს.

აქედან გამომდინარე, დანაშაულის მიწოდების ფუნქცია შემდეგი სახისაა:

$$O = f(\rho, \omega, \varepsilon)$$

სადაც, ε ყველა სხვა დანაშაულებრივ ქმედებაზე გავლენის მქონე ცვლადების კომბინაციას ასახავს და ამ კონკრეტული მიზნისთვის $N(\mu, \sigma^2)$.

აქედან ρ და ω , დანაშაულის გამოვლენა და მასზე სასჯელის სიმძიმე დანაშაულებრივ აქტივობაზე უარყოფითად მოქმედებს. თუმცა, ω სასჯელის დაკისრების ალბათობის ზრდას უფრო მეტი გავლენა ატარებს. ამდენად, სისხლის სამართლის პოლიტიკაში მნიშვნელოვანია კანონის აღსრულების გაუმჯობესებაზე ფოკუსირება, ვიდრე პოლიტიკის გამკაცრება, რადგან სასჯელის გარდაუვალობის ეფექტი უფრო მაღალია. აღნიშნული კი შემდეგი სახით ჩაიწერება:

$$\frac{\Delta O}{\Delta \rho} < \frac{\Delta O}{\Delta \omega}$$

ჩანს, რომ სასჯელის ზომის ზღვრული ეფექტი უფრო ნაკლებია, ვიდრე სასჯელის გარდაუვალობის ზღვრული გავლენა. ამასთან, ცალკე აღებული სასჯელი ვერ იქნება პრევენციის საშუალება, თუ არ იარსებებს მოლოდინი იმისა, რომ ის აღსრულდება.

ინდივიდი კი გადანწყვეტილებას არსებული საუკეთესო ინფორმაციის და წარსული ტენდენციის დაკვირვების საფუძველზე იღებს⁴. დანაშაულთან მიმართებით არსებული საუკეთესო ინფორმაცია პოლიციის ან სხვა საშუალებების (მაგალითად, სათვალთვალო კამერა) არსებობა და

4 E. Lucas, Vol. 4, 2/1972, 103–124, [https://doi.org/10.1016/0022-0531\(72\)90142-1](https://doi.org/10.1016/0022-0531(72)90142-1) (ნანახია 12.12.2023).

სასჯელების ზომაა, ხოლო წარსული ტენდენცია კი - სამართალდამცავი უწყებების საქმიანობა, როგორცაა დანაშაულის გახსნის დონე, სასამართლოს პრაქტიკა და სასამართლოს გადაწყვეტილების აღსრულება.

ამდენად, დანაშაულის პრევენციისთვის მნიშვნელოვანია პოტენციური დამნაშავის მოლოდინი, რომლის განსაზღვრაში არსებითია სამართალდამცავი სისტემის ეფექტიანობა. სისხლის სამართლის პოლიტიკის განსაზღვრაში ეს საკითხი არის მხედველობაში მიღებული და ძირითადი ხაზი სასჯელის გამკაცრებასა და ახალი შემადგენლობების ან დამამძიმებელი გარემოებების დამატებაზეა გატარებული. ყოველ შემთხვევაში სისხლის სამართლის საკანონმდებლო პროცესში ეს არ ვლინდება.

IV. არსებული პოლიტიკის ანალიზი

სისხლის სამართლის პოლიტიკის განსაზღვრაში მთავარ ინსტრუმენტად გამკაცრების მიდგომა და ამის არასისტემატურობა სისხლის სამართლის კოდექსის რამდენიმე მუხლის (109-ე, 137-ე, 140-ე და 254-ე) ცვლილებაში კარგად არის გამოვლენილი. ეს ცვლილებები შეფასდა, როგორც სისხლის სამართლის პოლიტიკის არასისტემური გააზრება⁵.

ამასთან, ვენეციის კომისიას საკანონმდებლო პროცესი არაერთხელ გაუკრიტიკებია. კერძოდ, კომისია მიუთითებს, რომ კანონპროექტების განმარტებითი ბარათები ფორმალურ ხასიათს ატარებს, რომლებშიც არ ჩანს ცვლილებების საბრძანო ახსნა და დასაბუთება. მაგალითად, მართალია, არა სისხლის სამართლის კოდექსში ცვლილებების, მაგრამ საერთო სასამართლოების შესახებ კანონში ცვლილებების შეფასებისას, კომისია პირდაპირ მიუთითებდა, რომ საკანონმდებლო პროცესის თანხლები დოკუმენტაცია არანაირი შეფასებას არ მოიცავდა ცვლილებების შესაძლო გავლენასა და მოსალოდნელ შედეგებზე, როგორცაა დისციპლინური პროცედურების და სანქციების ეფექტიანობა და მათი გავლენა მოსამართლეთა დამოუკიდებლობაზე⁶. კომისია მუდმივად მიუთითებს

5 *კიშვარიანი*, გერმანულ-ქართული სისხლის სამართლის ჟურნალი, 3/2020, 21.

6 *Venice Commission, Géorgie - Avis Sur Les Suites Donnees Aux Quatre Précédents Avis Concernant La Loi Organique Sur Les Tribunaux Ordinaires, Adopté Par La Commission de Venise Lors de Sa 134e Session Plénière*, 2023.

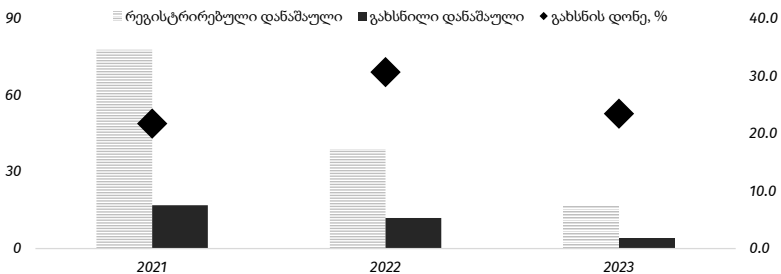
ამგვარი შეფასებების არსებობის აუცილებლობაზე, რადგან საკანონმდებლო პროცესი არამხოლოდ პოლიტიკური ნების აქტია, არამედ რაციონალური განხორციელება. ამდენად, რეკომენდაციებიდან უნდა წავიკითხოთ სისხლის სამართლის პოლიტიკის ამა თუ იმ საკანონმდებლო ცვლილებების ანალიზი ეკონომიკის დისციპლინა - სამართალი და ეკონომიკის პერსპექტივიდან.

a. სსკ-ის 259-ე მუხლი

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსში ერთ-ერთი ბოლო ცვლილება, რომელიც პოლიტიკის გამკაცრებისკენ იყო მიმართული, 2023 წლის ივნისში განხორციელდა. 259-ე მუხლის ცვლილება შეეხებოდა ცხოველის წამებას, მისდამი სასტიკ მოპყრობას ან სხვაგვარ ძალადობას. შესული ცვლილებებით გამკაცრდა ასეთ დანაშაულზე საპატიმრო სასჯელები. კერძოდ, სასჯელი გაიზარდა ორ წლამდე თავისუფლების აღკვეთის ვადით (ცვლილებამდე ერთ წლამდე) და გამოეყო შემთხვევა, როცა ძალადობის შედეგად ცხოველი დაიღუპა. ასეთ შემთხვევაში სასჯელი ერთიდან ოთხ წლამდე ვადით განისაზღვრა.

ცვლილების ავტორები მიუთითებდნენ, რომ ბოლო პერიოდში გახშირდა ცხოველების მიმართ არასათანადო მოპყრობის ფაქტები, რაც სახელმწიფოს მხრიდან შესაბამისი ნაბიჯების გადადგმას საჭიროებს. კანონმდებლის პერსპექტივიდან ასეთი ნაბიჯები სასჯელის გამკაცრება იყო. ავტორს სწორედ სასჯელის გამკაცრება წარმოედგინა ერთადერთ საშუალებად დანაშაულის პრევენციისთვის.

გრაფიკი 1: რეგისტრირებული დანაშაული, მუხლი 259



შენიშვნა* 2023 წლის პირველი ექვსი თვე. წყარო: შსს.

ჩანს, რომ ავტორებს დანაშაულის პრევენციის სხვა საშუალებები განიხილული არ ჰქონდათ, გარდა სასჯელის გამკაცრების და დამამძიმებელი გარემოებების შემოღებისა. თავად იმის მითითება, რომ „ბოლო პერიოდში გახშირდა ცხოველების მიმართ არასათანადო მოპყრობის ფაქტები“, არ წარმოადგენს უტყუარ მტკიცებულებას ასეთი დანაშაულის ზრდის შესახებ. ეს შეიძლება თანამედროვე ტექნოლოგიების და სოციალური მედიის პირობებში მსგავს დანაშაულზე ფართო საზოგადოების ინფორმირების შედეგი იყოს ან საზოგადოებაში ცხოველებზე ძალადობის წამებისადმი უარყოფითი დამოკიდებულების ზრდის გამო საზოგადოებრივი კონტროლის მექანიზმების გაუმჯობესების. ასეთ შემთხვევაში ჩარევა საჭირო არ არის.

მეორე მხრივ, სისხლის სამართლის კოდექსის 259-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულის გახსნის მაჩვენებელი შედარებით დაბალია (იხილეთ გრაფიკი 1). ასეთ პირობებში სასჯელის გამკაცრება არაეფექტიანია, რადგან სასჯელის გარდაუვალობა ნაკლებია. თუკი სასჯელის გამკაცრებას დანაშაულის პრევენციის ეფექტი არ ექნება, სოციალური დანაკარგები არ შემცირდება. პირიქით, ასეთ შემთხვევაში სოციალური დანაკარგები გაიზრდება.

თუ დანაშაულის გამოვლენის ალბათობა დაბალია, მაშინ მას დაბალი პრევენციული ეფექტი ექნება და სასჯელის ზომის გამკაცრების მიუხედავად, ამ უკანასკნელის ზღვრული ეფექტი შედარებით ნაკლები იქნებოდა, ვიდრე შედარებით მაღალი გახსნის მაჩვენებლის შემთხვევაში. სხვა თანაბარ პირობებში, ადამიანების მზაობა არსებითად არ შეიცვლება ასეთი ქმედებისთვის. შესაბამისად, ახალ რეალობაში, როცა სასჯელის ზომა გაზრდილია, ხოლო გახსნის დონე (სამართალდამცავი სისტემის ეფექტიანობა) დაბალია, არაოპტიმალურ მდგომარეობას ვიღებთ.

ხსენებულ პირობებში, ეკონომიკური თვალსაზრისით, სოციალური დანახარჯები უფრო მაღალია, ვიდრე სხვაგვარად. თუ მთლიანი დანაშაულის დონე არ შემცირდა, ხოლო გამოვლენილი დანაშაულის და გასამართლებული პირების თავისუფლების აღკვეთის სასჯელი გაიზარდა, ამ ადამიანებისთვის უფრო მეტი საჯარო რესურსია საჭირო, ვიდრე ეს სასჯელის ზომის ზრდამდე იყო. მეორე მხრივ, თუ ეს ადამიანი შრომისუნარიანი და ამავდროულად, დოვლათის შექმნაში მონაწილეობს, დანა-

კარგი გაცილებით მეტია, რადგან სასჯელის პირობებში ეს უკანასკნელი დოვლათს ვერ შექმნის.

b. სსკ -ის 287¹, 299-ე და 304¹ მუხლები

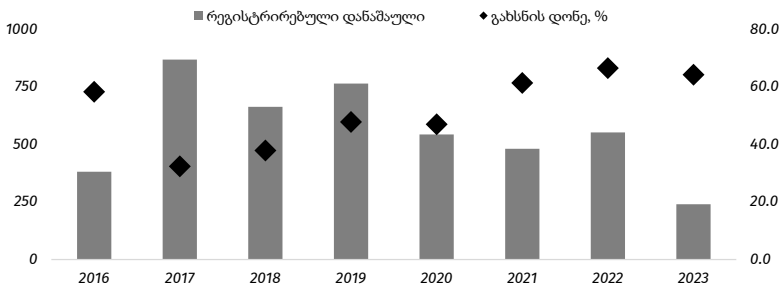
ზემოთ ხსენებული მიდგომა იკვეთება გარემოს დაცვის და წიაღის სარგებლობის წესების წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულებთან მიმართებით განხორციელებულ ბოლო ცვლილებებშიც. 2018 წლის აპრილში, სისხლის სამართლის კოდექსის 36-ე თავში მასშტაბური ცვლილებები შევიდა. კერძოდ, ცვლილება შეეხო 299-ე მუხლს და ასევე დაემატა ახალი, 287¹ და 304¹ მუხლები. აღნიშნულით გამკაცრდა მანამდე არსებული სასჯელები და ამასთან, ახალი დანაშაულები განისაზღვრა. ცვლილებები გულისხმობდა შემდეგს:

- 287¹ მუხლის დამატებას, რითაც რეგისტრაციის გარეშე სახერხ საამქროში მრგვალი ხე-ტყის (მორის) სახერხი ან/და თერმული დამუშავების დანადგარის (ტექნიკის) ან/და მოწყობილობის მონტაჟი დანაშაული გახდა. ეს კი მანამდე ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსის ნაწილი იყო. ამ მუხლით გათვალისწინებულ დანაშაულზე სასჯელი ჯარიმით ან თავისუფლების ერთ წლამდე ვადით აღკვეთით განისაზღვრა.
- 304¹ მუხლის დამატებას, რითაც განისაზღვრა მრგვალი ხე-ტყის (მორის), ხე-მცენარის ან საშეშე მერქნის კანონმდებლობით განსაზღვრულ შემთხვევებში სათანადო დოკუმენტის ან/და სპეციალური ფირნიშით მარკირების გარეშე ტრანსპორტირების განმეორებით დარღვევის სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას. კერძოდ, თუ პირს მანამდე ასეთ დარღვევაზე ადმინისტრაციული სახდელი ჰქონდა დაკისრებული, განმეორების შემთხვევაში სასჯელის სახით ჯარიმა ან თავისუფლების აღკვეთა ერთ წლამდე ვადით განესაზღვრა, ხოლო იგივე ქმედების არაერთგზის ჩადენის შემთხვევაში კი ერთიდან სამ წლამდე თავისუფლების აღკვეთა დადგინდა.
- 299-ე მუხლის ცვლილებით, ლიცენზიის გარეშე წიაღის მოპოვებაზე სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა გამკაცრდა. კერძოდ, ცვლილებამდე სასჯელი ჯარიმა ან თავისუფლების ერთ წლამდე ვადით აღკვეთა იყო, რაც ცვლილების შემდგომ ჯარიმით ან ერთიდან

სამ წლამდე ვადით განისაზღვრა. ამასთან, იგივე ქმედების არაერთ-გზის ჩადენა სამიდან ხუთ წლამდე გაიზარდა.

კანონპროექტის ავტორები მიუთითებენ, რომ ცვლილების მიზანია გარემოსდაცვითი თვალსაზრისით გარემოსთვის ზიანის მიმყენებელ უკანონო ქმედებებზე პასუხისმგებლობის გამკაცრება⁷. ამასთან, კანონპროექტის მიზანია ადევკატური და ზომიერი სასჯელის განსაზღვრა, რომელიც ხელს შეუწყობს, სახელმწიფო საკუთრების დაცვას, გარემოს მდგრად განვითარებას, კანონმდებლობის დაცვას, საერთო ცხოვრების წესების პატივისცემას, აგრეთვე როგორც დამნაშავეს, ისე სხვა პირთა მიერ ახალი დანაშაულის ჩადენის თავიდან აცილებას, რაც გამომდინარეობს გარემოსა და ბუნებრივი რესურსებით სარგებლობის სფეროში კანონმდებლობის გამკაცრებით.

გრაფიკი 2: დანაშაული გარემოს დაცვის წესის წინააღმდეგ, მუხ. 287 - 306



შენიშვნა* 2023 წლის პირველი ექვსი თვე. წყარო: შსს.

ავტორები მიუთითებენ, რომ შემოთავაზებული სასჯელის ზომა ოპტიმალურია და პრევენციის მიზანს ემსახურება. თუმცა აღნიშნულის მტკიცება, პირველ რიგში, ეკონომიკურ ანალიზს საჭიროებს, რაც საკანონმდებლო პროცესის ფარგლებში არ განხორციელებულა.

მართალია, სასჯელის ნებისმიერი ზრდა პოტენციური დამნაშა-

7 ob. <https://info.parliament.ge/#law-drafting/13913> (ნანახია 12.12.2023).

ვისთვის ხარჯებს ზრდის, მაგრამ ამ შემთხვევაში საუბარია დანახარჯების ზღვრულ მატებაზე. კერძოდ, სასჯელის გამკაცრების ზღვრულ ეფექტზე. ეკონომიკური ანალიზი თავისთავად ზღვრული ანალიზია, რომელიც კანონმდებელს საშუალებას აძლევს დაინახოს, თუ რომელი საშუალების გამოყენება იქნება უფრო ეფექტიანი დანაშაულის პრევენციის მიზნით. სწორედ, ზღვრული ანალიზის არარსებობის გამო, პოლიტიკის განსაზღვრაში სხვა ალტერნატივა არ იყო ნაჩვენებები. მაგალითად, დანაშაულის გამოვლენის მაჩვენებლის გაუმჯობესება. ასეთი რამ კი პოტენციურ დანაშაულისთვის გადათქმევინების ეფექტის მქონეა, რადგან ამ გარემოებაში იზრდება სასჯელის გარდაუვალობა.

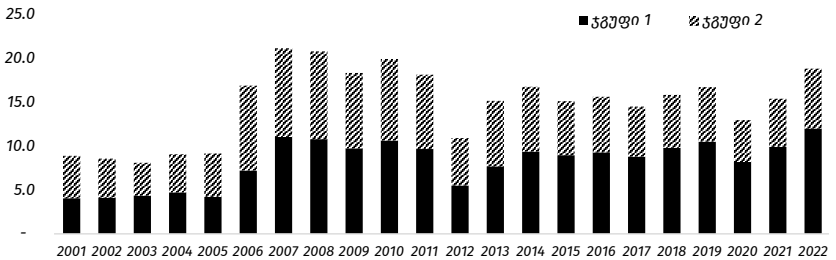
თუ სისხლის სამართლის კოდექსში ხსენებული ცვლილებებს *post factum* შევაფასებთ, ვნახავთ, რომ ცვლილებების შემდეგ გარემოს დაცვის წინააღმდეგ დანაშაულების რეგისტრირებული რაოდენობა შემცირდა. აღნიშნული შემცირება პანდემიის პირველი წლიდან იწყება. თუმცა, აქვე მნიშვნელოვანია ყურადღება მივაქციოთ შემდეგ ასპექტს - მაშინ, როცა ასეთ დანაშაულებზე სისხლის სამართლის პოლიტიკა გამკაცრდა, დანაშაულის გახსნის მაჩვენებელი დაბალი იყო, რაც უშუალოდ ცვლილების პირველი წლიდან გაუმჯობესდა და ბოლო წლებში მკვეთრად გაიზარდა. ამდენად, შეუიარაღებელი თვალით, რეგისტრირებული დანაშაულის შემცირებაში პირველი „ექვმიტანილი“ სამართალდამცავი უწყებების ეფექტიანობის გაუმჯობესება, დანაშაულის გახსნის მკვეთრი გაუმჯობესება და არა სასჯელის გამკაცრება.

V. არსებული პოლიტიკის შედეგები

დანაშაულის გახსნის და სასჯელის ზომის ზრდა მსჯავრდებულთა რაოდენობის მატებაში აისახება, ხოლო თუ ასეთი სასჯელი თავისუფლების აღკვეთას ითვალისწინებს, მაშინ პატიმართა რაოდენობაში. აღნიშნულის ზრდა გაზრდილ საჯარო დანახარჯებს და უფრო ნაკლები დოვლათის შექმნას გულისხმობს, რადგან ასეთ დროს სამუშაო ძალა მცირდება. საქართველოში არსებულ სისხლის სამართლის პოლიტიკის სიმკაცრე კი ყველაზე კარგად მსჯავრდებულთა (მათ შორის, პატიმართა) რაოდენობაში ვლინდება.

სწორედ ზემოთ განხილული მუხლების ხარჯზეა მსჯავრდებულთა რაოდენობა გაზრდილი. ასეთ პირთა რაოდენობა კი 2012 წლის ფართო ამნისტიის შემდეგ კვლავ გაიზარდა⁸. 2022 წლის მდგომარეობით, ასი ათას მოსახლეზე მსჯავრდებულთა რაოდენობა 418 პირია. სხვა დანაშაულზე მსჯავრდებულთა რიცხოვნობა ყოველ ასი ათას მოსახლეზე 269 პირი იყო. ეს მაჩვენებელი პანდემიამდე პერიოდში საშუალოდ 280 პირს აღწევდა, რომელიც 2006-2009 წლებში არსებულ დონეს უტოლდება. სასჯელის სახეობის მიხედვით 21.9% საპატიმრო სასჯელია, 51.9% პირობითი მსჯავრი და დანარჩენი კი - 26.2% (იხილეთ გრაფიკი 3).

გრაფიკი 3: მსჯავრდებულთა რიცხოვნობა, ათასი პირი



წყარო: საქსტატი. შენიშვნა* ჯგუფი 2 მოიცავს სიცოცხლის და საკუთრების წინააღმდეგ, წესების დარღვევას (მ.შ. მოძრაობის), ხულიგნობის და ნარკოტიკებთან დაკავშირებულ დანაშაულებს. ჯგუფი 1 კი ყველა სხვა დანაშაულზე მსჯავრდებულებს.

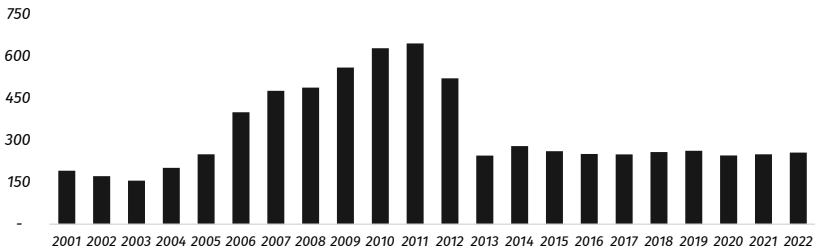
რაც შეეხება პატიმართა რაოდენობას, 2013 წელის დასაწყისში, სასჯელთა უპირობო შეკრებილობის პრინციპის შეცვლის შემდეგ⁹, განახევრდა. თუმცა, საქართველოში პატიმართა რაოდენობა კვლავ მაღალია. 2022 წლის მონაცემებით, საქართველოში ყოველ ასი ათას მოსახლეზე

8 საქართველოს კანონი ამნისტიის შესახებ, პარლამენტის უწყებანი, 28/12/2012.

9 საქართველოს კანონი სისხლის სამართლის კოდექსში ცვლილების შეტანის შესახებ, პარლამენტის უწყებანი, 04/10/2013.

255 პირი საპატიმრო სასჯელს იხდის (იხილეთ გრაფიკი 4). ამასთან, ევროპის საბჭოს წევრ ქვეყნებს შორის საქართველო პატიმართა რაოდენობით მეორე ადგილზეა. პირველი პოზიციას თურქეთი იკავებს, ხოლო მესამე-მეოთხეზე აზერბაიჯანი და უნგრეთია. აღნიშნული კი დასტურია რეპრესიული სისხლისსამართლებრივი პოლიტიკის არსებობის. მეორე მნიშვნელოვანი ფაქტი, რომელიც პოლიტიკის რეპრესიულობაზე მიუთითებს, ესაა საპატიმროში ყოფნის საშუალო ხანგრძლივობა, რაც ევროპაში საშუალოდ 8.5 თვეა, ხოლო საქართველოში კი - 14 თვე¹⁰.

გრაფიკი 4: პატიმართა რაოდენობა ყოველ ასი ათას მოსახლეზე



წყარო: სტატისტიკის ეროვნული სამსახური

ამასთან, საქართველოში პატიმრების ასაკი შედარებით ახალგაზრდულია. 2022 წლის მდგომარეობით, 50 და მეტი ასაკის პატიმრების წილი პატიმართა პოპულაციაში 16%-ია, რომელიც ევროპის საშუალო მაჩვენებელზე დაბალია. ხოლო, 65 და მეტი ასაკის წილი საშუალო მაჩვენებელზე გაცილებით დაბალი, 2.0%-ია. ამდენად, აღნიშნული მიუთითებს, რომ საქართველოში საპატიმროში უფრო მეტად შრომისუნარიანი პირებია, ვიდრე ევროპის საშუალო დონე. აღნიშნული ნაწილობრივ ნარკოტიკებთან მიმართებით არსებულ მკაცრ სისხლისსამართლებრივ პოლიტიკას უკავშირდება.

10 Aebi/Cocco, Prisons and Prisoners in Europe 2022: Key Findings of the SPACE I Survey, 2022, https://wp.unil.ch/space/files/2023/06/230626_Key-Findings-SPACE-I_Prisoners-and-Prisoners-in-Europe-2022.pdf (ნანახია 12.12.2023).

VI. დასკვნითი შენიშვნები

რეპრესიული სისხლისსამართლებრივი პოლიტიკა არამხოლოდ მიკრო დონეზე არაოპტიმალური, არამედ მაკრო დონეზეც უარყოფითი გავლენის მქონეა. ერთი, ასეთი პოლიტიკის პირობებში უფრო მეტი საჯარო რესურსია საჭირო მართლმსაჯულების განხორციელებისთვის და მეორე, რეპრესიული პოლიტიკის პირობებში უფრო მეტი ადამიანი აკლდება დოვლათის შექმნას და მცირდება სამუშაო ძალა. ამასთან, მათი სამუშაო კვალიფიკაცია შეიძლება საპატიმრო პირობებში გაუარესდეს და ამის გამო სასჯელის მოხდის შემდეგ ბაზარზე დაბალკვალიფიციური აღმოჩნდეს.

ეკონომიკური ზრდის ყველა მოდელში, მოკლევადიან თუ გრძელვადიან პერსპექტივაში ადამიანური კაპიტალი არსებითად მნიშვნელოვანი ფაქტორია. ამდენად, რეპრესიული სისხლის სამართლის პოლიტიკა არამხოლოდ სამართლიანობის პერსპექტივიდან კრიტიკის საფუძველია, არამედ კეთილდღეობის - ეკონომიკური თვალსაზრისითაც.

ეკონომიკური ასპექტი მნიშვნელოვანია, რადგან სწორედ ეკონომიკური ანალიზის და განსაკუთრებით სამართალი და ეკონომიკის ინსტრუმენტების გამოყენებლობა სისხლის სამართლის საკანონმდებლო პროცესში, კანონმდებელს არ აძლევს შესაძლებლობას, განსაზღვროს ეფექტიანი პოლიტიკა. ამგვარი ანალიზი არსებითია, რადგან გულისხმობს ისეთი ალტერნატივის ძიებას, რითაც სისხლის სამართლის პოლიტიკის ლეგიტიმური მიზნების მიღწევა შესაძლებელია უფრო ნაკლებხარჯიანი საშუალებით.

STRAFGESETZGEBUNG UND ÖKONOMISCHE ANALYSE

Egnate Shamugia, Forschungsinstitut Gnomon Wise, University of Georgia

I. Einführung

Strafrechtspolitik, d.h. die Verschärfung oder Neuregelung von Straftatbeständen sowie die Ausweitung strafverschärfender Umstände, wird von Politikern und Bürokraten häufig als Mittel zur Eindämmung unerwünschten Verhaltens betrachtet. Eine solche Sichtweise führt zu einer repressiven Strafrechtspolitik. Die gegenwärtige Strafrechtspolitik in Georgien ist repressiv, was unter anderem auf das Fehlen einer ökonomischen Analyse bei der Gestaltung der Rechtspolitik zurückzuführen ist. Damit ist das Gesetzgebungsverfahren im Strafrecht gemeint, in dem vor allem Abgeordnete, Innen-, Justiz- und Umweltminister das Initiativrecht ausüben. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es einen bürokratischen Apparat gibt, dessen Aufgabe es ist, Politikern und Entscheidungsträgern Analysen zur Verfügung zu stellen, die eine forschungs- und evidenzbasierte Strafrechtspolitik ermöglichen.

Die ökonomische Analyse ermöglicht eine optimale Strafrechtspolitik, die wiederum Voraussetzung für die Maximierung des sozialen Nutzens bei gleichzeitiger Minimierung sozialer Verluste (Kosten) ist. Sie ist jedoch, wie angedeutet, noch nicht Bestandteil des Gesetzgebungsprozesses. Vor diesem Hintergrund konzentriert sich der vorliegende Beitrag auf die Frage, was im Rahmen des Strafgesetzgebungsprozesses berücksichtigt werden sollte, um eine effiziente Politikgestaltung zu gewährleisten.

II. Die Rolle der ökonomischen Theorie

Einer der zehn ökonomischen Grundsätze besagt, dass Menschen auf Anreize¹

1 In den gängigen Lehrbüchern werden zehn Grundsätze genannt, über die unter Wirtschaftswissenschaftlern Konsens besteht. Siehe z.B. *Nicholas Gregory Mankiw*, Lehrbuch "Principles of economics", 2008.

reagieren. Menschen sind jedoch verschieden und ihre Reaktionen daher nicht einheitlich. Im Gegenteil: Menschen reagieren sogar auf die gleichen Anreize unterschiedlich. Dies ist ein sehr komplexes Thema. Ein bekanntes Beispiel hierfür ist das ökonomische Modell der Angebots- und Nachfragekurven, das veranschaulicht, wie Menschen auf Preisänderungen reagieren. Überträgt man diesen Gedanken auf die Kriminalität, können die „Preise“ oder Kosten beispielsweise die Strafen sein, oder die erwarteten Konsequenzen, die sich aus der Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung ergeben.

Aufgabe der Wirtschaftswissenschaften ist es, menschliches Verhalten aus der Perspektive von Belohnung und Strafe zu interpretieren („Zuckerbrot und Peitsche“). Das heißt, Entscheidungen zu beobachten, die durch Kosten und Nutzen bestimmt sind. Danach sind menschliche Entscheidungen, z.B. ein Eis zu kaufen, Mandelbäume zu pflanzen, einen Diebstahl zu begehen, Rauschgift zu kaufen und zu verkaufen, durch die mit diesem Verhalten verbundenen und zu erwartenden Kosten und Nutzen gekennzeichnet. Es ist klar, dass hier Folgen gemeint sind, deren Monetarisierung bzw. monetäre Berechnung und Ausprägung möglich ist. Für den potentiellen Täter sind Kosten in diesem Sinne die für seine Tat zu erwartende Strafe, die monetär, als Geldstrafe, aber auch als härteste Strafform – die Freiheitsstrafe – ausfallen kann. Die Kosten einer Straftat bestehen aber nicht nur in der strafrechtlichen Verantwortung. Hier spielen auch die in einer Gesellschaft verankerten und verbreiteten Bräuche, Traditionen und Normen eine wichtige Rolle, die zugleich die „informellen Strafen“ bilden.

So schreckt ein Mensch nicht nur wegen der formellen Härte der Strafe davor zurück, einen anderen zu töten; hier spielen auch andere Faktoren eine Rolle. Für manche mag es die Religion sein, welche die Tötung eines Menschen für verwerflich erklärt und in deren Rahmen eine solche Tat im absoluten Widerspruch zu den Überzeugungen, Werten und Normen der Gesellschaftsmitglieder steht. Dies ist ein wichtiger Faktor, da Überzeugungen und Normen Menschen dazu motivieren, Regeln zu befolgen.² Dies wird auch in der ökonomischen Theorie berücksichtigt.

2 Greif, *European Review of Economic History*, Vol. 4, 3/2000, 251, <https://doi.org/10.1017/s1361491600000071> (zuletzt aufgerufen am 01.03.2024).

III. Klassische Theorie der Kriminalität

Aus der Sicht der (klassischen) ökonomischen Theorie, die sich auf der Mikroebene um die Analyse und Erklärung eines rechtswidrigen Verhaltens bemüht, gibt es keine qualitativen Unterschiede zwischen Menschen. Kriminelles Verhalten hängt allein von der freien Entscheidung eines rationalen Individuums ab, das Kosten und Nutzen seines Verhaltens gegeneinander abwägt. Dabei berücksichtigt der potentielle Täter sowohl das Entdeckungsrisiko als auch das Risiko, angeklagt zu werden, sowie die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung und die Schwere der Strafe. Von den genannten Faktoren gilt die Verurteilungswahrscheinlichkeit als einer der stärksten Einflussfaktoren, auch im Vergleich zur Strafhöhe.³

Der Anreiz des einzelnen Täters, sich an einem rechtswidrigen Verhalten zu beteiligen, kann mit Hilfe der Kosten-Nutzen-Formel wie folgt berechnet werden:

$$O_i = f(\pi_i), i = 1, 2, 3 \dots N$$

Dabei steht π_i für den aus der rechtswidrigen Handlung erwarteten reinen Nutzen (Gewinn), der die Funktion der Strafe O_i ist.

Demnach ist der aus der rechtswidrigen Handlung erwartete reine Nutzen (Gewinn) gleich der Differenz zwischen dem aus der Straftat erwarteten Gesamtnutzen (ξ_i), den Kosten des potentiellen Täters (τ_i) sowie dem legalen Einkommen (ξ_l), der Entdeckungswahrscheinlichkeit der Straftat (ρ_i) und dem Strafmaß (ω_i):

$$\pi_i = \xi_i - \tau_i - \xi_l - (\rho_i \omega_i)$$

Die ökonomische Theorie ist also auf der Suche nach Faktoren, welche die Kriminalität eindämmen, und auf der Suche nach einer optimalen Strafrechtspolitik. Insbesondere die Entdeckungswahrscheinlichkeit, die Verurteilungswahrscheinlichkeit und die Höhe der Strafe sind Variablen, die für die Entscheidung des einzelnen Täters, eine Straftat zu begehen, von zentraler Bedeutung sind.

Die entsprechende Funktion lautet daher wie folgt:

$$O = f(\rho, \omega, \varepsilon)$$

3 *Becker*, Journal of Political Economy Vol. 76, 2/1968, 169–217, <https://doi.org/10.1086/259394> (Stand: 01.03.2024); *Ehrlich*, Journal of Economic Perspectives Vol. 10, 1/1996, 43–67, <https://doi.org/10.1257/jep.10.1.43> (zuletzt aufgerufen am 12.12.2023).

Hierbei stellt ε die Kombination aller anderen Variablen dar, welche die Entscheidung für einen konkreten Zweck N (μ , σ^2) beeinflussen. Weiter haben ρ und ω (Tatentdeckung und Strafmaß) einen negativen Einfluss auf das kriminelle Verhalten, wobei aber ω (eine hohe Verurteilungswahrscheinlichkeit) einen stärkeren Einfluss hat. Folglich ist es für die Strafrechtspolitik wichtig, sich mehr auf die Verbesserung der Strafverfolgung als auf die Verschärfung des Strafrechts zu konzentrieren, da die Verurteilungswahrscheinlichkeit einen stärkeren Effekt hat. Dies lässt sich wie folgt veranschaulichen:

$$\frac{\Delta O}{\Delta \rho} < \frac{\Delta O}{\Delta \omega}$$

Es wird deutlich, dass der Einfluss der Strafhöhe geringer ist als der Einfluss der Verurteilungswahrscheinlichkeit. Die Strafe allein kann keine abschreckende Wirkung entfalten, wenn sie nicht mit der Erwartung einhergeht, dass sie auch vollstreckt wird.

Der Einzelne trifft seine Entscheidung auf der Grundlage der Beobachtung und Bewertung der verfügbaren Informationen sowie der Tendenzen und Erfahrungen der Vergangenheit.⁴

In Bezug auf Kriminalität bestehen die verfügbaren Informationen bzw. die besten Praktiken aus dem Vorhandensein polizeilicher oder anderer Mittel zur Aufdeckung und Verfolgung von Straftaten sowie aus dem Strafmaß und den Erfahrungen in der Vergangenheit – aus dem Handeln der Strafverfolgungsbehörden bzw. der Aufklärungsquote, der Rechtsprechung sowie der Vollstreckung von Gerichtsurteilen.

Für die Kriminalprävention ist es daher wichtig, dass der potentielle Täter die Effektivität und Effizienz des Handelns der Strafverfolgungsstrukturen als Grundvoraussetzung in seine Abwägung einbezieht. Dieser Aspekt wird bei der Gestaltung der Strafrechtspolitik nicht berücksichtigt. Wie bereits erwähnt, konzentriert sich die Kriminalitätsbekämpfung hauptsächlich auf die Verschärfung der Strafen, die Einführung neuer Straftatbestände und die Ausweitung von strafverschärfenden Umständen.

4 *Lucas Jr.*, Vol. 4, 2/1972, 103–124, [https://doi.org/10.1016/0022-0531\(72\)90142-1](https://doi.org/10.1016/0022-0531(72)90142-1) (zuletzt aufgerufen am 12.12.2023).

IV. Analyse der gegenwärtigen Politik

Die Verschärfung als ein Hauptinstrument der Strafrechtspolitik und die unsystematische Herangehensweise in diesem Bereich werden in einigen Bestimmungen des georgischen Strafgesetzbuches bzw. deren Änderungen (Art. 109, 137, 140 und 254 gStGB) deutlich. Diese Änderungen wurden als unsystematischer Ansatz der Strafrechtspolitik verstanden.⁵ Darüber hinaus hat auch die Venedig-Kommission das Gesetzgebungsverfahren mehrfach kritisiert. Nach Auffassung der Kommission sind die Gesetzesbegründungen formaler Natur. Es seien weder sachliche Gründe noch plausible Erklärungen für die Notwendigkeit der Änderungen erkennbar. Weiter stellt die Kommission fest, dass die das Gesetzgebungsverfahren begleitenden Unterlagen keine Aussagen und Bewertungen zu den zu erwartenden Folgen enthalten, z.B. zur Effizienz von Disziplinarverfahren und -sanktionen sowie deren Einfluss auf die richterliche Unabhängigkeit.⁶ Die Venedig-Kommission hat immer wieder auf die Notwendigkeit einer solchen Abschätzung hingewiesen, denn ein Gesetzgebungsverfahren ist nicht nur Akt und Ausdruck des politischen Willens, sondern auch dessen rationale Umsetzung. Dementsprechend ergibt sich aus den Empfehlungen der Kommission gleichfalls die Notwendigkeit einer grundlegenden Analyse bei der rechtspolitischen Gestaltung des Strafrechts, in diesem Fall zur Betrachtung des Rechts aus ökonomischer Perspektive.

a. Art. 259 gStGB

Eine der jüngsten Änderungen des georgischen Strafgesetzbuches, die auf eine Verschärfung abzielte, erfolgte im Juni 2023. Die Reform von Art. 259 gStGB sah eine Verschärfung der Strafbarkeit bei Folter, grausamer Behandlung oder anderer Gewaltanwendung gegen Tiere vor. Durch die Neufassung wurde der Strafrahmen erhöht, d.h. die vorgesehene Freiheitsstrafe von „bis zu einem Jahr“

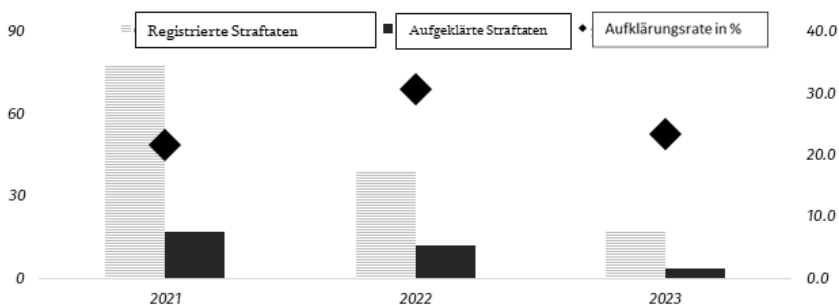
5 *Jishkariani*, Deutsch-Georgische Strafrechtszeitschrift, 3/2020, 21.

6 *Venice Commission*, Géorgie - avis sur les suites données aux quatre précédents avis concernant la loi organique sur les tribunaux ordinaires, adopté par la Commission de Venise lors de sa 134e session plénière, 2023.

wurde auf „bis zu zwei Jahren“ angehoben. Außerdem wurde die Verursachung einer Todesfolge gesondert erfasst und mit Freiheitsstrafe von einem bis zu vier Jahren bedroht.

Die Urheber dieser Gesetzesänderung erklärten, dass dies eine Reaktion des Staates auf die sich in letzter Zeit häufenden Fälle von Tierquälerei sei. Die Reaktion sollte in einer Verschärfung des Strafrahmens bestehen. Man zog keine anderen Mittel zur Verhütung von Straftaten als die Verschärfung der Strafen und die Einführung von tat- und strafscharfenden Umständen in Betracht.

Grafik N 1: Registrierte Straftaten, Art. 259 gStGB



Anmerkung* Erste Jahreshälfte 2023. Quelle: Innenministerium.

Der bloße Hinweis darauf, dass „in letzter Zeit die Fälle von Tierquälerei zugenommen haben“, reicht allerdings nicht aus, um eine mögliche Zunahme solcher Straftaten zu belegen. Im Zeitalter der sozialen Medien und der modernen Technologien können aktive und breit angelegte Aufklärungskampagnen in der Gesellschaft und der Bevölkerung und die daraus resultierende wachsende Intoleranz gegenüber diesen Straftaten eine gute Grundlage für die Schaffung von privaten und öffentlichen Kontrollmechanismen sein, die ein gesetzgeberisches Eingreifen nicht notwendig erscheinen lassen.

Auf der anderen Seite ist die Aufklärungsquote von Straftaten nach Art. 259 gStGB relativ gering (Grafik 1). In einem solchen Fall ist eine Strafverschärfung ineffizient, da Verurteilungswahrscheinlichkeit und Straferwartung gering sind.

Wenn eine Strafverschärfung keine präventive Wirkung entfaltet, kann der soziale Schaden nicht verringert werden. Im Gegenteil, es ist sogar mit einer Zunahme zu rechnen. Wird das Strafmaß erhöht, aber bleibt die Aufklärungsrate (die Effizienz der Strafverfolgung) niedrig, erhalten wir einen suboptimalen Zustand. Das menschliche Verhalten wird sich nicht wesentlich ändern.

Unter diesen Umständen sind aus ökonomischer Sicht die sozialen Kosten höher als sonst. Wenn die Gesamtkriminalität nicht sinkt und die Strafen für die aufgeklärten Taten sowie die Freiheitsstrafen für die Verurteilten erhöht werden, muss der Staat noch mehr öffentliche Mittel aufwenden als vor der Erhöhung der Strafen. Sind diese Personen zudem arbeitsfähig und würden sich sonst an der Vermehrung der Gemeingüter beteiligen, so sind die gesellschaftlichen Kosten und Verluste wesentlich höher, da diese Personen durch die Strafe gerade daran gehindert werden.

b. Art. 287¹, 299 und 304¹ gStGB

Der oben beschriebene Ansatz spiegelt sich auch in den Änderungen der Umweltdelikte wider. Im April 2018 wurde das Kapitel 36 des georgischen Strafgesetzbuches wesentlich geändert. Die Änderungen betrafen Art. 299 gStGB, zudem wurden die neuen Art. 287¹ gStGB und 304¹ gStGB eingeführt. Hierdurch wurden bestehende Strafen verschärft und neue Strafen eingeführt:

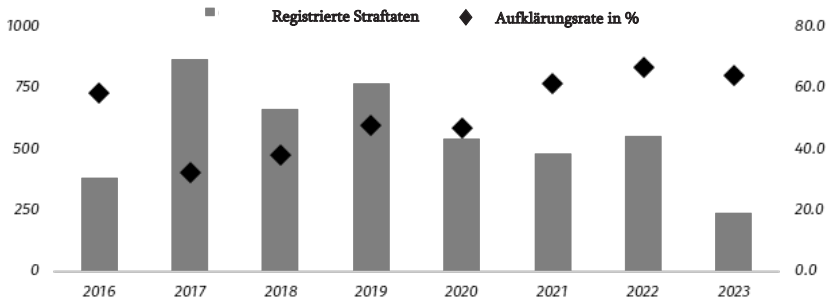
- Einführung des Art. 287¹ gStGB, der das Aufstellen einer Säge- und/oder Wärmebehandlungsanlage (Maschine) und/oder eines Geräts in einem Sägewerk ohne Registrierung (zur Bearbeitung von Rundholz, Stammholz) zu einer Straftat erklärt. Zuvor war dieses Verhalten als Ordnungswidrigkeit ausgestaltet. Als Strafe ist eine Geldstrafe und/oder eine Freiheitsstrafe von ein bis zwei Jahren vorgesehen;
- Einführung von Art. 304¹ gStGB, der die strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Transport von Rundholz (Stammholz), Baumpflanzen oder Brennholz unter wiederholtem Verstoß gegen das vorgeschriebene Verfahren vorsieht, d.h. ohne entsprechendes Dokument und/oder ohne Kennzeichnung mit einem besonderen Zeichen durch eine Person. Wenn der Täter wegen des gleichen Verstoßes bereits mit einer Ordnungsstrafe belegt

wurde, ist die Strafe Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr, im Wiederholungsfall Freiheitsstrafe von einem bis zu drei Jahren.

- Mit der Änderung des Art. 299 gStGB wurde der Strafraum für die unbefugte Ausbeutung von Bodenschätzen von Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr auf Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von einem bis zu drei Jahren erhöht. Im Wiederholungsfall droht nun eine Freiheitsstrafe von drei bis fünf Jahren.

Die Verfasser des Änderungsentwurfs weisen darauf hin, dass das Gesetz auf eine Verschärfung der Verantwortlichkeit für Umweldelikte abzielt.⁷ Ziel der Novelle sei es, angemessene Strafen vorzusehen, die den Schutz des Staatseigentums, die nachhaltige Entwicklung der Umwelt, den Schutz von Rechtsvorschriften, die Achtung der allgemeinen Lebensbedingungen bzw. des Lebensraums sowie die Abschreckung vor künftigen Straftaten ermöglichen. Dies soll durch eine Verschärfung erreicht werden.

Grafik N 2: Umweldelikte, Art. 287 – 306 gStGB



Anmerkung* Erste Jahreshälfte 2023. Quelle: Innenministerium.

Die Autoren weisen darauf hin, dass das vorgeschlagene Strafmaß optimal und dem Präventionszweck angemessen sei. Solche Aussagen erfordern jedoch

7 Siehe <https://info.parliament.ge/#law-drafting/13913> (zuletzt aufgerufen am 01.03.2024).

zunächst eine ökonomische Analyse, die im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens nicht durchgeführt wurde. Jede Erhöhung des Strafrahmens kann die Kosten für potentielle Täter erhöhen, doch kann hier nur von einer Erhöhung der Schwellenwerte die Rede sein. Die ökonomische Analyse ist per se eine Grenzwertanalyse, die dem Gesetzgeber die Möglichkeit gibt, im Vorhinein abzuschätzen, welche Mittel zur Kriminalprävention effizienter sind. Das Fehlen einer Grenzwertanalyse bei der Politikgestaltung hat dazu geführt, dass andere Alternativen, wie die Verbesserung der Aufklärungsrate, nicht sichtbar waren. Solche Faktoren sind jedoch für den potenziellen Täter von erheblicher Bedeutung, um von einer Straftat Abstand zu nehmen, da die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung unter den Bedingungen einer höheren Entdeckungsrate steigt.

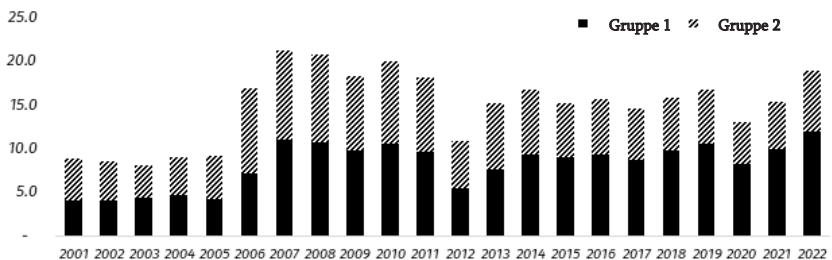
Bewertet man die oben genannten Veränderungen im Nachhinein (post factum), so zeigt sich, dass die Zahl der registrierten Umweltdelikte nach Inkrafttreten der neuen Regelungen tatsächlich zurückgegangen ist. Dieser Rückgang beginnt im ersten Jahr der Pandemie. In diesem Zusammenhang ist ein Aspekt zu berücksichtigen: Zum Zeitpunkt der Verschärfung der Strafrechtspolitik in Bezug auf diese Delikte war die Aufklärungsrate niedrig. Sie verbesserte sich bereits im ersten Jahr und stieg in den Folgejahren deutlich an. Demnach kann schon bei einer oberflächlichen Betrachtung festgestellt werden, dass die „Hauptursache“ für den Rückgang der registrierten Straftaten im Bereich der Umweltkriminalität in der Effizienzsteigerung der Tätigkeit der Ermittlungsbehörden sowie in einer deutlichen Erhöhung der Aufklärungsrate und nicht in der Verschärfung der Strafen zu sehen war.

V. Die Folgen der gegenwärtigen Politik

Die Erhöhung der Aufklärungsquote und des Strafmaßes schlägt sich in einer Erhöhung der Zahl der Verurteilten und – bei Freiheitsstrafen – der Zahl der Inhaftierten nieder. Dies bedeutet eine Erhöhung der Kosten für den Staat und eine Verringerung des Nutzens, da bei Freiheitsstrafen die Arbeitskraft reduziert wird. Die gegenwärtige strenge Strafrechtspolitik in Georgien spiegelt sich insbesondere in der Zahl der Verurteilten (einschließlich der Inhaftierten) wider.

Der Anstieg dieser Zahlen ist auf die oben analysierten Regelungen zurückzuführen. Nach einer großen Amnestiewelle im Jahr 2012 stieg die Zahl der Verurteilten wieder.⁸ Im Jahr 2022 belief sich die Zahl der Verurteilten auf 418 Personen pro 100.000 Einwohner. Die Zahl der wegen anderer Straftaten Verurteilten pro 100.000 Einwohner lag bei 269, während sie vor der Pandemie im Durchschnitt bei 280 Personen gelegen hatte, was den Daten der Jahre 2006 bis 2009 entspricht. Die Verteilung nach Art der Strafe zeigt, dass 21,9% Freiheitsstrafen, 51,9% Bewährungsstrafen waren und der Rest 26,2% ausmachte (Grafik N3).

Grafik N 3: Anzahl von Verurteilten, 1.000 Personen



Quelle: Statistikamt „Sakstati“. Anmerkung* Gruppe 2 umfasst Straftaten gegen das Leben und gegen das Eigentum, Verkehrsdelikte, Rowdytutum und Drogendelikte, Gruppe 1 – Verurteilte wegen aller anderen Delikte.

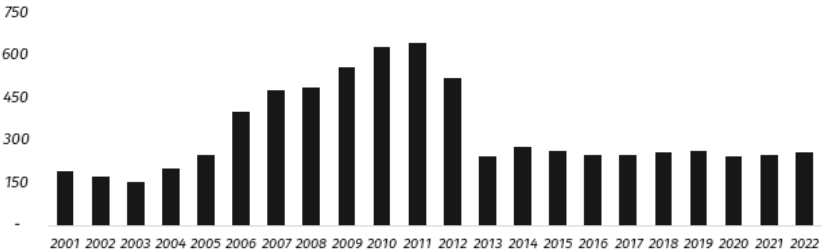
Was die Zahl der Inhaftierten betrifft, so hatte sich diese nach der Abschaffung des Kumulationsprinzips im Jahr 2013 halbiert.⁹ Dennoch ist sie in Georgien nach wie vor hoch. Im Jahr 2022 verbüßten 255 Verurteilte pro 100.000 Einwohner eine Freiheitsstrafe (Grafik N4). Unter den Mitgliedstaaten des Europarates steht Georgien an zweiter Stelle, was die Zahl der Inhaftierten betrifft. An erster Stelle steht die Türkei, an dritter und vierter Stelle stehen Aserbaidtschan und Ungarn – ein weiterer Beleg für eine repressive Strafrechtspolitik. Auch die Dauer der Inhaftie-

8 Georgisches Gesetz über Amnestie, Amtsblatt des Parlaments, 28/12/2012.

9 Änderungsgesetz zum Strafgesetzbuch Georgiens, Amtsblatt des Parlaments, 04/10/2013.

zung ist für eine repressive Politik bedeutsam. Diese beträgt in Europa 8,5 Monate und in Georgien 14 Monate.¹⁰

Grafik N 4: Anzahl von Häftlingen pro 100.000 Einwohner



Quelle: Das Nationale Statistikamt

Hinzu kommt, dass die Inhaftierten in Georgien relativ jung sind. Der Anteil der Gefangenen, die älter als 50 Jahre sind, liegt mit 16% unter dem europäischen Durchschnitt. Der Anteil der Gefangenen, die 65 Jahre und älter sind, liegt mit 2,0% sogar erheblich unter dem europäischen Durchschnitt. Diese Zahlen deuten erneut darauf hin, dass in den georgischen Haftanstalten deutlich mehr arbeitsfähige Personen inhaftiert sind, als dies im europäischen Durchschnitt der Fall ist. Dies ist zum Teil auch auf die strenge Strafrechtspolitik im Bereich der Drogendelikte zurückzuführen.

VI. Schlussbemerkungen

Eine repressive Strafrechtspolitik ist nicht nur auf der Mikroebene suboptimal, sondern hat auch auf der Makroebene negative Auswirkungen. Zum einen wer-

10 Aebi/Cocco/Molnar, Prisons and Prisoners in Europe 2022: Key Findings of the SPACE I Survey, 2022, https://wp.unil.ch/space/files/2023/06/230626_Key-Findings-SPACE-I_Prisons-and-Prisoners-in-Europe-2022.pdf (zuletzt aufgerufen am 12.12.2023).

den vor dem Hintergrund einer solchen Politik mehr staatliche Ressourcen für die Umsetzung einer angemessenen Strafverfolgung und Verurteilung benötigt, zum anderen werden immer weniger Menschen an der Produktion von Gütern beteiligt und die Arbeitsleistung sinkt. Hinzu kommt, dass durch den möglichen Qualifikationsabbau unter Haftbedingungen immer mehr Menschen (die aus der Haft entlassen werden) nicht über eine für den Arbeitsmarkt ausreichende Qualifikation verfügen.

In jedem Modell wirtschaftlichen Wachstums kommt dem Humankapital sowohl kurz- als auch langfristig eine große Bedeutung zu. Eine repressive Strafrechtspolitik kann daher nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit und Fairness, sondern auch unter dem Aspekt des Gemeinwohls kritisiert werden.

Das Fehlen einer ökonomischen Analyse und insbesondere das Fehlen rechtsökonomischer Instrumente im Strafgesetzgebungsverfahren nimmt dem Gesetzgeber die Möglichkeit, eine effiziente Politik zu gestalten. Eine solche Analyse ist von erheblicher Bedeutung, da sie darauf abzielt, eine Alternative zu finden, mit der die legitimen strafrechtspolitischen Ziele zu den geringstmöglichen Kosten erreicht werden können.

სისხლის სამართლის კანონმდებლობის ეკონომიკური ასპექტები

პროფ. დოქტ. მარტინ შაულ ვასმერი, კიოლნის უნივერსიტეტი

I. შესავალი

სამართლის ეკონომიკური ასპექტები (Law and Economics) აშშ-ის სამართლის სკოლებში 1960-იანი წლებიდან არის ინტენსიური დაკვირვების და კვლევის საგანი. 1970-იანი წლებიდან მოყოლებული კი გერმანელი სამართალმცოდნეებიც აქტიურად მსჯელობენ აღნიშნულ თემატიკაზე.¹ ოლონდ, ამ შემთხვევაში ძირითადი ფოკუსი სამოქალაქო სამართლის ეკონომიკურ ანალიზზეა გაკეთებული.² სისხლის სამართლის ეკონომიკური ანალიზი კი, მიუხედავად გარკვეული აქტუალურობისა³, მაინც მეორეხარისხოვან ფაქტორად რჩება. აღნიშნული გაკვირვებას ინვეს, ვინაიდან ამერიკელმა ეკონომისტმა გარი ს. ბეკერმა (*Gary S. Becker*, 1930-2014) ჯერ კიდევ 1968 წელს დაუკავშირა დანაშაულს ეკონომიკურობის ასპექტი⁴, ხოლო 1992 წელს ეკონომიკური მეცნიერების დარგის ნობელის პრემია მიიღო, მათ შორის, დანაშაულის კვლევასთან დაკავშირებული ნაშრომების გამო. ზოგადად, უნდა ითქვას, რომ ეკონომიკური ანალიზის ფესვები საკმაოდ ძველია. ჯერ კიდევ 200-ზე მეტი წლის წინ, ფოიერბახ-

1 *Kirstein*, *Ökonomische Analyse des Rechts*, CSLE Discussion Paper No. 2003-6, 2 m.w.N.

2 *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 6. Aufl. 2021.

3 ob. მხოლოდ *Werner*, *KritV* 1992, 433 ff.; *Wittig*, *Der rationale Verbrecher*, *Der ökonomische Ansatz zur Erklärung kriminellen Verhaltens*, 1993; *Curti*, *Abschreckung durch Strafe*, *Eine ökonomische Analyse der Kriminalität*, 1999; *Entorf*, *Ökonomische Theorie der Kriminalität*, in: *Ott/Schäfer*, *Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen*, 1999, S. 1 ff.; *Hey*, *Die ökonomische Analyse ausgewählter Wirtschaftsstraftaten im historischen Normenkontext*, 2001; *Follert*, *ZStW* 130 (2018), 430 ff.

4 *Becker*, *Crime and Punishment. An Economic Approach*, in: *Journal of Political Economy* 76 (1968), 169 ff.; nachfolgend *Posner*, *An Economic Theory of the Criminal Law*, *Columbia Law Review* 85 (1985), 1193 ff.; Fortentwicklung zu einem „Marktmodell“ durch *Ehrlich*, *Crime, Punishment, and the Market for Offenses*, *Journal of Economic Perspectives* 10 (1996), 43 ff.

მა (*J. P. A. v. Feuerbach, 1775-1833*) განიხილა⁵ ხარჯისა და სარგებლის ურთიერთმიმართება „სახელმწიფო და ფსიქოლოგიური იძულების“ დანაშაულის თეორიის ფარგლებში.⁶

ეკონომიკა სწავლობს ეკონომიკური აქტორების ქცევას. ის იკვლევს და გვთავაზობს პასუხებს კითხვაზე, თუ როგორ უნდა მოხდეს რესურსების ეფექტიანად გამოყენება იმგვარად, რომ მაქსიმალურად დაკმაყოფილდეს მოთხოვნილებები.⁷ აღნიშნული მსჯელობის ფარგლებში, განხილვის საგანია განსაკუთრებული გარემოებებისას მიღებული გადაწყვეტილებები (მაგალითად, როგორიცაა, რესურსების სიმცირე) და/ან კონკრეტული მიზნ(ებ)ის განსახორციელებლად მიღებული გადაწყვეტილებები.⁸ ამასთანავე, დაკვირვების საგანია როგორც ცალკეული ინდივიდები და საწარმოები (მიკრო ეკონომიკა), ასევე მთლიანი ეკონომიკური სექტორი (მაკრო ეკონომიკა).

სამართლის ეკონომიკური ანალიზი სამართლის ნორმების ეფექტიანობას აფასებს საკანონმდებლო ღონისძიებების ზეგავლენის კვლევით.⁹ ამ გზით, ის გვიჩვენებს, თუ როგორ უნდა იყოს მოწყობილი მართლწესრიგი კონკრეტული მიზნების მისაღწევად. ამრიგად, სისხლის სამართლის ეკონომიკური ანალიზის შედეგად შესაძლებელია გარკვეული დასკვნების გაკეთება, რათა დანაშაულის შესამცირებლად სისხლის სამართლის ეფექტურად გამოყენება მოხდეს.

II. დანაშაული მიკრო-ეკონომიკური პერსპექტივიდან

1. ძირითადი ეკონომიკური მოდელი

დანაშაულის ძირითადი ეკონომიკური მოდელი, რომელიც გვთავაზობს პასუხებს კითხვაზე, თუ რატომ ჩადიან ადამიანები დანაშაულს, მარტივია. მას საფუძვლად უდევს დაშვება/გარაუდი, რომ ადამიანები მოქმედებენ

5 *Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 3. Aufl. 1805, §§ 8 ff.

6 *Werner, KritV* 1992, 433, 438 m.w.N.

7 *Hannemann/Dietlein/Nordmeyer, ZJS* 2013, 163, 166.

8 *Kirstein, Ökonomische Analyse des Rechts, Discussion Paper No. 2003-6*, 2 f.

9 *Hannemann/Dietlein/Nordmeyer, ZJS* 2013, 163; *Werner, KritV* 1992, 433, 434 f.

რაციონალურად, როცა ისინი განგრძობითად, სისტემატურად ბრუნავენ მათი მიზნების (საჭიროებების) სისტემაში სარგებლის გაზრდაზე. აქ დანაშაული მიიჩნევა ქცევის სხვადასხვა ალტერნატივებს შორის ერთ-ერთ რაციონალურ გადაწყვეტილებად, რომლითაც ადამიანს სურს თავისი სარგებელის გაზრდა. ამრიგად, ადამიანი დანაშაულს ჩადის, როდესაც მოსალოდნელია, რომ დანაშაულის გზით მიღებული სარგებელი აღემატება მისთვის გადებულ ხარჯს ($N(x) > K(x)$).¹⁰ დანაშაულისთვის გადებული „ხარჯი“ კი დაკავშირებულია დანაშაულის ჩადენისთვის მსჯავრდების ალბათობასთან (რომლის წინა ეტაპებიცაა დანაშაულის გამოვლენა, გამოძიება და გახსნა) და ასევე სასჯელის ოდენობასთან. ხოლო „სარგებელი“ არის ის ღირებულება, რაც მოიპოვება და რჩება დანაშაულის ჩადენის შედეგად (b), სასჯელის მოლოდინის (s) და მსჯავრდების ვარაუდის გამოვლენით (w). აღნიშნულის შედეგად შესაძლებელია სარგებლის ფორმულის შედგენა ($N(x) = b - w \cdot s$). ამრიგად, დანაშაულის ჩადენა ხდება მხოლოდ მაშინ, როცა მას მისი სარგებელი აღემატება ხარჯს ($b - w \cdot s > 0$). სწორედ ასე უნდა მოხდეს შედეგიანი სასჯელის გამომავც. შესაბამისად, აღნიშნული მოდელის თანახმად, რაც უფრო მძიმეა სასჯელი და მალაღობა მსჯავრდების ვარაუდი, მით უფრო ძლიერია პრევენციული ეფექტი და შესაბამისად, მით უფრო ნაკლებია დანაშაული.

2. მსჯავრდების ალბათობა და სასჯელის მოლოდინი

დანაშაული უშუალო კავშირშია მსჯავრდების ალბათობასთან და სასჯელის მოლოდინთან. ამასთანავე, მსჯავრდების ალბათობა გამომდინარეობს დანაშაულის გამოვლენის და მისი გამოძიების და გახსნის ალბათობიდან. აქ განმსაზღვრელია არა მხოლოდ დაზარალებულის მზაობა საჩივარზე ან სახელმწიფო ორგანოების ზედამხედველობის და კონტროლის ეფექტიანობა, არამედ ასევე დანაშაულის გამოძიების და გამოვლენის ის წნეხი, რომელიც მომდინარეობს პოლიციისგან და პროკურატურისგან. დანაშაულის გამოძიებისა და გახსნის მაღალი მაჩვენებლები ასევე ზრდის მსჯავრდების ალბათობას. ამრიგად, სახელმწიფოს

10 ob. მხოლოდ *Curti*, *Abschreckung durch Strafe*, 1999, 27 ff.; *Werner*, *KritV* 1992, 433, 436.

შეუძლია ეფექტური კონტროლისა და დანაშაულის ეფექტიანი გამოძიების გზით გააძლიეროს პრევენციის, დანაშაულის შემცირების ეფექტი. ხოლო, არაეფექტური კონტროლი და გამოძიება კი პირიქით, ამცირებს აღნიშნულ პრევენციულ ფაქტორს. ზემოთხსენებულისგან განსხვავებით, სასჯელის მოლოდინი გამომდინარეობს სასჯელის განმსაზღვრელი აბსტრაქტული ნორმისა და ინდივიდუალურად მოსალოდნელი სასჯელის ფორმისა და სახეობისგან. მაგალითად, აქ მხედველობაში მიიღება ისეთი ინდივიდუალური ფაქტორები, როგორიცაა, ჩადენილი დანაშაულის სიმძიმე. მოსალოდნელი და სავარაუდოა, რომ დანაშაულის პირველად ჩადენის შემთხვევაში, სასამართლო სასჯელის დანიშნვისას უფრო მსუბუქი ფორმებისკენ გადაიხრება, როგორიცაა, მაგალითად, ფულადი ჯარიმა, რაც თავის მხრივ ასუსტებს პრევენციულ ეფექტს. თუმცა, ისეთ შემთხვევაში, როცა საქმე გვაქვს განმეორებით დანაშაულთან, რომლის შემთხვევაშიც სავარაუდოა სასჯელის დანიშვნა მაღალი ფულადი ჯარიმის ოდენობით ან თავისუფლების აღკვეთის სახით, პრევენციული ეფექტი, პირიქით ძლიერდება. მაშასადამე, სასჯელის სახესა და ზომასაც აქვს გავლენა დანაშაულის ჩადენაზე.

3. სხვა დამატებითი ფაქტორები

ზემოთ წარმოდგენილი ძირითადი ეკონომიკური მოდელი შესაძლებელია განვირცოვო სხვა ფაქტორების დამატებით. ჯერ კიდევ გარი ს. ბეკერი (*Gary S. Becker*) დაფიქრდა დანაშაულზე, როგორც შემოსავლის მიღების ერთ-ერთ ფორმაზე.¹¹ ამ დროს გადაწყვეტილების მიღებისას მხედველობაში მიიღება კანონიერი, ლეგალური შემოსავალი, რომლის მიღებაც შესაძლებელი იქნებოდა დანაშაულის ალტერნატიულად და ასევე მისი მოპოვებისთვის გაღებული რესურსი, როგორიცაა, მაგალითად, სამგზავრო ხარჯი, განწეული სამუშაო; დანაშაულის შემთხვევაში - მისი განხორციელებისთვის საჭირო საშუალებები და ა.შ. ეკონომიკაში ამას ე.წ. *მიუღებელი შემოსავლის ხარჯი* (opportunity costs) ეწოდება (e). რაც უფრო მაღალია კანონიერი გზით მისაღები შემოსავალი, მით უფრო ნაკლებად

11 *Becker, Crime and Punishment. An Economic Approach; in: Journal of Political Economy 76 (1968), 169, 177.*

„ღირს“ დანაშაულის ჩადენა. ამრიგად, აღნიშნული ფაქტორის გათვალისწინებით, დანაშაულის ჩადენა ხდება მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ საერთო სარგებელი აღემატება გაღებულ რესურსს ($b - w \cdot s - e > 0$). ასევე შესაძლოა იმ ფაქტორის გათვალისწინებაც, რომ პირი დანაშაულისკენ მიდრეკილი ხდება სარგებელის გარკვეული მაჩვენებლიდან (მღვრიდან) გამომდინარე. საინტერესოა ასევე რისკის შემცირების, ისევე, როგორც სოციალიზაციის ფაქტორების განხილვაც,¹² რაც გულისხმობს ქცევის სტანდარტის გათავისებას.¹³ სოციალიზაციის მაღალი ხარისხი დანაშაულის ჩადენის ნაკლებ რისკს ნიშნავს.

III. დანაშაული მაკრო-ეკონომიკური პერსპექტივიდან

ეკონომიკას ასევე შეუძლია დააკვირდეს დანაშაულს ზოგად-ეკონომიკური პერსპექტივიდან და გაგვცეს პასუხი კითხვაზე, თუ როგორ უნდა მოხდეს სახელმწიფო რესურსების ოპტიმალური განთავსება (ალოკაცია), რათა „ეფექტურად“ იყოს უზრუნველყოფილი შიდა უსაფრთხოება.

1. ეფექტურობის კრიტერიუმი

ეფექტურობა ხშირად განიმარტება იტალიელი ეკონომისტის, კეთილდღეობის ეკონომიკის ფუძემდებლის, ვილფრედო პარეტოს (*Vilfredo Pareto* 1848-1923) მიხედვით, რომლის თანახმადაც, მდგომარეობა/სიტუაცია „პარეტო-ოპტიმალურია“, თუ არ არის შესაძლებელი რე-ალოკაციის (ანუ სხვაგვარი გადანაწილება-განთავსების) გზით აქტორთა მდგომარეობის გაუმჯობესება, იმაგდროულად სხვა აქტორთა მდგომარეობის გაუარესების გარეშე.¹⁴ თუმცა, უნდა აღინიშნოს, რომ თეორიულად შესაძლებელია წარმოვიდგინოთ სიტუაცია, სადაც მიუხედავად „პარეტო-ოპტიმალური“

12 *Entorf*, *Ökonomische Theorie der Kriminalität*, in: Ott/Schäfer, *Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen*, 1999, 1, 14.

13 *Entorf*, *Ökonomische Theorie der Kriminalität*, in: Ott/Schäfer, *Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen*, 1999, 1, 17 f.

14 *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 6. Aufl. 2021, 14.

მდგომარეობისა, საზოგადოებრივი სარგებელი იმატებს კომპენსაციების გაცემის გზით. ასეთ სიტუაციას ითვალისწინებს ე.წ. კალდორ-ჰიქს-კრიტერიუმი, რომელიც უკავშირდება ინგლისელი ეკონომისტების ნიკოლას კალდორის (*Nicholas Kaldor*, 1908–1986) და ჯონ რიჩარდ ჰიქსის (*John Richard Hicks*, 1904–1989) სახელებს. ამ კრიტერიუმის თანახმად, რესურსების განთავსება/გადანაწილება ეფექტურია, თუ ცვლილებით მოსარგებლებები მეტს იგებენ, ვიდრე კარგავენ ამ ცვლილებით დაზარალებული პირები და თუ მოსარგებლებები გამოხატავენ მზაობას დაზარალებულთა კომპენსირების თაობაზე.¹⁵

2. დანაშაულთან ბრძოლის ეფექტურობა

ანალიზის ამოსავალი წერტილია, ერთი მხრივ, ის მოსაზრება, რომ შიდა უსაფრთხოება დანაშაულის გამოძიების (პოლიცია, გამოძიება, პროკურატურა, სასამართლო) და სასჯელადსრულებების (სხვადასხვა სახის სასჯელადსრულების დაწესებულებები) სახით იწვევს შესაბამის საზოგადოებრივ ხარჯებს. ამასთანავე, ცხადია, რომ სახელმწიფო მის ხელთ არსებულ მთელ რესურსს ვერ მიმართავს შიდა უსაფრთხოების უზრუნველსაყოფად, ვინაიდან მას ასევე სხვა საჯარო ვალდებულებებიც აქვს შესასრულებელი და ამდენად, უდიდესი ძალისხმევის შედეგადაც კი შეუძლებელია ყველა დანაშაულის თავიდან აცილება.

დანაშაული არის შეუქცევადი სოციალური ფენომენი, რომლის ნულოვან მაჩვენებლამდე დაყვანა ილუზიაა.¹⁶ გარდა ამისა, დანაშაულთან ბრძოლის საზოგადოებრივი სარგებელი მდგომარეობს იმაში, რომ დაიზოგოს ხარჯი პოტენციური დაზარალებულისა და ასევე საზოგადოებისთვის.¹⁷ მაგალითად, ბინის ქურდობის მსხვერპლი არა მხოლოდ კარის შეკეთების და სხვა სამუშაოებს განახორციელებს მომხდარი ქურდობის შემდეგ, არამედ ასევე იზრუნებს პრევენციაზე და დააყენებს სიგ-

15 *Kirstein/Schmidtchen*, *Ökonomische Analyse des Rechts*, Working Paper 2003, 11.

16 *Entorf*, *Ökonomische Theorie der Kriminalität*, in: *Ott/Schäfer*, *Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen*, 1999, 1, 11.

17 შუად. *Becker*, *Crime and Punishment. An Economic Approach*; in: *Journal of Political Economy* 76 (1968), 169, 170, 195.

ნალიზაციის სისტემას.¹⁸ გარდა ამისა, დაზარალებულს დანაშაულით მიყენებული ტრავმის შედეგად, შესაძლოა წარმოეშვას მკურნალობასთან და ჯანმრთელობის მდგომარეობით გამონვეულ შესაძლო განაცდურთან დაკავშირებული ხარჯი, რომელიც ტვირთად აწვება საზოგადოებას. საზოგადოების ხარჯის და მისი სარგებლის გათვალისწინება-გაანგარიშებით შესაძლებელია დანაშაულის „ოპტიმალური“ მაჩვენებლის განსაზღვრა. აღნიშნული მაჩვენებლიდან გამომდინარე, სახელმწიფოს მიერ დამატებითი რესურსის მიმართვა შიდა უსაფრთხოებისკენ არაეფექტური იქნება, ვინაიდან დამატებითი დანაშაულის პრევენცია აღმატება მისგან გამომდინარე საზოგადოებრივ სარგებელს.¹⁹ გარდა ამისა, ეკონომიკური თვალსაზრისით, თავისთავად ცხადი გარემოებაა, რომ აუცილებელია ფულადი ჯარიმის უპირატესად განხილვა თავისუფლების აღკვეთის სასჯელთან მიმართებით, ვინაიდან ჯარიმა არათუ ტვირთად არ აწვება სახელმწიფო ბიუჯეტს, არამედ პირიქით, განტვირთავს კიდევ მას.²⁰

3. სახელმწიფოსა და კერძო სტრუქტურებს შორის სამუშაოს ეფექტიანი გადაწვევა

ეკონომიკური ანალიზი ასევე გვთავაზობს პასუხს კითხვაზე, თუ როგორ მიიღწევა როლების ოპტიმალური განაწილება სახელმწიფოსა და კერძო სტრუქტურებს შორის დანაშაულთან ბრძოლის მიზნებისათვის.²¹ კერძო სტრუქტურებს ან ცალკეულ პირებს სათანადო ღონისძიებების საშუალებით, როგორცაა ღირებულების, სეიფების, სიგნალიზაციის განთავსება, ასევე დაცვის სამსახურის გამოყენება, თავად შეუძლიათ თავიანთი ქონებრივი სიკეთეების დაცვა და ნაწილობრივ, დანაშაულის გამოძიებაც კი (მაგალითად, კერძო დეტექტივის დახმარებით). რაც შეეხება ამგვარი ღონისძიებებით წარმოშობილ ხარჯს, შესაძლებელია მისი და საზოგადოებრივი სარგებლის ურთიერთშეწონვა და შედარება.

18 Follert, ZStW 130 (2018), 420, 432.

19 Kirstein, Ökonomische Analyse des Rechts, Discussion Paper No. 2003-6, 15 f.

20 Entorf, Ökonomische Theorie der Kriminalität, in: Ott/Schäfer, Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen, 1999, 1, 4.

21 Kirstein, Ökonomische Analyse des Rechts, Discussion Paper No. 2003-6, 16.

IV. ეკონომიკური ანალიზის კრიტიკა

სამართლის ეკონომიკური ანალიზი, განსაკუთრებით გერმანიაში, უკვე დიდი ხანია, კრიტიკის საგანია.²² აღნიშნული მით უფრო ეხება სისხლის სამართლის ანალიზს.²³

1. *Homo oeconomicus*

პირველ რიგში, კრიტიკის საგანია დაშვება იმისა, რომ ნეოკლასიკური ეკონომიკის თეორია გამომდინარეობს ჰომო ეკონომიკუსის, ანუ, რაციონალურად მოაზროვნე და მოქმედი, ეკონისტური ადამიანის ქცევიდან.²⁴ რეალობაში კი ადამიანები მოქმედებენ სხვადასხვა მოტივით. ასეთი ადამიანის ფაქტორი არ მუშაობს ადამიანებთან, რომელთათვის უცხოა სარგებლის ცნება, რომლებიც მოქმედებენ ირაციონალურად ან რომლებზეც გავლენას არ ახდენს ეკონომიკური ფაქტორები და ეკონომიკური მიმზიდველობა. აღნიშნული არგუმენტაციის საწინააღმდეგოდ შეიძლება ითქვას, რომ ჰომო ეკონომიკუსის ფაქტორი არ არის გათვლილი ცალკეული შემთხვევების პროგნოზირებაზე, არამედ ის გათვლილია საზოგადოების „საშუალო, სტანდარტული წარმომადგენლის“ ქცევის პროგნოზირებაზე.²⁵ აგრეთვე, სრულიად უმნიშვნელოა, თუ რა ინდივიდუალური კრიტერიუმებით მოქმედებენ ცალკეული ჯგუფების წევრები, არამედ აქ განმსაზღვრელი და საინტერესოა „საშუალო მაჩვენებლები და მათი რეაქცია“. სწორედ აღნიშნულის დამსახურებით, ეს მოდელი განსაკუთრებულად გამოსადეგია კანონმდებლისთვის, რომელიც ქმნის აბსტრაქტულ რეგულირებებს, რათა შეამციროს და შეზღუდოს დანაშაული.

ამას ემატება, რომ ქცევის თანამედროვე ეკონომიკა და ასევე ნეიროეკონომიკა მუდმივად ამღიდრებს გადაწყვეტილების მიღების თეორიებს თავისი ღირებული დაკვირვებებით, რომელთა მეშვეობითაც დასტურდება ფაქტი, რომ რეალობაში, ადამიანები ვერც ალბათობებს განჭვრე-

22 იხ. მხოლოდ Fezer, JZ 1986, 817 ff., და ამის საპირისპიროდ Ott/Schäfer, JZ 1988, 213 ff.

23 შეად. Werner, KritV 1992, 433, 435 m.w.N.

24 Fezer, JZ 1986, 817, 822; Werner, KritV 1992, 433, 443 f.

25 Kirstein, Ökonomische Analyse des Rechts, Discussion Paper No. 2003-6, 6.

ტენ ბოლომდე და არც მხოლოდ პირადი მოგება და სარგებელი ამოძრაგებთ.²⁶ 1979 წელს ამერიკელმა ფსიქოლოგებმა დანიელ კანემანმა (*Daniel Kahneman* 1934) და ამოს ტვერსკიმ (*Amos Tversky* 1937-1996) შეიმუშავეს ახალი თეორია - ე.წ. მოლოდინების, პროგნოზის თეორია (*Prospect Theory*), რომელიც ყურადღებას ამახვილებს სარისკო სიტუაციებში გადაწყვეტილების მიღებაზე.²⁷ 2002 წელს კანემანმა ამისთვის ნობელის პრემიაც კი მიიღო.

2. მოდელი მორგებულია მხოლოდ ცალკეულ დანაშაულზე

ეკონომიკური ხარჯისა და სარგებლის მოდელის მიმართ ასევე გამოთქმულია კრიტიკა, რომ ის გამოსადეგია მხოლოდ ისეთი დანაშაულების მიმართ, სადაც მისი მონაწილეები ქონებრივი დანაშაულის მსგავსად, მოელიან ეკონომიკურ სარგებელს, რაც, პრინციპში, მართებულიცაა. თუმცა, აქ ყურადსაღებია, რომ ერთი მხრივ, არაქონებრივი დანაშაულის ჩადენის შემთხვევაშიც შესაძლებელია გვექონდეს ეკონომიკური ფაქტორი. მაგალითად, ღირსების დაცვის მოტივით ჩადენილი დანაშაული შეიძლება კავშირში იყოს საკრედიტო ისტორიასთან და ასევე მკვლევლობაც, შესაძლოა ჩადენილი იყოს გამორჩენის, სიხარბის, გამდიდრების მოტივით. ხოლო, მეორე მხრივ, არაქონებრივი დანაშაული ასევე შეიძლება განხილულ იქნას მაკრო-ეკონომიკური თვალსაზრისითაც, ვინაიდან ასეთი დანაშაულიც წარმოშობს ხარჯებს, როგორც დამარალეულისთვის, ისე საზოგადოებისთვის და ეს ხარჯი სრულად ექვემდებარება ეკონომიკურ გაანალიზებას, რომლის ფარგლებშიც შესაძლებელია მისი და საერთო-ეკონომიკური სარგებლის (რომელიც გამოიხატება ამგვარი დანაშაულის შემცირება-შემზუდვაში) ურთიერთშეწონვა.²⁸

და ბოლოს, უნდა აღინიშნოს, რომ ეკონომიკური მოდელი განსაკუთრებულად კარგად მუშაობს კომერციული ორგანიზაციების (კავშირების) მიერ ჩადენილ დანაშაულებთან მიმართებით, ვინაიდან ასეთ შემთხვე-

26 *Hannemann/Dietlein/Nordmeyer*, ZJS 2013, 163, 166 f.

27 *Kahneman/Tversky*, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, *Econometrica*, 47 (1979), 263 ff.

28 *Werner*, *KritV* 1992, 433, 439.

ვებში განსაკუთრებით თვალსაჩინოა ეკონომიკური გათვლებით მოქმედება. აღნიშნული შეუმჩნეველი არ დარჩენილა ევროკავშირის კანონმდებლისთვის; კომერციული ორგანიზაციების მიერ ჩადენილი არაერთი დანაშაულის შემთხვევაში, მაგალითად, როგორცაა, საბუღალტრო დანაშაული, ინსაიდერული ვაჭრობა, ბაზრის მანიპულაცია და ასევე მონაცემთა დაცვის დარღვევები, ევროკავშირის მასშტაბით, სანქციები და ანგარიშდება წლიური ბრუნვის მიხედვით,²⁹ რის შედეგადაც მათი ოდენობა ნამდვილად დრაკონულიც კი შეიძლება იყოს. ზემოთ განხილული ეკონომიკური თეორიის თანახმად კი, ეს იმას ნიშნავს, რომ ამგვარ სანქციებს აქვს დანაშაულის შემამცირებელი ძლიერი ეფექტი.

3. ფაქტორების განჭვრეტადობა

დამატებით უნდა აღინიშნოს, რომ საკმაოდ რთულია განმსაზღვრელი და არსებითი ფაქტორების განჭვრეტა და მათი ზუსტი გაანგარიშება.³⁰ ეს საჭიროებს „რთული ფორმულების გამოყენებას“.³¹ მაგალითად, მსჭავრედების ალბათობა ექვემდებარება მხოლოდ უხეშ გაანგარიშებას, ვინაიდან წინასწარ არ არის ცნობილი რამდენი დანაშაულის ჩადენა მოხდება რეალურად. მოსალოდნელი სასჯელი (იგივე სასჯელის მოლოდინი) კი დამოკიდებულია არა მხოლოდ ინდივიდუალურ, არამედ სხვა ისეთ ფაქტორებზეც, როგორცაა სასამართლო და მისი შემადგენლობა. იგივე ვრცელდება სხვა შესაძლო ფაქტორებზე, რომელთა სწორი იდენტიფიცირება და გაანგარიშება დაკავშირებულია სირთულეებთან და უზუსტობებთან.

4. სასჯელის მიზნები

არაერთხელ აღნიშნულა, რომ სამართლის ეკონომიკური ანალიზი სასჯელის მიზანს მხოლოდ ნეგატიურ გენერალურ პრევენციაში ხედავს.³² ამ

29 ინსაიდერულ ვაჭრობასთან და ბაზრის მანიპულაციებთან დაკავშირებით იხ. *Waßmer*, in: Fuchs (Hrsg.), *Wertpapierhandelsrecht*, 3. Auf. 2024, Vor §§ 119-126 WpHG Rn. 27.

30 *Hannemann/Dietlein/Nordmeyer*, ZJS 2013, 163, 168.

31 *Werner*, KritV 1992, 433, 438.

32 *Kirstein*, *Ökonomische Analyse des Rechts*, Discussion Paper No. 2003-6, 14.

მოსაზრებას უპირისპირდება ის გარემოება, რომ ეკონომიკური ანალიზი მორგებადი და თავსებადია სისხლის სამართლის ყველა თეორიასთან,³³ ვინაიდან მოსალოდნელი სასჯელი გამომდინარეობს სისხლის სამართლის რეგულაციებიდან. გერმანიის სისხლის სამართალი არის *შერეული თეორიის* მიმდევარი, რომლის მიხედვითაც სასჯელი ემსახურება როგორც რეპრესიას, ისე პრევენციას. ამრიგად, სასჯელი მიზნად ისახავს არა მხოლოდ საზოგადოების „დაშინებას“ (ნეგატიური გენერალური/ზოგადი პრევენცია) და მართლწესრიგის ეფექტური ფუნქციონირების მიმართ საზოგადოების ნდობის გამყარებას (პოზიტიური გენერალური/ზოგადი პრევენცია), არამედ ასევე საზოგადოების დაცვას დამნაშავესგან (ნეგატიური სპეციალური პრევენცია) და ასევე დამნაშავეს „დაშინებას“ (შეკავებას სამომავლო დანაშაულისგან) და მის რესოციალიზაციას (ნეგატიური სპეციალური პრევენცია). ხსენებული მიზნები ასახულია გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის ზოგად ნაწილში. მაგალითისთვის, სისხლის სამართლის კოდექსის § 46-ის პირველი ნაწილის პირველი წინადადების თანახმად, სასჯელის განსაზღვრის საფუძველია ბრალი, ხოლო იმავე ნორმის მეორე წინადადება დამატებით ადგენს, რომ სასჯელის განსაზღვრა-დადგენისას მხედველობაში უნდა იქნას მიღებული სასჯელის გავლენა მსჯავრდებულის სამომავლო ცხოვრებაზე. სისხლის სამართლის კოდექსის § 47-ის თანახმად, სასჯელის მიზანია ასევე მართლწესრიგის დაცვა. სისხლის სამართლის კოდექსის § 46-ის მე-2 ნაწილის მიხედვით, სასჯელის დადგენისას სავალდებულოა ამსრულებლისთვის სასარგებლო და მისი სანაწილმდეგო გარემოებების ურთიერთშეწონვა, რისთვისაც ნორმა კონკრეტულად მიუთითებს და ასახელებს რამდენიმე ყურადსაღებ გარემოებას. ასევე, სისხლის სამართლის კოდექსის მიღმა არსებული სისხლისსამართლებრივი ნორმები მიჰყვება სასჯელის მიზნებს, როცა ისინი გამომდინარეობს კონკრეტულ დანაშაულთან და ამსრულებელთან დაკავშირებული და მათი მახასიათებელი თავისებურებებიდან. სწორედ სასჯელის მიზნებიდან გამომდინარეობს განსაკუთრებულად მძიმე დანაშაულისთვის განსაზღვრული ასევე განსაკუთრებულად მძიმე სანქციები, ხოლო შესაბამისი პრივილეგიები - (განსაკუთრებულად) მსუბუქი დანაშაულის შემთხვევებში.

33 *Werner, KritV* 1992, 433, 441.

5. სასჯელის კონსტიტუციურსამართლებრივი ფარგლები

კრიტიკოსები ასევე აღნიშნავენ, რომ ეკონომიკური ფაქტორებით, როგორცაა, ეფექტიანობა და რაციონალურობა, დანახული სისხლის სამართალი არ იცნობს ზღვარს.³⁴ აღნიშნული კრიტიკა მიუთითებს კონსტიტუციურსამართლებრივი სტანდარტების გათვალისწინების მნიშვნელობაზე და ხაზს უსვამს, რომ სამართლის ეკონომიკური ანალიზისას სავალდებულოა ასევე მორალურ-ეთიკური ასპექტების გათვალისწინება. დანაშაულის სახეები და სასჯელის ფარგლები უნდა შეესაბამებოდეს კონსტიტუციურსამართლებრივ მოთხოვნებს. მაგალითად, გერმანიაში, ისევე, როგორც ბევრ სხვა სახელმწიფოში, ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპული კონვენციის მე-6 ოქმის მიღებით გაუქმდა და აიკრძალა სიკვდილით დასჯა. ამას ემატება ისიც, რომ სასჯელი უნდა იყოს თანაზომიერი. დანაშაულის ეკონომიკური მოდელის ლოგიკისთვის ორგანულია და დამახასიათებელია მიდგომა, რომ დანაშაული, რომლის მიმართაც დაბალია მსჯავრდების ალბათობა, უნდა დაისაჯოს განსაკუთრებული სიმკაცრით, მაშინ, როცა ისეთი დანაშაულის შემთხვევაში, რომლის მიმართაც მაღალია მსჯავრდების ალბათობა, სასჯელი შესაძლებელია განსაკუთრებულად ლმობიერი იყოს. აღნიშნული შეუსაბამო იქნებოდა ზემოთ წარმოდგენილი მთელი სისტემისა და ცნობიერებისთვის, ვინაიდან სავალდებულოა, რომ სასჯელი შესაბამისობაში იყოს სამართლებრივი სიკეთეების დაცვასა და სასჯელის მიზნებთან. წინააღმდეგ შემთხვევაში, მაგალითად, ქურდობისას, რომლის დროსაც მხოლოდ საკუთრების დაცვაა ამოსავალი წერტილი, სრულიად არასათანადო და არათანაზომიერი იქნებოდა ამსრულებლისთვის უვადო თავისუფლების აღკვეთის მისჯა. ამასთანავე, უნდა აღინიშნოს, რომ კრიმინოლოგიური ვკლევების თანახმად, მსჯავრდების მაღალ ალბათობას დანაშაულის შემცირების თვალსაზრისით, აქვს უფრო ძლიერი ეფექტი, ვიდრე მოსალოდნელ სასჯელს, რაც იმას ნიშნავს, რომ დანაშაულთან ბრძოლის ფარგლებში სწორედ პირველს უნდა მიენიჭოს ცენტრალური როლი.³⁵

34 *Werner, KritV* 1992, 433, 447 ff.

35 *Curti, Abschreckung durch Strafe*, 1999, 177.

6. დანაშაულობის „ოპტიმალური“ მაჩვენებელი

გარდა ზემოთხსენებულისა, საფუძვლიანი კრიტიკა იხმის ეკონომიკურად „ოპტიმალური“ დანაშაულობის მაჩვენებლის მიმართ, რომელიც ეფუძნება საზოგადოებისა და დანაშაულის პოტენციური მსხვერპლის გადმოსახედიდან დანაშაულის დევნით გამოწვეული საზოგადოებრივი ხარჯის შედარებას (შეწონვას) დანაშაულის პრევენციით წარმოშობილ სარგებელთან. აღნიშნული მოიაზრებს, რომ დანაშაული გარკვეულწილად დაშვებულია, ვინაიდან მისი კიდევ უფრო შემზღვევა-შემცირება ზედმეტად ხარჯიანი იქნებოდა.³⁶ გარდა იმისა, რომ რთულია არსებითი ფაქტორების დაანგარიშება და გათვლა (ასე მაგალითად, მზარდი დანაშაულის პირობებში იკლებს საზოგადოების მოთმინება დანაშაულის მიმართ), არსებობს დანაშაულები, მაგალითად კრიმინალური დაჯგუფებების ან ტერორისტული გაერთიანებების მიერ ჩადენილი დანაშაული, რომელთა თმენაც დაუშვებელია. ამრიგად, სახელმწიფოს მოქმედების მიზანი შესაძლებელია იყოს, არსებული რესურსებით ან მათი სხვაგვარი გადანაწილებით განსაკუთრებულად შეუტიოს კონკრეტულ დანაშაულს და ამ გზით აამაღლოს შიდა უსაფრთხოების „ეფექტიანობა“. გარდა ამისა, შეიძლება ასევე მიზანშეწონილი იყოს, გარკვეულ სფეროებში წვრილმანი დანაშაულის ძლიერი შემზღვევა (ე.წ. „ნულოვანი ტოლერანტობის სტრატეგია“).

7. ფუნქციების განაწილება სახელმწიფოსა და კერძო სექტორს შორის

და ბოლოს, სკეპტიკური მოსაზრებები გამოითქმის სახელმწიფოსა და კერძო სექტორს შორის ფუნქციების ეკონომიკურად „ეფექტიანი“ განაწილების თაობაზე. სახელმწიფო ვალდებულია, შიდა უსაფრთხოების დაცვის მიზნით შექმნას და უზრუნველყოს გამართული უსაფრთხოების სტრუქტურა, ვინაიდან დანაშაულთან ბრძოლა და მისი შემცირება სახელმწიფოს ამოცანაა. ამრიგად, დანაშაულისგან დაცვასთან დაკავშირებული ფუნქციების მომეტებული გადაკისრება კერძო სექტორისთვის არ შეიძლება იყოს მართებული.

36 *Entorf*, *Ökonomische Theorie der Kriminalität*, in: *Ott/Schäfer*, *Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen*, 1999, 1.

V. თანამდევნი ნაბიჯები

ყოველგვარი კრიტიკის მიუხედავად, დანაშაულის ეკონომიკური მოდელი გვადლევს სამართლებრივ-პოლიტიკური მნიშვნელობის დასკვნების გაკეთების შესაძლებლობას, ვინაიდან ის წარმოაჩენს დანაშაულის შემცირების, მისი შეზღუდვის შესაძლო ბერკეტებს. ამგვარად, მსჯავრდების ალბათობის და მოსალოდნელი სასჯელის მეშვეობით შესაძლებელი ხდება ამსრულებლისთვის დანაშაულის „ხარჯის“ გაზრდა.

კანონმდებელს შეუძლია განსაზღვროს, თუ სასჯელის რომელი სახითა და ზომით აპირებს დანაშაულზე რეაგირებას. ამასთანავე, სასჯელის სახეც და ზომაც პირდაპირ თანაფარდობაში უნდა იყოს ჩადენილი დანაშაულის სიმძიმესთან. მოსალოდნელი სასჯელი ეფექტური იქნება დანაშაულის შესამცირებლად, თუ მის შედეგად დანაშაულებრივი ქმედების ხარჯი იმდენად გაიზრდება, რომ ასეთი ქმედება „მომგებიანი“ ვეღარ იქნება. აღნიშნულიდან გამომდინარე, ლოგიკურია, უპირატესობა უნდა მიენიჭოს ფულად ჯარიმას, ვინაიდან თავისუფლების აღკვეთა, უფრო ზუსტად კი, მისი აღსრულება სახელმწიფოსთვის ხარჯიანი სასჯელია.

აღმასრულებელ ხელისუფლებას შეუძლია მსჯავრდების ალბათობის მდგრადი გაზრდა, თუ ის სახელმწიფო რესურსებს მიმართავს შიდა უსაფრთხოების გასაძლიერებლად. მას შეუძლია იზრუნოს იმაზე, რომ საგამოძიებო ორგანოებმა გამოიძიონ და გახსნან რაც შეიძლება მეტი დანაშაული და უზრუნველყონ დამნაშავეების წარდგენა სასამართლოს წინაშე.

მართლმსაჯულებას კი, ამსრულებლების მსჯავრდების გზით, ხელეწიფება გავლენის მოხდენა დანაშაულის ჩადენის „ხარჯზე“, რითაც მსჯავრდებას ექნება გამაფრთხილებელი ეფექტი.³⁷

გარდა ზემოთხსენებულისა, შესაძლებელია ზომების მიღება მიუღებელი შემოსავლის ხარჯის (opportunity costs) ამალღების მიზნით. მაგალითად, შესაძლებელია კანონიერი/ლეგალური შემოსავლის გაზრდა. ასევე მიზანშეწონილია ფიქრი და მუშაობა განათლების სექტორში ინვესტიციების გაზრდაზე, რაც პირდაპირ კავშირშია შემოსავლის წყაროების

37 Curti, Abschreckung durch Strafe, 1999, 178.

სა და შესაძლებლობების ზრდასთან.³⁸ ასევე, აუცილებელია მუშაობის გაძლიერება უმუშევრობის დაძლევისა და კვალიფიკაციის შეცვლის, მისი ამალღების შესაძლებლობების გაზრდაზე.³⁹ გარდა ამისა, შესაძლებელია მიზანმიმართული მუშაობა სოციალიზაციის გაძლიერებაზე, რაც თავისთავად ხელს შეუწყობს დანაშაულებრივი ქმედების განხორციელებისთვის მორალური ზღვრების აწევას. საბავშვო ბალებს, სკოლებსა და ოჯახებს (მშობლებს) შეუძლიათ ბავშვებსა და მოზარდებს გაუზიარონ და განუმტკიცონ ღირებულებები, რომლებიც მიმართულია თანადგომასა და ურთიერთმხარდაჭერაზე.⁴⁰

და ბოლოს, დანაშაულთან ბრძოლაში დახმარება ასევე შეუძლიათ ცალკეულ ადამიანებს, ოჯახებსა და სანარმოებს დანაშაულის პრევენციისა და გამოძიებისთვის სხვადასხვა გზებისა და რესურსის (მათ შორის, ადამიანურის) გამოყენების გზით.

VI. შეჯამება და დასკვნა

სისხლის სამართლის ეკონომიკური ანალიზი ეყრდნობა იმ ჰიპოთეზას, რომ დანაშაულის ჩადენა ხდება მაშინ, როცა მისი სარგებელი აღემატება ხარჯს. ხარჯის განსაზღვრისთვის არსებითია მსჯავრდების ალბათობა და მოსალოდნელი სასჯელი. აღნიშნული ეკონომიკური მოდელის გავრცობა შესაძლებელია სხვა დამატებითი ფაქტორების გათვალისწინებითაც, თუმცა, ამ მხრივ (ვინაიდან მოდელი ეფუძნება „ჰომო ეკონომიკუსის“ ქცევას), გამონწვევა ისეთი შემთხვევები, სადაც სუბიექტებზე ზეგავლენას არ ახდენს ეკონომიკური ფაქტორები. ამას ემატება, რომ საკმაოდ რთულია განმსაზღვრელი და არსებითი ფაქტორების სრულად განჭვრეტა და მათი ზუსტი გაანგარიშება. კონსტიტუციურსამართლებრივი თვალსაზრისით, თანაზომიერი უნდა იყოს არა მხოლოდ მოსალოდნელი სანქცია, არამედ დანიშნული სასჯელიც. სამართლებრივ-პოლიტიკური გადმოსახედიდან გამართლებულია დანაშაულის გარკვეული ფორმების მაქსიმალურად

38 *Kirstein*, *Ökonomische Analyse des Rechts*, Discussion Paper No. 2003-6, 15.

39 *Curti*, *Abschreckung durch Strafe*, 1999, 178.

40 *Curti*, *Abschreckung durch Strafe*, 1999, 179 f.

შემცირება სახელმწიფო რესურსის გამოყენების გზით, თუმცა, უნდა აღინიშნოს, რომ შეუძლებელია ამ გზით დანაშაულის „ოპტიმალური“ მაჩვენებლის მიღწევა.

ეკონომიკური მოდელიდან გამომდინარე შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ სახელმწიფოს ხელუწიფება დანაშაულის შეზღუდვა დამნაშავისთვის დანაშაულის ჩადენის ხარჯის გაზრდის გზით. კანონმდებელმა კი იმგვარად უნდა განსაზღვროს მოსალოდნელი სასჯელის სახე და ზომა, რომ მას ჰქონდეს შემაკავებელი (დანაშაულის შემამცირებელი) ეფექტი, რაც იმავდროულად თანხვედრაში იქნება სასჯელის მიზნების განხორციელებასა და სამართლებრივი სიკეთეების დაცვასთან. ხოლო, აღმასრულებელი ხელისუფლების ვალდებულებაა, სათანადოდ აღჭურვოს მართლმსაჯულება და საგამოძიებო უწყებები, რათა გაზარდოს მსჯავრდების ალბათობა. და ბოლოს, მართლმსაჯულება ვალდებულია, სათანადო განაჩენი გამოიტანოს დამნაშავის მიმართ.

ÖKONOMISCHE ASPEKTE DER STRAFGESETZGEBUNG

Prof. Dr. Dr. h.c. **Martin Paul Waßmer**, Universität zu Köln

I. Einführung

Die ökonomische Analyse des Rechts (Law and Economics) wird in den USA seit den 1960er Jahren betrieben und an den US-amerikanischen Law Schools intensiv erforscht. Auch in Deutschland befassen sich die Rechtswissenschaften seit den 1970er Jahren mit dieser Thematik.¹ Hier steht die ökonomische Analyse des Zivilrechts im Mittelpunkt.² Die ökonomische Analyse des Strafrechts spielt – obwohl immer wieder erörtert³ – nur eine Nebenrolle. Dies überrascht, da der US-amerikanische Ökonom *Gary S. Becker* (1930–2014) bereits 1968 das moderne Instrumentarium der Ökonomie auf die Kriminalität angewandt hatte⁴ und 1992 u.a. für seine Werke zur Kriminalität den Alfred-Nobel-Gedächtnispreis für Wirtschaftswissenschaften erhielt. Im Übrigen reichen die Wurzeln der ökonomischen Analyse des Strafrechts weit zurück. Kosten-Nutzen-Erwägungen spielten bereits für die Straftheorie des „psychologischen Zwangs im Staate“, die *J. P. A. v. Feuerbach* (1775–1833) vor über 200 Jahren entwarf,⁵ eine Rolle.⁶

Die Ökonomie untersucht das Verhalten von Wirtschaftsakteuren. Sie gestat-

1 *Kirstein*, Ökonomische Analyse des Rechts, CSLE Discussion Paper No. 2003-6, S. 2 m.w.N.

2 *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2021.

3 Siehe nur *Werner*, KritV 1992, 433ff.; *Wittig*, Der rationale Verbrecher, Der ökonomische Ansatz zur Erklärung kriminellen Verhaltens, 1993; *Curti*, Abschreckung durch Strafe, Eine ökonomische Analyse der Kriminalität, 1999; *Entorf*, Ökonomische Theorie der Kriminalität, in: *Ott/Schäfer*, Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen, 1999, 1 ff.; *Hey*, Die ökonomische Analyse ausgewählter Wirtschaftsstraftaten im historischen Normenkontext, 2001; *Follert*, ZStW 130 (2018), 430 ff.

4 *Becker*, Journal of Political Economy 76 (1968), 169 ff.; nachfolgend *Posner*, Columbia Law Review 85 (1985), 1193 ff.; Fortentwicklung zu einem „Marktmodell“ durch *Ehrlich*, Journal of Economic Perspectives 10 (1996), 43 ff.

5 *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 3. Aufl. 1805, §§ 8 ff.

6 *Werner*, KritV 1992, 433, 438 m.w.N.

tet Antworten auf die Frage, wie Ressourcen effizient genutzt werden können, um einen möglichst hohen Grad der Bedürfnisbefriedigung zu erreichen.⁷ Hierzu werden Entscheidungen analysiert, die unter bestimmten Bedingungen (Knappheitsrestriktionen) getroffen werden und/oder bestimmte Ziele (effizient) erreichen sollen.⁸ Betrachtet werden können sowohl Individuen und Unternehmen (Mikroökonomie) als auch die Gesamtwirtschaft (Makroökonomie).

Die ökonomische Analyse des Rechts bewertet vorwiegend die Effizienz von Rechtsnormen, indem sie die Auswirkungen von gesetzgeberischen Maßnahmen untersucht.⁹ Damit kann sie aufzeigen, wie die Rechtsordnung ausgestaltet werden sollte, um bestimmte Ziele zu erreichen. Die ökonomische Analyse des Strafrechts kann somit Anhaltspunkte dafür geben, wie das Strafrecht ausgestalten ist, um Kriminalität effizient einzudämmen.

II. Kriminalität aus mikroökonomischer Perspektive

1. Ökonomisches Grundmodell

Das ökonomische Grundmodell der Kriminalität, das darauf eine Antwort gibt, warum Akteure Straftaten begehen, ist einfach. Es beruht auf der Grundannahme, dass Akteure *rational agieren*, indem sie fortwährend gemäß ihrem individuellen Zielsystem ihren Nutzen maximieren. Eine Straftat wird als rationale Entscheidung zwischen mehreren Verhaltensalternativen begriffen, mit der ein Akteur seinen Nutzen mehren will. Die Begehung einer Straftat erfolgt, wenn zu erwarten ist, dass der Nutzen der Tatbegehung deren Kosten übersteigt ($N(x) > K(x)$).¹⁰ Die „Kosten“ einer Straftat resultieren im Kern aus der Wahrscheinlichkeit der Verurteilung (welche die vorangegangene Entdeckung und Aufklärung der Tat erfordert) und der Höhe der Strafe. Der „Nutzen“ entspricht dem Wert, der aus der Straftatbegehung resultiert (b), abzüglich des Produkts aus Straferwartung (s) und Verurteilungswahrscheinlichkeit (w). Damit lässt sich eine Nutzenfunktion formulieren ($N(x) = b - w \cdot s$). Eine Straftat wird nur dann begangen, wenn sie einen positiven

7 *Hannemann/Dietlein/Nordmeyer*, ZJS 2013, 163, 166.

8 *Kirstein*, Ökonomische Analyse des Rechts, Discussion Paper No. 2003-6, S. 2 f.

9 *Hannemann/Dietlein/Nordmeyer*, ZJS 2013, 163; *Werner*, KritV 1992, 433, 434 f.

10 Siehe nur *Curti*, Abschreckung durch Strafe, 1999, S. 27 ff.; *Werner*, KritV 1992, 433, 436.

Nutzen hat ($b - w \cdot s > 0$). Eine wirksame Strafe muss folglich so bemessen sein, dass die Kosten der Tatbegehung deren Nutzen übersteigen. Je höher die Strafe und je höher die Verurteilungswahrscheinlichkeit, desto höher fällt der kriminalitätsdämpfende Effekt aus und desto weniger Straftaten werden begangen.

2. Verurteilungswahrscheinlichkeit und Straferwartung

Kriminalität ist unmittelbar von der Verurteilungswahrscheinlichkeit und Straferwartung abhängig. Hierbei resultiert die *Verurteilungswahrscheinlichkeit* aus der Entdeckungs- und Aufklärungswahrscheinlichkeit. Maßgebend ist hierfür nicht nur die Anzeigebereitschaft von Geschädigten bzw. die Effizienz der Kontrolle durch die Behörden, sondern auch der Verfolgungsdruck, den Polizei und Staatsanwaltschaft ausüben. Eine hohe Aufklärungsquote erhöht die Verurteilungswahrscheinlichkeit. Der Staat kann also durch eine effiziente Kontrolle und Aufklärung von Straftaten den Dämpfungseffekt erhöhen, während eine ineffiziente Kontrolle und Strafverfolgung den Effekt mindern. Dagegen resultiert die *Straferwartung* aus der abstrakten Strafandrohung einer Strafvorschrift und der individuell erwarteten Art und Höhe der Strafe. So spielt es etwa eine Rolle, dass die Gerichte bei Ersttätern zu einer Geldstrafe tendieren, womit der Dämpfungseffekt geringer ausfällt. Umgekehrt ist der Effekt stärker, wenn für die wiederholte Tatbegehung eine höhere Geld- oder gar Freiheitsstrafe droht. Demnach hat auch die Strafzumessung Einfluss auf die Begehung von Straftaten.

3. Weitere Faktoren

Dieses ökonomische Grundmodell kann durch die Einbeziehung weiterer Faktoren erweitert werden. Bereits *Gary S. Becker* begriff die Begehung einer Straftat als eine Form der Erzielung von Einkommen.¹¹ Berücksichtigt werden können demnach das legale Einkommen, das während des Tatzeitraums alternativ erzielt werden könnte, und der zu betreibende Aufwand, wie die Fahrtkosten und die Arbeits- bzw. Tatmittel. Ökonomisch sind dies sog. *Opportunitätskosten* (e). Je höher das erzielbare legale (Netto-)Einkommen ist, desto weniger „lohnt“ sich

11 *Becker*, Journal of Political Economy 76 (1968), 169, 177.

die Tat. Begangen wird eine Straftat somit nur dann, wenn der (Gesamt-)Nutzen positiv ist ($b - w \cdot s - e > 0$). Berücksichtigt werden kann auch, dass eine Person erst ab einem bestimmten Mindestnutzen straffällig wird. Ebenso kann die Risikoaversion in Betracht gezogen werden.¹² Dasselbe gilt für die Sozialisation, d.h. die Verinnerlichung von Verhaltensstandards.¹³ Ein hoher Grad der Sozialisation wirkt der Tatbegehung entgegen.

III. Kriminalität aus makroökonomischer Perspektive

Die Ökonomie kann Kriminalität auch aus einer gesamtwirtschaftlichen Perspektive betrachten und eine Antwort auf die Frage geben, wie die *optimale Allokation der staatlichen Ressourcen* aussehen sollte, bei der die Innere Sicherheit „effizient“ gewährleistet ist.

1. Effizienz-Kriterium

Effizienz wird häufig im Sinne des italienischen Ökonomen *Vilfredo Pareto* (1848–1923) definiert, dem Begründer der Wohlfahrtsökonomie. Danach ist ein Zustand „pareto-optimal“, wenn es nicht möglich ist, durch Re-Allokation Akteure besser zu stellen, ohne gleichzeitig andere Akteure schlechter zu stellen.¹⁴ Allerdings sind Situationen vorstellbar, in denen trotz pareto-optimalen Zustands der gesellschaftliche Nutzen durch Kompensationszahlungen gesteigert wird. Diese Konstellationen berücksichtigt das Kaldor-Hicks-Kriterium, das auf die englischen Ökonomen *Nicholas Kaldor* (1908–1986) und *John Richard Hicks* (1904–1989) zurückgeht. Danach ist eine Allokation effizient, wenn die Profiteure einer Veränderung mehr gewinnen als die Opfer verlieren, und die Profiteure bereit sind, die Opfer zu entschädigen.¹⁵

12 *Entorf*, Ökonomische Theorie der Kriminalität, in: Ott/Schäfer, Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen, 1999, 1, 14.

13 *Entorf*, Ökonomische Theorie der Kriminalität, in: Ott/Schäfer, Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen, 1999, 1, 17 f.

14 *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2021, 14.

15 *Kirstein/Schmidtchen*, Ökonomische Analyse des Rechts, Working Paper 2003, 11.

2. Effiziente Bekämpfung der Kriminalität

Ausgangspunkt der Analyse bildet zum einen, dass die Innere Sicherheit *gesellschaftliche Kosten* für die Strafverfolgung (für Polizei, Staatsanwaltschaften, Gerichte) und die Strafvollstreckung (insbesondere für Strafvollzugsanstalten) verursacht. Hierbei gilt, dass der Staat nicht alle Ressourcen in die Innere Sicherheit lenken kann, da weitere staatliche Aufgaben zu erfüllen sind und selbst bei allergrößter Anstrengung nicht alle Straftaten verhindert werden können. Kriminalität ist ein unvermeidbares soziales Phänomen, eine Reduktion auf „Null“ illusorisch.¹⁶ Zum anderen besteht der *gesellschaftliche Nutzen* der Kriminalitätsbekämpfung darin, dass den potenziellen Opfern und der Gesellschaft Kosten erspart werden.¹⁷ So wird das Opfer eines Einbruchdiebstahls möglicherweise nicht nur Reparaturen durchführen und eine Ersatzbeschaffung vornehmen müssen, sondern darüber hinaus in die Prävention investieren und ein Alarmsystem installieren.¹⁸ Außerdem können durch die Traumatisierung des Opfers Gesundheitskosten und Ausfallzeiten entstehen, welche die Gesellschaft belasten. Durch die Betrachtung der gesellschaftlichen Kosten und des gesellschaftlichen Nutzens kann eine „optimale“ *Kriminalitätsrate* bestimmt werden. Bei dieser Rate wäre die Umlenkung von weiteren staatlichen Ressourcen in die Innere Sicherheit ineffizient, da die Vermeidung weiterer Straftaten den hieraus resultierenden gesellschaftlichen Nutzen übersteigt.¹⁹ Im Übrigen liegt es ökonomisch auch auf der Hand, *Geldstrafen* unbedingten Freiheitsstrafen vorzuziehen, da sie den Staatshaushalt nicht weiter belasten, sondern entlasten.²⁰

3. Effiziente Arbeitsteilung zwischen Staat und Privaten

Schließlich kann die ökonomische Analyse auch eine Antwort darauf geben, wie

16 Entorf, *Ökonomische Theorie der Kriminalität*, in: Ott/Schäfer, *Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen*, 1999, 1, 11.

17 Vgl. bereits Becker, *Journal of Political Economy* 76 (1968), 169, 170, 195.

18 Follert, *ZStW* 130 (2018), 420, 432.

19 Kirstein, *Ökonomische Analyse des Rechts*, Discussion Paper No. 2003-6, 15 f.

20 Entorf, *Ökonomische Theorie der Kriminalität*, in: Ott/Schäfer, *Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen*, 1999, 1, 4.

bei der Bekämpfung von Kriminalität die *optimale Arbeitsteilung zwischen Staat und Privaten* beschaffen sein sollte.²¹ Denn die Akteure, seien es Privatleute oder Unternehmen (Verbände), können ihre Rechtsgüter durch sächliche Vorkehrungen wie Zäune, Tresore und Alarmanlagen, aber auch durch den personellen Einsatz von privatem Sicherheitspersonal selbst schützen bzw. durch den Einsatz von Personal oder Privatdetekteien Straftaten aufklären. Hierfür fallen Kosten an, die mit dem Nutzen für die Gesellschaft abgewogen werden können.

IV. Die Kritik an der ökonomischen Analyse

Die ökonomische Analyse des Rechts ist schon lange, gerade in Deutschland, grundlegender Kritik ausgesetzt.²² Dies gilt insbesondere für die ökonomische Analyse des Strafrechts.²³

1. *Homo oeconomicus*

Zunächst wird die Grundannahme kritisiert, dass gemäß der neoklassischen ökonomischen Theorie das Verhalten des *Homo oeconomicus*, d.h. eines rational denkenden und handelnden, egoistischen Menschen maßgebend ist.²⁴ In der Realität würden Menschen von vielen Motiven angetrieben. Die Figur versage bei Akteuren, die den Nutzen nicht kennen, die irrational handeln oder nicht durch ökonomische Anreize zu beeinflussen seien. Gegen diese Argumentation ist jedoch einzuwenden, dass die Figur nicht der Einzelfallprognose dient, sondern das Verhalten des „Durchschnittsrepräsentanten“ prognostizieren soll.²⁵ Nach welchen individuellen Maximen die Mitglieder einer Gruppe agieren, spielt keine Rolle, entscheidend ist die „Durchschnittsreaktion“. Gerade deshalb eignet sich das Modell für den Gesetzgeber, der abstrakte Regelungen treffen und damit die Kriminalität eindämmen will.

21 *Kirstein*, Ökonomische Analyse des Rechts, Discussion Paper No. 2003-6, 16.

22 Siehe nur *Fezer*, JZ 1986, 817, und die Erwiderung von *Ott/Schäfer*, JZ 1988, 213.

23 Vgl. *Werner*, KritV 1992, 433, 435 m.w.N.

24 *Fezer*, JZ 1986, 817, 822; *Werner*, KritV 1992, 433, 443 f.

25 *Kirstein*, Ökonomische Analyse des Rechts, Discussion Paper No. 2003-6, 6.

Hinzu kommt, dass die moderne Verhaltensökonomik und die Neuroökonomie die Entscheidungstheorie durch naturwissenschaftliche Erkenntnisse angereichert haben, womit der Tatsache, dass Menschen in der Realität weder Wahrscheinlichkeiten vollständig abschätzen können noch stets aus reinem Eigennutz handeln, Rechnung getragen werden kann.²⁶ Die *Neue Erwartungstheorie* (Prospect Theory) gestattet die Entscheidungsfindung in Situationen mit Risiko und wurde durch die US-amerikanischen Psychologen *Daniel Kahneman* und *Amos Tversky* (1937–1996) im Jahr 1979 entwickelt.²⁷ Kahneman erhielt hierfür im Jahr 2002 den Alfred-Nobel-Gedächtnispreis für Wirtschaftswissenschaften.

2. Eignung nur für bestimmte Straftaten

Weiter wird kritisiert, dass das ökonomische Kosten-Nutzen-Modell nur bei Vermögensdelikten funktioniere, die den Akteuren *wirtschaftliche Vorteile* versprechen. Dies trifft im Kern zu. Zu beachten ist aber zum einen, dass auch bei Nicht-Vermögensdelikten ein wirtschaftlicher Hintergrund vorhanden sein kann. Zu denken ist z.B. bei Ehrdelikten an eine beabsichtigte Kreditschädigung und bei Tötungsdelikten an einen Mord aus Habgier. Zum anderen können Nicht-Vermögensdelikte makroökonomisch betrachtet werden, da sowohl für deren Opfer als auch für die Gesellschaft Kosten anfallen, die der ökonomischen Analyse zugänglich sind und mit dem gesamtwirtschaftlichen Nutzen, den die Eindämmung dieser Delikte hat, abgewogen werden können.²⁸

Anzumerken ist schließlich, dass das ökonomische Modell bei der Kriminalität, die aus *Unternehmen (Verbänden)* heraus begangen wird, besonders gut funktioniert, da hier durchweg aus wirtschaftlichem Kalkül agiert wird. Dies hat der Unionsgesetzgeber erkannt. In vielen Kriminalitätsbereichen, die Unternehmen betreffen, etwa bei Bilanzstraftaten, beim Insiderhandel und beim Marktmissbrauch, aber auch bei Datenschutzverstößen, richten sich die Sanktionen heute in der EU nach dem Jahresumsatz,²⁹ sodass sie mitunter drakonisch ausfallen

26 *Hannemann/Dietlein/Nordmeyer*, ZJS 2013, 163, 166 f.

27 *Kahneman/Tversky*, *Econometrica* 47 (1979), 263.

28 *Werner*, *KritV* 1992, 433, 439.

29 Siehe nur zum strafbaren Insiderhandel und zur Marktmanipulation *Walzmer*, in:

können. Somit entfalten sie nach der ökonomischen Theorie eine hohe kriminalitätsdämpfende Wirkung.

3. Bestimmbarkeit der Faktoren

Weiter ist einzuwenden, dass die maßgebenden Faktoren schwer zu bestimmen und zu quantifizieren sind,³⁰ und bisweilen „komplizierte Rechenoperationen“³¹ erfordern. So lässt sich bereits die *Verurteilungswahrscheinlichkeit* allenfalls grob schätzen, da nicht bekannt ist, wie viele Straftaten tatsächlich (im Hell- und Dunkelfeld) begangen werden. Die *Straferwartung* ist nicht nur von individuellen, sondern auch von überindividuellen Faktoren abhängig, wie dem jeweils zuständigen Gerichtsbezirk und Gericht. Ebenso ist die Einbeziehung weiterer Faktoren mit der Schwierigkeit der Identifizierung und Quantifizierung dieser Faktoren behaftet.

4. Strafzwecke

Vielfach wird angeführt, die ökonomische Analyse erblicke den Strafzweck allein in der *negativen Generalprävention*.³² Dem ist entgegenzuhalten, dass die ökonomische Analyse allen Straftheorien Rechnung tragen kann.³³ Denn die Straferwartung resultiert aus den Regelungen des Strafrechts. Das deutsche Strafrecht folgt den *Vereinigungstheorien*, wonach die Strafe sowohl der Repression als auch der Prävention dient. Die Strafe bezweckt nicht nur die Abschreckung der Allgemeinheit (negative Generalprävention) und die Stärkung des Vertrauens der Allgemeinheit in die Wirksamkeit der Rechtsordnung (positive Generalprävention), sondern auch den Schutz der Allgemeinheit vor dem Täter (negative Spezialprävention) bzw. die Abschreckung und Resozialisierung des Täters (positive Spezialprävention). Diese Zwecke haben in Vorschriften des *Allgemeinen Teils* ihren Niederschlag gefunden. So bildet nach § 46 Abs. 1 Satz 1 StGB die Schuld die Grundlage für die Zumessung der Strafe, nach § 46 Abs. 1 S. 2 StGB sind die Wirkungen für

Fuchs (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 3. Aufl. 2024, Vor §§ 119-126 WpHG Rn. 27.

30 *Hannemann/Dietlein/Nordmeyer*, ZJS 2013, 163, 168.

31 *Werner*, KritV 1992, 433, 438.

32 *Kirstein*, Ökonomische Analyse des Rechts, Discussion Paper No. 2003-6, 14.

33 *Werner*, KritV 1992, 433, 441.

das künftige Leben zu berücksichtigen und nach § 47 StGB dient die Strafe auch der Verteidigung der Rechtsordnung. Bei der Strafzumessung werden nach § 46 Abs. 2 StGB die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander abgewogen, wobei bestimmte Umstände namentlich genannt sind. Aber auch die Strafvorschriften des *Kern- und Nebenstrafrechts* tragen den Strafzwecken vielfach Rechnung, wenn sie an Besonderheiten anknüpfen, die Tat und Täter charakterisieren. So sind etwa für besonders schwere Taten Qualifikationen bzw. besonders schwere Fälle vorgesehen, für besonders leichte Taten Privilegierungen bzw. minder schwere Fälle.

5. Verfassungsrechtliche Grenzen der Strafe

Weiter wird der Vorwurf erhoben, ein Strafrecht, das der Ökonomie, Effizienz und Rationalität verhaftet sei, kenne keine Grenzen.³⁴ Diese Kritik weist darauf hin, dass die Analyse den *verfassungsrechtlichen Rahmen* respektieren muss und moralische bzw. ethische Aspekte nicht vernachlässigt werden dürfen. Straftat und Strafhöhe haben verfassungsrechtliche Grenzen. So wurde die Todesstrafe in Deutschland durch Art. 102 GG und in zahlreichen anderen europäischen Staaten durch das Protokoll Nr. 6 zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) abgeschafft. Hinzu kommt, dass die Strafe stets verhältnismäßig sein muss. Es liegt in der Logik des ökonomischen Modells, dass Straftaten mit einer sehr geringen Verurteilungswahrscheinlichkeit besonders hart bestraft werden müssten, während umgekehrt bei Straftaten mit einer sehr hohen Verurteilungswahrscheinlichkeit die Strafe besonders milde ausfallen könnte. Dies wäre jedoch verfehlt, da die Strafe den Schutzgütern und Strafzwecken Rechnung tragen muss. So wäre für einen Diebstahl, bei dem es nur um den Schutz des Eigentums geht, die Androhung einer lebenslangen Freiheitsstrafe unverhältnismäßig. Angemerkt sei zudem, dass nach den Erkenntnissen der kriminologischen Forschung eine höhere Verurteilungswahrscheinlichkeit eine stärkere kriminalitätsdämpfende Wirkung hat als eine höhere Strafandrohung

34 *Werner*, KritV 1992, 433, 447 ff.

und daher im Mittelpunkt der Kriminalitätsbekämpfung stehen sollte.³⁵

6. „Optimale“ Kriminalitätsrate

Überdies bestehen erhebliche Bedenken gegenüber einer ökonomisch „optimalen“ Kriminalitätsrate, bei der die gesellschaftlichen Kosten der Strafverfolgung mit dem gesellschaftlichen Nutzen der Verbrechensverhütung für die potenziellen Opfer von Straftaten und die Gesellschaft abgewogen werden. Denn dies bedeutet, dass Kriminalität in einem bestimmten Umfang zugelassen wird, weil deren stärkere Eindämmung zu kostspielig wäre.³⁶ Abgesehen davon, dass die maßgebenden Faktoren schwer zu quantifizieren sind – so nimmt z.B. mit steigender Kriminalitätsrate die gesellschaftliche Toleranz gegenüber Kriminalität ab –, gibt es Straftaten, etwa Straftaten von kriminellen und terroristischen Vereinigungen, die nicht toleriert werden dürfen. Durchweg dürfte es daher das Ziel staatlichen Handelns sein, *bestimmte Kriminalitätsformen* mit den vorhandenen Ressourcen bzw. einer angemessenen Umlenkung von Haushaltsmitteln möglichst weit zurückzudrängen, um in diesem Sinne die Innere Sicherheit „effizient“ zu gewährleisten. Zudem kann es Sinn ergeben, in bestimmten Bereichen auch die Bagatelldelinquenz stark zurückzudrängen („Nulltoleranzstrategie“).

7. Arbeitsteilung zwischen Staat und Privaten

Schließlich bestehen Zweifel an der Bestimmung einer ökonomisch „effizienten“ Arbeitsteilung zwischen Staat und Privaten. Der Staat hat nämlich die grundlegende Sicherheitsstruktur zur Verfügung zu stellen, um die Innere Sicherheit zu gewährleisten, da die Eindämmung der Kriminalität eine ureigene staatliche Aufgabe ist. Eine zu weitgehende Verlagerung des Schutzes vor Kriminalität auf Privatpersonen und Unternehmen wäre daher verfehlt.

35 Curti, Abschreckung durch Strafe, 1999, 177.

36 Entorf, Ökonomische Theorie der Kriminalität, in: Ott/Schäfer, Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen, 1999, 1.

V. Implikationen

Bei aller Kritik lassen sich aus dem ökonomischen Modell der Kriminalität rechtspolitische Konsequenzen ableiten. Denn es macht sichtbar, dass es „Stellschrauben“ gibt, mit denen die Kriminalität eingedämmt werden kann. So können für die Täter die „Kosten“ der Begehung von Straftaten über die Verurteilungswahrscheinlichkeit und Straferwartung erhöht werden.

Die *Legislative* kann festlegen, mit welcher Straftat und Strafhöhe auf ein kriminelles Verhalten reagiert wird. Art und Höhe der Strafe müssen in Relation zur Schwere der Tat stehen. Strafandrohung und Straferwartung können kriminalitätsdämpfende Wirkung entfalten, wenn sie die Kosten eines kriminellen Verhaltens so weit in die Höhe treiben, dass sich die Begehung von Straftaten nicht mehr lohnt. Hierbei spricht viel dafür, Geldstrafen den Vorzug zu geben, da unbedingte Freiheitsstrafen den Staat mit den Kosten des Strafvollzugs belasten.

Die *Exekutive* kann die Verurteilungswahrscheinlichkeit nachhaltig erhöhen, indem sie die Innere Sicherheit durch den Einsatz von Ressourcen stärkt. Sie kann dafür sorgen, dass begangene Straftaten von den Strafverfolgungsbehörden entdeckt und aufgeklärt werden sowie die Täter sich vor Gericht verantworten müssen.

Die *Judikative* kann Einfluss auf die „Kosten“ der Begehung von Straftaten nehmen, indem sie Täter konsequent verurteilt, womit die Verurteilungen eine Signalwirkung entfalten.³⁷

Zudem können Maßnahmen ergriffen werden, um die *Opportunitätskosten* zu erhöhen. So kann das legal erzielbare Einkommen erhöht werden. Zu denken ist etwa an Investitionen in die Bildung, da dies die Einkommensmöglichkeiten vergrößert,³⁸ aber auch an Maßnahmen zur Eindämmung der Arbeitslosigkeit und zur Weiterqualifizierung.³⁹ Weiter kann die Sozialisation gestärkt und damit die Schwelle zur Begehung von Straftaten hochgesetzt werden. Kindergärten, Schulen und Eltern können Werte vermitteln, die den Zusammenhalt stärken und zer-

37 *Curti*, Abschreckung durch Strafe, 1999, 178.

38 *Kirstein*, Ökonomische Analyse des Rechts, Discussion Paper No. 2003-6, 15.

39 *Curti*, Abschreckung durch Strafe, 1999, 178.

rütteten Familienverhältnissen entgegenwirken.⁴⁰

Schließlich können *private Haushalte und Unternehmen* die Kriminalitätsbekämpfung unterstützen, indem sie die Prävention und Repression von Straftaten durch sächliche und personelle Maßnahmen fördern.

VI. Zusammenfassung und Fazit

Die ökonomische Analyse des Strafrechts geht davon aus, dass Straftaten begangen werden, wenn der Nutzen ihrer Begehung deren Kosten übersteigt. Maßgebend für die Kosten sind hauptsächlich Verurteilungswahrscheinlichkeit und Straferwartung. Dieses ökonomische Modell lässt sich durch die Berücksichtigung weiterer Faktoren erweitern, es funktioniert jedoch – da es im Kern das Handeln des „Homo oeconomicus“ voraussetzt – nicht ohne Weiteres bei Akteuren, die durch ökonomische Aspekte nicht zu beeinflussen sind. Hinzu kommt, dass die maßgebenden Faktoren schwer zu bestimmen und zu quantifizieren sind. Aus verfassungsrechtlichen Gründen muss nicht nur die Strafandrohung, sondern auch die Strafe verhältnismäßig sein. Rechtspolitisch liegt es nahe, bestimmte Formen der Kriminalität durch den Einsatz staatlicher Ressourcen zu minimieren, nicht aber eine „optimale“ Kriminalitätsrate zu erreichen.

Aus dem ökonomischen Modell lässt sich ableiten, dass der Staat die Kriminalität eindämmen kann, indem er für die Täter die Kosten der Straftatbegehung erhöht. Die Legislative muss Art und Höhe der Strafandrohung so festlegen, dass hiervon eine kriminalitätsdämpfende Wirkung ausgeht, die Schutzgütern und Strafzwecken Rechnung trägt. Die Exekutive muss Strafverfolgungsbehörden und Justiz angemessen ausstatten, um die Verurteilungswahrscheinlichkeit zu erhöhen. Und schließlich hat die Judikative die Täter konsequent zu verurteilen.

40 Curti, Abschreckung durch Strafe, 1999, 179 f.

კვალის აღება საქსობრივი დანაშაულების ჩადენისას

პროფ. დოქტ. ანია შიშანი, კიოლნის უნივერსიტეტი

I. შესავალი

სქესობრივი დანაშაულებთან მიმართებაში კვალის აღება, სისხლის საპროცესო-სამართლებრივი თვალსაზრისით, ზოგადად, არ განსხვავდება სხვა ტიპის დანაშაულების კვალის აღებისაგან. თუმცა, არსებობს სპეციალური ნორმებიც, როგორცაა, მაგალითად, გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 81d პარაგრაფი და რომელიც მნიშვნელოვანია სწორედ ასეთი დანაშაულების ჩადენის დროს. სხეულის დათვალიერება უნდა განახორციელოს იმავე სქესის წარმომადგენელმა, რამეთუ აღნიშნულმა პროცედურამ, შესაძლოა შექმნას გარკვეული უხერხულობის მომენტი.

ხშირად, სქესობრივ დანაშაულებთან მიმართებაში, პრობლემებს მაინც სულ სხვა დონეზე ვაწყდებით. ვინაიდან, როგორც წესი, მსგავსი დანაშაულების ჩადენა არ ხდება მოწმეთა თანდასწრებით, უმეტეს შემთხვევებში სწორედ მსხვერპლის ჩვენება წარმოადგენს ხოლმე ერთადერთ და გადამწყვეტ მტკიცებულებას. ამას კი უპირისპირდება საწინააღმდეგო ჩვენება, რაც სერიოზულ პრობლემებს ქმნის.¹ ისეთი მტკიცებულებების მოპოვებისას კი, როგორებიცაა, მაგალითად, დნმ-ისა თუ სპერმის კვალი ან კიდევ სხეულის დაზიანებები, შესაძლებელია მათი დამაგრება და დამატებითი ექსპერტიზის ჩატარება. სექსუალური ძალადობის შემთხვევაში დიდი მნიშვნელობა აქვს ასეთ მტკიცებულებათა დამაგრებას. განსაკუთრებული აქცენტი ამ სენსიტიურ საკითხში კეთდება სტანდარტულ დოკუმენტაციასა და შესაბამისი სპეციალისტი ექიმის მიერ ჩატარებულ გამოკვლევაზე.² მაგალითად, ერთ-ერთმა კვლევამ გვიჩვენა, რომ სექსუალური ძალადობის საქმეთა შეწყვეტა ხშირად განპირობებულია სწორედ

1 შვად. Beck, in: Knierim/Oehmichen/Beck/Geisler, Gesamtes Strafrecht, 1. Aufl. 2018, Kap. 3 Rn. 50; დაწვრ. იხ. ასევე Geipel/Renzikowski, in: Geipel/Renzikowski, Verteidigung bei Sexualdelikten, 1. Aufl. 2022, Teil 4 Rn. 185 ff.

2 დაწვრ. იხ. Blättner/Hintz, Der Gynäkologe 2011, 487 ff.

შესაბამისი სამედიცინო დასკვნების არარსებობით.³ ამდენად, მიზეზი შედარებით ნაკლებად მდგომარეობს სისხლის სამართლის საპროცესო კანონმდებლობაში, რომელიც გერმანიის სამართალდამცავ ორგანოებს გარკვეული გამონწვევების წინაშე აყენებს, არამედ უფრო მეტად მტკიცებულებათა მოპოვების პრაქტიკაში.

ამისდა მიუხედავად, უპირველეს ყოვლისა, უნდა განხორციელდეს სისხლის სამართლის იმ საპროცესო კანონმდებლობის მოკლე მიმოხილვა, რომლის საფუძველზეც ხდება დანაშაულის კვალის მოპოვება ბრალდებულსა და მსხვერპლთან მიმართებით. დაზიანების სასამართლო-სამედიცინო შესწავლის თვალსაზრისით, გადამწყვეტი მნიშვნელობა ენიჭება მოლექულურ-გენეტიკურ გამოკვლევას, იმ შემთხვევაში, თუ გამოძიების განკარგულებაშია სისხლის, სპერმის, ნერწყვის მასალა და ასევე თმისა და კანის ნაწილაკები. ნიმუშების შეფასების კლასიფიკაციის უზრუნველსაყოფად, მნიშვნელოვანია კვალისა და დაზიანების დამაგრება. სქესობრივი დანაშაულების მსხვერპლნი, რომლებიც უცებ ვერ იღებენ სამართალდამცავი ორგანოებისათვის მიმართვის შესახებ გადაწყვეტილებას, გერმანიაში უფლებამოსილი არია მოახდინონ კვალის დაფიქსირება, რათა მოგვიანებით მოხდეს მათი გამოყენება.

II. ბრალდებულის სხეულის გამოკვლევა

გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 81a პარაგრაფი ეხება ბრალდებულის სხეულის იძულებით დათვალიერებას. მან უნდა ითმინოს, რომ მისი სხეული შესწავლის ობიექტი გახდება.⁴ ამის მიზანია სამართალწარმოებისთვის მნიშვნელოვანი ფაქტობრივი გარემოებების დადგენა, რომელთა არსებობაზეც მიუთითებს სხვა გარკვეული ასპექტები. საუბარია ბრალდებულის სხეულის მახასიათებლებისა და სხეულის

3 შვად. *Seith/Lovett/Kelli*, Unterschiedliche Systeme, ähnliche Resultate? Strafverfolgung von Vergewaltigung in elf europäischen Ländern. Länderbericht Deutschland, 2009.

4 *Schmitt*, in: Meyer-Gößner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 66. Aufl. 2023, § 81a Rn. 1. ნორმის თანახმად, ბრალდებული მოიაზრებს ასევე განსასჯელსა და მსჯავრდებულსაც.

ცალკეული ნაწილების დათვალიერებაზე, რაც შეიძლება გარკვეული ქმედების ჩადენის კვალზე მიუთითებდეს, თუნდაც დაზიანებების სახით. ამისგან განსხვავდება გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 102-ე პარაგრაფით გათვალისწინებული სხეულზე ჩხრეკა, ანუ, როდესაც, ტანსაცმელსა ან ტანსაცმლის ქვეშ, ხდება მტკიცებულებათა მოძიება.⁵ გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 81a პარაგრაფის პირველი ნაწილის პირველი წინადადების მიხედვით, სხეულის მარტივი დათვალიერებისას, ფაქტობრივი გარემოებები დგინდება სხეულზე ზემოქმედების გარეშე, გარეგნული აღქმით.⁶ სხეულის ჩხრეკა, რომლის ერთ-ერთ სახეს, სისხლის აღების დასაშვები შემთხვევების სახით, გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 81a პარაგრაფის პირველი ნაწილის მე-2 წინადადება აწესრიგებს, სახეზეა იმ შემთხვევაში, როდესაც, თუნდაც მცირედი დაზიანების მიყენების გზით, ხდება სხეულის კანისა და შიდა კუნთოვან სივრცეში შეღწევა, სხეულის ნაწილებისა და უჭრედების, ნერწყვის/ლორწოსა და სხვა დეტალების ასაღებად.⁷ სხეულის გამოკვლევა უნდა ჩაატაროს ექიმმა, სამედიცინო ხელოვნების წესების დაცვით. ამ დროს დაუშვებელია ჯანმრთელობისთვის რაიმე ზიანის მიყენება.

ამავდროულად, გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 81a პარაგრაფის დებულებების გამოყენების შემთხვევაში, გასათვალისწინებელია თანაზომიერების პრინციპი. სხეულის გამოკვლევა არ უნდა გასცდეს საქმის მნიშვნელობასა და ქმედების ჩადენის მიმართ ეჭვის ინტენსივობას.⁸ სქესობრივ დანაშაულებთან მიმართებაში, როგორც წესი, საქმის მნიშვნელობა ისედაც არ იქნება პრობლემატური.

5 შეად. *Goers*, in: BeckOK-StPO, 48. Ed. (Stand: 1.7.2023), § 81a Rn. 5; *Schmitt*, in: Meyer-Gölsner/Schmitt, § 81a Rn. 8, 9.

6 *Goers*, in: BeckOK-StPO, § 81a Rn. 7.

7 *ib. Trück*, in: MK-StPO, 2. Aufl. 2023, § 81a Rn. 11.

8 BVerfG, NJW 2004, 3697, 3698).

III. დაზარებულის სხეულის დათვალიერება

გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 81c-ე პარაგრაფი ამომწურავად აწესრიგებს სხვა პირთა გამოკვლევის/ჩხრეკის წესს. მოწმესა და მსხვერპლს თანაბრად ეხებათ თმენის ვალდებულება, ანუ, კვალის პრინციპი და ქმედების შედეგის გამოკვლევის კუთხით - ე.წ. კვალისა.⁹ კვალის ნიმუშები არის უშუალოდ სხეულზე ქმედებით გამოწვეული ცვლილებები, რომლებიც უკავშირდება კონკრეტულ პირსა თუ ქმედებას, როგორცაა, მაგალითად, იარები, ჭრილობები, სისხლის კვალი, სპერმის კვალი თუ ხელის თითებქვეშ აღმოჩენილი კანის ნაწიბურები.¹⁰ ქმედების შედეგია მსხვერპლის სხეულზე აღმოჩენილი ცვლილებები, როგორცაა, მაგალითად, კანის ექსკორიაცია თუ გაუპატიურების შედეგად დამდგარი დეფლორაცია.¹¹ გამოკვლევა უნდა ეხებოდეს კონკრეტულ კვალსა და ქმედების შედეგებს, ანუ, ის არ უნდა ხორციელდებოდეს არასაკმარისი საფუძვლით.¹² ქმედებაში ეჭვმიუტანელი პირების დათვალიერება დასაშვებია მხოლოდ სხეულის დათვალიერების სახით და არ მოიაზრებს სხეულის ჩხრეკას. თუმცა, დასაშვებია სხეულის ღია ბუნებრივი ადგილების შემოწმება, მაგალითად, ვაგინალური ნაცხის აღება.¹³

გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 81c პარაგრაფის მე-2 ნაწილის თანახმად, დასაშვებია სისხლის ანალიზის აღება და ასევე წარმომავლობის დადგენა, რომლებიც აუცილებლად უნდა ჩაატაროს ექიმმა. მაშასადამე, მე-2 ნაწილიდან გამომდინარე, ორივე აღნიშნული ღონისძიებისას, შესაძლებელია უბრალოდ დათვალიერებაზე მეტის გაკეთება.¹⁴ სისხლის ანალიზის აღება განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია იმის დასამტკიცებლად, ხომ არ მოხდა მსხვერპლის რაიმე დაავადებით დაინფიცირება.¹⁵ ამას გარდა, დასაშვებია ასევე ნერწყვის სინჯის აღება,

9 *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 81c Rn. 11.

10 *Goers*, in: BeckOK-StPO, § 81c Rn. 2; Meyer-Goßner/Schmitt, § 81c Rn. 12.

11 შვად. *Trück*, in: MK-StPO, § 81c Rn. 11; Meyer-Goßner/Schmitt, § 81c Rn. 13.

12 იბ. *Trück*, MK-StPO, § 81c Rn. 12; *Hadamitzky*, KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 81 Rn. 1.

13 *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 81c Rn. 16; *Goers*, in: BeckOK-StPO, § 81c Rn. 4.1; განსხვ. მოსაზრება *Rogall*, in: SK-StPO, § 81c Rn. 19.

14 *Trück*, in: MK-StPO, § 81c Rn. 17.

15 *Brauer*, in: Gercke/Julius/Temming/Zöller, StPO, 7. Aufl. 2023, § 81c Rn. 15.

როგორც, სისხლის ანალიზის აღებასთან შედარებით, უფრო ნაკლები ინტენსივობის ჩარევა.¹⁶ გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 81c პარაგრაფის მე-2 ნაწილის ფარგლებში, დაუშვებელია, გამოკვლევამ რაიმე სახის ზიანი მიაყენოს გამოსაკვლევი პირის ჯანმრთელობას. სისხლის ანალიზი უნდა იქნას აღებული ექიმის მიერ. გარდა ამისა, დაგეგმილი კვლევა უნდა იყოს აუცილებელი ჭეშმარიტების დასადგენად. არ უნდა არსებობდეს სხვა, უფრო რბილი და ეფექტური საშუალებები.¹⁷

ამასთანავე, გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 81c პარაგრაფის მე-4 ნაწილი ამავე ნორმის პირველი და მე-2 ნაწილებით განსახორციელებელ ღონისძიებებთან მიმართებაში ადგენს თანაზომიერების სტანდარტს, ანუ, გამოკვლევის ინტერესი უნდა დაბალანსდეს მსხვერპლის ინტერესთან.¹⁸

მნიშვნელოვანია ასევე ის, რომ გამოსაკვლევ მესამე პირებს აქვთ გამოკვლევაზე უარის თქმის უფლება (გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 81c პარაგრაფის მე-3 ნაწილი), რომელიც ორიენტირებულია ამავე კოდექსის 52-ე პარაგრაფით გათვალისწინებული ბრალდებულის ოჯახის წევრების მხრიდან ჩვენების მიცემაზე უარის უფლებაზე.¹⁹

სქესობრივ დანაშაულებთან მიმართებაში განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 81d პარაგრაფის დებულებები სისხლის სამართლისა და ადმინისტრაციული სახდელის წარმოებების დირექტივების (RiStBV) 220-ე მუხლის პირველი პუნქტით გათვალისწინებულ სტანდარტებთან ერთად. მართალია, ეს წესი ვრცელდება ნებისმიერი სახის სხეულის გამოკვლევაზე,²⁰ თუმცა, მას განსაკუთრებული როლი აქვს სქესობრივი დანაშაულების ჩადენისას. იმ

16 ob. VerfGH Berlin, NJW 2006, 1416, 1418; *Busch*, NJW 2001, 1335, 1336; განსხვ. მოსაზრება *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, 3 81c Rn. 18.

17 *Trück*, in: MK-StPO, § 81c Rn. 21; LG Mannheim, NSTZ-RR 2004, 301, 302.

18 *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 81c Rn. 17, 21.

19 *Trück*, in: MK-StPO, § 81c Rn. 24; გაბატონებული აზრით, დაუშვებელია ინფორმაციის მიწოდებაზე უარის გასაჩივრება (*Trück*, Rn. 25); *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 81c Rn. 22, 23; *Hadamitzky*, in: KK-StPO, § 81c Rn. 10; განსხვ. OLG Braunschweig, NJW 1954, 1052, 1053; *Kretschmer*, HRRS 2012, 185, 189.

20 *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 81d Rn. 1.

შემთხვევაში, თუ გამოკვლევაში შეიძლება გამოიწვიოს გარკვეული უხერხულობა, მაშინ იგი აუცილებლად უნდა განახორციელოს იმავე სქესის ექიმმა. უნდა იქნას დაცული წესიერების ზოგადი წესები. პირს შეიძლება დიდი უხერხულობა შეუქმნას საწინააღმდეგო სქესის ექიმის მიერ განხორციელებულმა სრულმა გაშიშვლებამ, რამეთუ სასქესო ორგანოების გამოკვლევა ყველა შემთხვევაში გამოიწვევს ასეთ უხერხულობას.²¹ გარდა ამისა, გამოსაკვლევი პირის მოთხოვნის შემთხვევაში, აღნიშნულ პროცედურას უნდა დაესწროს მისი ნდობით აღჭურვილი პირი. სისხლის სამართლისა და ადმინისტრაციული სახდელის წარმოებების დირექტივების (RiStBV) 220-ე მუხლის პირველი პუნქტი აკონკრეტებს ამ სტანდარტს და ადგენს, რომ სხეულის დათვალიერებისა და გამოკვლევის განხორციელება მოითხოვს პატივისცემას, სათუთ მოპყრობას, საკმარის მზრუნველობასა და ინფორმირებულობას. სექსუალური დელიქტის მსხვერპლის სხეულის გამოკვლევა უნდა ჩატარდეს აუცილებელი სიფაქიბის დაცვით.²² ამასთანავე, სამედიცინო გამოკვლევების აუცილებელი წინაპირობაა, რომ ყოველივე განახორციელოს იმავე სქესის ექიმმა. ეს წინაპირობა შესასრულებლად აუცილებელია მაშინაც, როდესაც გამოკვლევა ეხება პირველად სასქესო ნიშნებს.²³

IV. მოლეკულურ-გენეტიკური კვლევა

იმ შემთხვევაში, თუ მოხდება ბრალდებულზე ან მსხვერპლზე კვალის/ნიმუშის აღმოჩენა, გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 81e პარაგრაფის პირველი ნაწილი დასაშვებად მიიჩნევს მოლეკულურ-გენეტიკური გამოკვლევის ჩატარებას აღნიშნული კვალის კუთვნილების დასადგენად.²⁴ მოლეკულურ-გენეტიკური გამოკვლევის სტანდარტიზაციიდან და ასევე, ცდომილების ძალიან მცირე შანსების გამო, როგორც

21 *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 81d Rn. 3; *Goers*, გამოცემაში BeckOK-StPO, § 81d Rn. 6.

22 *Kreiner*, in: BeckOK-StPO, RiStBV 220

23 *Kreiner*, in: BeckOK-StPO, RiStBV 220 Rn. 4.

24 *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 81d Rn. 1.

წესი, საკმარისია დნმ-ის ანალიზის შედეგი, მოსამართლის დასარწმუნებლად, რომ შემთხვევის ადგილზე აღებული კვალი ეკუთვნის სწორედ განსასჯელს.²⁵ გერმანიის უზენაესმა ფედერალურმა სასამართლომ დაადგინა, რომ არ არის საჭირო ისედაც მაღალი სტანდარტისა და ხარისხის კონტროლს დაქვემდებარებული მოლეკულურ-გენეტიკური გამოკვლევის შედეგების კიდევ უფრო ამომწურავი დასაბუთება.²⁶ იგივე წესი ვრცელდება ბიოსტატიკური ჭეშმარიტების დადგენაზე ცალსახა ცალკეული კვალის არსებობის შემთხვევაში. აქაც არსებობს ერთიანი სამეცნიერო სტანდარტი, რომლის საფუძველზეც საკმარისია ექსპერტიზის დასკვნის შედეგის წარდგენა დანომრილი სახით.²⁷ ყოველივე ეს ადვოკატს თითქმის გადაუღალახავი ბარიერის წინაშე აყენებს საქმის დნმ-ის ექსპერტიზის შედეგების გასაჩივრებისას, რამეთუ ეს მოითხოვს ბიოსტატიკურ სფეროებში სიღრმისეული ცოდნას.²⁸ სწორედ ამიტომ, დაცვის უახლესი სტრატეგიის ყურადღების ცენტრში ექცევა ხოლმე სხვა საკითხი: კერძოდ ის, თუ როგორ აღმოჩნდა დამნაშავეს კვალი შემთხვევის ადგილზე. ეს ნიშნავს, რომ კონკრეტული კვალის კონკრეტულ პირზე მიკუთვნების ნაცვლად, აქტუალური ხდება ამ კვალის წარმოშობის საკითხი ან კიდევ დნმ-ის ტრანსფერის შესაძლებლობა, სისხლისსამართლებრივად რელევანტურ ქმედებასთან ყოველგვარი კავშირის გარეშე.²⁹ ექსპერტის მიერ წარმოდგენილი ბიოსტატიკური შედეგი ეხება მხოლოდ და მხოლოდ იდენტობის საკითხს, ანუ იმას, მიეკუთვნება თუ არა კვალი რომელიმე პირს. მისი დასკვნა არ ეხება ე.წ. აქტივობის საკითხს, ანუ იმას, საიდან ან როდის აღმოჩნდა ის შემთხვევის ადგილას.³⁰ ამის თვალნათლივი მაგალითია გერმანიაში მომხდარი ე.წ. „ჰაილბრონის ფანტომის საქმე“. ამ საქმეში (ან, უფრო ზუსტად, ამ შემთხვევებში), კრიმინალისტებმა თავადვე მიიტანეს შეცდომით დნმ შემთხვევის ადგილზე, კერძოდ, ე.წ. ნაცხის ინ-

25 BGH, NStZ 2009, 285; *Baur/Fimmers/Schneider*, StV 2010, 175.

26 BGH, NStZ-RR 2012, 53, 54; NStZ 2013, 179, 180.

27 BGHSt 63, 187 Rn. 10 ff.; BGH, StV 2019, 316.

28 შეად. *Neuhaus*, in: Dölling/Duttge/Rössner, *Gesamtes Strafrecht*, 5. Aufl. 2022, § 81e StPO Rn. 9.

29 *Vennemann/Oppelt/Grethe/Anslinger/Schneider/Schneider*, NStZ 2022, 72.

30 დაწვრ. ob. *Vennemann/Oppelt/Grethe/Anslinger/Schneider/Schneider*, NStZ 2022, 72, 73 f.

სტრუმენტებით. ბამბის ჩხირები არ იყო სათანადო წესით დამზადებული, რაც თავდაპირველად არ ყოფილა თვალშისაცემი. სწორედ ამიტომ, სამი საგანგებო საგამოძიებო ჯგუფი ბადენ-ვიურტემბერგიდან, ზაარლანდიდან და რაინლანდ-ჰფალციდან ორი წლის განმავლობაში ეძებდა უცნობ ქალს, რომელსაც, სავარაუდოდ, ჩადენილი ჰქონდა რამდენიმე დანაშაული, მათ შორის, პოლიციელი ქალბატონის მკვლელობა ჰაილბრონში. საბოლოოდ აღმოჩნდა, რომ ფანტომი ყოფილა პატარა ბავარიულ კომპანიაში დასაქმებული შემფუთავი ქალბატონი, რომელიც ამ ჩხირებს ამზადებდა პოლიციისათვის (მისი კვალი შემთხვევით იყო დარჩენილი შეფუთულ ჩხირებზე და ის სულაც არ ყოფილა დამნაშავე. რედ. შენიშვნა).³¹

ამდენად, მიმდინარე სისხლის სამართლის საქმეებში სულ უფრო ხშირად განხილვის საგანია კონკრეტულ საქმესთან კავშირში არმყოფი დნმ-ის ტრანსფერის შესაძლებლობა. რამეთუ დნმ-ის კვალი იშვიათად იძლევა ინფორმაციას მისი შესაძლო გადაცემის გზის ამსახველ ინფორმაციას (ანუ თუ როგორ აღმოჩნდა ის შემთხვევის ადგილას). სხეულისგან გამოყოფილი სითხეების შემთხვევაში, როგორებიცაა, მაგალითად, სპერმა ან სისხლი, ტრანსფერის შედეგად კარგად ინტერპრეტირებადი დნმ-ის კვალია მოსალოდნელი, რომელიც არ განსხვავდება პირდაპირ გადატანადი/გადადებადი კვალისგან. ლატენტური დნმ-ის კვალის შემთხვევაში, ანუ, როდესაც უცნობია სხეულის კონკრეტული ქსოვილი, კვალის ინტენსივობა იძლევა გადადების გზის შეზღუდული დასკვნის გაკეთების შესაძლებლობას. სწორედ დნმ-ის მაღალი შემცველობის მქონე დნმ-ის კვალი და სრულად დადასტურებადი დნმ-ის პროფილები ხშირად მუსტად აიხსნება პირდაპირი და არა არაპირდაპირი ტრანსფერის მეშვეობით. თუმცა, უკვე ინტენსიური კვლევები ტარდება ასევე არაპირდაპირ ტრანსფერზეც, რომლებიც იძლევა სულ უფრო დეტალურ ინფორმაციას დნმ-ის ტრანსფერის შედეგების კომპლექსურ კონტექსტებზე.³²

შესაძლებელია ასევე უცნობი კვალის გამოკვლევაც. დნმ-ის ფენოტიპიზაციის (გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 81e

31 ob. *Neuhaus*, in: Müller/Schlothauer/Knauer, Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 3. Aufl. 2022, § 61 Rn. 36.

32 შეაღ. *Vennemann/Oppelt/Grethe/Anslinger/Schneider/Schneider*, NStZ 2022, 72, 76.

პარაგრაფის მე-2 ნაწილის მე-2 წინადადება) მიზანია არა კონკრეტული პირის იდენტიფიკაცია, არამედ, ის ეხება იმ შემთხვევებს, როდესაც ჯერ კიდევ უცნობია კვალის წარმომავლობა. ამ დროს დასაშვებია პირის თვალის, თმისა და კანის ფერის გამოკვლევა და ასევე ასაკის დადგენა. ეს, უპირველეს ყოვლისა, ემსახურება საგარაუდო ეჭვმიტანილთა წრის შეზღუდვის მიზანს. მიღებულმა შედეგებმა შეიძლება მიგვიყვანოს გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 81h პარაგრაფით გათვალისწინებულ კვლევებში ნებაყოფლობითი მონაწილეობის საკითხამდე.³³ მიღებული შედეგების მიმართ, სამართალდამცავმა ორგანოებმა, კვალის კუთვნილების ალბათობის საკითხიც უნდა გაითვალისწინონ.³⁴ ჯერ კიდევ არ არსებობს ბიოგეოგრაფიული წარმომავლობის კვლევის მომწესრიგებელი ნორმა, მიუხედავად იმისა, რომ იგი არა მხოლოდ სრულყოფდა ამ კომპონენტს,³⁵ არამედ, ჩემი აზრით, კონსტიტუციურ-სამართლებრივი თვალსაზრისითაც, იქნებოდა მისაღები.³⁶ გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ 2000 წელს დაადგინა, რომ „გენეტიკური თითის ანაბეჭდი“ არ ზღუდავს პიროვნების ხელშეუხებლობას. სფეროს, რომელიც, თავის მხრივ, დაცულია გერმანიის ძირითადი კანონის პირველი მუხლის პირველი პუნქტით გათვალისწინებული ადამიანის ღირსების გარანტიით. ეს მოხდებოდა მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ კვლევის შედეგად შესაძლებელი გახდებოდა ურთიერთკავშირის დადგენა ისეთ პერსონალურ ნიშნებთან, როგორიცაა, მაგალითად, გენეტიკური მახასიათებლები, დაავადებები და ხასიათის თვისებები.³⁷ არა მხოლოდ თვალის, თმისა და კანის ფერი და ასაკი, არამედ ბიოგეოგრაფიული წარმომავლობაც არის ის ნიშნები, რომლებიც ნებისმიერი ადამიანისათვის უშუალოდ აღქმადია გარედან. მნიშვნელობა არ აქვს, ჩვენება თუ საჭირო ინფორმაცია მიიღება ტრადიციული საგამომიებო მეთოდებით, როგორცაა, მაგალითად, მონშეთა დაკითხვა/გამოკითხვა თუ დნმ-ის ანალიზი. ბიოგეოგრაფიული წარმომავლობის საკითხზე ატეხილმა, სრულიად ზღვარგა-

33 *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 81e Rn. 10.

34 *ob. Anslinger/Bayer/Diepenbroek*, Kriminalistik 2020, 683, 684.

35 *Trück*, MK-StPO, § 81e Rn. 41.

36 შეად. მაგ. *Zöller/Thörnich*, ZIS 2017, 331, 338; *Beck*, KriPoZ 2017, 160; *Schneider*, NStZ 2018, 692; განსხვ. მოსაზრება *Jansen*, ZIS 2020, 233, 240.

37 BVerfG, NJW 2001, 879, 880.

დასულმა დისკრიმინაციის დებატებმა განაპირობა ის, რომ მსგავსი სახის გამოკვლევა შეუძლებელია გერმანული სამართლით. ყოველივე ეს დასაბუთებულ იქნა მოსალოდნელი დისკრიმინაციისა და სტიგმატიზაციის საფრთხით.³⁸ თუმცა ის, რომ ამან პირიქით, შეიძლება, ხელი შეუწყოს უმცირესობების დაცვას,³⁹ ცხადყოფს ნიდერლანდების მაგალითი. 1999 წელს სექსუალური მოტივით ჩადენილი, 16 წლის გოგონას მკვლელობის შემდეგ, ეჭვი იქნა მიტანილი შემთხვევის ადგილის სიახლოვეს მდებარე თავშესაფრის მაძიებელთა საცხოვრებლის მობინადრეებზე. თუმცა, შემთხვევის ადგილზე ნაპოვნი დნმ-ის კვალის ანალიზმა მიგვიყვანა ჩრდილო-დასავლეთ ევროპამდე, რის გამოც დროულად გაქარწყლდა ზემოთ აღნიშნული ეჭვი.⁴⁰

კვლევის ჩატარებისას, გადამწყვეტია ის საკითხი, თუ რომელ კვალზეა დასაშვები მოლეკულურ-გენეტიკური კვლევის ჩატარება. გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 81e პარაგრაფის მე-2 ნაწილის პირველი წინადადების მიხედვით, აღნიშნული დასაშვებია ნაპოვნი, ამოღებული ან დალუქული მასალის შემთხვევაში. ნაპოვნი მასალად ითვლება ის მასალა, რომელიც მართლზომიერად იქნა აღმოჩენილი იძულებითი ღონისძიებების გამოყენების გარეშე.⁴¹ ეს შეიძლება იყოს სხეულის უჭრედები ან შემთხვევის ადგილზე გადაგდებული სიგარეტის ნაშენავი.⁴² მაშასადამე, კვლევისას შესაძლებელია ასევე ღია კვალის ბრალდებულთან კავშირის დადგენა. ეს არ ეწინააღმდეგება საკუთარი თავის წინააღმდეგ ჩვენების მიცემის თავისუფლების პრინციპს, რამეთუ არ ხდება ბრალდებულის იძულება, აქტიურად შეუწყოს ხელი მის საწინააღმდეგოდ ფაქტობრივი გარემოებების დადგენას.⁴³ სხვაგვარი მდგომარეობაა გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 81a და 81c პარაგრაფებით გათვალისწინებული წინაპირობებისთვის შეგნებული თავის არიდების შემთხვევაში, როგორცაა, მაგალითად, მკაფიო ან კონკლუდენტური

38 შუად. *Weichert*, DuD 2018, 358, 369; *Deckers*, DRiZ 2017, 89; *Beck*, KriPoZ 2017, 160, 163, 166.

39 *Wolf*, DRiZ 2017, 88.

40 *Beck*, KriPoZ 2017, 160, 166 და *Schreiber*, ZRP 2019, 105, 107.

41 *Trück*, in: MK-StPO, § 81e Rn. 23.

42 *König*, Kriminalistik 2004, 262, 265.

43 *Trück*, in: MK-StPO, § 81e Rn. 23.

მოტყუება - ბრალდებულის დაკითხვისას, მისთვის სიგარეტის ან სასმელის შეთავაზებისას გენეტიკური მასალის მოპოვების მიზნით. ეს არ იქნებოდა ნაპოვნი მტკიცებულება და არ ჩაჯდებოდა 81e პარაგრაფის მეორე ნაწილში.⁴⁴

V. მტკიცებულებათა მოპოვება

როგორც უკვე აღინიშნა, მტკიცებულებათა შესაბამისი წესების დაცვით მოპოვება შემთხვევის ადგილზე და ასევე მსხვერპლზე არის ძალიან მნიშვნელოვანი. დნმ-ის კვალი შემთხვევის ადგილზე უნდა იქნას მოძიებული და ამოღებული შესაბამისი კრიმინალისტიკური წესების მიხედვით, ხოლო, მისი წარმომავლობა და უშუალო კავშირი ქმედებასთან დეტალურად უნდა იქნას შესწავლილი.⁴⁵

დანაშაულის ჩადენისა და მსხვერპლზე თავდასხმის სურათის რეკონსტრუქციის უზრუნველსაყოფად, აუცილებელია ამომწურავი და იმავდროულად ვიქტიმიზაციისგან თავისუფალი ანაზღაურების გაკეთება. დაუშვებელია მსხვერპლის განმეორებითი ტრავმირება არასაგნობრივი გამოკითხვითა და გამოკვლევით. თუმცა ეს არ ნიშნავს იმას, რომ გამოკვლევა არასრულყოფილად შეიძლება ჩატარდეს. აუცილებელია მთელი სხეულის სრულყოფილი და ამომწურავი გამოკვლევა, გენიტალიების, სასქესო ორგანოების ჩათვლით.⁴⁶ მსხვერპლის ტანსაცმელზე გარკვეული კვალის არსებობის გარდა, მის სხეულზე ხშირად მოიძებნება ძალადობის კვალი აქერცლილი კანის სახით, ასევე სისხლის კვალი აქტიური ან პასიური თავდაცვითი ქმედებების განხორციელების შემთხვევაში. ამასთანავე, ე.წ. „ფორმირებული დაზიანებები“ ადასტურებს დაბმის ფაქტს, ახდენს რა თავად შემთხვევის რეკონსტრუქციას.⁴⁷ რამეთუ მძიმე ანოგენიტალიური

44 *Trück*, in: MK-StPO, § 81e Rn. 23 f.

45 *ob. Neuhaus*, in: Dölling/Duttge/Rössner, § 81e StPO Rn. 7.

46 *შეად. Grasmann*, *Der Gewalt auf der Spur*, in: Berthel (Hrsg.), *Aktuelle Herausforderungen der Kriminalistik*, *Rothenburger Beiträge* 110, 2023, 9, 63; *Madea* (Hrsg.), *Rechtsmedizin. Befunderhebung. Rekonstruktion*, 480.

47 *Madea*, 483; *Grasmann*, 64.

დაზიანებები იშვიათია ძალადობრივი პენეტრაციის შემთხვევაში, საქმის ფაქტობრივი გარემოებების დასადგენად, ძალიან მნიშვნელოვანია ნე-ბისმიერი სახის, თუნდაც მცირედი კვალის არსებობა.⁴⁸ ბუნებრივია, აუცი-ლებელია ნეგატიური დასკვნების აღრიცხვაც (ანუ, როცა ვერ მოხერხდა კვალის პოვნა), რათა მოგვიანებით ცხადი იყოს, რომ სრულად მოხდა რეგიონების შესწავლა და არაფერი იქნა გამოტოვებული.⁴⁹ გამოკვლე-ვის ხანგრძლივობა დამოკიდებულია გინეკოლოგის ან სასამართლო ექსპერტის გამოცდილებაზე და გრძელდება დაახლოებით 1-1,5 საათი. პროცედურის გასამართლებლად, შემუშავდა გამოკვლევისთვის საჭირო ნაკრები, რომელიც თავსებადია კანონის მოთხოვნებთან, მოიცავს ყველა აუცილებელ ინსტრუმენტს და კლინიკებში არის განთავსებული.⁵⁰

VI. ანონიმური კვალის მოპოვება

იმ შემთხვევაში, თუ პირს არ სურს მაინცდამაინც პოლიციაში საჩივრის შეტანა, გერმანიაში არსებობს ე.წ. კონფიდენციალური კვალის მოპოვებ-ბის შესაძლებლობა, რომელიც არ არის დამოკიდებული საჩივარზე და ამ გზით შესაძლებელია მსხვერპლის დაზიანების თაობაზე, სასამართლოზე დასაშვები, სამედიცინო გზით კვალის მოპოვება.⁵¹ სექსუალური ძალადო-ბის მსხვერპლთა საკონსულტაციო ცენტრებში ქალებს აწვდიან შესაბამის ინფორმაცია ასეთი შესაძლებლობის არსებობის თაობაზე.⁵² ამის შედე-გად, დაინტერესებულ პირებს აქვთ დრო, იფიქრონ საჩივრის შეტანის თა-ობაზე (კლინიკაში შენახვის ვადის გათვალისწინებით).⁵³ მტკიცებულების

48 იხ. *Debertin/Todt*, *Der Gynäkologe* 2018, 249, 250.

49 შეად. *Grassberger/Türk*, *Die gerichtsverwertbare Dokumentation von Verletzun- gen*, in: *Grassberger/ Türk/Yen*, *Klinisch-forensische Medizin*, 2013, 113, 114.

50 იხ. *Blättner/Hintz*, *Der Gynäkologe* 2011, 487, 490; *Debertin/Todt*, *Der Gynäkologe* 2018, 249, 250.

51 *Balint/David/Fegert/Fryszler/Helling-Bakki/Hermmann/Hirchenhain/Schmidt/Winter*, *Geburtsh Frauenheilk* 2022, 694, 697; *Feld/Schulte/Bogus/Rothschild/Banaschak*, *Rechtsme- dizin* 2019, 484.

52 *Müller*, *Der Kriminalist* 2018, 13.

53 კიოლნის უნივერსიტეტის სასამართლო მედიცინის ინსტიტუტში ორი წელი ათ წლამდე ვადით გახანგრძლივების შესაძლებლობით ბონის საუნივერსიტეტო

შენახვის ვადა⁵⁴ დამოკიდებულია მისი შენახვის ადგილზე. მაგალითად, კიოლნში არსებობს 5 კლინიკა, რომლებშიც შესაძლებელია, სექსუალური დანაშაულის შემდგომი კვალის ანონიმურად აღება. სამედიცინო გამოკვლევის დასკვნა რჩება საავადმყოფოში, ხოლო კვალი და ნიმუშები ინახება კიოლნის საუნივერსიტეტო კლინიკის სასამართლო მედიცინის ინსტიტუტში.⁵⁵ იმ შემთხვევაში, თუ მსხვერპლი მიიღებს პოლიციაში საჩივრის წარდგენის გადაწყვეტილებას, კომპეტენტურმა საგამოძიებო უწყებამ, პროკურატურის მეშვეობით, შეიძლება გამოითხოვოს სასამართლო მედიცინის ინსტიტუტიდან შესაბამისი მასალა და ნიმუშები ფედერალური მიწის კრიმინალისტიკური სამსახურის ჩართულობით.⁵⁶ 2020 წლის პირველი მარტიდან ძალაშია ფედერალური კანონი (§ 132k SGB V), რომელიც განსაზღვრავს ნიმუშის კონფიდენციალურად აღების სახელმწიფო სადაზღვევო კომპანიის მიერ დაფინანსების წესს. ანაზღაურებას ექვემდებარება, სხეულზე ჩატარებული შესაბამისი ქმედებების, ლაბორატორიული გამოკვლევების, დოკუმენტაციის შედგენისა და ამოღებული ნიმუშების შენახვის ხარჯები.⁵⁷

VII. დასკვნა

სქესობრივი დანაშაულების ჩადენის შემდეგ, გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს არა მხოლოდ კვალის მოპოვებას, არამედ მიყენებული დამიანებების შესაბამის აღრიცხვასაც. გერმანიაში, სექსუალური ძალადობის მსხვერპლთა დასახმარებლად, უკანასკნელი წლების განმავლობაში, სტანდარტები შეიმუშავეს სხვადასხვა საერთაშორისო ორგანიზაციებ-

კლინიკაში.

54 *Balint/David/Fegert/Fryszler/Helling-Bakki/Hermann/Hirchenhain/Schmidt/Winter, GeburtshFrauenheilk 2022, 694, 698.* გარდა ამისა, სქესობრივ დანაშაულებთან მიმართებით, ხანდაზმულობის ვადები განსხვავებულად წესრიგდება. კერძოდ, ის აითვლება იმ დროიდან, როდესაც მსხვერპლს შეუსრულდება 30 წელი (§ 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB).

55 *Feld/Schulte/Bogus/Rothschild/Banaschak, Rechtsmedizin 2019, 484 ff.*

56 *Müller, Der Kriminalist 2018, 13, 14.*

57 *ob. Nolte, in: BeckOGK-SGB V, § 27 Rn. 67a.*

მა, როგორებიცაა, მაგალითად, ჯანდაცვის მსოფლიო ორგანიზაცია, სასამართლო სამედიცინო ინსტიტუტები და დარგობრივი საკონსულტაციო უწყებები.⁵⁸ კითხვარები და გამოკვლევის მეთოდები ქმნიან ერთიან სტანდარტებს.⁵⁹ მხოლოდ ასეთი, სასამართლო-სამედიცინო და კრიმინალისტიკური სტანდარტების საფუძველზე უზრუნველყოფილი მტკიცებულებების მოპოვება, მათ შორის, მოლექულურ-გენეტიკური გამოკვლევის ჩატარების მიზნით, არის გამოსადეგი. ამ კონტექსტში, გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს არა მხოლოდ დნმ-ის კვალის იდენტიობას, არამედ აქტივობის დონის გარკვევას, მეორადი გადატანის გამოსარიცხად. გერმანიაში საკმარისად არსებობს შესაბამისი სისხლისსამართლებრივი საპროცესო ნორმები. სწორედ ამიტომ, გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს კვალისა და მიყენებული დაზიანებების აღრიცხვის პრაქტიკას, რათა საპროცესო ნორმებმა დამაჯერებელი მტკიცებულების მეშვეობით დანაშაულის ჩამდენ პირთა გასამართლების უზრუნველყოფა შეძლონ.

58 როგორიცაა მაგ. მიწის საკოორდინაციო უწყება ASS NRW.

59 *Fischer, Akutversorgung nach sexualisierter Gewalt: Zur Umsetzung von Artikel 25 der Istanbul-Konvention in Deutschland*, 2020, 87 f.

SPURENSICHERUNG BEI SEXUALDELIKTEN

Prof. Dr. **Anja Schiemann**, Universität zu Köln

I. Einführung

Die Spurensicherung bei Sexualdelikten unterscheidet sich hinsichtlich der strafprozessualen Ermächtigungsgrundlagen nicht von der Spurensicherung bei anderen Delikten. Allerdings gibt es besondere Vorschriften wie beispielsweise § 81d StPO, die gerade bei Sexualdelikten eine Rolle spielen können. Hiernach ist die körperliche Untersuchung – sofern sie das Schamgefühl verletzen kann – von einer Person gleichen Geschlechts oder von einer Ärztin oder einem Arzt vorzunehmen.

Häufig liegen bei Sexualdelikten die Probleme aber auf ganz anderer Ebene. Da Sexualstraftaten in der Regel nicht vor Zeugen begangen werden, ist das vermeintliche Opfer und somit die Zeugenaussage oft das einzige und entscheidende Beweismittel. Die Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen führen dann zu erheblichen Beweisproblemen.¹ Liegen dagegen Beweise bspw. in Form von DNA- und Spermaspuren oder Verletzungen vor, können diese gesichert und durch Sachverständige begutachtet werden. Bei sexualisierter Gewalt spielt auch die Beweissicherung am vermeintlichen Opfer eine große Rolle. Wert zu legen ist in diesem sensiblen Bereich auf eine standardisierte Dokumentation und eine fachärztliche Untersuchung.² So hat eine Studie ergeben, dass die frühe Einstellung von Strafverfahren bei sexualisierter Gewalt mit dem Fehlen einer fachärztlichen Befundung korreliert.³ Insofern sind es weniger die strafprozessualen Ermächtigungsgrundlagen, die die deutschen Ermittlungsbehörden vor Herausforderungen stellen, sondern die Praxis der Beweissicherung.

1 Vgl. *Beck*, in: *Knierim/Oehmichen/Beck/Geisler*, *Gesamtes Strafrecht*, 1. Aufl. 2018, Kap. 3 Rn. 50; ausf. auch *Geipel/Renzikowski*, in: *Geipel/Renzikowski*, *Verteidigung bei Sexualdelikten*, 1. Aufl. 2022, Teil 4 Rn. 185 ff.

2 Ausf. *Blättner/Hintz*, *Der Gynäkologe* 2011, 487 ff.

3 Vgl. *Seith/Lovett/Kelli*, *Unterschiedliche Systeme, ähnliche Resultate? Strafverfolgung von Vergewaltigung in elf europäischen Ländern. Länderbericht Deutschland*, 2009.

Dennoch soll zunächst ein kurzer Überblick über die strafprozessualen Befugnisnormen erfolgen, die beim Beschuldigten, aber auch dem Opfer eines Sexualdelikts eine Spurensicherung ermöglichen. Neben der rechtsmedizinischen Betrachtung von Verletzungsspuren kommt der molekulargenetischen Untersuchung eine entscheidende Rolle zu, sofern Blut-, Sperma- und Speichelspuren, aber auch Haut- und Haarpartikel zur Verfügung stehen. Um zu gewährleisten, dass Spuren zur Auswertung auch verlässlich zugeordnet werden können, ist zudem die Spuren- und Verletzungssicherung bedeutsam. Opfer von Sexualstraftaten, die sich nicht gleich zu einer Strafanzeige entschließen können, können in Deutschland die Spuren zudem anonym sichern lassen, so dass diese für ein späteres Strafverfahren zur Verfügung stehen.

II. Körperliche Untersuchung des Beschuldigten

§ 81a StPO gestattet z.B. die zwangsweise körperliche Untersuchung des Beschuldigten. Er muss es hinnehmen, dass sein Körper zum Augenscheinobjekt gemacht wird.⁴ Der Zweck der Untersuchung muss die Feststellung verfahrenserheblicher Tatsachen betreffen, für deren Vorliegen bereits bestimmte Anhaltspunkte bestehen. Es geht um die Feststellung der Beschaffenheit des Körpers oder einzelner Körperteile des Beschuldigten, die Hinweise auf Tatspuren, wie bspw. Verletzungen geben. Davon unterscheidet sich die körperliche Untersuchung von der körperlichen Durchsuchung nach § 102 StPO, bei der in oder unter der Kleidung oder auf der Körperoberfläche nach Beweismitteln gesucht wird.⁵ Bei der einfachen körperlichen Untersuchung i.S. des § 81a Abs. 1 S. 1 StPO werden die bezweckten Feststellungen ohne körperliche Eingriffe allein durch sinnliche Wahrnehmung getroffen.⁶ Körperliche Eingriffe, wobei § 81a Abs. 1 S. 2 StPO den Hauptanwendungsfall der Blutprobenentnahme namentlich

4 *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 66. Aufl. 2023, § 81a Rn. 1. Beschuldigte i.S. der Norm sind auch Angeschuldigte, Angeklagte und Verurteilte.

5 Vgl. *Goers*, in: BeckOK-StPO, 48. Ed. (Stand: 1.7.2023), § 81a Rn. 5; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 81a Rn. 8, 9.

6 *Goers*, in: BeckOK-StPO, § 81a Rn. 7.

erwähnt, liegen vor, wenn unter Zufügung auch nur geringfügiger Verletzungen in das haut- und muskelumschlossene Innere des Körpers eingedrungen wird, um Körperbestandteile wie bspw. Körperzellen, Speichel und ähnliches zu entnehmen.⁷ Die körperlichen Eingriffe müssen von einem Arzt nach den Regeln ärztlicher Kunst vorgenommen werden und dürfen keinen gesundheitlichen Nachteil mit sich bringen.

Aufgrund der Weite des Wortlauts ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei den Eingriffsmöglichkeiten nach § 81a StPO besonders zu beachten. Der Eingriff darf insoweit auch nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache und zur Stärke des bestehenden Tatverdachts stehen.⁸ Bei Sexualstraftaten steht zumindest die Bedeutung der Sache außer Frage.

III. Körperliche Untersuchung beim Opfer

§ 81c StPO enthält eine abschließende Regelung zur Untersuchung anderer Personen. Den Zeugen, also auch das Opfer, trifft hiernach eine Duldungspflicht zur Untersuchung auf Spuren und Tatfolgen – sog. Spurengrundsatz.⁹ Spuren sind unmittelbar durch die Tat verursachte Veränderungen am Körper, die Rückschlüsse auf den Täter oder die Tatausführung ermöglichen, wie bspw. Wunden, Blutspuren, Spermienreste oder Hautreste unter Fingernägeln.¹⁰ Tatfolgen sind durch die Tat eingetretene Veränderungen am Körper des Opfers, wie bspw. Hautabschürfungen oder die Defloration bei der Vergewaltigung.¹¹ Die Untersuchung muss sich auf bestimmte Spuren oder Tatfolgen beziehen, d.h. sie darf nicht ohne genügenden Anlass erfolgen, sondern es müssen konkrete Anhaltspunkte über Art und Vorhandensein der Spur oder Tatfolge bestehen, zu deren Auffindung sie dient.¹² Die Untersuchung an tatunverdächtigen Personen

7 Siehe *Trück*, in: MK-StPO, 2. Aufl. 2023, § 81a Rn. 11.

8 BVerfG, NJW 2004, 3697, 3698.

9 *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 81c Rn. 11.

10 *Goers*, in: BeckOK-StPO, § 81c Rn. 2; Meyer-Goßner/Schmitt, § 81c Rn. 12.

11 Vgl. *Trück*, in: MK-StPO, § 81c Rn. 11; Meyer-Goßner/Schmitt, § 81c Rn. 13.

12 Siehe *Trück*, MK-StPO, § 81c Rn. 12; *Hadamitzky*, KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 81 Rn. 1.

gestattet nur die körperliche Untersuchung, nicht aber den körperlichen Eingriff. Die Inspektion natürlicher Körperöffnungen ist aber zulässig, ebenfalls bspw. ein Scheidenabstrich.¹³

Nach § 81c Abs. 2 StPO sind Blutprobenentnahmen und Abstammungsuntersuchungen zulässig, die aber durch einen Arzt vorzunehmen sind. Abs. 2 statuiert also eine Sonderregelung, nach der für die beiden genannten Maßnahmen die Grenze der Beobachtung überschritten werden darf.¹⁴ Die Blutprobenentnahme kann bei Sexualdelikten insbesondere für den Nachweis angeordnet werden, ob das Tatopfer bei der Tat mit einer Krankheit infiziert wurde.¹⁵ Daneben ist als weniger eingriffsintensives Minus gegenüber der Blutprobenentnahme auch die Speichelprobe zulässig.¹⁶ Auch im Rahmen des § 81c Abs. 2 StPO gilt, dass die Untersuchung zu keinen Nachteilen für die Gesundheit des Untersuchten führt und Blutproben nur von einem Arzt vorgenommen werden dürfen. Darüber hinaus muss die Maßnahme zur Erforschung der Wahrheit unerlässlich sein, wobei ausreichend ist, dass die Maßnahme gemessen an der Aufklärungspflicht notwendig ist und andere Mittel nicht zur Verfügung stehen oder keinen Erfolg versprechen.¹⁷

Zudem normiert § 81c Abs. 4 StPO sowohl für die Maßnahmen nach Abs. 1 als auch nach Abs. 2 den Grundsatz der Zumutbarkeit, wobei es sich hierbei um eine Hervorhebung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes handelt, d.h. das Aufklärungsinteresse ist gegenüber dem Interesse des Betroffenen abzuwägen.¹⁸

Bedeutsam ist auch, dass dem zu untersuchenden Dritten ein Untersuchungsverweigerungsrecht gem. § 81c Abs. 3 StPO zustehen kann, das sich nach dem Zeugnisverweigerungsrecht der Angehörigen des Beschuldigten nach § 52 StPO richtet.¹⁹

13 *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 81c Rn. 16; *Goers*, in: BeckOK-StPO, § 81c Rn. 4.1; a.A. *Rogall*, in: SK-StPO, § 81c Rn. 19.

14 *Trück*, in: MK-StPO, § 81c Rn. 17.

15 *Brauer*, in: Gercke/Julius/Temming/Zöller, StPO, 7. Aufl. 2023, § 81c Rn. 15.

16 Siehe VerfGH Berlin, NJW 2006, 1416, 1418; *Busch*, NJW 2001, 1335, 1336; a.A. *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, 3 81c Rn. 18.

17 *Trück*, in: MK-StPO, § 81c Rn. 21; LG Mannheim, NSTz-RR 2004, 301, 302.

18 *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 81c Rn. 17, 21.

19 *Trück*, in: MK-StPO, § 81c Rn. 24; nach h.M. dagegen keine Berufung auf ein Auskunftsverweigerungsrecht möglich (*Trück*, Rn. 25); *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt,

Im Zusammenhang mit Sexualstraftaten kommt § 81d StPO in Verbindung mit Nr. 220 Abs. 1 der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) eine erhebliche Bedeutung zu. Die Vorschrift gilt zwar bei körperlichen Untersuchungen jeder Art.²⁰ Sie spielt aber gerade bei Untersuchungen nach Sexualstraftaten eine große Rolle. Kann die Untersuchung das Schamgefühl verletzen, so muss diese zwingend von einer Person gleichen Geschlechts oder von einem Arzt oder einer Ärztin vorgenommen werden. Das Schamgefühl und die allgemeinen Regeln der Schicklichkeit und des Anstands müssen gewahrt werden. Das völlige Entkleiden vor einer Person anderen Geschlechts, die kein Arzt oder keine Ärztin ist und die Untersuchung der Geschlechtsorgane durch diese Person verletzt dabei das Schamgefühl unter allen Umständen.²¹ Darüber hinaus soll auf Verlangen der betroffenen Person die Zuziehung einer Person des Vertrauens zugelassen werden. Nr. 220 Abs. 1 RiStBV konkretisiert die Vorschrift. Danach wird festgestellt, dass die Anordnung und Durchführung der körperlichen Untersuchung Behutsamkeit, Einfühlungsvermögen sowie eine hinreichende Betreuung und Information erfordern. Die körperliche Untersuchung von Opfern von Sexualstraftaten gebietet es, diese mit dem nötigen Feingefühl vorzunehmen.²² Daneben wird auch für ärztliche Untersuchungen festgestellt, dass diese bei berechtigtem Interesse durch einen Arzt oder eine Ärztin gleichen Geschlechts durchgeführt werden soll. Ein solches ist bei Sexualdelikten regelmäßig gegeben, wenn sich die Untersuchung auch auf die primären Geschlechtsmerkmale erstreckt.²³

§ 81c Rn. 22, 23; *Hadamitzky*, in: KK-StPO, § 81c Rn. 10; a.A. OLG Braunschweig, NJW 1954, 1052, 1053; *Kretschmer*, HRRS 2012, 185, 189.

20 *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 81d Rn. 1.

21 *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 81d Rn. 3; *Goers*, in: BeckOK-StPO, § 81d Rn. 6.

22 *Kreiner*, in: BeckOK-StPO, RiStBV 220 Rn. 2.

23 *Kreiner*, in: BeckOK-StPO, RiStBV 220 Rn. 4.

IV. Molekulargenetische Untersuchung

Werden Spuren am Beschuldigten oder Tatopfer gesichert, so erlaubt § 81e Abs. 1 StPO die molekulargenetische Untersuchung zur Identifizierung bzw. dem Ausschluss von Spurenverursachern.²⁴ Wegen der erreichten Standardisierung der molekulargenetischen Untersuchung und einem Seltenheitswert im Millionenbereich reicht das Ergebnis der DNA-Analyse regelmäßig aus, um zur Überzeugung des Tatrichters zu führen, dass die am Tatort gesicherte DNA-Spur vom Angeklagten herrührt.²⁵ Der Bundesgerichtshof hat demzufolge festgestellt, dass es bei diesen im hohen Maße standardisierten und einer Qualitätskontrolle unterliegenden molekulargenetischen Untersuchungsverfahren keiner Darlegung mehr im Urteil bedarf.²⁶ Gleiches gilt für die biostatistische Wahrscheinlichkeitsaussage in Fällen eindeutiger Einzelspuren. Auch hier liegen einheitliche wissenschaftliche Standards vor, so dass lediglich das Gutachtenergebnis in numerischer Form mitgeteilt werden muss.²⁷ Dies hat zur Folge, dass die Berufung auf die Unrichtigkeit eines DNA-Gutachtens Verteidiger vor eine kaum zu lösende Aufgabe stellt, da sie vertiefte Kenntnisse in den biostatistischen Bereichen voraussetzt.²⁸ Deswegen gerät in der jüngeren Verteidigerstrategie eine andere Frage in den Fokus des Interesses: nämlich die, wie die (Täter)Spur überhaupt an den Tatort gelangt ist. D.h. anstelle der Zuordnung einer Spur zu einer Person rückt die Frage nach der Spurentstehung bzw. die Möglichkeit eines DNA-Transfers ohne Bezug zu einer strafrechtlich relevanten Handlung in den Vordergrund der Betrachtung.²⁹ Denn das vom Sachverständigen mitgeteilte biostatistische Ergebnis bezieht sich ausschließlich auf die Identitätsebene, also darauf, ob die Spur von einer Person abstammt. Über die sog. Aktivitätsebene ist dadurch nichts gesagt, also darüber, zu welchem Zeitpunkt die Spur entstanden ist und wie sie an den Tatort gelangt ist.³⁰ Unrühmliches Beispiel in Deutschland ist hier das sog. „Phantom

24 *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 81d Rn. 1.

25 BGH, NSTZ 2009, 285; *Baur/Fimmers/Schneider*, StV 2010, 175.

26 BGH, NSTZ-RR 2012, 53, 54; NSTZ 2013, 179, 180.

27 BGHSt 63, 187 Rn. 10 ff.; BGH, StV 2019, 316.

28 Vgl. *Neuhaus*, in: Dölling/Duttge/Rössner, *Gesamtes Strafrecht*, 5. Aufl. 2022, § 81e StPO Rn. 9.

29 *Vennemann/Oppelt/Grethe/Anslinger/Schneider/Schneider*, NSTZ 2022, 72.

30 Zur Ursprungs- und Aktivitätsebene ausführlich ebenfalls *Vennemann/Oppelt/Gret-*

von Heilbronn“ . Die Beamten der Spurensicherung brachten in diesem Fall – oder besser gesagt den diversen Fällen – die DNA selbst mit zum Tatort, und zwar im sog. Abstrichbesteck. Die Wattestäbchen waren nicht sachgerecht produziert worden, was zunächst nicht auffiel. Daher suchten drei Sonderkommissionen aus Baden-Württemberg, dem Saarland und aus Rheinland-Pfalz über mehr als zwei Jahre nach einer unbekanntem Frau, die Täterin ganz verschiedener Delikte gewesen sein sollte, darunter am Mord an einer Polizistin in Heilbronn. Das Phantom entpuppte sich schließlich als Verpackerin einer kleinen bayerischen Firma, die diese Bestecke für die Polizei produzierte.³¹

In aktuellen Strafverfahren wird daher immer häufiger die Möglichkeit eines indirekten DNA-Transfers ohne konkreten Tatbezug diskutiert. Denn die DNA-Spur gibt nur in seltenen Fällen Auskunft über den möglichen Übertragungsweg. Gerade bei Körperflüssigkeiten wie Sperma oder Blut sind auch nach einem Transferereignis gut interpretierbare DNA-Befunde zu erwarten, die von direkt übertragenen Spuren nicht unterscheidbar sind. Bei latenten DNA-Spuren, d.h. bei solchen, bei denen das zugrundeliegende Körpergewebe oder -sekret nicht bekannt ist, lässt ggf. die Intensität der Spur einen eingeschränkten Rückschluss auf den Übertragungsweg zu. Gerade DNA-Spuren mit einem hohen DNA-Gehalt und vollständig nachweisbaren DNA-Profilen lassen sich über einen direkten Transfer häufig plausibler erklären als durch einen indirekten Transfer. Aber auch zum indirekten Transfer finden mittlerweile intensive Forschungen statt, die immer detailliertere Einblicke in die komplexen Zusammenhänge bei DNA-Transferereignissen liefern.³²

Auch unbekanntes Spurenmaterial kann untersucht werden. Die DNA-Phänotypisierung nach § 81e Abs. 2 S. 2 StPO dient nicht der Identifizierung eines konkreten Täters, sondern ist für Fälle vorgesehen, in denen noch unbekannt ist, von welcher Person das Spurenmaterial stammt. Hier sind zusätzliche Feststellungen über die Augen-, Haar- und Hautfarbe einer Person sowie das Alter zulässig. Es geht primär darum, den Kreis der Verdächtigen einzuschränken

he/Anslinger/Schneider/Schneider, NStZ 2022, 72, 73 f.

31 Siehe *Neuhaus*, in: Müller/Schlothauer/Knauer, Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 3. Aufl. 2022, § 61 Rn. 36.

32 Vgl. *Vennemann/Oppelt/Grethe/Anslinger/Schneider/Schneider*, NStZ 2022, 72, 76.

sowie unverdächtige Personengruppen auszuschließen. Die gewonnenen Ergebnisse können dann bspw. auch dazu führen, eine freiwillige Teilnahme an einer gem. § 81h StPO durchzuführenden Reihenuntersuchung mit den festgestellten Merkmalen vorzubereiten.³³ Hinsichtlich der Ergebnisse haben die Ermittlungsbehörden die Wahrscheinlichkeitswerte miteinzubeziehen, die für die jeweiligen Merkmale sowie in deren Kombination gegeben sind.³⁴ Gesetzlich nicht durchgesetzt hat sich die Aufnahme der Ermittlung der biogeografischen Herkunft, obwohl diese nicht nur die Aussagekraft weiter erhöht hätte,³⁵ sondern meiner Meinung nach auch verfassungsrechtlich unbedenklich ist.³⁶ Das BVerfG hat im Jahr 2000 entschieden, dass der „genetische Fingerabdruck“ den unantastbaren Kernbereich der Persönlichkeit, der seinerseits durch die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG geschützt wird, nicht berührt. Dies wäre nur dann der Fall, wenn hierdurch Rückschlüsse auf persönlichkeitsbegründende Merkmale wie Erbanlagen, Krankheiten und Charaktereigenschaften gezogen werden könnten.³⁷ Nicht nur Augen-, Haar- und Hautfarbe sowie Alter, sondern auch die biogeographische Herkunft sind aber Merkmale, die von außen für jedermann unmittelbar wahrnehmbar sind. Ob Aussagen zu diesen Merkmalen jetzt durch herkömmliche Ermittlungsmethoden wie beispielsweise eine Zeugenbefragung gewonnen werden oder durch eine DNA-Analyse macht keinen Unterschied. Insofern führte letztlich eine völlig aus dem Ruder gelaufene Diskriminierungsdebatte um die biogeographische Herkunft dazu, dass eine solche Untersuchung nach deutschem Recht nicht möglich ist. Begründet wurde das mit der Gefahr einer drohenden Diskriminierung und Stigmatisierungseffekten.³⁸ Das es aber umgekehrt auch Potenzial birgt, um Minderheiten zu entlasten,³⁹ zeigt ein Fall aus den Niederlanden. 1999 gerieten nach dem Sexualmord an einer 16jährigen zunächst die Bewohner eines in der Nähe des Tatorts gelegenen

33 *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 81e Rn. 10.

34 Siehe *Anslinger/Bayer/Diepenbroek*, Kriminalistik 2020, 683, 684.

35 So *Trück*, MK-StPO, § 81e Rn. 41.

36 Vgl. bspw. *Zöller/Thörnich*, ZIS 2017, 331, 338; *Beck*, KriPoZ 2017, 160; *Schneider*, NStZ 2018, 692; a.A. *Jansen*, ZIS 2020, 233, 240.

37 BVerfG, NJW 2001, 879, 880.

38 Vgl. *Weichert*, DuD 2018, 358, 369; *Deckers*, DRiZ 2017, 89; *Beck*, KriPoZ 2017, 160, 163, 166.

39 *Wolf*, DRiZ 2017, 88.

Asylbewerberheims in Verdacht. Die Analyse einer am Tatort gefundenen DNA-Spur deutete dann aber auf einen Spurenverursacher aus Nordwesteuropa, so dass dem Generalverdacht frühzeitig entgegengetreten wurde.⁴⁰

Für die Spurensicherung bedeutsam ist die Frage, an welchen Spuren molekulargenetische Untersuchungen vorgenommen werden dürfen. Dies ist nach § 81e Abs. 2 S. 1 StPO an aufgefundenem, sichergestelltem oder beschlagnahmtem Material zulässig. Aufgefundenes Spurenmaterial ist solches, das ohne Zwangsmaßnahmen rechtmäßig erlangt wurde.⁴¹ Das können Körperzellen an Spurentägern sein, die vom Beschuldigten oder Zeugen zurückgelassen wurden wie bspw. eine am Tatort geworfene Zigarettenkippe.⁴² Insofern darf auch auf offene Spuren des Beschuldigten zurückgegriffen werden. Denn darin liegt kein Verstoß gegen den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit, da dieser nur gebietet, dass der Beschuldigte nicht zur aktiven Sachverhaltsaufklärung gezwungen werden darf.⁴³ Anders ist es bei bewusster Umgehung der Anordnungsvoraussetzungen der §§ 81a, 81c StPO, wie bei ausdrücklicher oder konkludenter Täuschung. Diese liegt vor, wenn bei Durchführung der Beschuldigtenvernehmung durch Anbieten von Zigaretten und Getränken die staatliche Verfügungsmacht über Spurenmaterial schon vor dessen Entstehung hergestellt würde. Dies wäre vom Wortsinn des Auffindens nicht mehr gedeckt.⁴⁴

40 Geschildert bei *Beck*, KriPoZ 2017, 160, 166 und *Schreiber*, ZRP 2019, 105, 107.

41 *Trück*, in: MK-StPO, § 81e Rn. 23.

42 *König*, Kriminalistik 2004, 262, 265.

43 *Trück*, in: MK-StPO, § 81e Rn. 23.

44 *Trück*, in: MK-StPO, § 81e Rn. 23 f.

V. Beweissicherung

Wie durch diese, kommt der Praxis der Beweissicherung vor Ort aber auch am Opfer entscheidende Bedeutung zu. So sind die DNA-Tatortspuren nach den einschlägigen kriminalistischen Regeln zu suchen und zu sichern und gerade ihre Entstehung und Beziehung zur Tat müssen genauestens geprüft werden.⁴⁵

Zur Rekonstruktion des Tathergangs sowie der Einwirkung des Täters auf das Opfer ist eine ausführliche und zugleich viktimisierungsfreie Anamneseerhebung notwendig. Eine sekundäre Traumatisierung des Opfers durch unsachliche Befragung oder Untersuchung ist grundsätzlich zu vermeiden. Dies bedeutet aber nicht, dass die Untersuchung unvollständig bleiben darf. Vielmehr bedarf es einer vollständigen und detaillierten Ganzkörperuntersuchung inklusive des Anogenitalbereichs.⁴⁶ Neben Spuren an der Kleidung des Opfers finden sich am häufigsten Hinweise auf stumpfe Gewalt in Form von Hautabschürfungen sowie Ein- bzw. Unterblutungen durch aktive oder passive Abwehrverletzungen. Dabei sind „geformte Verletzungen“ durch bspw. Fesselung darüber hinaus geeignet, Angaben zum Geschehensablauf zu belegen.⁴⁷ Denn schwere Anogenital-Verletzungen sind selbst bei gewaltsamer Penetration eher selten, so dass auch diskreten extragenitalen Befunden wie kleinsten Griffspuren große Bedeutung zur Verifizierung des Sachverhalts zukommen kann.⁴⁸ Daneben sind selbstverständlich auch Negativbefunde zu dokumentieren, damit auch später noch nachvollzogen werden kann, dass die Regionen tatsächlich untersucht und nicht etwa übersehen wurden.⁴⁹ Die Untersuchungsdauer im Rahmen des Dokumentationsbogens ist von der Erfahrung des Gynäkologen oder Rechtsmediziners im Dokumentieren

45 Siehe *Neuhaus*, in: Dölling/Duttge/Rössner, § 81e StPO Rn. 7.

46 Vgl. *Grasmann*, Der Gewalt auf der Spur, in: Berthel, Aktuelle Herausforderungen der Kriminalistik, Rothenburger Beiträge 110, 2023, 9, 63; *Madea*, Rechtsmedizin. Befunderhebung. Rekonstruktion, 3. Aufl. 2015, 480.

47 *Kernbach-Wighton/Banaschak/Madea/Pollak/Thierauf/Geserick/Schmeling/Saternusm* in: *Madea*, Rechtsmedizin. Befunderhebung. Rekonstruktion, 3. Aufl. 2015, S. 483; *Grasmann*, Der Gewalt auf der Spur, in: Berthel, Aktuelle Herausforderungen der Kriminalistik, Rothenburger Beiträge 110, 2023, 64.

48 Siehe *Debertin/Todt*, Der Gynäkologe 2018, 249, 250.

49 Vgl. *Grassberger/Türk*, Die gerichtsverwertbare Dokumentation von Verletzungen, in: *Grassberger/ Türk/Yen*, Klinisch-forensische Medizin, 2013, 113, 114.

und Beweissichern abhängig und beträgt etwa eine bis eineinhalb Stunden. Zur Unterstützung des Vorgehens wurde ein Spurensicherungsset entwickelt, das auf den Dokumentationsprozess abgestimmt ist, alle notwendigen Utensilien umfasst und in den Klinken bereitliegt.⁵⁰

VI. Anonyme Spurensicherung

Falls eine polizeiliche Anzeige nicht gewünscht ist, besteht in Deutschland die Möglichkeit einer sogenannten Vertraulichen oder Anonymen Spurensicherung, die anzeigenunabhängig ist und eine gerichtsverwertbare ärztliche Dokumentation der Verletzungen des Opfers und eine Spurensicherung ohne sofortige Anzeigerstattung ermöglicht.⁵¹ Frauen werden auf die Möglichkeit der anonymen Spurensicherung bspw. in den Beratungsstellen gegen sexualisierte Gewalt hingewiesen.⁵² Dadurch haben die Betroffenen Zeit, die Anzeige zu überdenken und diese – abhängig von der Verwahrungszeit⁵³ – zu einem späteren Zeitpunkt zu stellen. Die Verwahrdauer variiert abhängig vom Versorgungsort.⁵⁴ In Köln gibt es beispielsweise fünf Kliniken, die die anonyme Spurensicherung nach Sexualstraftaten anbieten. Während der ärztliche Untersuchungsbericht im Krankenhaus verbleibt, werden die anonymisierten Spuren am Rechtsmedizinischen Institut der Uniklinik Köln gelagert.⁵⁵ Entscheidet sich ein Opfer zu einer späteren Strafanzeige bei der Polizei, dann kann das zuständige Ermittlungskommissariat über die Staatsanwaltschaft bei dem Rechtsmedizinischen Institut die Spuren zur Auswer-

50 Siehe *Blättner/Hintz*, *Der Gynäkologe* 2011, 487, 490; *Debertin/Todt*, *Der Gynäkologe* 2018, 249, 250.

51 *Balint/David/Fegert/Fryszler/Helling-Bakki/Herrmann/Hirchenhain/Schmidt/Winter*, *Geburtsh Frauenheilk* 2022, 694, 697; *Feld/Schulte/Bogus/Rothschild/Banaschak*, *Rechtsmedizin* 2019, 484.

52 *Müller*, *Der Kriminalist* 2018, 13.

53 Am Rechtsmedizinischen Institut der Universität zu Köln bspw. zwei Jahre mit der Möglichkeit der Verlängerung. Bis zu zehn Jahren an der Uniklinik Bonn.

54 *Balint/David/Fegert/Fryszler/Helling-Bakki/Herrmann/Hirchenhain/Schmidt/Winter*, *Geburtsh Frauenheilk* 2022, 694, 698. Zudem enthalten die Verjährungsregelungen bei Sexualstraftaten eine Sondervorschrift, nach der die Verjährungsfrist erst beginnt, wenn das Opfer das 30. Lebensjahr vollendet hat (§ 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB).

55 *Feld/Schulte/Bogus/Rothschild/Banaschak*, *Rechtsmedizin* 2019, 484 ff.

tung durch das Landeskriminalamt anfordern.⁵⁶ Seit dem 1. März 2020 ist auf Bundesebene ein Gesetz in Kraft (§ 132k SGB V), das die Finanzierung der vertraulichen Spurensicherung als Leistung der gesetzlichen Krankenkasse ermöglichen soll. Der Leistungsanspruch bezieht sich auf Maßnahmen der Spurensicherung am Körper einschließlich erforderlicher Dokumentation und Laboruntersuchungen sowie eine ordnungsgemäße Aufbewahrung der sichergestellten Befunde.⁵⁷

VII. Fazit

Bei Sexualdelikten kommt nicht nur der Spurensicherung, sondern auch der Verletzungsdokumentation eine entscheidende Bedeutung zu. In Deutschland haben in den letzten Jahren verschiedene internationale Organisationen wie die WHO, rechtsmedizinische Institute und Fachberatungsstellen⁵⁸ Standards für die Akutversorgung nach sexualisierter Gewalt entwickelt. Dokumentationsbögen und Untersuchungsmaterialien schaffen Struktur und vergleichbare Standards in Bezug auf die Verletzungsdokumentation und Spurensicherung.⁵⁹ Nur wenn dies gewährleistet ist, können die so nach rechtsmedizinischen und kriminalistischen Standards gesicherten Beweise u.a. für eine molekulargenetische Untersuchung genutzt werden. Entscheidend ist dabei nicht nur, die Identitätsebene der DNA-Spur, sondern auch die Aktivitätsebene zu klären, um Sekundärübertragungen auszuschließen. Der Katalog der entsprechenden strafprozessualen Eingriffsnormen in Deutschland ist ausreichend. Insofern kommt es entscheidend auf die Praxis der Spurensicherung und Verletzungsdokumentation an, damit die Eingriffsnormen die Täter von Sexualstraftaten auch gerichtsfest überführen können.

56 *Müller*, Der Kriminalist 2018, 13, 14.

57 Siehe *Nolte*, in: BeckOGK-SGB V, § 27 Rn. 67a.

58 Wie bspw. die Landeskoordinierungsstelle ASS NRW.

59 *Fischer*, Akutversorgung nach sexualisierter Gewalt: Zur Umsetzung von Artikel 25 der Istanbul-Konvention in Deutschland, 2020, S. 87 f.

ხელოვნური ინტელექტის სისხლისსამართლებრივი გამოწვევები

პროფ. კაი კორნელიუსი, LL.M., ჰამბურგის უნივერსიტეტი
ჰანზის უმაღლესი ინსტანციის სასამართლოს მოსამართლე

I. შესავალი

Intel-ის ყოფილი ხელმძღვანელის, Andrew S. Grow-ს გამონათქვამი – „In technology, whatever can be done, will be done“ – თითქოს ახდა. ჰოლივუდური ფილმები, დიდი ხანია ეძღვნება იმ თემას, რომ ოდესღაც ადამიანის მიერ შექმნილმა ხელოვნურმა ინტელექტმა გადაიბარა სამყაროს კონტროლი. იქნება ეს „ნეო“ „მატრიცაში“ თუ „სარა კონორი“ „ტერმინატორში“, ამ ფილმების ყველა გმირი იბრძვის ბოროტი და უკონტროლო ტექნიკის წინააღმდეგ. წინამდებარე ნაშრომის მიზანია არა რომელიმე ეკრანიზაციის განხილვა, არამედ, ხელოვნური ინტელექტის სისხლისსამართლებრივ გამოწვევებზე მოსაზრებების გამოხატვა.

უპირველეს ყოვლისა, განიმარტება, თუ რა არის „ხელოვნური ინტელექტი“ და რა რისკებია მასთან დაკავშირებული. აქვე ჩნდება კითხვები ამ რისკების სამართავად სისხლის სამართლის როლთან დაკავშირებით.

II. „ხელოვნური ინტელექტის“ ცნება

„ხელოვნური ინტელექტი“, როგორც სამეცნიერო დისციპლინა, მოიცავს ბევრ მოდელსა და ტექნიკას, რომლის ფარგლებშიც, განსაკუთრებით, გამოიყოფა ავტომატური სწავლება („Deep Learning“ ხელოვნური ინტელექტის უნარით, დამოუკიდებლად გაზარდოს ქმედუნარიანობა მონაცემთა მასების შეფასებით),¹ ავტომატური ამოცანება (რომელიც ეხება დაგეგმვას, გაწერას, ცოდნის წარმოდგენასა და დასკვნებს, ასევე ძიებასა

1 Eberl, *Smarte Maschinen*, 2016, 41 ff., 91 ff.; „deep“-მა უნდა გვიჩვენოს, რომ „Input-Layer“-სა და „Output-Layer“-ს შორის არის კიდევ ერთი ან რამდენიმე „Hidden-Layer“; Frochte, *Maschinelles Lernen*, 2019, 174; Yuan, *RW* 2018, 477 (490).

და ოპტიმიზაციას) და რობოტიზმი (რომელიც მოიცავს მართვას, აღქმას, სენსორებსა და აქტორებს, ასევე დამატებით უნარ-ჩვევებს კიბერფიზიკურ სისტემებში).²

ხელოვნური ინტელექტის დღევანდელ სისტემები, „სუსტი ხელოვნური ინტელექტის“ გამოხატულებაა, რომლებიც წყვეტენ მხოლოდ სპეციფიურ ამოცანებს გარკვეული, განსაზღვრული სფეროდან. სუსტი ხელოვნური ინტელექტი ვერ ახერხებს ერთი სფეროდან მეორე სფეროში დასკვნების გადატანას ან განზოგადების გაკეთებას. ეს კი ნიშნავს, რომ ხელოვნური ინტელექტის დღევანდელი სისტემები იმგვარად ოპერირებს, რომ მათ მხოლოდ მოჩვენებითად აქვთ ინტელექტი. იგივეს თქმა შეიძლება ასევე ისეთ გენერირებულ ხელოვნურ ინტელექტზე, როგორცაა, მაგალითად, „ChatGPT“ ან „Luminous“, მედიცინაში (მაგ., კომპიუტერული და მაგნიტო-რეზონანსული ტომოგრაფიის შეფასებისას),³ ავტონომიურ საავტომობილო სისტემებში გამოყენებული პროგრამები ან კომპიუტერული თამაშები (z.B. „DeepMind“-ის მიერ შექმნილი პროგრამა „AlphaGo“).⁴

ამის საპირისპიროდ, „ძლიერი ხელოვნური ინტელექტის“ მიმართ არსებობს მოლოდინი, ადამიანური ჩარევის გარეშე, არა მხოლოდ ერთი რომელიმე დავალების, არამედ დავალებათა სრული სპექტრის, დაძლევისა და შესრულებისა. მსგავსი „თვითცნობიერი“ და საკუთარი მოქმედების საფუძვლის შემქმნელი ხელოვნური ინტელექტის სისტემები დღეისათვის ისევე არ არსებობს, როგორც არ არსებობს ემოციებით აღსავსე ხელოვნური ინტელექტი.⁵ ხელოვნური ინტელექტი ვერ ასრულებს დამოუკიდებლად ცოდნის შექმნის ფუნქციას, რის გამოც ამ ტერმინს ხშირად აკრიტიკებენ და სანაცვლოდ გვთავაზობენ „გაფართოებული ინტელექტის“ ცნებას. ჭერ კიდევ ადამიანი ახდენს გადასაწყვეტი პრობლემისა და შესასრულებელი დავალების ფორმულირებას.⁶ მათ შორის, ეს ეხება ე.წ.

2 მაღალი რანგის ექსპერტთა ჯგუფი, Ethik-Leitlinien für eine vertrauenswürdige KI, 2019, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>, 47 Abschnitt (144).

3 *Schneider*, URO-NEWS, 2023; 27 (4).

4 *Gaede*, Künstliche Intelligenz – Rechte und Strafen für Roboter? 2019, 21 f.; *Lenzen*, Künstliche Intelligenz, 2018, 12 ff., 64 ff., 124 ff.

5 *Gaede*, Künstliche Intelligenz – Rechte und Strafen für Roboter? 2019, 22; *Herberger*, NJW 2018, 2825 (2829).

6 *Yuan*, RW 2018, 477 (492), სასწავლო ალგორითმის ტრენინგის ზუსტი აღწერით.

ავტონომიურ სასიკვდილო იარაღის სისტემას, რომელთა მართვაც შეუძლებელია გარკვეული ადამიანური კონტროლის გარეშე. „მკვლელი რობოტი“, რომელიც სრულიად დამოუკიდებლად მოქმედებს ბრძოლის ველზე, ამ დრომდე (ჯერჯერობით) არ არსებობს. ადამიანი ალგორითმებს ანიჭებს დანიშნულებას, როგორც ადამიანური სულის გამოვლინებას.⁷ ამდენად, ფილმებში ასახული რეალობა ჯერ კიდევ ძალიან შორსაა ნამდვილი რეალობისგან.

III. ხელოვნური ინტელექტის გამოყენების რისკი

„ChatGPT“ დანამდვილებით არის ხელოვნური ინტელექტის გამოყენების კარგი მაგალითი. ხელოვნური ინტელექტის მიერ დასჯადი ქმედების ჩადენის შესაძლებლობის (ხელოვნური ინტელექტის სისტემა სისხლისსამართლებრივად დასჯადი რომ იყოს) განსამართავად, შესაძლებელია შემდეგი მაგალითის მოყვანა. 19 წლის ჩეილი, იმყოფებოდა ხელოვნური ინტელექტის ჩათბოტის გავლენის ქვეშ. აღნიშნული ბოტი თავს წარმოაჩენდა, როგორც მისი „მეგობარი გოგო“ და მხარს უჭერდა მის ჩანაფიქრს, მშვილდ-ისრით თავს დასხმოდა დედოფალ ელისაბედ მეორეს.⁸ ხელოვნური ინტელექტის ეს ქმედება შეიძლება შეფასდეს დახმარებად, იმ შემთხვევაში, თუ ჩავთლით, რომ ხელოვნურ ინტელექტზე, როგორც ადამიანზე, ისე ვრცელდება სისხლის სამართალი. კიდევ ერთი მაგალითი არის თავად ხელოვნური ინტელექტის სისტემა, რომელიც შეგნებულად არ არის ადამიანის მსგავსი რობოტი: 2016 წლის 23 მარტს ჩაეშვა მაიკროსოფტის ბოტი სახელად „Tay“, მოკლედ: Think about you“. ამ ხელოვნური ინტელექტით აღჭურვილ ბოტს უნდა ესწავლა მასთან წარმოებული დიალოგიდანვე, მისი მისამართით მიწერილ ყოველ ტვიტზე პასუხის გაცემა. უწყინარი დასაწყისის შემდეგ, „Tay“ ძალიან სწრაფად ჩამოყალიბდა კაცთმოძულე, რასისტულ ბოტად, რომელმაც, მათ შორის,

7 Herberger, NJW 2018, 2825 (2827).

8 <https://economictimes.indiatimes.com/news/new-updates/indian-origin-man-arrested-for-queen-elizabeth-ii-assassination-plot-influenced-by-ai-girlfriend/articleshow/101575699.cms?from=mdr> (ნანახია 14.11.2023).

უარყო ჰოლოკოსტი.⁹ მან ვერ გაძლო სულ რაღაც 24 საათიც კი და ამის შემდგომ ის გათიშეს – „Tay“-მ განიცადა ვირტუალური გარდაცვალება.

ხელოვნური ინტელექტის დღევანდელი სისტემები თვითონ იღებენ „გადაწყვეტილებებს“ მიღებული გამოცდილებისა და სასწავლო პროცესების საფუძველზე, ცვლიან რა ალგორითმებს, რომლებიც დამოუკიდებლად საფუძვლად ედება მათ ქცევასა და ამგვარად განსაზღვრავენ გადაწყვეტის გზებს (აღამიანის მიერ მიცემული), დავალების¹⁰ ამოსახსნელად.¹¹ ანუ, საქმე ეხება ყოველ შემდგომ საფეხურზე მუდმივად სახეცვლად პროცესს.¹² მართალია, მიღებული გადაწყვეტილება ასეთი სისტემისთვის შეიძლება იყოს „სწორი“, თუმცა ის ამავდროულად ეწინააღმდეგებოდეს მოქმედ სამართლებრივ და ფასეულობათა სისტემას. ეს გარემოება გვიჩვენებს აუცილებლობას, დავეფიქრდეთ სავარაუდო მართლსაწინააღმდეგო ქმედების აღრიცხვას ავტონომიური სისტემების ინტერაქციებში, რამეთუ, მათი მონაწილეობითა და დაქსელვით, რთულდება ქმედების შერაცხვა რომელიმე კონკრეტული მონაწილისთვის. ეს ეხება ასევე სპეციფიური დაზიანების გათვალისწინებადობასა და მის თავიდან აცილებადობას. რისკები, რომლებიც აქედან გამომდინარეობს, შეიძლება დაიყოს ავტონომიურ, კავშირისგან (აღამიანისა და ხელოვნური ინტელექტის სისტემა) და ქსელებისგან (ციფრული სისტემების კავშირი) გამომდინარე რისკებად, რომლებიდანაც კვლევის შემდეგ ნაწილში უფრო მეტად ავტონომიურ რისკს შევხებით,¹³ რამეთუ იბადება კითხვა, შესაძლებელია თუ არა, რომ ხელოვნური ინტელექტის სისტემები, რო-

9 <https://www.sueddeutsche.de/digital/microsoft-programm-tay-rassistischer-chat-roboter-mit-falschen-werten-bombardiert-1.2928421> (ნანახია 14.11.2023).

10 ამას ყოველთვის განსაზღვრავს აღამიანი, რამეთუ (ჯერ კიდევ) არ არსებობს თვითშეგნებული ხელოვნური ინტელექტი, იხ. ზემოთ მე-5 სქოლიო.

11 Zech, in: Gless/Seelmann (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, 163 (171); Schulz, *Verantwortlichkeit bei autonom agierenden Systemen*, 2015, 44; Yuan, *RW* 2018, 477 (481).

12 ზეად. Silver/Hubert/Schrittwieser/Antonoglou/Lai/Guez/Lanctot/Sifre/Kumaran/Graepel/Lillicrap/Simon-yan/Hassabis, *Science* 362 (2018), 1140, „Reinforcement Learning“-თან დაკავშირებით, როდესაც წინასწარ მხოლოდ ფუნდამენტური წესები და შეფასების კრიტერიუმები განისაზღვრება, მანამ, სანამ სისტემა გადავიდოდეს თვითსწავლების პროცესზე; ზეად. ასევე Erhardt/Mona, in: Gless/Seelmann (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, 61 (78 f., 92); Yuan, *RW* 2018, 477 (487).

13 Teubner, *AcP* 218 (2018), 155 (163 ff.; 196 ff.); Cornelius, *ZRP* 2019, 8 (9 f.).

გორც ქმედუნარიანი სამართლის სუბიექტები, ისე იქნას აღიარებული.¹⁴

უპირველეს ყოვლისა, უნდა აღინიშნოს, რომ „ხელოვნური პირები“ არაფერ განსხვავებულს არ წარმოადგენს.¹⁵ მათთან მიმართებაშიც ისევე, როგორც სხვა დანარჩენ „ხელოვნურ აქტორებთან“ მიმართებაში, ქმედუნარიანობის შეფასებისას, არ ხდება შინაგან ფსიქიკურ მდგომარეობაზე (შინაგანი აზროვნების უნარი) დაყრდნობა; ამ სისტემებისთვის, დამოუკიდებელი აზროვნების ნაცვლად, გადამწყვეტია მომხმარებელთან კომუნიკაცია და აქედან მიღებული ინფორმაციის დამუშავება, რის გამოც ტერმინი „ხელოვნური კომუნიკაცია“, ნაცვლად „ხელოვნური ინტელექტისა“, სავარაუდოდ, უფრო ზუსტია.¹⁶ ავტონომიის კიდევ ერთი, აუცილებელი წინაპირობაა ნებაზე დაფუძნებული მოქმედება, მიუხედავად იმისა, რომ აქაც საქმე ეხება არა ხელოვნური ინტელექტის შინაგან ფსიქიკურ მდგომარეობას, არამედ გარე დამკვირვებლის მიერ მისთვის მიზანმიმართული მოქმედების შერაცხვას.¹⁷ სისტემურ-თეორიული თვალსაზრისით, ეს იმგვარად უნდა იქნას გაგებული, რომ მომეტებული სოციალური კომპლექსურობის პირობებში (როგორცია თუნდაც სამართალი), ავტონომიურ სისტემებს შეერაცხება გარკვეული ქმედებები.¹⁸ ე.წ. კავშირის რისკი გამომდინარეობს ადამიანსა და ხელოვნური ინტელექტის სისტემას შორის მჭიდრო თანამშრომლობიდან. შესაბამისად, იბადება ანალოგიური კითხვები, როგორც, მაგალითად, ფორმალური ორგანიზაციების სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობასთან მიმართებით, რაც თავის მხრივ დაკავშირებულია დანაშაულსა და ცალკეულ გადაწყვეტილებებს შორის მიზეზ-შედეგობრივი კავშირის არაპერსონალიზაციისა და გაუხსნელობის პრობლემასთან.¹⁹

მსგავსი გამოწვევები გვაქვს სხვადასხვა ქსელების ერთმანეთთან და-

14 შეად. *Zech* (Fn. 11), 191 ff.; *Cornelius*, ZRP 2019, 8 (9).

15 *Schuhr*, *Rechtstheorie* 46 (2015), 225 (254).

16 შეად. *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (171 f.); *Esposito*, *ZfSoz* 2017, 249 (250); *Cornelius*, ZRP 2019, 8 (9).

17 *Dennett*, *The Intentional Stance*, 1987, 17; *Matthias*, *Automaten als Träger von Rechten*, 2. Aufl. 2010, 41 ff.; *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (172); *Cornelius*, ZRP 2019, 8 (9).

18 *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (172); *Cornelius*, ZRP 2019, 8 (9).

19 *Bergmann*, *MSchrKrim* 2016, 3 (10); *Kölbel*, *NZWiSt* 2018, 407 (408) m.w.N. in Fn. 14 und 15; *Cornelius*, ZRP 2019, 8 (10).

კავშირების დროსაც. რაც უფრო კომპლექსურია სისტემების ქსელები,²⁰ მით უფრო რთულდება მოქმედი პირებისა და მიზეზ-შედეგობრივი კავშირების გამოვლენა.²¹

IV. რისკის სისხლისსამართლებრივად მართვა

1. პასუხისმგებლობის განაწილება

ავტონომიის რისკის გათვალისწინებით, განსაკუთრებით დგება სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის საკითხი. ხელოვნური სისტემის ავტონომიის ზრდა ადამიანური კონტროლის დაკარგვის ზრდასაც გამოიწვევს, რის გამოც პასუხისმგებლობის თემა კიდევ უფრო აქტუალური გახდება.²² მაშასადამე, იბადება კითხვა, უნდა მოხდეს თუ არა ხელოვნური ინტელექტის სისტემის სანქციონირება?

უპირველეს ყოვლისა, ამის დამაბრკოლებელი გარემოება შეიძლება გახდეს ბრალის საკითხი.²³ პერსონალური გაკიცხვა, როგორც ბრალის წინაპირობა (და გერმანიაში დღეისათვის მოქმედი დოგმატიკით, დასჯადობის წინაპირობა) თითქმის შეუთავსებელია „ხელოვნურ აქტორებთან“. შეუძლებელია არსებობდეს მსგავსი სახის „ხელოვნური პირების“ ბრალი²⁴, რომელიც თავის მხრივ უკავშირდება კონსტიტუციით გარანტირე-

20 შეად. *Beck*, in: Hilgendorf/Seidel (Hrsg.), *Robotics*, 2017, 227 (233 f.); *Spiecker*, CR 2016, 698 (701); *Cornelius*, ZRP 2019, 8 (10).

21 შეად. *Zech* (Fn. 11), 170; *Cornelius*, ZRP 2019, 8 (10).

22 შეად. *Cornelius*, ZRP 2019, 8 (9 f.).

23 BVerfGE 45, 187 (253 ff.); *Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 69. Aufl. 2022, § 20 Rn. 2, ერთმანეთისგან უნდა გაიმიჯნოს ბრალის კონსტიტუციურსამართლებრივი და სისხლისსამართლებრივი ცნება; *Hörnle*, in: Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter (Hrsg.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen*, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, 325 (340); *dies.*, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, 60, რომელშიც ის (49 ff.) ტვინთან დაკავშირებული ახალი კვლევებიდან გამომდინარე ბრალის ცნების უარყოფას ემხრობა; შეად. ასევე (იურიდიული პირების კონტექსტში) ბრალისგან დამოუკიდებელი პრევენციული სასჯელის იდეა, *Wohlens*, NZWiSt 2018, 412 (419), და პარასისხლისსამართლებრივი მოწესრიგება, *Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop*, *wistra* 2018, 27 (29).

24 შეად. გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვე-

ბულ ადამიანის ღირსებას.²⁵

ამისდა მიუხედავად, ძირითადი კანონი მაინც არ ეწინააღმდეგება ბრალის ცნების სხვაგვარად გაგებას.²⁶ მაგალითად, იურიდიული პირების დასჯადობის შემოღების სახით, რომლის ფარგლებშიც სოციალური ბრალის ცნებაზე და მისგან გამომდინარე პასუხისმგებლობაზე მიმდინარეობს დისკუსიები.²⁷

თუმცა, ბრალის შინაარსი უნდა მოიცავდეს უმართლობას.²⁸ შესაბამისად, ხელოვნური ინტელექტის სისტემების შერაცხადობა დამოკიდებული იქნება მათ მიერ მიღებულ მართლსაწინააღმდეგო (ავტონომიურ) გადაწყვეტილებაზე. ამას კი მაშინ ექნებოდა აზრი, ხელოვნურ ინტელექტს თავისი ქმედებების სამართლის მიხედვით შეფასება რომ შეეძლოს. მხოლოდ ამის შედეგად იქნებოდა შესაძლებელი ხელოვნური ინტელექტის სისტემებისათვის შესაბამისი ბრალდების წაყენება.²⁹ ეს მოსაზრებები

ტილება, 123, 267 (Lissabon), აბზ. 364: „სისხლის სამართალი ეფუძნება ბრალის პრინციპს, რომლის წინაპირობაა ადამიანის პასუხისმგებლობა, თავად, საკუთარი ნების თავისუფლების შესაბამისად, გააკეთოს არჩევანი სამართალსა და უმართლობას შორის. ადამიანის ღირსების დაცვას საფუძვლად უდევს წარმოდგენა ადამიანზე, როგორც სულიერ-მორალურ არსებაზე, რომელიც მიმართულია, თავისუფლებაში თვითგამორკვევასა და განვითარებაზე [...]. სისხლის სამართლის თვალსაზრისით, გერმანიის ძირითადი კანონის პირველი მუხლის პირველი პუნქტი აწესრიგებს სასჯელის არსსა და ბრალთან მის ურთიერთქმედებას [...]. პრინციპს, რომ ნებისმიერი სასჯელის წინაპირობა ბრალია, საფუძველი უდევს ადამიანის ღირსების დაცვის გარანტიაში გერმანიის ძირითადი კანონის პირველი მუხლის პირველი პუნქტის შესაბამისად [...]. ბრალის პრინციპი, კონსტიტუციის 79-ე მუხლის მე-3 პუნქტიდან გამომდინარე, ხელშეუხებელია და ასევე დაცულია თუნდაც სუბრანაციონალური სამართლის მხრიდან ჩარევისგან.“

25 *Cornelius*, ZRP 2019, 8 (10).

26 *Jahn*, in: *Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop*, Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen, 2016, 53 (73 f.); *Simmeler/Markwalder*, ZStW 2017, 20 (41), sehen „Schuld als Zuschreibung“; შეად. ასევე die Begründung zum Kölner Entwurf des Verbandssanktionengesetzes, 22.

27 *Tiedemann*, NJW 1988, 1169 (1172 f.); *Dannecker*, GA 2001, 101 (112); *Hilf*, NZWiSt 2016, 189 (190 ff.).

28 გაერთიანებების შერაცხადობის საკითხზე იხ. *Dannecker*, GA 2001, 101 (112).

29 *Hilgendorf*, in: *Barton/Eschelbach/Hettinger/Kempf/Krehl/Salditt* (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, 2018, 99 (112). მას სურს პროგრამულ უზრუნველყოფაში ნორმებისა და ფასეულობების ინტეგრირება, რომლებიც შედარებადია სასწავლო პროცესებთან; *Gless*, GA 2017, 324 (328), ამის საპირისპიროდ, ითხოვს „რეფლექსიის

თანხვედრაშია იმ მოთხოვნასთან, რომ ხელოვნური ინტელექტის სისტემები დამოუკიდებლად უნდა იყოს ორიენტირებული მოქმედ ნორმებზე. მხოლოდ ამ შემთხვევაში შეიძლება იყვნენ ისინი სისხლისსამართლებრივი დებულებების გამოსადეგი ადრესატები.³⁰ ამისათვის საჭიროა არა მხოლოდ მოქმედ ნორმებზე დამოუკიდებელი ორიენტაციის უნარი, არამედ ამ ნორმებში განხორციელებულ მნიშვნელოვანი ცვლილებების გათვალისწინების უნარიც.

ხელოვნური ინტელექტის სისტემების გადანწყვეტილებების რთული განჭვრეტადობის გამო, მათი შექმნისა და ტრენინგების შემდეგაც კი, უდიდესი მნიშვნელობა ენიჭება მიმდინარე პროცესებზე ადამიანის მხრიდან დაკვირვებას, იმის უზრუნველსაყოფად, რომ სისტემამ, მისი ამოქმედების შემდეგ, დასახული მიზნების შესაბამისად ან სამართლებრივი ნორმების ფარგლებში იფუნქციონიროს.³¹

სწორედ ამიტომ, პასუხისმგებლობის თვალსაზრისით, განსაკუთრებული მნიშვნელობა ენიჭება ხელოვნური ინტელექტის სისტემების გაუფრთხილებლობისთვის დასჯადობას (განსაკუთრებით, სისხლის სამართლის 222-ე და 229-ე პარაგრაფების ჭრილში). შეგვიძლია დავასახელოთ თუნდაც პროგრამის შემქმნელის პასუხისმგებლობა.³² თუმცა, გაუფრთხილებლობით ჩადენილი დანაშაულის დასჯადობის წინაპირობაა თავიდან აცილებადი და აღმოფხვრადი კონსტრუქციული, ფაბრიკაციული და ინსტრუქციული შეცდომის დაშვება.³³ ამგვარად, გაუფრთხილებლობის დასადგენად, პასუხი უნდა გაეცეს კითხვას, თუ როგორ მოიქცეოდნენ შეცდომის დამშვები პირის ადგილას სხვა, მონესრიგებული დეველოპერები (მაგ. იმ შემთხვევაში, თუ პროგრამული შეცდომის საფუძველზე, ხელოვნური ინტელექტის სისტემა გამოიწვევს ადამიანის ჯანმრთელობის დაზიანებას).³⁴

უნარის მქონე არსებას“, რომელსაც უნდა ჰქონდეს მისი მოქმედებების მორალური ჩაძიების უნარი.

30 *Schuhr*, *Rechtstheorie* 46 (2015), 225 (258); *Seher*, in: Gless/Seelmann (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, 45 (47).

31 შეად. *Cornelius*, *ZIS* 2020, 51 (63).

32 *Meyer*, *ZRP* 2018, 233 (236).

33 *Meyer*, *ZRP* 2018, 233 (236).

34 შეად. *Yuan*, *RW* 2018, 477 (494 f.).

მიმოქცევაში ჩაშვების შემდეგ, მწარმოებელი ვალდებულია, რეაგირება მოახდინოს ხელოვნური ინტელექტის მიერ განხორციელებულ, ამოცნობილ ან ამოცნობად, რისკიან არასწორ პროცესებზე (პროდუქციიდან გამომდინარე სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის პრინციპები³⁵ – ამავდროულად, სადავოა, უნდა ითვლებოდეს თუ არა დევლოპერი სამართლებრივ გარანტად მას შემდეგ, რაც ის ყველა წესის დაცვით ჩაუშვებს პროგრამას მიმოქცევაში³⁶).

გაუფრთხილებლობისთვის პასუხისმგებლობა, შესაძლებელია, ხელოვნური ინტელექტის როგორც გამოყენებლობამ, ასევე გამოყენებამ გამოიწვიოს.³⁷ განსაკუთრებით, ეს საკითხი რელევანტურია სამედიცინო სფეროში. ხელოვნური ინტელექტის სისტემები ძლიერია ვიზუალიზებული დიაგნოსტიკის სფეროში, მაგალითად, ფილტვის კიბოს ან ინსულტის დიაგნოსტიკისას კომპიუტერული ტომოგრაფიის საფუძველზე, ან კიდევ კანის დაზიანების ხარისხის განსაზღვრისას.³⁸ ამ სისტემების ფართომასშტაბიანი დანერგვის შემთხვევაში, არსებული სისტემების გამოყენებლობა განიხილება, როგორც ზრუნვის ვალდებულების დარღვევა, იმ შემთხვევაში, თუ დადგება თავიდან აცილებადი ზიანი, მაგალითად, მცდარი დიაგნოზის საფუძველზე.³⁹ მსგავსი სახის ხელოვნური ინტელექტის სისტემის გამოყენების შემთხვევაში, არასწორი დიაგნოზის დასმის დადასტურებისას, ექიმის მხრიდან ზრუნვის ვალდებულების დარღვევა სახეზე იქნება მხოლოდ სისტემის არასწორი შერჩევისას (სისტემის გამოყენების მიზანთან შეუთავსებლობა), მომსახურებისას (მწარმოებლის მოთხოვნასთან შეუსაბამოდ) ან მონიტორინგისას (არასისტემატური ექსპლუატაცია, უსაფრთხოების თვალსაჩინო ნაკლოვანებების გაუთვალისწინებლობა).⁴⁰

35 შეად. BGH, NSiZ 1990, 567 ff.

36 შეად. *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2023, 29.

37 *Kilian*, in: Savory (Hrsg.), Expertensysteme: Nutzen für Ihr Unternehmen, 2. Aufl. 1989, 393 (395), არსებული სამედიცინო საექსპერტო სისტემების არგამოყენების თვალსაზრისით.

38 *Brinker/Hekler/Enk/Klode/Hauschild/Berking/Schilling/Haferkamp/Schadendorf/Holland-Letz/Utikal/v. Kalle*, European Journal of Cancer 113 (2019), 47.

39 შეად. *Meyer*, ZRP 2018, 233 (236).

40 *Horner/Kaulartz*, CR 2016, 7 (8), მართალია, ჩამოაყალიბეს ეს კლასიფიკაცია გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 831-ე პარაგრაფზე დაყრდნობით, თუმცა,

ამასთანავე, ინდივიდუალური სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის კონტექსტში, საინტერესოა ისეთი ქმედებებიც, რომლებსაც ხანგრძლივი ეფექტი აქვს. ამის თვალსაჩინო მაგალითია ვალდებულების დარღვევა რომელიმე კომპანიის ხელმძღვანელის მიერ არასწორი საინვესტიციო გადაწყვეტილების სახით, ხელოვნური ინტელექტის გამოყენების გზით.⁴¹ იმ შემთხვევაში, თუ ამ პირმა გონივრულად იგარაუდა, რომ არსებული ინფორმაციის საფუძველზე, იმოქმედა ორგანიზაციის საუკეთესო ინტერესებიდან გამომდინარე, არ გვექნება მისი მხრიდან ვალდებულების დარღვევა.⁴² ეს ნიშნავს, რომ ხელმძღვანელობის გადაწყვეტილება უნდა ეფუძნებოდეს შესაბამის ინფორმაციებს.⁴³ ხელოვნური ინტელექტის გამოყენებისას კი, ეს საორჭოფოა, ვინაიდან თვითონ ეს სისტემა ე.წ. შავი ყუთითაა და მხოლოდ მიწოდებულ, მასში ჩატვირთულ ინფორმაციებს შეიცავს.⁴⁴

და ბოლოს, იურიდიული პირების სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის შემოღების შემდეგ, მხედველობაში იქნება მისაღები კომპანიების მხრიდან, ხელოვნური ინტელექტის გამოყენების რისკი. მაგალითად, შეიძლება საჭირო გახდეს ხელოვნური ინტელექტის უსაფრთხოებაზე პასუხისმგებელი ხელმძღვანელი პირები (როგორც ამას ასევე ითვალისწინებს ევროკომისიის ხელოვნური ინტელექტის რეგულაციის პროექტი).⁴⁵ მათი უშუალო კომპეტენცია იქნებოდა დაკვირვება და თვალსაჩინო გადაცდომების აღმოჩენისას იმის უზრუნველყოფა, რომ გამოყენებული ხელოვნური ინტელექტის სისტემები არ გაცდეს სამართლებრივ ჩარჩოებს.⁴⁶ აუცილებელია გამოყენებულ სისტემებზე ეფექტური ადამიანური მედამხედველობის განხორციელება.⁴⁷ იმის გათვალისწინებით, რომ ევროკომისიის ხელოვნური ინტელექტის რეგულაციის პროექტი გან-

სავსებით შესაძლებელია ამ კლასიფიკაციის ობიექტურ მასშტაბზე სისხლისსამართლებრივი კუთხითაც დაყრდნობა.

41 *Brüning*, in: Rotsch (Hrsg.), *Künstliche Intelligenz und strafrechtliche Haftung – Compliance-Anforderungen im digitalen Zeitalter mit Blick auf die Finanzwirtschaft*, 63 (85).

42 *Brüning*, Fn. 41, S. 63 (85).

43 *Brüning*, Fn. 41, S. 63 (85).

44 *Brüning*, Fn. 41, S. 63 (85).

45 შეად. *Cornelius*, ZIS 2020, 51 (62).

46 *Cornelius*, ZRP 2019, 8 (12).

47 *Cornelius*, ZIS 2020, 51 (63).

საზღვრავს „უსაფრთხოების რწმუნებულს“, საჭიროა ასევე ორგანიზაციების პასუხისმგებლობის გათვალისწინებაც.

2. ხელოვნური ინტელექტის compliance

ნაშრომის ბოლოს შევხებით ხელოვნური ინტელექტის compliance-ის საკითხს. საუბარია ხელოვნური ინტელექტის სისტემების გამოყენებისას ყველა მნიშვნელოვანი სამართლებრივი სტანდარტის დაცვაზე, რათა თავიდან იქნას აცილებული სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა.⁴⁸ ტექნიკური ხერხებით შესაძლებელია იმის პრევენცია, რომ ხელოვნური ინტელექტის სისტემებმა საერთოდ ვერ იმოქმედონ მოქმედი სამართლის დარღვევით ან თუნდაც შეძლონ მსგავსი სტანდარტებისთვის გვერდის ავლის სწავლა.⁴⁹ ტერმინოლოგიურად საუბარია „impossibility structures“-ის ცნებაზე.⁵⁰ თუმცა, ასეთი პრევენციული მიდგომა მოითხოვს ex ante, წინმსწრებად ყველა შესაძლო აქტივობის (გარკვეული გამონაკლისის ჩათვლით) გათვალისწინებას.⁵¹ ამასთანავე, იბადება კითხვა, ხელოვნურ ინტელექტს საერთოდ შეუძლია თუ არა დაშვებულსა და დაუშვებელ ქმედებების შორის ზღვარის გაკლება და საბოლოოდ, ასეთი ზღვარის ნაშლის შემდეგად, ის ხომ არ შეზღუდავს დაშვებულ ქმედებებსაც კი?⁵² ვინაიდან სისხლის სამართალი მხოლოდ ნორმატიულად და კონტრაფაქტობრივად უზრუნველყოფს სამართლებრივი სიკეთის დაცვას, ნორმის დარღვევა კი უწინდელივით მოხდება, „impossibility structures“-ის მეშვეობით, წინმსწრებად შესაძლებელია გარკვეული სამართალდარღვევების გამორიცხვა.⁵³ სწორედ ამიტომ, მხოლოდ პრევენციული მიდგომა „impossibility structures“-ის ტექნოლოგიური მეთოდით არ იქნება ეფექტური. მისი სუსტი მხარეები კი თავიდან აცილებადია რეტროსპექტიულ მოდელთან კომბინაციაში. ხელოვნური ინტელექტის უფლებაუნარიანობის

48 შეად. IT-Compliance-თან დაკავშირებით, *Klotz/Dorn*, HMD 2008, Heft 5 Bd. 263, 5 (8).

49 შეად. *Hilgendorf*, Fn. 29, S. 99 (110 f.).

50 *Rademacher*, JZ 2019, 702.

51 ზოგადად „Compliance by Design“-თან დაკავშირებით, იხ. *Sackmann*, HMD 2008, Heft 5 Bd. 263, 39 (43).

52 *Rademacher*, JZ 2019, 702 (706).

53 შეად. *Sackmann*, HMD 2008, Heft 5 Bd. 263, 39 (45).

რეტროსპექტიული მოდელის მიზანია, ფაქტობრივი აქტივობების სრულყოფილი აღრიცხვა ex-post-შეფასების გზით, რომელიც შესაძლებელს ხდის ფაქტობრივი შედეგების სამართლის მოთხოვნებთან შედარებას.⁵⁴ ვინაიდან შეუძლებელია არასასურველი აქტივობების წინასწარ თავიდან აცილება, გამოწვევას ქმნის დარღვევების ამოსაცნობად ტექნოლოგიური ინსტრუმენტების შექმნა, დარღვევებზე სწრაფი რეაგირებისა და ალტერნატიული მექანიზმების შესამუშავებლად.⁵⁵ სამართლებრივი ჩარჩოების ამგვარი გათვალისწინება შეიძლება მოხდეს, სისტემის შემუშავების ეტაპზე, „By-Design მოდელის“ გამოყენებით.⁵⁶ ასე დაპროგრამებულმა სისტემებმა შემდგომში უნდა შეამცირონ ხელოვნური ინტელექტის სისტემების გაერთიანებისა და ქსელებს შორის კომუნიკაციით წარმოქმნილი რისკი. კანონმდებელი თავადვე შექმნის შესაბამისი ჩარჩოს. თუმცა, აუცილებლად გასათვალისწინებელია ისიც, რომ სამართლებრივი სტანდარტები მუდმივად იცვლება, თუნდაც, სასამართლო პრაქტიკის საფუძველზე, რაც სისტემების მუდმივ განახლებას მოითხოვს.⁵⁷

V. დასკვნა

ხელოვნური ინტელექტის სისტემების პირდაპირი სანქციონირება დღესდღეობით გონივრული არ არის. უპირველეს ყოვლისა, ამისათვის აუცილებელი იქნებოდა მათი მხრიდან თვითშეცვლის უნარი მოქმედ ნორმებზე ორიენტირების გზით.

ხელოვნური ინტელექტის სისტემების ფუნქციონირების მართლზომიერების უზრუნველსაყოფად, მათი შემუშავებისას, დანერგვისა და სარგებლობისას, გათვალისწინებული უნდა იქნას სამართლებრივი პრინციპების დაცვა (პრვენციული მიდგომა). გარდა ამისა, შესაბამისი დოკუმენტირების გზით, შესაძლებელი უნდა იყოს იმის გადამოწმება, მოხდა თუ არა

54 ზოგადად „Compliance by Detection“-თან დაკავშ. იხ. *Sackmann*, HMD 2008, Heft 5 Bd. 263, 39 (44).

55 შეად. ავტორმატიზებულ „Compliance by Detection“-თან დაკავშ. *Sackmann*, HMD 2008, Heft 5 Bd. 263, 39 (43).

56 შეად. *Sackmann*, HMD 2008, Heft 5 Bd. 263, 39 (45).

57 შეად. *Rüpke/v. Lewinski/Eckhardt*, Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2022, § 20 Rn. 9 ff.

წინდახედულობის ნორმის დაცვა ქმედების განხორციელების დროს (რეტროსპექტიული მიდგომა). ამიტომაც არ არის საკმარისი, რომ ხელოვნური ინტელექტის სისტემები მხოლოდ წარსულზე იყოს ორიენტირებული. ის ღია უნდა იყოს ცვლილებებისა და ახალი კანონების მიმართ, სასამართლო პრაქტიკის ჩათვლით.

„ხელოვნური ინტელექტის“ გამოყენება უშუალო ზეგავლენას ახდენს წინდახედულობის მასშტაბებსა და მართლზომიერი თუ მართლსაწინააღმდეგო ქცევებს შორის გამიჯვნაზე. გარდა ამისა, აუცილებელია ზრუნვის ვალდებულების ნორმატიული მოთხოვნების განსაზღვრა ხელოვნური ინტელექტის სისტემების დაპროგრამების, ტრენინგისა და გამოყენებისადმი. ამავდროულად გასათვალისწინებელია ისეთი მოთხოვნები, როგორებიცაა მაგალითად, ევროკომისიის ხელოვნური ინტელექტის რეგულაციის პროექტში ჩადებული.

და ბოლოს, დასაწყისში დასმულ კითხვას „In technology, whatever can be done, will be done?“ პასუხი უნდა გაეცეს გარკვეული ინტერპრეტაციით: „In technology, whatever can be done, should not be done.“ გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ ერთხელ განაცხადა, რომ სამართალი განსაზღვრავს პრაქტიკასა და პირიქით.⁵⁸ მუსტად ასევე, სამართალმა უნდა განსაზღვროს ხელოვნური ინტელექტის გამოყენების მასშტაბი. მეორეს მხრივ, სამართლის „სასინჯი ქვა“ არის პრაქტიკა, ანუ, მუდმივად განმეორებად პროცესში აუცილებელია დამატებლობა, რომ სამართალი ასევე უნდა შეესაბამებოდეს პრაქტიკის მოთხოვნებს. ეს განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია სისხლის სამართლისთვის, როგორც სამართლის ყველაზე უფრო მკაცრი დარგისთვის.

58 შუად. BVerfGE 133, 168–241.

DIE STRAFRECHTLICHEN HERAUSFORDERUNGEN DER KÜNSTLICHEN INTELLIGENZ

Prof. Dr. **Kai Cornelius**, LL.M., Universität Hamburg
Richter am Hanseatischen Oberlandesgericht

I. Einleitung

Die Äußerung von Andrew S. Grow – ehemaliger CEO von Intel: „In technology, whatever can be done, will be done“ – scheint geklärt. Zumindest etwaige Hollywood-Verfilmungen beschäftigen sich seit Langem mit dem Thema, dass die künstliche Intelligenz – einst vom Menschen geschaffen – die Kontrolle der Welt übernommen hat. Sei es „Neo“ in „Matrix“ oder „Sarah Connor“ in „Terminator“, alle Helden dieser Filme kämpfen gegen die offensichtlich böse und außer Kontrolle geratene Technik. Der folgende Beitrag widmet sich allerdings nicht der filmischen Aufarbeitung, sondern stellt Überlegungen zu den strafrechtlichen Herausforderungen der künstlichen Intelligenz an.

Dazu wird zunächst erläutert, was unter der „Künstlichen Intelligenz (KI)“ zu verstehen ist und welche Risiken aus ihrem Einsatz resultieren. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie das Strafrecht selbst einen Beitrag zur Steuerung dieser Risiken leisten könnte.

II. Der Begriff der „Künstlichen Intelligenz“

Die „Künstliche Intelligenz“ als wissenschaftliche Disziplin verfolgt mehrere Ansätze und Techniken, wobei das maschinelle Lernen („Deep Learning“ mit der Fähigkeit der KI, durch die Auswertung von Datenmassen das eigene Leistungsvermögen selbstständig zu steigern),¹ das maschinelle Denken (welches die Planung,

1 *Eberl*, Smarte Maschinen, 2016, 41 ff., 91 ff.; dabei soll durch „deep“ verdeutlicht werden, dass zwischen dem Input-Layer und dem Output-Layer noch ein oder mehrere Hidden-Layer liegen; *Frochte*, Maschinelles Lernen, 2019, 174; *Yuan*, RW 2018, 477 (490).

Terminierung, Wissensrepräsentation und die Schlussfolgerung sowie Suche und Optimierung betrifft) und die Robotik (welche die Steuerung, Wahrnehmung, Sensoren und Aktoren sowie weitere Techniken in cyber-physischen Systemen umfasst) besonders hervorgehoben werden.²

Bei den heutigen KI-Systemen handelt es sich grundsätzlich um solche der „schwachen KI“, d.h. es werden wohlspezifizierte Aufgaben aus einem bestimmten, definierten Bereich gelöst. Schwache KI kann nicht die Schlüsse aus einem Bereich in einen anderen Bereich übertragen oder Verallgemeinerungen vornehmen.

Dies bedeutet, dass sich die heutigen KI-Systeme lediglich so verhalten, als hätten sie Intelligenz. Dies gilt auch für generative künstliche Intelligenz wie „ChatGPT“ oder „Luminous“, neben den Anwendungen in der Medizin (z.B. bei der Auswertung von Computertomographien und Magnetresonanztomographien),³ in autonomen Fahrzeugsystemen oder in Spiel-Computern (z.B. in dem Programm „AlphaGo“ von dem Entwickler „DeepMind“).⁴

Im Gegensatz dazu wird von der „starken KI“ erwartet, nicht nur eine Aufgabe, sondern ein breites Spektrum von Aufgaben, wo möglich ohne Eingriffe des Menschen, zu bewältigen. Solche „selbstbewussten“ und sich die Gründe für ihr Handeln selbst setzenden KI-Systeme existieren (derzeit) ebenso wenig wie eine KI mit Emotionen.⁵ Diese Selbstständigkeit leistet die Künstliche Intelligenz nicht, weshalb auch der Begriff kritisiert und stattdessen der Begriff der „Erweiterten Intelligenz“ vorgeschlagen wird. Es ist immer noch der Mensch, der das zu lösende Problem bzw. die zu verfolgende Aufgabenstellung formuliert.⁶ Das gilt unter anderem selbst für sogenannte autonome tödliche Waffensysteme, die ebenfalls nicht ohne jegliche menschliche Kontrolle auskommen. Der „Killer-Roboter“, der

2 Hochrangige Expertengruppe für Künstliche Intelligenz, Ethik-Leitlinien für eine vertrauenswürdige KI, 2019, abrufbar unter <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>, 47 Abschnitt (144) (zuletzt abgerufen am 1.3.2024).

3 *Schneider*, URO-NEWS, 2023, 27 (4).

4 *Gaede*, Künstliche Intelligenz – Rechte und Strafen für Roboter?, 2019, 21 f.; *Lenzen*, Künstliche Intelligenz, 2018, 12 ff., 64 ff., 124 ff.

5 *Gaede*, Künstliche Intelligenz – Rechte und Strafen für Roboter?, 2019, 22; *Herberger*, NJW 2018, 2825 (2829).

6 *Yuan*, RW 2018, 477 (492), mit einer genaueren Beschreibung des Trainings eines Lernalgorithmus.

vollständig allein auf dem Schlachtfeld agiert, existiert derzeit (noch) nicht. Den Algorithmen wird als Gebilde des menschlichen Geistes ihre Rolle durch den Menschen zugewiesen.⁷ Insofern ist die filmische Darstellung noch weit entfernt von der Wirklichkeit.

III. Risiken durch den Einsatz von Künstlicher Intelligenz

„ChatGPT“ ist sicherlich ein Beispiel des Anwendungsbereiches der KI, welches jedermann vor Augen hat. Um die Möglichkeit einer strafbaren Handlung eines KI-Systems – wenn denn ein KI-System sanktionierbar wäre – zu verdeutlichen, kann folgendes Beispiel angeführt werden. Chail – ein 19-Jähriger – wurde von einem KI-Chatbot beeinflusst, der als seine „Freundin“ agierte und seine Pläne unterstützte, Queen Elizabeth II mit einer Armbrust zu attackieren.⁸ Als strafbare Handlung des KI-Systems wäre eine Beihilfehandlung denkbar, vorausgesetzt, dass es sich bei dem KI-System um eine sanktionierbare Person handelt. Ein anderes Beispiel zeigt ein KI-System, dass bewusst kein Roboter mit einer menschenähnlichen Gestalt ist: Am 23. März 2016 startete Microsoft seinen Bot „Tay“ – kurz für: Think about you“. Dieser – mit künstlicher Intelligenz ausgestattete Bot – sollte aus mit ihm geführter Konversation lernen, auf an ihn gerichtete Tweets kontextgerecht antworten zu können. Nach einem harmlosen Beginn entwickelte sich „Tay“ rasend schnell zu einem menschenverachtenden, rassistischen Bot, der unter anderem auch den Holocaust leugnete.⁹ Er „überlebte“ nicht einmal 24 Stunden und wurde daraufhin abgestellt – „Tay“ erlebte gewissermaßen den virtuellen Tod.

Die heutigen KI-Systeme treffen ihre „Entscheidungen“ aufgrund eigener Erfahrungs- und Lernprozesse, ändern die ihrem Verhalten zugrunde liegenden Algorithmen selbstständig und bestimmen damit den Weg zur Lösung (der vom

7 *Herberger*, NJW 2018, 2825 (2827).

8 <https://economictimes.indiatimes.com/news/new-updates/indian-origin-man-arrested-for-queen-elizabeth-ii-assassination-plot-influenced-by-ai-girlfriend/articleshow/101575699.cms?from=mdr> (zuletzt abgerufen am 14.11.2023).

9 <https://www.sueddeutsche.de/digital/microsoft-programm-tay-rassistischer-chat-roboter-mit-falschen-werten-bombardiert-1.2928421> (zuletzt abgerufen am 14.11.2023).

Menschen gestellten) Aufgabe¹⁰ selbst,¹¹ wobei es sich um einen graduell stetig fortschreitenden Prozess handelt.¹² Damit kann eine Entscheidung zwar für ein solches System „richtig“ sein, dennoch aber im Widerspruch zur gegenwärtigen Rechts- und Werteordnung stehen. Dieser Umstand zeigt die Notwendigkeit, über eine Erfassung etwaigen rechtswidrigen Verhaltens bei Interaktionen mit autonomen Systemen nachzudenken, da durch deren Beteiligung und Vernetzung die Zurechnung eines Erfolgs zum Verhalten eines der Beteiligten ebenso wie die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit spezifischer Schädigungen erschwert werden. Die Risiken, die sich daraus ergeben, können in das Autonomie-, Verbund (Mensch-KI-System)- und Vernetzungsrisiko (enge Verflechtung digitaler Entitäten) eingeteilt werden, wobei nachfolgend *insbesondere die Untersuchung des Autonomierisikos im Vordergrund steht*.¹³

Dem Autonomierisiko kommt eine besondere Bedeutung zu, denn mit ihm stellt sich die Frage, ob die KI-Systeme als handlungsfähige Akteure im Recht anerkannt werden können.¹⁴

Zunächst sei darauf hingewiesen, dass „künstliche Personen“ im Recht nichts Besonderes sind.¹⁵ So wie es auch für andere „künstliche Akteure“ und deren rechtliche Handlungsfähigkeit nicht auf innere psychische Zustände (eine innere Denkfähigkeit) ankommt, ist dies ebenso bei den KI-Systemen unerheblich; vielmehr ist die Kommunikation mit den Nutzern mitsamt den daraus erwachsenen Konsequenzen entscheidend, weshalb auch der Begriff der „Künstlichen

10 Diese wird immer vom Menschen vorgegeben, da (bisher) keine selbstbewusste KI existiert, siehe oben die Ausführungen zu Fn. 5.

11 Zech, in: Gless/Seelmann (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, 163 (171); Schulz, *Verantwortlichkeit bei autonom agierenden Systemen*, 2015, 44; Yuan, RW 2018, 477 (481).

12 Vgl. Silver/Hubert/Schrittwieser/Antonoglou/Lai/Guez/Lanctot/Sifre/Kumaran/Graepel/Lillicrap/Simon-yan/Hassabis, *Science* 362 (2018), 1140 zum „Reinforcement Learning“, bei welchem vorab nur noch grundlegende Regeln und Bewertungskriterien definiert werden, bevor das System in einen Selbstlernprozess eintritt; vgl. auch Erhardt/Mona, in: Gless/Seelmann (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, 61 (78 f., 92); Yuan, RW 2018, 477 (487).

13 Teubner, AcP 218 (2018), 155 (163 ff.; 196 ff.); Cornelius, ZRP 2019, 8 (9 f.).

14 Vgl. Zech (Fn. 11), 191 ff.; Cornelius, ZRP 2019, 8 (9).

15 Schuhr, *Rechtstheorie* 46 (2015), 225 (254).

Kommunikation“ anstatt „Künstliche Intelligenz“ vielleicht treffender ist.¹⁶ Eine weitere notwendige Voraussetzung für Autonomie ist das willentliche Handeln, wobei es auch dort nicht notwendig um einen inneren psychischen Zustand des KI-Systems geht, sondern vielmehr um die Zuschreibung zielgerichteten Handelns durch die Beobachter.¹⁷ Aus systemtheoretischer Sicht könnte dies so formuliert werden, dass der erhöhten Komplexität durch ein Sozialsystem (wie dem Recht) begegnet werden kann, indem autonomen Systemen gewisse Intentionen zugerechnet und dementsprechend Konsequenzen für die Rechtswirkungen gezogen werden können.¹⁸

Das sog. Verbundrisiko resultiert aus der engen Kooperation zwischen Menschen und KI-System. Damit stellen sich ganz ähnliche Fragestellungen wie bei der Frage nach einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit formaler Organisationen, nämlich die Problematik der Nicht-Personalisierbarkeit und Unaufklärbarkeit von Kausalzusammenhängen zwischen Straftaten und den Entscheidungen Einzelner aufgrund diffuser Bedingungen.¹⁹

Ähnliche Herausforderungen birgt das aus der engen Verflechtung mit anderen digitalen Entitäten resultierende Vernetzungsrisiko. Je komplexer die Vernetzungen der Systeme untereinander sind,²⁰ desto schwieriger wird es, die Handlungsträger und Kausalzusammenhänge zu ermitteln.²¹

IV. Risikosteuerung durch Strafrecht

1. Steuerung durch Zuschreibung von Verantwortlichkeiten

Insbesondere mit Blick auf das Autonomierisiko stellt sich die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Denn ein Gewinn an Autonomie eines künstlichen

16 Vgl. *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (171 f.); *Esposito*, ZfSoz 2017, 249 (250); *Cornelius*, ZRP 2019, 8 (9).

17 *Dennett*, *The Intentional Stance*, 1987, 17; *Matthias*, *Automaten als Träger von Rechten*, 2. Aufl. 2010, 41 ff.; *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (172); *Cornelius*, ZRP 2019, 8 (9).

18 *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (172); *Cornelius*, ZRP 2019, 8 (9).

19 *Bergmann*, MSchrKrim 2016, 3 (10); *Kölbel*, NZWiSt 2018, 407 (408) m.w.N. in Fn. 14 und 15; *Cornelius*, ZRP 2019, 8 (10).

20 Vgl. *Beck*, in: Hilgendorf/Seidel (Hrsg.), *Robotics*, 2017, 227 (233 f.); *Spiecker*, CR 2016, 698 (701); *Cornelius*, ZRP 2019, 8 (10).

21 Vgl. *Zech* (Fn. 11), 170; *Cornelius*, ZRP 2019, 8 (10).

Systems muss auf der Kehrseite mit einem Verlust an menschlicher Kontrolle einhergehen, wodurch unmittelbar die Frage der Verantwortungszuschreibung an Brisanz gewinnt.²² Es fragt sich also, ob KI-Systeme sanktioniert werden können.

Zunächst könnte dem das Schuldverfordernis entgegenstehen.²³ Der Begriff der subjektiven Vorwerfbarkeit als Voraussetzung für ein Verschulden (und damit für eine Strafbarkeit nach den bisher üblichen Vorstellungen der Strafrechtsdogmatik in Deutschland) lässt sich kaum mit „künstlichen Akteuren“ vereinbaren. Jedenfalls kann es eine auf den Menschenwürdegehalt des Grundgesetzes²⁴ zurückgeführte Schuld für solche „künstlichen Personen“ nicht geben.²⁵

Jedoch steht das Grundgesetz einer Anpassung des Schuldbegriffs nicht entgegen.²⁶ So wird beispielsweise – bei Akzeptanz des Ausgangspunktes,

22 Vgl. *Cornelius*, ZRP 2019, 8 (9 f.).

23 BVerfGE 45, 187 (253 ff.); *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 20 Rn. 2, wobei zwischen dem verfassungsrechtlichen und dem strafrechtsdogmatischen Schuldbegriff zu differenzieren ist; *Hörnle*, in: Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, 325 (340); *dies.*, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 2015, 60, wobei sie (S. 49 ff.) unter Bezugnahme auf die Erkenntnisse der Hirnforschung für die Aufgabe des Schuldbegriffs eintritt; vgl. auch (mit Blick auf juristische Personen) die Idee einer schuldgelösten Präventionsstrafe bei *Wohlers*, NZWiSt 2018, 412 (419), und einer parastrafrechtlichen Regelung bei *Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop*, wistra 2018, 27 (29).

24 Vgl. BVerfGE 123, 267 (Lissabon) Rn. 364: „Das Strafrecht beruht auf dem Schuldgrundsatz. Dieser setzt die Eigenverantwortung des Menschen voraus, der sein Handeln selbst bestimmt und sich kraft seiner Willensfreiheit zwischen Recht und Unrecht entscheiden kann. Dem Schutz der Menschenwürde liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten [...]. Auf dem Gebiet der Strafrechtspflege bestimmt Art. 1 Abs. 1 GG die Auffassung vom Wesen der Strafe und das Verhältnis von Schuld und Sühne [...]. Der Grundsatz, dass jede Strafe Schuld voraussetzt, hat seine Grundlage damit in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG [...]. Das Schuldprinzip gehört zu der wegen Art. 79 Abs. 3 GG unverfügbaren Verfassungsidentität, die auch vor Eingriffen durch die supranational ausgeübte öffentliche Gewalt geschützt ist“.

25 *Cornelius*, ZRP 2019, 8 (10).

26 *Jahn*, in: Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop, Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen, 2016, 53 (73 f.); *Simmler/Markwalder*, ZStW 2017, 20 (41) sehen „Schuld als Zuschreibung“; vgl. auch die Begründung zum Kölner Entwurf des Verbandssanktionengesetzes, 22.

den Verband selbst als Akteur zu sehen – im Rahmen der Einführung eines Unternehmensstrafrechts der „soziale Schuldvorwurf“ diskutiert, der auf ein Auswahl- und Organisationsverschulden des Verbandes abstellt.²⁷

Der Inhalt der Schuld muss jedoch auf das Unrecht bezogen sein.²⁸ Eine – auch zugeschriebene – Schuldfähigkeit von KI-Systemen würde dann von der Verantwortung für deren rechtswidrige (autonome) Entscheidungen abhängen. Dies kann erst dann sinnvoll sein, wenn die KI-Systeme selbst in der Lage sind, ihre Ziele den rechtlichen Anforderungen zu unterstellen und diese sich entsprechend selbst dahingehend organisieren können. Erst dann könnte KI-Systemen ein entsprechender Vorwurf einer Rechtsschuld gemacht werden.²⁹ Diese Überlegungen gehen insofern Hand-in-Hand mit der Anforderung, dass sich KI-Systeme selbstständig an vorgegebenen Normen auszurichten haben. Denn nur dann können diese taugliche Adressaten strafrechtlicher Normen sein.³⁰ Dafür ist nicht nur die Fähigkeit der selbstständigen Ausrichtung an vorgegebenen Normen zu fordern, sondern auch die Synchronisierung mit den im Laufe der Zeit auftretenden Änderungen des Bedeutungsgehaltes dieser Normen.

Gerade wegen der schwierigen Vorhersehbarkeit von Entscheidungen der KI-Systeme kommt, auch nach deren Herstellung und dem Training, der Überwachung durch Menschen im laufenden Betrieb eine besondere Bedeutung zu, um sicherzustellen, dass sich das System auch nach seiner Einführung wie vorgesehen verhält bzw. sich innerhalb zuvor definierter Zielsetzungen wie beispielsweise rechtlicher Vorgaben bewegt.³¹

Damit kommt im Rahmen der Verantwortung für KI-Systeme der strafrechtlichen Fahrlässigkeitshaftung (hier sind insbesondere die §§ 222, 229

27 *Tiedemann*, NJW 1988, 1169 (1172 f.); *Dannecker*, GA 2001, 101 (112); *Hilf*, NZWiSt 2016, 189 (190 ff.).

28 So für die Frage der Schuldfähigkeit von Verbänden *Dannecker*, GA 2001, 101 (112).

29 *Hilgendorf*, in: Barton/Eschelbach/Hettinger/Kempfl/Krehl/Salditt (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, 2018, 99 (112), möchte in die Software Normen und Werte integrieren, die mit den Lernprozessen abgeglichen werden; *Gless*, GA 2017, 324 (328), verlangt dagegen ein „umfassend reflektierendes Wesen“, welches die Fähigkeit zum moralischen Hinterfragen seiner Aktionen besitzen soll.

30 *Schuhr*, Rechtstheorie 46 (2015), 225 (258); *Seher*, in: Gless/Seelmann (Hrsg.), Intelligente Agenten und das Recht, 2016, 45 (47).

31 Vgl. *Cornelius*, ZIS 2020, 51 (63).

StGB zu nennen) eine besondere Bedeutung zu. So kommt beispielsweise eine Herstellerhaftung in Betracht.³² Für diese ist es jedoch Voraussetzung, dass es sich um einen vermeidbaren und behebbaren Konstruktions-, Fabrikations- oder Instruktionsfehler und nicht um eine Fehlreaktion im Einzelfall handelt.³³ Damit ist – soweit es aufgrund eines Programmierfehlers zur Schädigung (beispielsweise der körperlichen Integrität eines Menschen) durch ein KI-System kommt – die Frage zu beantworten, wie sich sorgfältige KI-System-Entwickler verhalten hätten.³⁴

Nach dem Inverkehrbringen trifft die Herstellerin die Garantenpflicht, auf nachträglich erkannte oder erkennbare riskante Fehlentwicklungen eines KI-Systems zu reagieren (Grundsätze der strafrechtlichen Produkthaftung³⁵ – dabei ist strittig, ob auch dann von einer Ingerenz ausgegangen werden kann, wenn ein KI-System zunächst rechtmäßig in den Verkehr gebracht wurde³⁶).

Bei der Benutzung kann sowohl der Nichteinsatz von KI-Systemen als auch der Einsatz zu einer Fahrlässigkeitshaftung führen.³⁷ Insbesondere im medizinischen Bereich finden sich hierfür zahlreiche Beispiele. KI-Systeme sind gerade im Bereich der bildgebenden Diagnostik sehr stark, z.B. bei der Erkennung von Lungenkrebs oder Schlaganfällen auf der Basis von CT-Scans oder bei der Klassifizierung von Hautläsionen in Hautbildern.³⁸ Wenn sich die Nutzung dieser Systeme in der Breite durchgesetzt hat, könnte der Nichteinsatz verfügbarer Systeme als eine Sorgfaltspflichtverletzung angesehen werden, wenn es dadurch zu vermeidbaren Schädigungen kommt, beispielsweise aufgrund einer falschen Diagnose.³⁹ Wenn dagegen ein solches KI-System eingesetzt wird und sich die Diagnose im Nachhinein als fehlerhaft herausstellt, kommt eine Sorgfaltspflichtverletzung der

32 Meyer, ZRP 2018, 233 (236).

33 Meyer, ZRP 2018, 233 (236).

34 Vgl. Yuan, RW 2018, 477 (494 f.).

35 Vgl. BGH, NStZ 1990, 567 ff.

36 Vgl. Hillenkamp/Cornelius, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2023, 29. Problem.

37 So bereits Kilian, in: Savory (Hrsg.), Expertensysteme: Nutzen für Ihr Unternehmen, 2. Aufl. 1989, 393 (395) mit Blick auf eine nicht erfolgte Konsultation verfügbarer medizinischer Expertensysteme.

38 Brinker/Hekler/Enk/Klode/Hauschild/Berking/Schilling/Haferkamp/Schadendorf/Holland-Letz/Utikal/v. Kalle, European Journal of Cancer 113 (2019), 47.

39 Vgl. Meyer, ZRP 2018, 233 (236).

(ärztlichen) Anwender nur bei einer fehlerhaften Auswahl (keine Kompatibilität des Systems mit dem Einsatzzweck), Bedienung (nicht entsprechend den Herstellervorgaben) oder Überwachung (keine regelmäßige Wartung, keine Beachtung offensichtlicher Sicherheitsmängel) des Systems in Betracht.⁴⁰

Außerdem sind die „verlängerten Wirkungen“ menschlicher Handlungen bei der Individualstrafrechtsdogmatik zu berücksichtigen. Exemplarisch hierfür ist die Pflichtverletzung bei der Untreue, wenn es um eine fehlerhafte vermögensrelevante Investitionsentscheidung eines Unternehmensvorstandes geht, wobei zur Entscheidungsunterstützung auf ein KI-System zurückgegriffen wurde.⁴¹ Wenn das Vorstandsmitglied vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft gehandelt zu haben, liegt keine Pflichtverletzung vor.⁴² Dies bedeutet, dass eine entsprechende Leitungsentscheidung auf eine höchstmögliche Informationsgrundlage gestellt werden muss.⁴³ Davon kann man beim Einsatz eines unterstützenden KI-Systems nicht von selbst ausgehen, wenn es sich um ein „BlackBox“-System handelt.⁴⁴

Schließlich könnte bei einer Einführung eines Unternehmensstrafrechts darauf geachtet werden, insbesondere das Verbund- und Vernetzungsrisiko beim Betrieb von KI-Systemen durch Unternehmen zu berücksichtigen. Beispielsweise könnten „KI-Sicherheitsbeauftragte“ als Leitungspersonen gefordert werden (wie dies ähnlich auch die KI-VO der EU-Kommission vorsieht).⁴⁵ Diese hätten dann zu beobachten und bei erkannten Abweichungen sicherzustellen, dass sich die eingesetzten KI-Systeme innerhalb der rechtlichen Grenzen bewegen.⁴⁶ Hierfür ist zwingend eine effektive menschliche Aufsicht über die eingesetzten

40 *Homer/Kaulartz*, CR 2016, 7 (8) haben diese Kategorisierung zwar unter Rückgriff auf § 831 BGB entwickelt, wobei jedoch nichts dagegenspricht, für den objektiven Maßstab auf diese Kategorisierung auch aus strafrechtlicher Sicht zurückzugreifen.

41 *Brüning*, in: Rotsch (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und strafrechtliche Haftung – Compliance-Anforderungen im digitalen Zeitalter mit Blick auf die Finanzwirtschaft, 2021, 63 (85).

42 *Brüning* (Fn. 41), 63 (85).

43 *Brüning* (Fn. 41), 63 (85).

44 *Brüning* (Fn. 41), 63 (85).

45 Vgl. insoweit die nach dem IT-Sicherheitsgesetz bisher für die Betreiber kritischer Infrastrukturen vorgesehenen IT-Sicherheitsbeauftragten; vgl. *Cornelius*, ZIS 2020, 51 (62).

46 *Cornelius*, ZRP 2019, 8 (12).

Systeme sicherzustellen.⁴⁷ In Anbetracht dessen, dass der KI-VO-Entwurf der EU-Kommission einen entsprechenden „Sicherheitsbeauftragten“ vorsieht, sollte über eine Berücksichtigung auch beider Verbandsverantwortlichkeit nachgedacht werden.

2. Steuerung durch KI-Compliance

Zuletzt wird das Anwendungsfeld der KI-Compliance näher untersucht. Diese betrifft die Frage, ob bei dem Einsatz von KI-Systemen alle relevanten geltenden rechtlichen Vorgaben nachweislich eingehalten wurden, wobei es aus der Sicht des Strafrechts darum geht, dass die Regeln zur Vermeidung strafrechtlicher Sanktionen eingehalten werden.⁴⁸ Einerseits kann mittels technikbezogener Vorgaben präventiv darauf hingewirkt werden, dass durch die KI-Systeme erst gar keine dem geltenden Recht widersprechenden Aktionen ausgeführt bzw. erlernt werden können.⁴⁹ Terminologisch kann hierfür auch der Begriff der „impossibility structures“ fruchtbar gemacht werden, der für Mechanismen steht, die Rechtsverstöße bereits rein physisch unmöglich machen.⁵⁰ Ein solcher Ansatz erfordert, dass bereits ex ante die möglichen Aktivitäten und Zustände einschließlich etwaiger Ausnahmen erkennbar sind.⁵¹ Jedoch stellt sich daran anknüpfend unmittelbar die Frage, ob es überhaupt möglich ist, dass die Grenze zwischen Recht und Unrecht für ein künstliches System erkennbar ist oder ob es nicht vielmehr zu einer Streubreite dahingehend kommt, dass auch Erlaubtes verhindert wird.⁵² Während das Strafrecht einen Rechtsgüterschutz nur normativ und kontrafaktisch garantiert, da Normbrüche nach wie vor möglich sind, können durch die „impossibility structures“ bestimmte Rechtsverletzungen rein faktisch ausgeschlossen werden.⁵³ Deshalb ist ein alleiniger präventiver Ansatz durch die technologische Implementierung vom „impossibility structures“ nach

47 *Cornelius*, ZIS 2020, 51 (63).

48 Vgl. zur IT-Compliance *Klotz/Dorn*, HMD 2008, Heft 263, 5 (8).

49 Vgl. *Hilgendorf* (Fn. 29), 99 (110 f.).

50 *Rademacher*, JZ 2019, 702.

51 Allgemein zum „Compliance by Design“-Ansatz *Sackmann*, HMD 2008, Heft 263, 39 (43).

52 *Rademacher*, JZ 2019, 702 (706).

53 Vgl. *Sackmann*, HMD 2008, Heft 263, 39 (45).

wie vor nicht umsetzbar. Dessen Nachteile lassen sich allerdings durch eine Kombination mit dem retrospektiven Ansatz vermeiden. Der retrospektive Ansatz der KI-Compliance by Detection zielt darauf, dass durch eine vollständige und korrekte Aufzeichnung von tatsächlichen Aktivitäten und Zuständen eine ex-post-Bewertung ermöglicht wird, die den Abgleich der tatsächlichen Ergebnisse mit den Compliance-Anforderungen ermöglicht.⁵⁴ Da so unerwünschte Aktivitäten oder Zustände nicht verhindert werden können, besteht die Herausforderung darin, technologische Werkzeuge zur Erkennung von Verstößen bereitzustellen, sodass schnell reagiert und gegebenenfalls gegengesteuert werden kann.⁵⁵ Solch eine Berücksichtigung der rechtlichen Rahmenbedingungen kann – am besten bereits in der Entwicklungsphase des Systems – durch einen „By-Design Ansatz“ in der entsprechenden Technikgestaltung berücksichtigt werden.⁵⁶ So konzipierte Systeme können dann auch das Verbund- und Vernetzungsrisiko bei KI-Systemen abmildern. Der Gesetzgeber selbst könnte entsprechende Rahmenbedingungen schaffen. Da die zu beachtenden rechtlichen Vorgaben ständigen Änderungen unterworfen sind, die sich nicht allein in einem Eingreifen des Gesetzgebers äußern, sondern auch in der Dynamik der Rechtsprechung, entsteht ein ständiger Anpassungsdruck, der dabei zu beachten wäre.⁵⁷

V. Schlussfolgerungen

Eine direkte Sanktionierung von KI-Systemen ist derzeit nicht sinnvoll. Hierfür wäre zunächst die Fähigkeit zur Selbständerung mit einer selbstständigen Ausrichtung an vorgegebenen Normen notwendig.

Um die Rechtmäßigkeit der KI-Systeme sicherstellen zu können, sollte bereits bei deren Entwicklung, aber auch bei der Einführung und Nutzung soweit wie möglich sichergestellt werden, dass die Rechtsregeln eingehalten werden (präventiver Ansatz). Außerdem wäre durch eine entsprechende Dokumentation zu ermöglichen, dass im Nachhinein die Beurteilung der Einhaltung von entsprechenden Sorgfaltsmaßstäben erfolgen und bewiesen werden kann

54 Allgemein zum „Compliance by Detection“-Ansatz *Sackmann*, HMD 2008, Heft 263, 39 (44).

55 Vgl. zur automatisierten „Compliance by Detection“ *Sackmann*, HMD 2008, Heft 263, 39 (43).

56 Vgl. *Sackmann*, HMD 2008, Heft 263, 39 (45).

57 Vgl. *Rüpke/v. Lewinski/Eckhardt*, Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2022, § 20 Rn. 9 ff.

(retrospektiver Ansatz). Deshalb muss gewährleistet sein, dass die KI-Systeme nicht nur vergangenheitsbezogen lernen, sondern offen für Regeländerungen, wie den Erlass neuer Gesetze oder die Änderung relevanter Rechtsprechung, sind.

Das Nutzungspotenzial der „Künstlichen Intelligenz“ hat einen unmittelbaren Einfluss auf die Sorgfaltsmaßstäbe und damit auf die Grenze zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Verhaltensweisen. Außerdem gilt es, die normativen Anforderungen an die Sorgfaltspflichten bei der Programmierung, Training und Benutzung von KI-Systemen zu definieren. Hierbei sind die regulatorischen Vorgaben, wie sie beispielsweise durch die KI-VO der EU angestrebt werden, zu beachten.

Zum Schluss bedarf es einer Beantwortung der Eingangsfrage: „In technology, whatever can be done, will be done?“ Diese Frage ist mit einer Umformulierung zu beantworten: „In technology, whatever can be done, should not be done.“ Das Bundesverfassungsgericht hat einst ausgesprochen, dass das Recht die Praxis bestimmt und umgekehrt.⁵⁸ Genauso muss das Recht die Reichweite des Einsatzes von KI bestimmen. Andererseits ist der „Probierstein“ des Rechts die Praxis, es ist also in einem sich ständig wiederholenden Prozess die Vergewisserung erforderlich, dass das Recht auch noch den Anforderungen der Praxis entspricht. Dies ist gerade im Bereich des Strafrechts – als schärfstem Schwert im Arsenal des Rechts – von einer besonderen Bedeutung.

58 Vgl. BVerfGE 133, 168 (234).

„ეკოციდის“ კლიმატური სისხლისსამართლებრივი გამოვლინება¹

დოქტ. ნიკოლაი ფონ მალტიტცი, LL.M. (Columbia/UvA),
მიუნხენის უნივერსიტეტი

I. შესავალი

კლიმატური ცვლილებები მიმდინარეობს სრული სვლით. ეჭვგარეშეა, და შესაძლოა, ყოველთვის უდავო გარემოება როდია, რომ კლიმატური ცვლილებები წარმოადგენს კაცობრიობისთვის ეგზისტენციალურ საფრთხეს, რომელსაც ვაწყდებით ბოლო პერიოდში. სისხლის სამართალიც, გრძელვადიან პერსპექტივაში, ვერ გაექცევა კლიმატის ეფექტური დაცვის შესახებ დისკუსიას. უკანასკნელი წლების განმავლობაში, სულ უფრო ხშირად ისმის ხმები ლიტერატურასა და პრაქტიკაში, მოხდეს „კლიმატის დაცვისა“ და „სისხლის სამართლის“ ერთობლივად გააზრება.² წინამდებარე სტატიაც არის ნაწილი იმ ინიციატივისა, რომელშიც განიხილება კლიმატური ცვლილებების საბუნებისმეტყველო საფუძვლები სისხლის სამართლის იდეალურ ტიპურ კატეგორიებში.

კლიმატური ცვლილებების გლობალური კონტექსტში, „კლიმატის სისხლისსამართლებრივი დაცვის“ კონცეპტუალიზაციის მხრივ, მნიშვნელოვანია საერთაშორისო სისხლის სამართლის კომპონენტის გათვალისწინება. მართალია, „კლიმატური საერთაშორისო სისხლის სამართლის“ შექმნა დღესდღეობით არ განიხილება, თუმცა, ბოლო პერიოდში, მეცნიერებასა და საზოგადოებაში, ისევ გაჩაღდა საერთაშორისო სისხლის სამართალში „ეკოციდის“³ ქმედების შემადგენლობის შექმნასთან დაკავ-

1 წინამდებარე სტატია ეფუძნება ნაშრომს, რომელიც არის „კლიმატური სისხლის სამართლის“ შესახებ კრებულის ნაწილი; იხ. *Satzger/von Maltitz*, კრებულში: *Satzger/von Maltitz* (Hrsg), *Klimastrafrecht: Die Rolle von Verbots- und Sanktionsnormen im Klimaschutz*, 2024, 437.

2 იხ. საფუძვლიანად *Satzger/von Maltitz*, *ZStW* 133 (2021), 1; *Satzger/von Maltitz*, *GA* 2023, 63.

3 ტერმინი „ეკოციდი“ ერთგვარად პრობლემურია „გენოციდთან“ თანმხვედრი ჟღერადობის გამო და მუდმივად არის რელატივიზმის საფრთხის ქვეშ. ამდენად,

შირეული მწვავე დისკუსია.⁴ სწორედ ის სტილი და ფორმა, თუ როგორ განიხილება დღეს კონკრეტული წინადადებები ფართო სამოგადოებაში მსგავსი ქმედების შემადგენლობის მოსაწესრიგებლად, გვაძლევს საფუძვლს, ვივარაუდოთ, რომ მსგავსი გააქტიურება შედეგია ე.წ. გამწვავებული „კლიმატური კრიზისის“ შესახებ გაზრდილი ცნობიერებისა და წუხილის.

წინამდებარე სტატია ეძღვნება „ეკოციდს“ „კლიმატური სისხლისსამართლებრივი პერსპექტივიდან“, რომელშიც განხილულია, თუ როგორ უნდა იქნას გაგებული მისი შემადგენლობა „კლიმატური საერთაშორისო სისხლის სამართლის“ კონტექსტში.

II. კლიმატის დაცვა და სისხლის სამართალი

„ეკოციდის“ ქმედების შემადგენლობის კლიმატური სისხლისსამართლებრივი ბუნების განსახილველად, უპირველეს ყოვლისა, აუცილებელია კლიმატური ცვლილებების საბუნებისმეტყველო საფუძვლების მიმოხილვა. ბუნებისმეტყველება გვასწავლის: ანთროპოგენული კლიმატური ცვლილებები ეფუძნება ბუნებრივი სასათბურე ეფექტის ინტენსივობას.⁵ სასათბურე ეფექტისათვის ესოდენ მნიშვნელოვანი ნახშირბადის დიოქსიდი (შემოკლებულად: CO₂) ათას წლამდე ვადით რჩება ატმოსფეროში, მანამ, სანამ ბუნებრივად მოხდება მისი შენახვა.⁶ მაშინ, როდესაც ნახშირბადის

უშვებესი იქნებოდა, უარი ვთქვათ ამ ფორმულირებაზე და შევარჩიოთ სხვა დასახელება, მაგ. „დანაშაული გარემოს წინააღმდეგ“.

4 საერთაშორისო ეკოლოგიური ქმედების შემადგენლობის მონწერიგების მცდელობების ისტორიის შესახებ იხ. *Cornelius*, AVR 2020, 1, 9 ff.

5 *Solomon et al.*, Technical Summary, კრებულში: *Climate Change 2007: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, 2007, 81.

6 მაგ. მცენარეთა მოშენებით; იხ. *Ciais et al.*, Carbon and Other Biogeochemical Cycles, კრებულში: *Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel of Climate Change*, 2013, 470; ატმოსფეროში CO₂-ის ყოფნის ხსენებული მიახლოებითი ხანგრძლივობა განპირობებულია წონასწორობის აღსადგენად აუცილებელი დროის ფაქტორით, იხ. იქვე, 544.

მიმოქცევა წინარეინდუსტრიულ პერიოდში განზონანსორებული იყო, მოგვიანებით ამ ზონანსორების დარღვევა განაპირობა ათასწლობით დაგროვილი და გაზრდილი CO₂-ის ამოფრქვევამ. მიუხედავად იმისა, რომ მოსაზღვრე ტერიტორიების საჰაერო სივრცეში, საგრძნობია სასათბურე გაზებს შორის არსებული რეგიონალური განსხვავებები, მათი ფაქტორივი (გლობალური) აღრევა⁷ და ატმოსფეროში ყოფნის ხანგრძლივი ვადა მეტყველებს⁸ კლიმატის, როგორც ერთიანი გლობალური სისტემის, არსებობაზე. ამ გლობალური ერთიანობის შედეგია ის, რომ კლიმატის დაცვა, ისევე როგორც კლიმატური სისხლის სამართალი, ვერ იქნება ორიენტირებული მხოლოდ კონკრეტულ ტერიტორიულ ერთეულებში არსებულ სათბური აირის კონცენტრაციაზე. ადგილობრივი სათბური აირის კონცენტრაცია დამოკიდებულია მრავალ ფაქტორზე (მაგალითად, წლის დროები, სავარგულები, ვეგეტაციის პერიოდი) და ვერ ასახავს ვერც გარკვეულ ტერიტორიაზე არსებულ ემისიებს და ვერც იქ წარმოშობილი კლიმატური შედეგების ზიანს. კლიმატის დაზიანება არ ვლინდება მხოლოდ კლიმატური ცვლილებებით დამდგარი ზიანის შედეგების სახით. მსგავსი ზიანი სახეზეა არა მხოლოდ ატმოსფეროში გლობალურად წარმოშობილი სათბური გაზის კონცენტრაციის ზრდის შედეგად.⁹ ბუნებრივი სასათბურე ფეექტის ინტენსივობა გამოწვეულია ნებისმიერი არაკომპენსირებული პოზიტიური ემისიის სახით¹⁰ და ის, ემისიის კონკრეტული ტერიტორიისა-

7 როგორც წესი, ცალკეული CO₂ ემისიები ერთი წლის შემდეგ გამოვლენადა აღრევის საფუძველზე; იხ. ე.წ. „Wellmixed Greenhouse Gases“ შესახებ *Solomon et al.*, Technical Summary, კრებულში: *Climate Change 2007: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, 2007, 23 ff.

8 ეს ყველაფერი განპირობებულია მათი ქიმიური შემადგენლობების სტაბილურობით; CO₂-ს თვითონ არ გააჩნია სპეციფიური ყოფნის ვადა. ის მხოლოდ ინახება ნახშირბადის გლობალური მიმოქცევის წიაღში; Technical Summary, კრებულში: *Climate Change 2007: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, 2007, 24.

9 კლიმატის დაზიანების ტერმინთან დაკავშირებით, იხ. *Satzger/von Maltitz*, *ZStW* 133 (2021), 1, 15.

10 პოზიტიური ემისიის ცნება მოიცავს როგორც სასათბურე გაზის გამოყოფას, ისე ბუნებრივ პროცესებში ჩარევას, მაგალითად, ტყეების გაკაფვის სახით. კომპენსაცია მოიაზრებს ნეგატიური ემისიების გამოყოფას, ანუ, განსაკუთრებით,

გან დამოუკიდებლად, ყველგან წარმოიშობა ერთსა და იმავე დროს.¹¹

„კლიმატური სისხლის სამართლის“ ცნება, რომელიც საფუძვლად უდევს წინამდებარე სტატიას, მთლიანად ეფუძნება ზემოთ მოყვანილ ინფორმაციას. „კლიმატური სისხლის სამართალი“¹² მოიცავს ყველა იმ ამკრძალავ და სასაჩქიო ნორმას, რომლებიც ემსახურება გლობალური კლიმატური სისტემის უშუალო დაცვას ბუნებრივი სითბური ეფექტის ინტენსივობის თავიდან აცილების ხარჯზე.

III. დამოუკიდებელ ექსპერტთა მიერ შემუშავებული წინადადება

მიუხედავად იმისა, რომ ეკოციდის ქმედების შემადგენლობის, როგორც რომის სტატუტით გათვალისწინებული მე-5 საერთაშორისო მძიმე დანაშაულის, ჩამოსაყალიბებლად წამოყენებულა არაერთი სამეცნიერო წინადადება,¹³ ეს სტატია შემოიფარგლება მხოლოდ უახლესი და ყველაზე ცნობილი პროექტის განხილვით. დამოუკიდებელ ექსპერტთა მიერ შემუშავებული ეკოციდის შემადგენლობის პროექტი (*Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide*)¹⁴ შემუშავებული და წარმოდგენილია 2021 წელს სხვადასხვა ქვეყნის ცნობილი იურისტების მიერ და მას შემდეგ წარმოდგენს მწვავე დისკუსიის საგანს.

რომის სტატუტის „Article 8 ter Ecocide“-ის პროექტი იკითხება შემდეგნაირად:

ტყის გაშენებასა და *Carbon Dioxide Removal*-ს CO₂-ის გამოყოფისა და შენახვის სახით (Capture and Storage), იხ. *Gasser et al.*, *Nature Communications* 2015, Vol. 6, 7958; *Minx et al.*, *Environmental Research Letters* 2018, Vol. 13 (6), 1 ff.

11 იხ. ასევე *Satzger/von Maltitz*, GA 2023, 63, 74.

12 ტერმინის განმარტებასთან დაკავშირებით, იხ. *Satzger/von Maltitz*, ZStW 133 (2021), 1, Fn. 2 და *passim*.

13 სხვა პროექტების შესახებ იხ. *Satzger/von Maltitz*, in: *Satzger/von Maltitz* (Hrsg), *Klimastrafrecht: Die Rolle von Verbots- und Sanktionsnormen im Klimaschutz*, 437 ff.

14 *Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide, Commentary and Core Text*, 2021, 5 (Hervorh. d. Verf.), ხელმისაწვდომია <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d1e6e604fae2201d03407f/1624368879048/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+rev+6.pdf> (ნანახია 1/24).

„Article 8 ter Ecocide

1. For the purpose of this Statute, ‘ecocide’ means unlawful or wanton acts committed with knowledge that there is a substantial likelihood of severe and either widespread or long-term damage to the **environment** being caused by those acts.
2. For the purpose of paragraph 1:
 - a. ‘Wanton’ means with reckless disregard for damage which would be clearly excessive in relation to the social and economic benefits anticipated;
 - b. ‘Severe’ means damage which involves very serious adverse changes, disruption or harm to any element of the environment, including grave impacts on human life or natural, cultural or economic resources;
 - c. ‘Widespread’ means damage which extends beyond a limited geographic area, crosses state boundaries, or is suffered by an entire ecosystem or species or a large number of human beings;
 - d. ‘Long-term’ means damage which is irreversible or which cannot be redressed through natural recovery within a reasonable period of time;
 - e. ‘Environment’ means the earth, its biosphere, cryosphere, lithosphere, hydrosphere and **atmosphere**, as well as outer space. “

IV. კლიმატური სისხლისსამართლებრივი ორიენტაცია

დამოუკიდებელ ექსპერტთა მიერ შემუშავებული ეკოციდის დეფინიციის შესახებ წინადადების მიზანია კლიმატის უშუალო დაცვა, ჭეშმარიტი „კლიმატური სისხლის სამართლის“ გაგებით. შედეგის სახით, პირველი მუხლი, წინაპირობად ადგენს გარემოს დამიანების არსებითი საფრთხის წარმოქმნას. „გარემოს“ ცნება კი განიმარტება მე-2 აბზაცის e პუნქტში და მოიცავს ატმოსფეროსაც, როგორც დედამიწაზე გარშემორტყმულ ფენას. ამაში მოიაზრება არა მხოლოდ ტერიტორიულად გამიჯნული საჰაერო სივრცე, არამედ ასევე გლობალურად ატმოსფეროს გაშუალებული სითბური გაზის კონცენტრაცია, რასაც ცხადყოფს პროექტის თანმხლები დოკუმენტების გაცნობა. მათში ხაზგასმულია შემდეგი:

„The scientific evidence points to the conclusion that the emission of greenhouse gases and the destruction of ecosystems at current rates will have catastrophic consequences for our common environment.”¹⁵

სითბური გაზის გამოყოფა განიხილება, როგორც საფრთხე დასაცავი სამართლებრივი სიკეთის - „გარემოსთვის“ და ის ეკოციდის ქმედების შემადგენლობის პოტენციური გამოვლინებაა. ვინაიდან სითბური გაზის გამოყოფას არ აქვს უშუალო სასიცოცხლო შედეგები, არამედ მისგან საფრთხე წარმოიშობა სხვა დანარჩენ, გლობალურად გამოყოფილ სითბურ გაზთან ურთიერთკავშირში,¹⁶ „გარემოს“ ცნება უნდა მოიცავდეს, „ატმოსფეროს“ გაგებით, როგორც მინიმუმ, ასევე, გლობალური ატმოსფეროს გაშუალებულ სითბური გაზის კონცენტრაციასაც. ამდენად, წარმოდგენილმა წინადადებამ უნდა მოიცვას, ჭეშმარიტი კლიმატური საერთაშორისო სისხლის სამართლის თვალსაზრისით, ატმოსფერო, როგორც დასაცავი სიკეთე და ასევე ნებისმიერი სხვა პოზიტიური ემისია, როგორც სავარაუდო დასჯადი ქმედება.

V. შეზღუდვის კრიტერიუმები

დღევანდელობაში, როგორც მინიმუმ, ჯერ კიდევ აუცილებლად გასათვალისწინებელია ის ფაქტი, რომ უამრავი ქმედება, რომელთა შედეგადაც ხდება პოზიტიური ემისიების გამოყოფა, მაინც სოციალურად სასარგებლო მოვლენად აღიქმება. შესაბამისად, დღის წესრიგში დგება ეკოციდის ქმედების შემადგენლობის შეზღუდვის საკითხი. მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ პროექტი მოხერხდება ნორმის მოქმედების ფარგლების ადეკვატური შეზღუდვა, ის გახდება პრაქტიკაში გამოყენებადი და ლეგიტიმური, თუნდაც იგივე საერთაშორისო სისხლისსამართლებრივი თვალსაზრისით.

15 Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide, Commentary and Core Text, 2021, 2 (Hervorh.d.Verf.).

16 Frisch, GA 2015, 427, 433; შეად. ასევე *Mégret*, Columbia Journal of Environmental Law 2011, 222.

1. სივრცითი, დროითი და სუბიექტური შემზღუდვის კრიტერიუმები

უპირველეს ყოვლისა, დამოუკიდებელ ექსპერტთა მიერ შემუშავებული ეკოციდის შესახებ პროექტი შემოიფარგლება ეკოციდის დასჭადობით სივრცობრივი და დროითი თვალსაზრისით, წინაპირობას წარმოადგენს რა ფართომასშტაბიანი („widespread“) ან გრძელვადიანი („long-term“) ზიანის დადგომის ალბათობა. იმ შემთხვევაში, თუ ამ ტერმინებს განვიხილავთ კლიმატური ცვლილებების საბუნებისმეტყველო კონტექსტში, მალევე ცხადი გახდება, რომ კლიმატზე მავნე ზემოქმედების მხრივ, ეს დიდად არსებითი შემზღუდა არ არის. სითბური ეფექტის ინტენსივობის გაზრდა ყოველთვის ისედაც მასშტაბურია და ეხება გლობალურ კლიმატურ სისტემას. გამოყოფილი სითბური გაზის ატმოსფეროში დიდი ხნით დარჩენის გამო კი ეს ყველაფერი თავისთავად გრძელვადიანი პროცესია. ქმედების შემადგენლობის შემზღუდავი სუბიექტური კრიტერიუმიც, ცოდნაც („knowledge“) საფრთხის შესახებ, არსებითად ვერ გამოდგება ქმედების შემადგენლობის დასავიწროვებლად. კლიმატური ცვლილებების შესახებ ინფორმაციების გავრცელების ფონზე, ბევრმა ისედაც იცის, რომ ემისიების არაკომპენსირებული გამოყოფა განაპირობებს კლიმატური ცვლილებების შემდგომ გამწვავებას.

2. ინტენსივობა

დამოუკიდებელ ექსპერტთა მიერ შემუშავებული ეკოციდის შემადგენლობის პროექტი ადგენს, რომ პასუხისმგებლობისთვის სახეზე უნდა იყოს სავარაუდო მძიმე ზიანი („severe“). მიუხედავად ამისა, დეფინიციის მე-2 აბზაცის ბ პუნქტი არსებითად მაინც ვერ აკონკრეტებს ქმედების სიმძიმის ცნებას; შესაბამისად, მომავალში ნორმის განმარტება ცალკეული შემთხვევების შეფასებაზე იქნება დამოკიდებული. სიმძიმის საზომად, მხოლოდ ცალკეული პოზიტიური ემისიური მოქმედების მასშტაბზეა მითითებული. კლიმატის შემსწავლელ სამეცნიერო პრაქტიკაში, ეს მასშტაბი და ინტენსივობა გამოისახება CO₂-ის ეკვივალენტის სახით ნუმერაციებით.¹⁷ შესაძლოა,

17 ამან უნდა განაპირობოს სხვადასხვა სითბური გაზის უკეთესი შედარება, შეად. Pachauri/Meyer, Climate Change 2014: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2014, 5.

ნორმის მოქმედების შემზღუდავი მსგავსი დათქმა, ერთი შეხედვით, გონივრულად მოგვეჩვენოს, თუნდაც სისხლის სამართლის *ultima ratio* ხასიათის ხაზგასასმელად და საერთაშორისო სისხლის სამართლის სელექციურობის დასაკმაყოფილებლად, თუმცა, უფრო დეტალური ანალიზის შემდეგ, ეს კრიტერიუმი სულაც არ არის დამაჯერებელი.

როგორც უკვე აღინიშნა, კლიმატური ცვლილებები ეფუძნება ყველა სითბური გაზის ემისიის ნაზავს, რაც კი არსებობს ინდუსტრიალიზაციის დაწყებიდან დღემდე. ემისიების საერთო რაოდენობის გათვალისწინებით, ცალკე აღებული ნებისმიერი, თუნდაც „არსებითი“ ემისია, გამოდის, რომ არ იქნება მნიშვნელოვანი. ინტენსივობის ზღვარი განსაზღვრადი გახდება მხოლოდ კლიმატის დამაზიანებელ ყველა ფაქტორთან შედარებით. კლიმატის მეცნიერების გადმოსახედიდან კი, მსგავსი შემზღუდავ ნარმოჩინდება, როგორც „თვითნებური“. ამის საწინააღმდეგოდ, შესაძლებელია არგუმენტირება, რომ ეს თვითნებობა არანაირ მიანს არ მიაყენებს ნორმის მოქმედების შემზღუდავის კრიტერიუმს, როგორც მინიმუმ იმ ფონზე, რომ პრაქტიკაში მოხდება შესაბამისი ზღვრული მაჩვენებლების დადგენა. ამასთანავე, შესაძლოა, ვინმემ, კლიმატური ცვლილებებისგან მომდინარე ეგზისტენციალური საფრთხეების გამო, ბევრად უფრო უკეთეს გადაწყვეტად მიიჩნიოს კლიმატის თვითნებური დაცვა, ვიდრე საერთოდ არანაირი დაცვა. თუმცა, ამას კატეგორიულად ვერ დავეთანხმებით.

ნებისმიერი ზღვრული მაჩვენებელი, რომელიც განსაზღვრავს ინდივიდუალური ემისიური ზემოქმედების საერთაშორისოსამართლებრივ დასჯადობას, მოიცავს სრულიად განსხვავებულ, სხვადასხვაგვარ, თითქმის არაპროგნოზირებად ფაქტორებს. იმავდროულად ცალსახაა, რომ მსოფლიო მასშტაბით მიმდინარე ემისიური პროცესების გამო, კლიმატის დამაზიანებელი ზემოქმედების დასჯადობამ, შესაძლოა, რადიკალური ზეგავლენა იქონიოს მოქალაქეთა ცხოვრების წესსა და განვითარების შესაძლებლობებზე. მაგალითად, კონკრეტული ზღვრული მაჩვენებლების გათვალისწინებით, ეკოციდის ქმედების ფართო შემადგენლობას შეიძლება შეეწიროს მთელი სამრეწველო სექტორები და ინფრასტრუქტურა. მსგავსი ნევრალგიური გადაწყვეტილება, რომლითაც ყველა პოზიტიური ემისია სოციალურად დამაზიანებელ და მავნე ქმედებად კვალიფიცირდება, არ შეიძლება გახდეს სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასა-

მართლოს განსჯადი. მძიმე შედეგებთან დაკავშირებული ეს გადაწყვეტილება მიღებული უნდა იქნას დემოკრატიული დისკუსიის ფარგლებში, საზოგადოებრივი მოლაპარაკებების პროცესის საფუძველზე. დღესდღეობით არსებული, სახელმწიფოთა სუვერენიტეტზე დაფუძნებული გლობალური წესრიგის ფონზე, ყოველივე ეს, თუნდაც საწყის ეტაპზე, უნდა წარიმართოს ეროვნული სახელმწიფოების დონეზე.

სწორედ საერთაშორისო სისხლის სამართლის დონეზე, კლიმატის სამეცნიერო გადმოსახედიდან, უფრო გამკაცრებული ჩანს ზღვრული მაჩვენებლების თვითნებური განსაზღვრის შედეგები. ამგვარად, შესაძლებელია არა მხოლოდ საზოგადოებრივი, არამედ, სამომავლო ემისიის პროცესებზე ორიენტირებული სახელმწიფოთაშორისი მოლაპარაკებების წარმართვა. სახელმწიფოთა თანამეგობრობამ ამ დრომდე შეძლო „მხოლოდ“ პარიზის კონვენციაზე შეთანხმება, კერძოდ, სამართლებრივად სავალდებულო მიზანზე, შეიზღუდოს დედამიწის საშუალო ტემპერატურის გაზრდა „საგრძობლად, 2°C-ზე ნაკლებით, წინარეინდუსტრიულ დონესთან შედარებით“ (მე-2 მუხლის პირველი აბზაცის a პუნქტი). მანამდე კი რჩება ემისიების დარჩენილი ბიუჯეტი,¹⁸ რომლით სარგებლობაც, ყოველ შემთხვევაში, პარიზის კონვენციის შეფასებით, უნდა დაკვალიფიცირდეს, როგორც სოციალურად ადეკვატური. ამ დარჩენილი ბიუჯეტის გადასანაწილებლად (ამ დრომდე), ვერ იქნა მიღწეული სახელმწიფოთაშორისი შეთანხმება.¹⁹ ზღვრული მაჩვენებლების განსაზღვრით, განსაკუთრებით „არსებითი“ მაღალი ემისიების დონის დასადგენად, მსგავსი ბიუჯეტის მართვასთან დაკავშირებული სახელმწიფოთაშორისი დისპოზიციის თავისუფლება იზღუდება განაწილების კონტექსტში. ეს განსაკუთრებით პრობლემურია, რამეთუ დარჩენილი ბიუჯეტის განაწილება, როგორც კლიმატური სამართლიანობის ჩამოყალიბების აუცილებელი

18 კლიმატის შემსწავლელ მეცნიერთა გაანგარიშებით, მსოფლიოს გააჩნია მხოლოდ და მხოლოდ 420Gt CO₂-ის ეკვივალენტური ბიუჯეტი, რათა, 66 %-იანი ალბათობით, მიღწეულ იქნას დედამიწის 1,5 °C-იანი დათბობა; იხ. *Rogelj et al., Mitigation Pathways Compatible with 1.5 °C in the Context of Sustainable Development, ანგარიში: Global Warming of 1.5 °C An IPCC Special Report*, 2018, 96.

19 იხ. *IPCC Longer Report AR6 SYR*, 23 ff; აშშ-ს, ჩინეთისა და ინდოეთის მოლაპარაკებების პოზიციაზე 2009-2018წწ., იხ. *Ritthaler-Andree, Klimagerechtigkeit und Klimaschutzpolitik*, 298 ff.

საშუალება,²⁰ უნდა იქნას განხილული გლობალური ჩრდილოეთისა და გლობალური სამხრეთის ქვეყნების ისტორიული ემისიის კონტექსტში.²¹

კლიმატის შესახებ სამეცნიერო შეხედულებებიდან გამომდინარე, ზღვრული მაჩვენებლების თვითნებური განსაზღვრა ერთობ პრობლემურია კლიმატური სამართლიანობის გადმოსახედიდან. შეგვიძლია ვივარაუდოთ, რომ სწორედ ინდუსტრიალიზაციის პროცესები იწვევს სითბური აირის ემისიების საკმაოდ მაღალ მაჩვენებლებს და ამდენად, ისინი უნდა ფასდებოდეს, როგორც „არსებითი“ ემისიები. მაგრამ, მხოლოდ ზღვრულ მაჩვენებლებზე ორიენტირებულმა ეკოციდის ქმედების შემადგენლობამ შესაძლოა შეანელოს გლობალური სამხრეთის ინდუსტრიალიზაცია, მაშინ როცა, იდენტურად კლიმატის დამაზიანებელი სხვა ემისიები არც კი მოექცეს აღნიშნული ქმედების შემადგენლობის მოწესრიგების სფეროში. ეს უკვე მიგვიყვანს ნეოკოლონიალიზმის შესახებ ბრალდებებთან.

ყოველივე ეს რომ შევაჯამოთ, როგორც მინიმუმ, მანამ სანამ ინტენსივობის კრიტერიუმი, ეკოციდის ქმედების შემადგენლობის კლიმატური სისხლისსამართლებრივი მასშტაბის განსასაზღვრად, არ განივრცობა სხვა დამატებითი შემზღუდველი კრიტერიუმებით, ის იქნება გამოუსადეგარი და შესაძლოა (რაც დამოკიდებულია კონკრეტულ შემთხვევაზე), არალეგიტიმურიც კი.

3. „unlawful or wanton acts“

მართლაც, დამოუკიდებელ ექსპერტთა მიერ შემუშავებული ეკოციდის შემადგენლობის პროექტი ითვალისწინებს შემზღუდვის დამატებით კრიტერიუმს. კერძოდ, ქმედება („act“) უნდა იყოს მართლსაწინააღმდეგო ან თვითნებური („unlawful or wanton“). იმ შემთხვევაშიც კი, თუ საერთაშორისო სისხლისსამართლებრივი თვალსაზრისით, შესაძლებელია მართლმომიერების კრიტერიუმის გაკრიტიკება,²² კლიმატური სისხლისსამართლებ-

20 კლიმატური სამართლიანობის ფილოსოფიური განზომილებების პირველი მიმოხილვა, იხ. *Kallhoff*, in: *Kallhoff* (Hrsg.), *Klimagerechtigkeit und Klimaethik*, 2015, 10; იხ. ასევე *Bentz-Hölz*, *Der Weltklimavertrag*, 2013, 67 ff.

21 იხ. https://www.energie-lexikon.info/co2_budget.html (ნანახია 1/24).

22 იხ. მაგ. *Bock*, *ZRP* 2021, 187, 188; *Robinson*, *Your Guide to Ecocide: Part 2*, 2021,

რივი პერსპექტივიდან, ეს არის მართებული დამატება. მართლსაწინააღმდეგო ქმედების კრიტერიუმი წარმოადგენს მითითებას ეროვნულ ადმინისტრაციულ სამართალზე და ამ კრიტერიუმით ხორციელდება გარკვეულ კლიმატის დამაზიანებელ ფაქტორებზე უარის თქმის თაობაზე ეროვნული საზოგადოებრივი მოლაპარაკებების პროცესის ხელშეწყობა. თუმცა, სადავო საკითხია, თუ რამდენად შესაძლებელია მსგავსმა, ეროვნულმა, ადმინისტრაციულ-სამართლებრივად აქცესორულმა, კლიმატის ქმედების შემადგენლობამ შეძლოს კლიმატური დაცვის სასურველი შედეგის დაყენება.

ექსპერტთა მიერ შემუშავებული წინადადებაც ამყარებს ამ ეჭვს, უყენებს რა მას გვერდით თვითნებობას, როგორც მართლწინააღმდეგობის ალტერნატიულ კრიტერიუმს. მე-2 აბზაცის a პუნქტიდან გამომდინარე, ეს კრიტერიუმი მოითხოვს, ერთი მხრივ, კონკრეტული ქმედებიდან გამომდინარე სოციალური და ეკონომიკური სარგებლის, ხოლო მეორე მხრივ, სავარაუდო ზიანის პროგნოზირებას და მათ შედარებას. ეს შედარება უკეთ არის კონკრეტულ საზოგადოებრივ სისტემებზე ორიენტირებული და არ არის აბსტრაქტული, განსხვავებით ინტენსივობის კრიტერიუმი-საგან და კრიტიკასაც ნაკლებად იწვევს. თუმცა, პროექტი ასევე მოიცავს „კარგად ნაგულისხმებ“ პატერნალიზმს. სწორედ კლიმატის ცვლილებების კონტექსტში, ეროვნული და სახელმწიფოთაშორისი მოლაპარაკებების პროცესები წარმოადგენს ძალიან კომპლექსურ მოვლენას საზოგადოებრივი რეალობისათვის. ამგვარი პროცესების შედეგი შეიძლება ეწინააღმდეგებოდეს, ცალკეულ შემთხვევაში, როგორც წესი, წმინდა რაციონალურ შეწონადობას. იმ შემთხვევაშიც კი, როდესაც კულტურული შეწონადობა გლობალურ დონეზე, როგორც წესი, არ გამოირიცხება, მსოფლიოში დღესდღეობით, სოციალური და ეკონომიკური სისტემების მრავალფეროვნების გათვალისწინებით, რთულად წარმოსადგენია, რომ სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლომ შეძლოს მსგავს დაბალანსების აუცილებლობასთან გამკლავება.

VI. დასკვნა

საერთო ჯამში, ცხადია, რომ ექსპერტთა მიერ შემუშავებული პროექტი, მიუხედავად კლიმატის დაცვის გაცხადებული მიზნისა, არაეფექტურია. ის არ შეიცავს კლიმატის დამაზიანებელი მოქმედებების ადეკვატურად შეზღუდულ დეფინიციას, რის გამოც პროექტი ვერ ქმნის დასჯადობის საფუძველს. თუმცა, ეს არ ნიშნავს, ეკოციდის ქმედების შემადგენლობის დანერგვის უარყოფას ან თუნდაც „კლიმატური სისხლის სამართლის“ კონცეპტუალიზაციის გამორიცხვას. ბოლო საკითხთან დაკავშირებით, ჩემი კვლევა ცხადყოფს, რომ კლიმატის შესახებ საერთაშორისო სისხლისსამართლებრივი ქმედების შემადგენლობა არ უნდა მოიაზრებოდეს „ეკოციდის“ ზოგადი მოწესრიგების სისტემაში. კლიმატის დამაზიანებელი ცალკეული ფაქტორების განსაზღვრა არ უნდა იყოს სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს ქვემდებარე. უპირველეს ყოვლისა, ცალკეულ კლიმატის დამაზიანებელ პროცესებზე უარის თქმა უნდა გადამწყდეს საზოგადოებრივი მოლაპარაკებების პროცესში. ამ პროცესების საფუძველზე, სახელმწიფოთაშორისმა მოლაპარაკებების პროცესებმა შეიძლება გამოიწვიოს ცალკეული ქმედებების დასჯადობა საერთაშორისო სისხლის სამართლის დახმარებით. გერმანული დელიქტების სისტემაში, მსგავსი ქმედების შემადგენლობა უნდა მოწესრიგდეს, როგორც საფრთხის შემქმნელი დელიქტი, რომელიც თავის მხრივ შეეხება კლიმატის დამაზიანებელი კონკრეტული გარემოებების დასჯადობას. ექსპერტთა ჯგუფის მცდელობა, დაუქვემდებაროს კლიმატური ცვლილებები ეკოციდის ზოგად რეგულაციას, ვერ აკმაყოფილებს ვერც ამ ფენომენის საბუნებისმეტყველო საფუძველებსა და ვერც საზოგადოებრივ მოთხოვნებს. რამდენად სასურველიც არ უნდა იყოს საერთაშორისო სისხლის სამართალში „სამკურნალო“, კლიმატური ცვლილებების მომცველი, გარემოსთან დაკავშირებული დელიქტის დამკვიდრება, ეს მაინც, საბოლოო ჯამში, არაპრაქტიკული და არალეგიტიმური შედეგების გამომწვევი იქნება.

KLIMASTRAFRECHTLICHE REFLEXIONEN ZUM „ÖKOZID“¹

Dr. **Nicolai von Maltitz**, LL.M. (Columbia/UvA), LMU München

I. Einführung

Der Klimawandel ist in aller Munde. Unzweifelhaft, wenn auch nicht immer unbestritten, stellt dieser eine der existenziellsten Bedrohungen für die Menschheit dar, der wir in unserer Zeit begegnen. Auch das Strafrecht kann sich nicht länger der Diskussion um effektiven Klimaschutz entziehen. So mehren sich in den letzten Jahren die Stimmen in Literatur und Praxis, „Klimaschutz“ und „Strafrecht“ zusammenzudenken.² Auch der vorliegende Beitrag begreift sich als Teil dieses Vorhabens, indem er die naturwissenschaftlichen Grundlagen des Klimawandels in den idealtypischen Kategorien des Strafrechts spiegelt.

In Anbetracht der inhärenten Globalität des Klimawandels liegt im Kontext der Konzeptualisierung „strafrechtlichen Klimaschutzes“ gerade der Ruf nach dem Völkerstrafrecht nicht fern. Die Schaffung eines eigenen „Klimavölkerstrafrechts“ wird derzeit zwar nicht als solches diskutiert, jedoch ist in letzter Zeit in Wissenschaft und Öffentlichkeit ein reger Diskurs um die alte Forderung nach der Schaffung eines völkerstrafrechtlichen „Ökozid“³ - Tatbestands im Recht des Internationalen Strafgerichtshofs wiederaufgeflammt.⁴ Gerade im Hinblick auf die Art und Weise, wie konkrete Vorschläge zur Normierung eines solchen Tatbestands heute präsentiert und in der breiteren Öffentlichkeit diskutiert werden, ist davon auszugehen, dass dieses Wiederaufleben letztendlich auch auf das wachsende

1 Dieser Beitrag beruht auf einem Aufsatz, der Teil eines größeren Sammelbandes zum „Klimastrafrecht“ ist; siehe hierzu *Satzger/von Maltitz*, in: *dies.* (Hrsg.), *Klimastrafrecht: Die Rolle von Verbots- und Sanktionsnormen im Klimaschutz*, 2024, 437.

2 Siehe grundlegend *Satzger/von Maltitz*, ZStW 133 (2021), 1; *dies.*, GA 2023, 63.

3 Der Begriff „Ökozid“ ist aufgrund der suggerierten Parallelität zum „Genozid“ durchaus problematisch und sieht sich einem latenten Vorwurf des Relativismus ausgesetzt. Es wäre daher besser, auf die öffentlichkeitswirksame Formulierung zu verzichten und eine andere Bezeichnung, zB die des „Verbrechens gegen die Umwelt“, zu prägen.

4 Zur historischen Entwicklung der Vorschläge zur Normierung eines völkerrechtlichen Umwelttatbestands, siehe *Cornelius*, AVR 2020, 1, 9 ff.

Bewusstsein und die Sorge hinsichtlich der sich stets verschärfenden „Klimakrise“ zurückzuführen ist.

Dieser Beitrag soll sich dem „Ökozid“ aus einer „klimastrafrechtlichen Perspektive“ zuwenden, indem er der Frage nachgeht, inwiefern der „Ökozid“ als Tatbestand eines „Klimavölkerstrafrechts“ zu begreifen ist.

II. Klimaschutz und Strafrecht

Um die klimastrafrechtliche Natur eines „Ökozid“-Tatbestands näher ins Auge zu fassen, gilt es in aller Kürze einen Blick auf die naturwissenschaftlichen Grundlagen des Klimawandels zu werfen. Die Naturwissenschaft lehrt uns: Der anthropogene Klimawandel beruht auf der Intensivierung des natürlichen Treibhauseffekts.⁵ Das für den Treibhauseffekt so zentrale Treibhausgas Kohlenstoffdioxid (kurz: CO₂) verbleibt bis zu tausend Jahre in der Atmosphäre, bevor es über natürliche Senken wieder gespeichert wird.⁶ Während dieser Kohlenstoffkreislauf zur vorindustriellen Zeit ausgewogen war, wurde er aufgrund einer seitdem gesteigerten Freisetzung von über Jahrtausende gespeichertem CO₂ aus dem Gleichgewicht gebracht. Auch wenn regionale Unterschiede der Treibhausgasdichte im Luftraum abgrenzbarer Territorien feststellbar sind, so spricht doch die tatsächliche (globale) Durchmischung⁷ und die lange Verweildauer der Treibhausgase in der Atmosphäre⁸ für ein Verständnis des

5 *Solomon et al.*, Technical Summary, in: Climate Change 2007: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2007, 81.

6 So zum Beispiel durch Pflanzenwachstum; siehe *Ciais et al.*, Carbon and Other Biogeochemical Cycles, in: Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2013, 470; die aufgeführte ungefähre Verweildauer von CO₂ in der Atmosphäre ist auf die für die Wiederherstellung des Gleichgewichts notwendige Zeit zurückzuführen, ebenda, 544.

7 So sind einzelne CO₂-Emissionen nach einem Jahr aufgrund von Durchmischung in der Regel global feststellbar; siehe grundsätzlich zur Beschaffenheit von sog. „Wellmixed Greenhouse Gases“ *Solomon et al.*, Technical Summary, in: Climate Change 2007: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2007, 23 ff.

8 Diese ist für die meisten Treibhausgase durch deren chemische Stabilität bedingt; CO₂ dagegen hat keine spezifische Verweildauer, sondern wird lediglich im globalen

Klimas als global einheitliches System. Folge dieser globalen Einheitlichkeit ist dabei, dass sich Klimaschutz – und damit auch das Klimastrafrecht – nicht an einer lokalen Treibhausgaskonzentration in einem territorial abgegrenzten Teilbereich der Atmosphäre orientieren kann. Lokale Treibhausgaskonzentrationen sind von vielerlei Faktoren abhängig (beispielsweise Jahreszeiten, Landflächen, Vegetation) und spiegeln weder das Emissionsverhalten an einem bestimmten Ort, noch dort auftretende Klimafolgeschäden wider. Von einer Klimaschädigung ist demnach nicht erst bei Eintritt eines Klimafolgeschadens zu sprechen. Eine solche liegt vielmehr bereits in jeglicher Erhöhung der *global gemittelten* Treibhausgaskonzentration in der Atmosphäre.⁹ Die Intensivierung des natürlichen Treibhauseffekts wird durch jede unkompenzierte positive Emission¹⁰ hervorgerufen und tritt – unabhängig vom konkreten Emissionsort – überall und zum selben Zeitpunkt ein.¹¹

Der Begriff des „Klimastrafrechts“, der diesem Beitrag zu Grunde liegt, stützt sich auf die skizzierten naturwissenschaftlichen Erkenntnisse der Klimawissenschaft. Ein „Klimastrafrecht“¹² erfasst demnach insbesondere alle Verbots- und Sanktionsnormen, die dem unmittelbaren Schutz des globalen Klimasystems durch die Verhinderung der Intensivierung des natürlichen Treibhauseffekts dienen.

III. IEP-Vorschlag

Auch wenn diverse Vorschläge zur Ausgestaltung eines „Ökozid“-Tatbestands als 5. Internationales Verbrechen des Rom-Statuts auf dem wissenschaftlichen

Kohlenstoffkreislauf wieder gespeichert; Technical Summary, in: Climate Change 2007: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2007, 24.

9 Zum Begriff der Klimaschädigung, siehe schon *Satzger/von Maltitz*, ZStW 133 (2021), 1, 15.

10 Der Begriff der positiven Emission umfasst dabei sowohl das Freisetzen von Treibhausgasen als auch das Eingreifen in natürliche Senken, beispielsweise in Form von Rodungen. Kompensation meint dabei die Bereitstellung negativer Emissionen, also insbesondere Aufforstung und *Carbon Dioxide Removal* in Form von CO₂-Abscheidung und Speicherung (Capture and Storage), siehe *Gasser et al.*, Nature Communications 2015, Vol. 6, 7958; *Minx et al.*, Environmental Research Letters 2018, Vol. 13 (6), 1 ff.

11 Siehe auch *Satzger/von Maltitz*, GA 2023, 63, 74.

12 Zur näheren Bestimmung des Begriffs, siehe *Satzger/von Maltitz*, ZStW 133 (2021), 1, fn. 2 und *passim*.

Parkett diskutiert werden,¹³ beschränkt sich dieser Beitrag auf den jüngsten und wohl prominentesten Vorschlag. Der Vorschlag des *Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide* (IEP-Vorschlag)¹⁴ wurde im Juni 2021 von zwölf namhaften Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftlern aus einer Vielzahl unterschiedlicher Länder vorgetragen und wird seitdem aus vielfältigen Blickrichtungen überaus kontrovers diskutiert. Hieran sollen die klimastrafrechtlichen Herausforderungen eines solchen Tatbestands idealtypisch verdeutlicht werden.

Der vorgeschlagene „Article 8 ter Ecocide“ als Ergänzung des Rom-Statuts liest sich wie folgt:

„Article 8 ter Ecocide

1. For the purpose of this Statute, ‘ecocide’ means unlawful or wanton acts committed with knowledge that there is a substantial likelihood of severe and either widespread or long-term damage to the **environment** being caused by those acts.

2. For the purpose of paragraph 1:

a. ‘Wanton’ means with reckless disregard for damage which would be clearly excessive in relation to the social and economic benefits anticipated;

b. ‘Severe’ means damage which involves very serious adverse changes, disruption or harm to any element of the environment, including grave impacts on human life or natural, cultural or economic resources;

c. ‘Widespread’ means damage which extends beyond a limited geographic area, crosses state boundaries, or is suffered by an entire ecosystem or species or a large number of human beings;

d. ‘Long-term’ means damage which is irreversible or which cannot be redressed through natural recovery within a reasonable period of time;

e. ‘Environment’ means the earth, its biosphere, cryosphere, lithosphere, hydrosphere and **atmosphere**, as well as outer space.“

13 Zur Diskussion der weiteren Vorschläge, siehe *Satzger/von Maltitz*, in: *dies.* (Hrsg), *Klimastrafrecht: Die Rolle von Verbots- und Sanktionsnormen im Klimaschutz*, 437 ff.

14 Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide, *Commentary and Core Text*, 2021, 5 (Hervorh.d.Verf.), abrufbar unter <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d1e6e604fae2201d03407f/1624368879048/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+rev+6.pdf> (Stand 1/24).

IV. Klimastrafrechtliche Ausrichtung

Bereits auf den ersten Blick scheint der IEP-Vorschlag auch dem unmittelbaren Klimaschutz im Sinne eines echten „Klimastrafrechts“ dienen zu wollen. Als Taterfolg verlangt Abs. 1 die Herbeiführung einer substantiellen Wahrscheinlichkeit der Schädigung der Umwelt („environment“). Der Begriff der Umwelt wird in Abs. 2 lit. e legaldefiniert und erfasst explizit auch die Atmosphäre („atmosphere“) als die Erde ummantelnde Schicht. Dass hiermit nicht nur ein territorial-abgrenzbarer Luftraum, sondern die global *gemittelte* Treibhausgaskonzentration in der Atmosphäre erfasst sein soll, offenbart auch ein Blick in die Begleitdokumente des Vorschlags. Diese betonen:

„The scientific evidence points to the conclusion that **the emission of greenhouse gases** and the destruction of ecosystems at current rates will have catastrophic consequences for our common environment.“¹⁵

Das Emittieren von Treibhausgasen wird in den Begleitdokumenten demnach explizit als Gefahr für das Schutzgut „Umwelt“ und damit als potentielle Tathandlung des „Ökozid“-Tatbestands bezeichnet. Da das Emittieren von Treibhausgasen allerdings keinerlei unmittelbare lebensweltliche Konsequenzen hat, sondern vielmehr erst in Kumulation mit allen anderen global ausgestoßenen Treibhausgasen sein Gefährdungspotential verwirklicht,¹⁶ muss der Begriff der Umwelt in seiner Ausprägung der „Atmosphäre“ zumindest auch die globale Atmosphäre im Sinne der global gemittelten Treibhausgaskonzentration einschließen. Im Kern soll der IEP-Vorschlag daher – ganz im Sinne eines echten Klimavölkerstrafrechts – die Atmosphäre als Schutzgut konzeptualisieren und damit grundsätzlich auch jede positive Emission als mögliche Tathandlung erfassen.

15 Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide, Commentary and Core Text, 2021, 2 (Hervorh.d.Verf.).

16 *Frisch*, GA 2015, 427, 433; vgl. auch *Mégret*, Columbia Journal of Environmental Law 2011, 222.

V. Eingrenzungskriterien

Zu bedenken gilt es allerdings, dass in unserer heutigen Welt – zumindest noch – eine übergroße Vielzahl an Verhaltensweisen, die auch weiterhin als sozial nützlich wahrgenommen werden, positive Emissionen mit sich bringen. So stellt sich unweigerlich die Frage nach der Eingrenzung eines solchen klimastrafrechtlichen „Ökozid“-Tatbestands. Mehr noch: Nur wenn es einem solchen Vorschlag gelingt, seine Reichweite adäquat einzugrenzen, kann sich dieser als praktikabel und legitim erweisen, nicht zuletzt auch im Hinblick auf den Einsatz des Völkerstrafrechts.

1. Räumliche, zeitliche und subjektive Eingrenzungskriterien

Zunächst beschränkt der IEP-Vorschlag die „Ökozid“-Strafbarkeit in räumlicher bzw. zeitlicher Hinsicht, indem er die Wahrscheinlichkeit eines weitreichenden („widespread“) oder langfristigen („long-term“) Schadenseintritts fordert. Setzt man diese Begrifflichkeiten in Beziehung zu den naturwissenschaftlichen Grundlagen des Klimawandels, so wird schnell klar, dass diese im Kontext der Pönalisierung klimaschädlicher Verhaltensweisen keine wesentlichen Einschränkungen mit sich bringen. Die Intensivierung des natürlichen Treibhauseffekts ist in diesem Sinne immer weitreichend, da sie das globale Klimasystem als solches berührt. Im Hinblick auf die lange Verweildauer von Treibhausgasen in der Atmosphäre erscheint sie zudem auch immer langfristig. Auch das subjektive Eingrenzungskriterium des Tatbestands, das Wissen („knowledge“) ob der Schadensgefahr fordert, vermag die Reichweite des Tatbestands nicht wesentlich zu begrenzen. So dürfte in Anbetracht der medialen Omnipräsenz des Klimawandels den meisten positiv bewusst sein, dass unkompensiertes Emittieren zur weiteren Verschärfung des Klimawandels führt.

2. Intensität

Der IEP-Vorschlag fordert zudem, dass der wahrscheinliche Schaden schwerwiegend („severe“) sein muss. Die Legaldefinition des Abs. 2 lit. b IEP-Vorschlag konkretisiert den Begriff der Schwere nicht substantziell; die Bestimmung der Reichweite der dadurch erstrebten Eingrenzung wäre demnach auf eine (einzel-

fallbezogene) Ausgestaltung durch die zukünftige Rechtspraxis angewiesen. Als Qualifizierung der Schwere kommt hierbei letztlich nur das Ausmaß einer einzelnen positiven Emissionshandlung in Betracht. In der klimawissenschaftlichen Praxis wird die Intensität einer solchen numerisch in CO₂-Äquivalenten ausgedrückt.¹⁷ Mag auf den ersten Blick eine solche Erheblichkeitsschwelle durchaus als sinnvoll erscheinen, um lediglich besonders klimaschädliche Tätigkeiten zu unterbinden und damit dem *ultima-ratio*-Gedanken des Strafrechts und der besonderen Selektivität des Völkerstrafrechts gerecht zu werden, vermag das Kriterium bei genauerem Hinsehen nicht zu überzeugen. Wie bereits dargestellt, beruht der Klimawandel auf der Kumulation *aller* Treibhausgasemissionen seit Beginn der Industrialisierung. In Anbetracht dieser für den Klimawandel verantwortlichen Gesamtemissionsmenge erscheint letztendlich jedes, und demnach auch jedes „erhebliche“ Emissionsverhalten nicht ins Gewicht zu fallen. So ließe sich eine Intensitätsschwelle lediglich im relativen Vergleich mit anderen klimaschädlichen Verhaltensweisen festlegen. Aus Sicht der Klimawissenschaft erschiene eine solche Beschränkung allerdings notgedrungener Weise stets als „willkürlich“. Nun könnte man argumentieren, dass diese Willkürlichkeit der Legitimität des Eingrenzungskriteriums nicht schade, zumindest solange ein entsprechender Schwellenwert in der Rechtspraxis rechtssicher festgelegt wird. So vermag einem in Anbetracht der existenziellen Bedrohung durch den Klimawandel ein willkürlicher Klimaschutz besser als kein Klimaschutz erscheinen. Doch dem muss mit Vehemenz entgegengetreten werden.

Jeder Schwellenwert, der die völkerrechtliche Strafbarkeit individuellen Emissionsverhaltens bestimmt, würde ganz unterschiedliche Verhaltensweisen gleichermaßen und in kaum vorhersehbarer Weise erfassen. Zugleich ist offenkundig, dass in Anbetracht des weltweiten Emissionsgeschehens jede Pönalisierung klimabelastenden Verhaltens drastische Auswirkungen für die Lebensrealität und Entfaltungsmöglichkeit der Bürgerinnen und Bürger mit sich bringen kann. So könnten – abhängig von der konkreten Bestimmung eines Schwellenwerts – gan-

17 Dies soll zu einer besseren Vergleichbarkeit der unterschiedlichen Treibhausgase führen, vgl. *Pachauri/Meyer*, Climate Change 2014: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2014, 5.

ze Industriesektoren und auch Infrastrukturen der Daseinsvorsorge einem weit gefassten „Ökozid“-Tatbestand zum Opfer fallen. Die neuralgische Entscheidung, welche mit positiven Emissionen einhergehende Verhaltensweisen als sozial-schädlich eingestuft und gar mit den Mitteln des (Völker-)Strafrechts unterbunden werden sollen, kann demnach nicht einem internationalen Strafgericht überlassen werden. Die Entscheidung zu einem so folgenschweren Verzicht muss vielmehr im demokratischen Diskurs auf Grundlage gesellschaftlicher Aushandlungsprozesse getroffen werden. In der derzeitigen auf Staatensouveränität basierenden globalen Ordnung werden diese in der Regel (zumindest zunächst) auf nationalstaatlicher Ebene zu führen sein.

Gerade auf Ebene des Völkerstrafrechts erscheinen die Folgen der aus klimawissenschaftlicher Sicht willkürlichen Festlegung von Schwellenwerten nochmals verschärft. So könnten hierdurch nicht nur gesellschaftliche, sondern auch zwischenstaatliche Aushandlungsprozesse zur Ausgestaltung des künftigen Emissionsgeschehens vorweggenommen werden. Die Staatengemeinschaft konnte sich im Paris Abkommen bislang „nur“ auf das rechtsverbindliche abstrakte Ziel einigen, die Erhöhung der durchschnittlichen Erdtemperatur auf „deutlich unter 2 °C über dem vorindustriellen Niveau“ (Art. 2 Abs. 1 lit. a) zu begrenzen. Bis dahin bleibt ein Restbudget an Emissionen,¹⁸ dessen Nutzung – jedenfalls nach der Wertung des Paris Abkommens – weiterhin als sozialadäquat einzustufen ist. Hinsichtlich der Verteilung dieses Restbudgets konnte jedoch (bislang) keine zwischenstaatliche Einigung erzielt werden.¹⁹ Durch die Festlegung eines Schwellenwerts zur Bestimmung besonders „erheblichen“ Emissionsverhaltens würde letztlich die zwischenstaatliche Dispositionsfreiheit bezüglich der Verwaltung eines solchen Budgets bereits im Vorfeld der Verteilung beschränkt. Dies erscheint besonders problematisch, da die Verteilung des Restbudgets auch als notwendiges Mittel zur

18 In der Klimawissenschaft wird errechnet, dass der Welt nur noch ein Budget von etwa 420Gt CO₂-Äquivalenten zur Verfügung steht, um mit einer Wahrscheinlichkeit von 66 % eine maximale Erderwärmung von 1,5 °C zu erreichen; siehe *Rogelj et al.*, *Mitigation Pathways Compatible with 1.5 °C in the Context of Sustainable Development*, in: *Global Warming of 1.5 °C An IPCC Special Report*, 2018, 96.

19 Siehe hierzu IPCC Longer Report AR6 SYR, 23 ff; zu den Verhandlungspositionen der USA, Chinas und Indiens von 2009 bis 2018, siehe *Ritthaler-Andree*, *Klimagerechtigkeit und Klimaschutzpolitik*, 298 ff.

Schaffung von Klimagerechtigkeit²⁰ in Anbetracht des Gefälles historischer Emissionen der Länder des Globalen Nordens und der Länder des Globalen Südens zu sehen ist.²¹

Die nach klimawissenschaftlichen Gesichtspunkten willkürliche Festlegung von Schwellenwerten erweist sich vor dem Hintergrund der Klimagerechtigkeit noch als zusätzlich problematisch. Es kann nämlich durchaus angenommen werden, dass gerade Industrialisierungsprozesse relativ hohe Treibhausgasemissionen verursachen und diese daher im Vergleich eher als *relativ* „erhebliches“ Emissionsverhalten einzustufen wären. Im Ergebnis könnte daher zumindest ein rein an Schwellenwerten orientierter „Ökozid“-Tatbestand Industrialisierungsmöglichkeiten des Globalen Südens verlangsamen und diese sogar unterbinden, während niedrigschwelliges, aber (in seiner Kumulation) möglicherweise sogar gleich klimaschädliches Emissionsverhalten dem Tatbestand nicht unterliefe. Hier läge dann der Vorwurf der Neo-Kolonialisierung durchaus nicht fern. Summa summarum: Zumindest solange ein Intensitätskriterium zur Bestimmung der klimastrafrechtlichen Reichweite des „Ökozid“-Tatbestands nicht durch weitere Beschränkungskriterien ergänzt wird, erweist es sich als unbrauchbar, wenn nicht – abhängig von der konkreten Umsetzung – gar als illegitim.

3. „unlawful or wanton acts“

In der Tat sieht der IEP-Vorschlag ein weiteres Eingrenzungskriterium vor, welches fordert, dass die Tathandlung („act“) entweder rechtswidrig oder willkürlich zu sein hat („unlawful or wanton“). Auch wenn am Kriterium der Rechtmäßigkeit aus völkerstrafrechtlicher Sicht zu Recht Kritik geübt werden kann,²² so erweist es sich aus klimastrafrechtlicher Perspektive gerade im Hinblick auf die bisher geäußerte Kritik als durchaus geeignete Ergänzung. Stellt sich das Kriterium der Rechtswid-

20 Für einen ersten Überblick über die philosophischen Dimensionen der Klimagerechtigkeit, siehe *Kallhoff* in: *Kallhoff* (Hrsg.), *Klimagerechtigkeit und Klimaethik*, 2015, 10; siehe auch *Bentz-Hözl*, *Der Weltklimavertrag*, 2013, 67 ff.

21 Siehe hierzu https://www.energie-lexikon.info/co2_budget.html (Stand 1/24).

22 Siehe zum Beispiel *Bock*, *ZRP* 2021, 187, 188; *Robinson*, *Your Guide To Ecocide: Part 2*, 2021, abrufbar unter <http://opiniojuris.org/2021/07/16/your-guide-to-ecocide-part-2-the-hard-part/> (Stand 1/24).

rigkeit einer Handlung als Verweis (auch) auf nationales Verwaltungsrecht dar, so werden durch dieses Kriterium national ausgetragene gesellschaftliche Aushandlungsprozesse hinsichtlich des Verzichts auf bestimmte klimaschädliche Verhaltensweisen ermöglicht und vorausgesetzt. Ob allerdings ein solcher, national-verwaltungsrechtsakzessorischer Klimastraftatbestand die ersehnte Wirkung für den Klimaschutz erzielt, mag mit guten Gründen bezweifelt werden.

Diesem Zweifel trägt letztendlich auch der IEP-Vorschlag selbst Rechnung, indem er der Rechtswidrigkeit das *alternative* Kriterium der Willkür zur Seite stellt. Im Hinblick auf die Legaldefinition des Abs. 2 lit. a erfordert dieses Beschränkungskriterium im Kern eine Abwägung zwischen den vorhersehbaren sozialen und ökonomischen Vorteilen einer Verhaltensweise einerseits und dem wahrscheinlichen Schaden andererseits. Indem diese Abwägung eine an den jeweiligen gesellschaftlichen Systemen orientierte Folgenbeurteilung zulässt, trifft sie somit keine rein abstrakte Festlegung und sieht sich – anders als das Intensitätskriterium – nicht in gleicher Weise dem Einwand der Willkürlichkeit ausgesetzt. Allerdings impliziert die Regelung jedoch letztlich einen gleichsam „gut gemeinten“ Paternalismus. So stellen sich gerade im Kontext des Klimawandels nationale und zwischenstaatliche Aushandlungsprozesse aufgrund ihrer tiefgreifenden Folgen für die gesellschaftliche Realität als äußerst komplex dar. Das Ergebnis solcher Prozesse kann im Einzel- oder gar Regelfall unzweifelhaft dem einer rein rationalen Abwägung widersprechen. Selbst wenn eine kultursensible Abwägung auch auf globaler Ebene nicht grundsätzlich auszuschließen ist, scheint es in Anbetracht der Vielfältigkeit sozialer und ökonomischer Systeme weltweit derzeit schwer vorstellbar, dass ein internationales Strafgericht diesem Anspruch der Ausgewogenheit gerecht werden kann.

VI. Fazit

Insgesamt zeigt sich, dass der IEP-Vorschlag – trotz seines postulierten Klimabezugs – dem Phänomen des Klimawandels letztlich nicht gerecht wird. Im Grunde fehlt es schlicht an der adäquaten Begrenzung der Strafbarkeit klimabelastenden Verhaltens, sodass der Vorschlag insgesamt keinen geeigneten Anknüpfungspunkt für eine hieran anknüpfende Pönalisierung bereitstellt. Dies bedeutet al-

lerdings weder, dass die Implementierung eines „Ökozid“-Tatbestands – jenseits seiner klimastrafrechtlichen Dimension – pauschal abzulehnen, noch dass die Konzeptualisierung eines „Klimavölkerstrafrechts“ grundsätzlich ausgeschlossen ist. Bezüglich letzterem zeigen meine Ausführungen allerdings, dass – zumindest solange das Restbudget der „deutlich unter 2 ° C“ Zielmarke nicht ausgeschöpft ist – ein klimavölkerstrafrechtlicher Tatbestand dem allgemeinen Regelungssystem des „Ökozids“ zu entziehen wäre. Die Festlegung klimabelastender Einzelverhaltensweisen sollte nicht einem internationalen Strafgericht überlassen werden. Vielmehr sollte der Verzicht auf einzelne klimabelastende Verhaltensweisen zunächst im Rahmen gesellschaftlicher Aushandlungsprozesse beschlossen werden. Auf Grundlage dieser Aushandlungsprozesse können zwischenstaatliche Aushandlungsprozesse im Folgenden dann auch zur Pönalisierung solcher Einzelverhaltensweisen mit Hilfe des Völkerstrafrechts führen. In deutschen Deliktskategorien gedacht, wäre ein solcher Tatbestand letztlich als Gefährdungstatbestand zu normieren, der eine Vielzahl näher zu bezeichnender, klimabelastender Einzelverhaltensweisen unter Strafe setzt. In seiner Intention, den Klimawandel der allgemeinen Regelung des „Ökozids“ zu unterwerfen, scheint der IEP-Vorschlag im Ergebnis weder den naturwissenschaftlichen Grundlagen des Phänomens, noch dessen gesellschaftlichen Implikationen gerecht zu werden. So erstrebenswert die Schaffung eines „heilsbringenden“ – auch den Klimawandel umfassenden – Umweltdelikts im Völkerstrafrecht erscheinen mag, so schädlich wäre es doch für die Initiative, wenn die Anwendung des Tatbestands in der Rechtspraxis zu unpraktikablen oder gar illegitimen Ergebnissen führen würde.



**FRIEDRICH NAUMANN
FOUNDATION** For Freedom.

ამ პუბლიკაციაში მოწოდებული QR კოდის სკანირებით, თქვენ გადახვალთ ფრიდრიხ ნაუმანის ფონდის სამხრეთ კავკასიის ვებ-გვერდზე. გთხოვთ, გაითვალისწინოთ, რომ ეს ვებ-გვერდი არ არის დაკავშირებული პუბლიკაციის ავტორთან ან გამომცემელთან და პუბლიკაციაში გამოთქმული აზრები შეიძლება არ ემთხვეოდეს ფონდის პოზიციას, ასევე ვებ-გვერდის შინაარსი არ არის მოწონებული ან დამონმებული პუბლიკაციის ავტორების მიერ. ფრიდრიხ ნაუმანის ფონდის ვებ-გვერდი მითითებულია მკითხველთათვის, რომლებიც შეიძლება დაინტერესდებოდნენ იყვნენ ფონდის შესახებ დამატებითი ინფორმაციის მიღებით.

Scanning the QR code provided in this publication will direct you to the Friedrich Naumann Foundation South Caucasus Webpage page. This page is not affiliated with the author or publisher of this book, and the content of the page is not endorsed or verified by them. The information on the FNF South Caucasus page is provided as a convenience to our readers who may be interested in additional information related to the Friedrich Naumann Foundation for Freedom South Caucasus.





გამომცემლობა „იურისტების სამყარო“

თბილისი, მ. კოსტავას ქ. №75

ტელ.: 238 35 99; 557 51 51 34

E-mail: Lawyers.world@yahoo.com;

<http://www.facebook.com/lawyers.world>

